الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-

كلية الشريعة والاقتصاد
قسم الفقه وأصوله.

رقم الإيداع:...../.....
الرقم التسلسلي:.....

أصول الإجراءات القضائية في الفقه المالكي

-جمعا ودراسة ومقارنة-.

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل م د شعبة علوم إسلامية –شريعة-.
-تخصص فقه مالكي وأصوله-

من إعداد الطالب:
جلاب عبد الرحمان.

تحت إشراف:
أ.د/ سعاد رباح.

لجنة المناقشة.

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ علي ميهوبي	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-	رئيسا
أ.د/ سعاد رباح.	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-	مشرفا ومقررا
د/ سليمة بن عبد السلام	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-	عضوا
أ.د/ سمير فرقاني	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-	عضوا
أ.د/ نبيل موفق	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر -الوادي-	عضوا
أ.د/ مسعود فلوسي	أستاذ	جامعة الحاج لخضر-باتنة01-	عضوا

السنة الجامعية:

1448هـ ـ 1449هـ الموافق لـ: 2026م-2027م.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ وَتِلْكَ ٱلْأَيَّامُ نُدَاوِلُهَا بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۖ

وَلِيَعْلَمَ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ﴾

آل عمران [140]

شكر وتقدير.

خير ما استهل به هذا العمل تقديم الشكر والحمد لصاحب الفضل كله مولاي ربي لا إله إلا هو الذي وفقني إلى تقديم هذه الأطروحة التي بين أيديكم.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذتي الفاضلة أ.د سعاد رباح التي رافقتني في دراستي الجامعية، وكان لي الشرف أن تفضلت بالإشراف عليَّ في مرحلة الدكتوراه، وكانت كما عهدتها نعم الأستاذة تدريسا وإشرافا.

كما لا يفوتني التقدم بالشكر الجزيل لكل من أعانني في إتمام هذا العمل من قريب أو بعيد.

الإهـــــداء

أهدي هذا العمل إلى عائلتي وعلى رأسها

والديّ الكريمين وإخوتي الأفاضل

وإلى كل أحبتي

ولكل أساتذتي ومعلميّ.


مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي جعل الغاية من خلق الخلق توحيد عبادته جل وعلا، وأخذ العهد والميثاق على بني آدم وهم في عالم الذر، لقوله تعالى: ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَىٰ ﴾ الأعراف [172]، وأرسل رسوله بالهدى ودين الحق من أجل التمكين والظهور وإشاعة العدل والفضل والنور، فجعل بعثته رحمة ومنهاجه تلقينا للحكمة، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلْأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا مِّنْهُمْ يَتْلُواْ عَلَيْهِمْ ءَايَـٰتِهِۦ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ ٱلْكِتَـٰبَ وَٱلْحِكْمَةَ ﴾ الجمعة [2]، أما بعد:

وضع الإسلام مبادئ شرعية عامة وخاصة لتحقيق التعايش بين الناس في أمن وعدل، ورتبها على قواعد ثابتة لو التزموا بها لقلت أسباب الخصومات فيما بينهم، ولانتظمت مصالحهم، ولما كانت طبائعنا مختلفة، وغرائزنا متعددة، علم الله سبحانه أننا أهل للخلاف والنزاع، فسبقت رحمته سبحانه خلافات عباده بأن جعل للناس من يسوسهم ويقضي بينهم ويحل نزاعاتهم بالعدل.

ومعلوم أنه لا شرف فوق شرف النبوة، ولا شرف فوق شرف وراثتها، فقال صلى الله عليه وسلم: ((**العلماء ورثة الأنبياء**))[1] فأمرنا سبحانه أن يقوم فينا حاكم يلزمنا بأحكامه، ويعدل بيننا سواء بنفسه كما فعل ساداتنا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما أو بمن ينوب عنه من العلماء – القضاة–، فوجب عليهم العدل فيما يرفع إليهم بما ورثوه عن سيد القضاة محمد –صلى الله عليه وسلم–، ووجب على الناس عند التنازع أن يرفعوا أمرهم إليهم، ولا يقتصوا حقوقهم بأيديهم، فمن ظن أنه ظُلم وجب عليه اللجوء إلى القاضي، وعلى هذا الأخير أخذ الحق له، لذا للناس حق التقاضي وعلى الحاكم واجب القضاء.

وهنا تجند جنده عز وجل من الأئمة والعلماء في رفع اللثام عنه والإجابة عما استجد فيه، فاجتهد كل واحد منهم وفق أصوله ومدرسته، فتباينت آراؤهم في الكثير من الفروع، ومن جملتهم إمام دار الهجرة مالك بن أنس –رضي الله عنه–الذي رضي به أهل الغرب الإسلامي حجة لهم بينهم وبين الله تعالى، وعُدَّ مذهبه من خيرة المذاهب في أصوله، ومن أغزرها إنتاجا في فروعه، ورجاله من أنجب رجالات الأمة خاصة في شقه القضائي، فاهتموا به تأصيلا وتفريعا سواء في جانبه الموضوعي المتعلق ببيان الأحكام الشرعية المنظمة للحقوق والالتزامات بين الناس في مختلف الأبواب كالبيوع،

[1] رواه ابن حبان في صحيحه، كتاب العلم، باب الزجر عن كتبة المرء السنن مخافة أن يتكل عليها دون الحفظ لها، رقم: 88، ج01، ص290.

النكاح، المواريث، الجنايات...

أو جانبه الإجرائي المتعلق بكيفية عرض الدعوى والنظر فيها، ثم الفصل وتنفيذ الحكم الصادر فيها بما يكفل إيصال الحقوق لأهلها.

ومن ثمَّ جاءت هذه الأطروحة لبحث الجانب الإجرائي للقضاء في فقه المالكية -رحمهم الله تعالى-، وبيان معالمه وتفاصيله، والكشف عن قواعده التي أصلها المالكية لضبط سيرورة الدعوى منذ رفعها إلى صدور الحكم فيها وتنفيذه، بما يعكس مقدرة مذهبنا على الجمع بين قوة المنطق التأصيلي ودقة التنظيم الإجرائي.

الإشكالية:

مع الثراء الفقهي المالكي الذي عُرف بتطبيقه لمجموعة من إجراءات التقاضي كانت قواعد جرى عليها عمل القضاة، فطبقوها كخطوات لحل النزاع والفصل في القضايا، في كل مجريات التقاضي من رفع الدعوى إلى إصدار الحكم، ومع احتواء مصادره عل فصول كثيرة عن المرافعات وبينات الدعوى...وغيرها، إلا أنها جاءت متفرقة ضمن أبواب فقهية متعددة لم تظهر في الدراسات المعاصرة دراسة جامعة شاملة تتصدى لجمع هذه الجزئيات ودراستها والمقارنة بينها داخل المذهب، لمعرفة المنطق الإجرائي المالكي في إقامة النظام القضائي ولصياغة منظومة إجرائية ذات أصول كلية تضبط حركية التداعي من رفع الدعوى حتى الفصل فيها.

لذا جاءت الإشكالية التالية:

هل يمكن إعادة بناء الإجراءات القضائية المالكية واستخراج أصولها وضوابطها الناظمة التي تحكم سيرورة الدعوى في مختلف مراحلها؟

التساؤلات الفرعية:

1. ما المقصود بأصول الإجراءات القضائية؟
2. كيف تُنظَّم المراحل الإجرائية المتعلقة بالدعوى في الفقه المالكي؟
3. ما دور القاضي وما هي سلطته في ضبط هذه الإجراءات؟
4. ما أسس إثبات الدعوى وضوابطها في الفقه المالكي؟
5. هل لدى المالكية منظومة إجرائية متكاملة قد تظهرها هذه الأصول الإجرائية؟
6. هل الخلافات المالكية المتعلقة ببعض الإجراءات القضائية خلافات واقعية أم نظرية؟

أسباب اختيار الموضوع:

يمكن تفصيل جملة أسباب اختيار الموضوع إلى:

أسباب ذاتية:

1. ميولاتي الشخصية السابقة في معرفة المدرسة القضائية المالكية، والتي صادفت إحدى المشاريع البحثية الدكتورالية المقترحة من المشرفة أ.د/ سعاد رباح، والمطروحة للدراسة في جامعة الأمير عبد القادر، فالتقى العزم مع الفرصة فكان نتاجه هذه الأطروحة التي بين أيديكم.
2. خدمة المرجعية الدينية الوطنية المالكية، بتقديم دراسات معاصرة تجدد لغة المذهب وتعمل أصوله وفق متطلبات عصره، حتى يكون له الأثر المباشر في حياة الجزائريين اليومية كما كان من قبل، ولا يكون ذلك إلا بعد جعله أحد الركائز الأساسية في صناعة قوانين دولتنا لا أن يستأنس به، لذلك وجب على أهل الاختصاص التمهيد لذلك من خلال إحيائه وتجديده بإعمال أصوله في معالجة مشاكل واقعنا المعيش.
3. رغبتي الشخصية بالخروج بأطروحة تكون إحدى اللبنات الجادة، والتي لابد أن تليها لبنات أخرى موضوعية تحوي مادة قانونية بصبغة وهيكل ولغة معاصرة تبني المعرفة القضائية الدينية للقضاة ورجال القانون والمحاماة مستقبلا في دولنا الإسلامية.

أسباب موضوعية:

1. إحياء تراث المذهب المالكي بالعودة إلى الأمهات والدواوين في معرفة نصوص المذهب، حتى تكون الدراسة أصيلة وعلى بينة تختصر الطريق للباحثين.
2. تفرق مادة الإجراءات القضائية في الكتب والمدونات المالكية سواء في كتب الفقه العام أو الأحكام، مع قلة الدراسات المعاصرة التي تهتم بجمعها واستقراء مراحل الدعوى وضوابطها المنظمة، أوجد حاجة علمية بارزة إلى جمعها وتهذيبها واستنطاق أصولها وقواعدها الناظمة لها.
3. قلة الدراسات المعاصرة المتخصصة في معرفة البناء الإجرائي المالكي كوحدة متكاملة، إذ اهتمت الكثير منها بدراسة موضوعات متفرقة لها علاقة بالإجراءات القضائية.

الدراسات السابقة:

موضوع إجراءات التقاضي ليس وليد العصر فهو مادة فقهية ثرية، قد تناولها علماء المذهب – رحمهم الله تعالى– بالبيان ضمن كتب الفقه العام بداية من الموطأ والمدونة الكبرى إلى شروح سيدي خليل ومن جاء بعدها، و كذا ضمن كتب الأقضية والأحكام ومتونها أثناء تناول جزئياتها بالتفصيل والبيان، ومن الكتب الجليلة في عصرنا كتاب: الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية لـــ: محمد العزيز جعيَّط، وكتاب: ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية لـــ: محمد محمد بن عامر، اللذان قد تطرقا لكثير من الاجراءات القضائية بلغة معاصرة دون الخروج عن المذهب.

أما الدراسات المعاصرة، فلم ينطلق هذا البحث من فراغ معرفي، بل استند على مجموعة من الدراسات السابقة التي تطرقت وناقشت العديد من جوانبه شكلت لي أرضية انطلاق وفجوة علمية اجتهدت في سدها، ومن أبرز تلك الدراسات:

1. **رسالة دكتوراه معنونة بـــ: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية لـ :محمد نعيم ياسين ، دار عالم الكتب– الرياض–المملكة العربية السعودية، دط،1423 هـ – 2003م.**

هذه رسالة واسعة بحكم أن الباحث يؤصل لنظريته في الدعوى فهو كتاب جليل في بابه، بدأ صاحبه بالقضاء وتكلم عن مفهومه وأركانه ومكانته في منظومة الحكم الإســـلامية وكذا حكم توليه، ثم عرج على الدعوى ومعناها والمواضع التي يجوز فيها استيفاء الحق بغير دعوى، ثم تكلم عن أركانها وأطرافها ومكانها وشروطها في الفقه الإسلامي، وتطرق إلى آثار رفع الدعوى والحضور عند القاضي وختم كتابه بإصدار الحكم وانتهاء القضية، وكانت دراسته شاملة للمذاهب الأربعة في جانبها الفقهي مما لم يتح المجال واســـعا لأقوال المالكية بل وتجده أحيانا يتكلم عن فقهنا بشـــكل مختصر، فما بالك بالتطرق للخلاف داخل المذهب.

لذا جاءت رســـالتي من أجل التعمق في تراث فقهنا المذهبي وبيان أوجه الاســـتدلال التي اعتمدها المالكية في بناء منظومتنا القضائية، كما جاءت رسالتي أشمل وأدق خاصة في وسائل الإثبات وإجراءاتها وكيفية التعامل معها والفصل بينها، وكذا الإشارة إلى مؤسسات المذهب القضائية ودورها في الحكم القضائي وتتبعه، كما أبرزت الخصائص الإجرائية والموضوعية للمذهب المالكي.

2. **رسالة دكتوراه معنونة بـــ: حجية الحكم القضائي – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي –، لـــ مراد كاملي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر– باتنة –الجزائر، 1428هـ–1429هـ/ 2007م–2008م.**

هذه الدراسة عبارة عن أطروحة دكتوراه تناولت ركنا ركينا في القضاء وهو الحكم القضائي وحجيته لأنه خلاصة جهد المتخاصمين في تقديم أدلتهم وجهود القاضي في حل النزاع وإنهائه، فتكلم الباحث عن حكم القاضي وعن حجية حكمه ثم عن مشروعيتها وشروط قبولها وشروط الدفع بها ومجال سريانها وآثارها كل ذلك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وتشترك أطروحتي مع هذه الدراسة في هذا الباب خاصة في شقه الفقهي المتعلق بالمذهب المالكي وتختلف معها في بقية المذاهب وفي الشق القانوني، مما منح أطروحتي ميزات تمثلت في:

أن موضوعي شامل لكل مراحل الخصومة القضائية من رفع الدعوى إلى تنفيذ الحكم القضائي، كما أن دراستي الفقهية كانت مركزة على مذهب واحد مما يبرز دقائق مسائله في هذا الموضوع، ويؤهلها لأن تكون أرضية قوية للمقارنة مع أي قانون وضعي مستقبلا.

3. **رسالة دكتوراه معنونة بـــــ: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، لـــ: محفوظ بن صغير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر– باتنة–الجزائر، 1429هـ–1430هـ/2008م–2009م.**

تكلم الباحث عن الاجتهاد القضائي في نظام الأسرة، فبدأ بسرد مراحل تطوره في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ثم عرج على النظام القضائي الإسلامي بداية من مشروعية القضاء وتنظيماته ومبادئه إلى أحكام التقاضي الأسري وكيفية انحلال روابط الأسرة من خلال القضاء وآثاره.

والملاحظ أن هذه الرسالة مختصة في التقاضي وبعض إجراءاته المتعلقة بالأسرة فقط، فبدأ بمبادئ الأسرة وحقوق الزوجين وختمها بكيفية انحلال هذه الرابطة وتدخل القضاء في ذلك ومدى صلاحيات القاضي وسلطته في دعوى الطلاق والتطليق والخلع والفصل في آثارها من أحكام الحضانة وغيرها سواء في الفقه الإسلامي أو قانون الأسرة الجزائري.

وجاءت رسالتي أشمل فهي تغطي جميع أبواب القضاء عموما دون تخصيصها بباب الأسرة أو الجنايات أو المعاملات المالية، وأخص فهي متعلقة بالمذهب المالكي فقط، وكذا لم يدرس الباحث أدلة الإثبات لدى كل من الخصمين، ولم يبين

كيفية رفع الدعوى وإجراءاتها ولا حتى الصلح بين الخصمين أو تنازل أحدهما عن الدعوى وهو ما بينته في أطروحتي واهتممت به، كما أن أطروحتي تناولت دورة حياة الدعوى بأكملها بينما هذه الدراسة اقتصرت على إجراءات محدودة بالأسرة.

4. **رسالة دكتوراه معنونة بـ: تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي واستثمارها في الاجتهاد القضائي المعاصر، لـ: سعاد أوهاب، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01 ، الجزائر،1436هـ-1437هـ/ 2015م-2016م.**

تركزت هذه الدراسة على الجانب التقعيدي للإجراءات القضائية عند المالكية، حيث تكلمت الباحثة أولا عن الجانب النظري للقاعدة والضابط الفقهي وما يتعلق بهما من أحكام ثم الجانب القضائي من تعريف القضاء وشروطه وغيرها من متعلقاته، وتكلمت هذه الدراسة عن القواعد المتعلقة بكل من أركان الدعوى ومراحلها المختلفة عموما، وكذا المتعلقة بوسائل الإثبات وصولا إلى الحكم القضائي، كل ذلك مع تقديم للجانب التأصيلي والتطبيقي لكل قاعدة.

فهذه الدراسة مهمة في بابها إلا أنها عالجت الجانب التقعيدي فقط لأهم مراحل الإجراءات القضائية عند المالكية ولم تشملها جميعها، بخلاف رسالتي التي جاءت تدرس الجانب التفصيلي لكل هذه الإجراءات، وقد أدرجت كذلك مختلف الضوابط والقواعد الفقهية والقضائية المتعلقة بها بشكل مفصل أكثر، كما قمت بتقديم الجانب الفقهي لهذه المراحل ثم استدللت عليها بهذه القواعد بخلاف هذه الدراسة التي قدمت القواعد ثم أردفتها بجانبها الفقهي.

5. **رسالة ماجستير معنونة بـ: إجراءات رفع الدعوى بين الشريعة والقانون المدني الجزائري لـ الجيلالي محمد ،كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا،2014 م،1435 هـ.**

تناول الباحث في رسالته الدعوى وأركانها وشروطها وأنواعها في الفقه والقانون المدني الجزائري، ثم إجراءات رفعها وحضور الخصمين للمحاكمة وكيفية إحضار المدعى عليه وإخطاره والسلطة المكلفة بمتابعته وما هي الأعذار الشرعية لقبول غيابه وكيف يتصرف القاضي حيال ذلك، وكل هذا في الشريعة والقانون المدني الجزائري.

إلا أن الباحث لم يتطرق إلى القاضي الذي هو حجر الزاوية في الدعوى ولم يتكلم عن شروطه واختصاصاته ولم يتطرق إلى سلطته في قبول الدعوى ورفضها، وتحدث عن أعوان القاضي ومهامهم في تبليغ الدعوى وما يقدمونه من خدمات في مرحلة رفع الدعوى فقط، فهذا وغيره مما سأتناوله في أطروحتي زيادة على ما أدرجه في دراسته، وقد خصصته بالفقه المالكي فقط، كما تطرقت إلى كل مراحل الخصومة القضائية التي تلي مرحلة رفع الدعوى، إضافة إلى البعد المؤسَّسي للقضاء خلال هذه المراحل ومختلف الإجراءات المتعلقة بها.

6. **رسالة ماجستير معنونة بـ: الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي لـ علاء الدين حامد بيوض التميمي – كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2016م–2017م.**

هذه الرسالة هي من أهم الدراسات السابقة التي اطلعت عليها، لتطرقها للعديد من مباحث رسالتي، فالباحث قد تكلم عن مفهوم الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي وكذا مفهوم القضاء وأركانه، وتطرق إلى إجراءات رفع الدعوى و تحدث عن طرق إثبات الدعوى من الشهادة واليمين والإقرار في المذهب المالكي، وختم رسالته بإجراءات الأحكام الصادرة عن القضاء وآثارها، لكن الذي يلاحظ عليه رغم قيمة مذكرته وجهده الكبير أنه لم يتوسع في دراسته لهاته المواضيع، وكانت مباحثه مقتضبة ومختصرة جدا بالمقارنة مع سعة العنوان، ويؤخذ عليه عدم التوسع في بيان قوة آراء المالكية وخلافهم داخل المذهب وقليلا ما كان يبرهن على أقوالهم، أو يعمل الضوابط والقواعد القضائية المالكية.

وهذا ما فتح لي المجال لبيان ما تكلم عنه وزيادة، من خلال التوسع في آراء المالكية وبيان مآخذهم – ما أمكنني– والتكلم عن إجراءات رفع الدعوى وكيفية تسيير جلسات المحاكمة، والإجراءات القضائية المتبعة في طرق الإثبات المختلفة وانتهاء بكيفية الفصل في الدعوى وأحكام نقض حكم القاضي وتنفيذه بالتفصيل المفيد والاستدلال البناء مع التطرق للضوابط والقواعد الفقهية والقضائية المنظمة لذلك كله.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الرسالة إلى تحقيق النقاط التالية:

1. إبراز أوجه الإبداع التنظيمي والمؤسساتي الذي تبناه المالكية موازاة مع الإبداع الفقهي في إحكام الإجراءات القضائية.
2. تحليل المنطق التشريعي الذي اعتمده المالكية في بناء منظومة الإجراءات القضائية.
3. الكشف عن المقاصد الكلية والجزئية التي اعتمدها المالكية في إنشاء الإجراءات القضائية.
4. بيان مدى وجود التوازن والتكامل الإجرائي للقضاء المالكي في عمر الدعوى من رفعها إلى تنفيذ الحكم الصادر فيها.
5. الكشف عن مدى إعمال المالكية لمنهج التقعيد الفقهي في التعامل مع الإجراءات القضائية، لمعرفة مدى تناسق البناء القضائي المالكي.
6. إظهار أقوى الأقوال في المسائل الإجرائية المختلف فيها مع بيان وجاهته وجهة قوته.

أهمية الموضوع:

يشكل القضاء رأس العلوم الشرعية وركنها الركين وثمرتها التي أوجدها الله تعالى حتى تطبق على أرضه، كما أنه الملجأ الآمن والأخير للمدعي لتحصيل حقه وكذا للمدعى عليه لتبرئة ذمته أمام الناس، لذا فهو أساس ضمان استقرار المجتمع وانضباطه، وهنا تظهر أهمية هذه الأطروحة من خلال:

1. إبراز المكانة المركزية للإجراءات القضائية في ضمان سيرورة العملية القضائية وتطبيق الأحكام الشرعية، وحفظ الحقوق ومنع الفوضى.
2. ترسيخ مبدأ الشرعية وحفظ الحقوق، من خلال الكشف عن البناء الإجرائي الذي وضع قواعد لرفع الدعوى، وكيفية استدعاء الخصوم، وتوثيق الجلسات، وإيصال الحقوق لأهلها مما يمنع ضياعها ويقطع الطريق أمام النزاعات المستمرة.
3. ابراز مدى الإمكانات العلمية التي تكتنزها كتب أئمتنا -رحمهم الله تعالى- بما يسمح من فهم منطقهم الفقهي والتأصيلي في بناء هاته الإجراءات، خاصة وأنهم معروفون بإعمالهم لأصلي المصلحة والعرف.
4. ضبط وسائل الإثبات، فالمذهب يولي عناية فائقة لطرق الإثبات المعتبرة قانونا، مثل الإقرار، الشهادة، اليمين... ويضع إجراءات واضحة لقبولها والعمل بها، ضمانا لحقوق المتداعيين من التعسف والتماطل.
5. تعزيز المكتبة الجامعية برسالة في أحكام القضاء المالكي تسهيلا للبحث على طلاب العلم وعلى رجال القانون حول الإجراءات القضائية المنظمة للدعوى.

مناهج البحث:

بحكم طبيعة رسالتي كان لزاما على اتباع عدة مناهج وعلى رأسها:

1. **المنهج الاستقرائي**: وهو أساس هذه الرسالة، من خلال العمل على جمع جزئيات الموضوع المبثوثة في بطون كتب ومدونات المالكية، ثم العمل على تحليلها ثم تنظيمها وترتيبها في قالب إجرائي، يضاف إلى غيره من القوالب الأخرى المستنبطة على نفس النهج، لتحصيل إجراءات وأصول عامة مشكلة لمراحل عمر الدعوى القضائية في مذهبنا.
2. **المنهج الوصفي التحليلي**: من خلال رصد ومتابعة جزئيات الموضوع، سواء في دراسة المسائل المختلف فيها ومحاولة فهم منطقها الفقهي وتحليل أدلتها، وكذا في ذكر بعض التطبيقات في ثنايا هذه الرسالة من باب التوضيح- مما رأيته ضروريا-، أو في تحليل مختلف الإجراءات القضائية من عمر الدعوى، وبيان وجه ارتباطها بعضها ببعض وفهم منطق التسلسل القضائي الذي بنوا عليه تلك الإجراءات أو في تحليل وتفسير المراحل التاريخية للتأليف

القضائي في المذهب وتمايزها عن بعضها البعض.

3. **المنهج المقارن:** من خلال العمل على جمع الأقوال في المسألة المختلف عليها داخل المذهب، وذكر أدلة ووجهة نظر كل قول مع استنباط سبب الخلاف –ما أمكن–.

ويظهر هذا المنهج كذلك عند تعريف بعض المصطلحات التي لها مفردات مشابهة لها علاقة بموضوعها، فكان لابد من ذكر أوجه الشبه والخلاف فيما بينها لتمييز بعضها عن بعض.

4. **المنهج التاريخي:** من خلال جمع المعطيات التاريخية حول حركة التأليف القضائي المالكي، بداية من عصر المؤسس إلى عصرنا الحديث، ثم العمل على تنظيمها لتسهيل استنباط مراحل التأليف القضائي وتحديد الفترة الزمنية لكل مرحلة، مع ذكر أسباب سبق بعض البلاد وتفوقها في خدمة القضاء المالكي على خلاف البعض الآخر.

أما المنهجية المتبعة في البحث هي:

1.الاقتباس:

- الجمل المنقولة حرفيا أضعها بين " "وإذا كان النص طويلا أهمش له مباشرة.
- في حال النقل بالمعنى والاختصار أضع التهميش مباشرة من دون أي علامة.
- الأحاديث بين (( )) لتمييزها عن الأقوال والتعريفات.

2.ترجمة الأعلام: بذكر نسبه وسنة وفاته، وأهم أعماله وشيوخه وتلامذته، وقد ترجمت لكل أعلام المالكية الذين ذكرتهم عدا الذين ذكرتهم مع تآليفهم في المبحث التاريخي وعدا الإمام مالك.

3.التهميش:

- النصوص الشرعية تكتب بخط متميز، واعتمدت رواية ورش عن نافع.
- الحديث المروي في الموطأ أو أحد الصحيحين يكتفى به مع ذكر الكتاب والباب ورقم الحديث، وإذا كان في غيرها لا بد من بيان درجة الحديث–ما أمكن–استنادا على من سبق من المحدثين، والتخريج يكون في الهامش، وإذا تكرر الحديث أضع: سبق تخريجه مع بيان الصفحة التي خُرّج فيها.
- إن كان في التهميش الواحد أكثر من مصدر ثم تكررت كلها أو بعضها في التهميش الموالي، فإني أذكر اسم مؤلف الكتاب المكرر مختصرا مع كتابة نفس المصدر، والجزء والصفحة.
- طريقة تقسيم البحث كالآتي: فصل ثم مبحث ثم مطلب ثم فرع ثم أولا ثم 1.

- ذيلت الرسالة بـــ: فهرس الآيات ثم فهرس للأحاديث ثم فهرس للقواعد والضوابط الفقهية والقضائية ثم فهرس للأعلام ثم قائمة للمصادر والمراجع ثم فهرس المواضيع.

خطة البحث:

من أجل تحقيق أهداف هذه الرسالة، والإجابة على إشكاليتها العامة، جاءت هيكلية الأطروحة وفق الخطة البحثية التالية، حيث قسمت أطروحتي إلى مقدمة و ستة فصول رئيسة، ثم أتممتها بخاتمة فيها أهم النتائج والتوصيات.

حيث تناولت في الفصل الأول مدخلا تاريخيا ومفاهيميا حول القضاء المالكي، من خلال ثلاثة مباحث، تكلمت في الأول منها عن ماهية أصول الإجراءات القضائية في الفقه المالكي، من خلال ضبط مصطلحات البحث وعلاقتها—مصطلح القضاء-بالمصطلحات المشابهة في مطلبين منفصلين.

وتكلمت في المبحث الثاني عن تاريخ تدوين القضاء المالكي وخصائصه، مبرزا مراحل تطور التأليف القضائي من مرحلة الوجود الواقعي إلى مرحلة الإحياء والتجديد في المطلب الأول، مع الوقوف على أبرز الخصائص الإجرائية والموضوعية والشخصية للقضاء المالكي والتي استنبطتها أثناء دراستي لهذا الموضوع من خلال المطلب الثاني.

ثم ختمت هذا الفصل بالمبحث الثالث الذي أفردته للكلام عن أركان القضاء وشروطه لما لها من علاقة وطيدة بالدعوى التي لا تخرج عن هذه الأركان في عمومها —المطلب الأول-، ثم ختمت الفصل بمطلب تحدثت فيه عن اختصاصات القاضي وأعوانه في تحقيق ذلك المقصد.

أما الفصل الثاني المعنون بـــــالإجراءات الأولية للتقاضي في الفقه المالكي، فقد قسمته إلى ثلاثة مباحث، استعرضت في الأول منها شروط الدعوى وأنواعها في مطلبين منفصلين.

وفي المبحث الثاني تناولت إجراءات رفع الدعوى وتبليغها، من خلال التطرق إلى كيفية رفع الدعوى، والتبليغ وإجراءاته في ثلاثة مطالب متوالية.

أما المبحث الثالث فقد خصصته بـــموضوع التوكيل في الدعوى، في مطلبين منفصلين درست في الأول منهما تعريف التوكيل في الخصومة ومشروعيته، وفي المطلب الثاني شروط التوكيل وحدوده.

أما الفصل الثالث والذي جاء تحت عنوان الإجراءات القضائية في مجلس القضاء، قسمته إلى مبحثين، تناولت في الأول منهما إدارة جلسات المحاكمة في الفقه المالكي، من خلال ثلاثة مطالب تمثلت في الإجراءات الأولى لسماع الدعوى في المجلس القضائي، وسؤال القاضي للمدعى عليه وموضوع الخُلطة على التوالي.

وفي المبحث الثاني تكلمت عن دفع الدعوى وإجراءات انتهائها، من خلال ثلاثة مطالب تناولت في الأول منها الدفع وشروطه، وفي الثاني أنواع الدفع وصوره، وفي الثالث إجراءات انتهاء الدعوى.

أما الفصل الرابع المعنون بـ وسائل الإثبات الحاسمة وإجراءاتها فخصصته للأدلة التي يبنى عليها الحكم القضائي مباشرة، والتي استلزمت أربعة مباحث مهمة، اهتم أولها بموضوع الإثبات وضماناته من خلال مطلبين تكلمت في الأول منهما عن الإثبات، تعريفه ومشروعيته وحدوده وفي الثاني عن ضمانات سماع وسائل الإثبات.

ثم تدرجت في بقية المباحث بدراسة وسائل الإثبات الحاسمة حيث خصصت المبحث الثاني بالكلام عن الإقرار وإجراءاته في مطلبين، تكلمت في الأول عن مشروعية الإقرار، أركانه وشروطه، وفي الثاني عن إجراءاته.

وخصصت المبحث الثالث بالشهادة وإجراءاتها من خلال مطلبين كذلك، تكلمت في الأول عن تعريف الشهادة، تعريفها حكمها وأقسامها، وفي الثاني تناولت إجراءاتها.

وتكلمت في المبحث الرابع عن البينة الخطية الرسمية وإجراءاتها في مطلبين، خصصت الأول منهما بتعريف البينة الخطية الرسمية وأنواعها وفي الثاني بالإجراءات المتعلقة بها.

أما الفصل الخامس من جهته فقد خصصته بوسائل الإثبات غير حاسمة وإجراءاتها، حيث قسمته إلى أربعة مباحث تناولت في الأول منها وسيلة اليمين وإجراءاتها في مطلبين تكلمت في الأول عن تعريف اليمين مشروعيتها وحكمها، وفي الثاني عن إجراءاتها في القضاء المالكي خاصة يمين الدفع.

وفي المبحث الثاني تكلمت عن يمين الإيجاب وإجراءاتها، حيث قسمته إلى ثلاثة مطالب تمثلت في النكول ويمين الطالب، واجراءاتهما ثم في الشاهد ويمين الطالب، واجراءاتهما ثم أيمان القسامة واللعان على التوالي.

وخصصت المبحث الثالث للبينة الخطية غير رسمية وإجراءاتها في مطلبين، تكلمت في الأول عن البينة الخطية غير رسمية وأنواعها وحكمها، وفي الثاني عن إجراءاتها في مجلس الحكم.

وتناولت في المبحث الرابع القرائن وإجراءاتها من خلال ثلاثة مطالب، حيث أفردت الأول منها بتعريف القرينة وأقسامها وحكمها، ثم بعض الوسائل الجزئية وعلاقتها بالقرائن، ثم إجراءات العمل بالقرائن على التوالي.

أما الفصل السادس المعنون بإجراءات الفصل في الدعوى القضائية قسمته إلى ثلاثة مباحث، خصصت الأول منه بالإجراءات القضائية عند تعارض الأدلة تساويها وغيابها والذي قسمته إلى مطلبين تكلمت في الأول منهما عن تعارض الأدلة وتساويها وفي الثاني عن منهج المالكية في رفع هذا التعارض.

وتكلمت في المبحث الثاني عن الحكم في القضية من خلال ثلاثة مطالب تناولت في الأول منها عن الحكم القضائي وأثاره، وفي الثاني عن الإجراءات القضائية عند الحكم على القضية، وفي الثالث عن طرق رفع النزاع دون صدور حكم القاضي.

أما المبحث الثالث المتعلق بإجراءات نقض الحكم وتنفيذه قسمته إلى ثلاثة مطالب هي الأخرى، حيث تناولت

في المطلب الأول استئناف الحكم القضائي، وفي الثاني نقض حكم القضائي تعريفه وحالاته وختمت الرسالة بمطلب بحثت فيه إجراءات نقض وتنفيذ الحكم القضائي.

الخاتمة: تحتوي أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذه الرسالة.

الصعوبات:

أما الصعوبات التي تلقيتها في إعداد هذه الرسالة، فيمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين:

صعوبات من حيث الموضوع:

1. سعة الموضوع وتشعبه وعدم انتظامه في كثير من النقاط والمراحل، مما ألزمني البحث والغوص في ثنايا كتب أئمتنا المالكية والتي أحيانا قد بحثت عن جزئيات أخذت مني اليوم واليومين، وأتذكر مرة عند اشتغالي على أحد المواضيع أني بحثت عن جزئية مهمة لم أجدها إلا بعد أن فتح الله تعالى علي بالاطلاع على مسألة فرعية مصادفة في النوادر والزيادات، بعد ثلاثة أيام متتاليات من البحث من الصباح إلى المساء والتي لم أكتب شيئا خلالها وكانت من أتعب الأيام، وهذا ليس قدحا في أسلوب أئمتنا رحمهم الله تعالى لأنهم قد نظموا كتبهم وفق متطلبات التأليف في عصورهم، وكما قيل رب ضارة نافعة فالمرء عندما يطالع كتبهم لا يأخذ فقها فقط بل يتعلم أساليبهم ومناهجهم في التفكير وكيفية طرح أفكارهم ومفرداتهم في التأليف وطرقهم في التقسيم بل حتى أدبهم في مناقشاتهم لبعضهم البعض فكانوا رحمهم الله تعالى خير صحبة لي خلال عمر هذه الرسالة.
2. طبيعة الموضوع من حيث أن أغلب ما كُتب حولَه هو ما نقل إلينا بين طيات كتب القضاء المالكي وما فيها من المسائل القديمة والتي لا تلائم لغة عصرنا.
3. صعوبة سد الفراغ في بعض الإجراءات التي لم أجد عند المالكية من يتصدر لها إلا آحادهم كالإمام سحنون.

صعوبات من حيث الأقوال الفقهية وتأصيلها:

1. صعوبة إيجاد التأصيل الفقهي للكثير من الضوابط والقواعد الفقهية التي أدرجتها في رسالتي، خاصة عند إيرادها في معرض الاستدلال للأقوال في كثير من المسائل المختلف فيها، فيحز في النفس الرغبة في فهم وجه استنباطها وفهم منطقها التقعيدي.
2. تعدد الأقوال الفقهية وكثرتها في بعض الإجراءات دون الوقوف على القول الراجح أو المشهور، ومرد ذلك في نظري إلى اختلاف أفهام علمائنا-رحمهم الله تعالى-في النصوص، وفي تقدير المصلحة الراجحة لكون إجراءات التقاضي في كثير منها هي إجراءات مصلحية، ووجدت أحيانا ترجيحات وتشهيرات مختلفة في المسألة الواحدة، مما دل على قوة الخلاف وأن ليست كل المسائل محسومة في المذهب.

الفصل الأول: مدخل تاريخي ومفاهيمي حول القضاء المالكي.

وفيه ثلاثة مباحث هي:

- **المبحث الأول: ماهية أصول الإجراءات القضائية في الفقه المالكي.**
- **المبحث الثاني: تاريخ تدوين القضاء المالكي وخصائصه.**
- **المبحث الثالث: أركان القضاء واختصاصات القاضي.**

تمهيـــــد:

يعد القضاء أحد وجوه عبقرية مذهب أهل المدينة في التعامل مع واقع الناس المعيش، لما تحتويه هذه المدرسة من خصـوصـيات وأصـول مميزة، تُرجمت في الجانب الموضـوعي والجانب الإجرائي للمنظومة القضـائية المالكية بل وحتى في سـيرورتها التاريخية، مما ألزمني في بداية هذه الأطروحة بضـرورة الوقوف على ماهية مفردات الرسـالة، وأركان القضـاء وشروطه لما لها من علاقة وطيدة بالدعوى التي لا تخرج عن هذه الأركان في عمومها لأن مهمة القاضي الأولى الفصل في الدعاوى المعروضـة عليه أصـالة، و كذا الاطلاع على الموضـوع من الزاوية التاريخية من خلال معرفة مراحل التأليف القضائي وأهم مؤلفات كل مرحلة، حتى يحصّل القارئ لهذه الرسالة تصورا عاما حول الموضوع قبل الغوص في التفاصيل الإجرائية في بقية الفصول الأخرى.

المبحث الأول: ماهية أصول الإجراءات القضائية في الفقه المالكي.

ضبط المفاهيم الأساسية التي ينبني عليها البحث خطوة ضرورية لاستقامة الطرح العلمي، ولما كان الموضوع متعلقا بالإجراءات القضائية في الفقه المالكي، فإن التمهيد لها يتطلب بيانا لمدلول المفاهيم المركزية: الأصول، الإجراءات والقضاء وفق السياق الفقهي القضائي، وهذا ما تناوله المطلب الأول.

ولأهمية مصطلح القضاء ومركزيته في الأطروحة، كان لابد من تمييزه عن غيره من المصطلحات الشرعية المشابهة: كالفتوى، التحكيم، الحسبة... لما لها من ترابط وتداخل في بعض الأحياء وهو ما لخصته في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: مصطلحات البحث.

الفرع الأول: تعريف الأصول.

أولا: تعريف الأصول لغة.

أصول: مفردها أصل وفي مقاييس اللغة: "الهمزة والصاد واللام، ثلاثة أصول متباعد بعضها من بعض، أحدها: أساس الشيء..."[1]، وفي تاج العروس: "الأصل: أسفل الشيء يقال: قعد في أصل الجبل، وأصل الحائط، وقلع أصل الشجر، ثم كثر حتى قيل: أصل كل شيء: ما يستند وجود ذلك الشيء إليه، فالأب أصل للولد، والنهر أصل للجدول"[2].

فالأصل لغة يستعمل في عدة استعمالات في كونه ما يبنى عليه غيره وعلى ما يستند وجود الشيء إليه وكذا ما كان أسفل الشيء وأساسه.

ثانيا: تعريف الأصول اصطلاح.

يطلق الأصل في الاصطلاح الشرعي على عدة معان منها[3]:

1. الرجحان: كقولهم الأصل عدم المجاز، أي الراجح في الكلام الحقيقة لا المجاز.

---

[1] ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د ط، 1399هـ -1979م، ج01، ص107.

[2] مرتضى الزَّبيدي أبو الفيض محمّد بن محمّد الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط، دت، ج27، ص447.

[3] القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، الناشر شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط01، 1393 هـ -1973م، ص15.

2. الدليل: كقولهم الأصل في وجوب الزكاة قوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾ البقرة [42] أي الدليل على وجوب الزكاة هذه الآية المذكورة.
3. المستصحب: مثل قولنا الأصل في الأشياء الإباحة أو الأصل براءة الذمة.
4. ما يقاس عليه: كالحنطة يقاس عليها الأرز في تحريم الربا.
5. القاعدة الكلية: مثل الأصل أن المفعول به منصوب.
6. يقصد به في أصول الفقه أدلته.

الفرع الثاني: تعريف الإجراءات.

مفردها إجراء ويأتي بمعنى[1]:

1. مصدر أجرى مثل إجراء القصاص أي تنفيذه.
2. تدبير أو الخطوة تتخذ لأمر ما:

أ. إجراءات احتياطية، تحفظية: تدبير وقائي، احتراز، اتقاء، حذر، حيطة.

ب. إجراءات وقائية، أمنية، إدارية، تجارية.

ج. إجراء مستعجل: لا يقبل التأجيل.

د. إجراءات تأديبية: مجموعة الأصول والأوضاع الواجبة الإتباع في التحقيق مع الموظف المتهم ومحاكمته تأديبيا.

هـ. إجراءات قانونية: تدبيرات قانونية تتعلق بأحكام شرعية كالبيع والشراء ونحوهما، توضع لحماية حقوق الأفراد القانونية.

والمعنى الثاني المتعلق بالتدبير والخطوة المتخذة لأمر ما هو المقصود في هذه الرسالة.

الفرع الثالث: تعريف القضاء.

أولا: تعريف القضاء لغة.

القضاء: "الحكم، وأصله قضاي لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت...قال أهل الحجاز القاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم لها، واستقضي فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس" [2]، ويأتي على معان

[1] أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط01، 1429هـ - 2008م، ج01، ص367.

[2] ابن منظور أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي جمال الدَّين الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، دار صادر –بيروت–لبنان ،ط03 ،

أخرى منها:

1. الأمر والإلزام، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِالْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾ الإسراء [23] [1]، ولذلك سمي الحاكم قاضيا لأن حكمه ملزم.
2. إحكام الأمر وإتقانه، قال الله تعالى: ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ ﴾ فصلت [11] أي أحكم خلقهن[2].
3. نيل الشيء وبلوغه، ومنه قولهم: "قضيت وطري" أي بلغته ونلته وقضيت الحاجة كذلك، ومنه جاء معنى الأداء كقولهم: قضيت الحج والدين أي أديته، قال تعالى: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ ﴾ البقرة [199]، أي أديتموها فالقضاء هنا بمعنى الأداء كما في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾ النساء [102]، أي أديتموها"[3].
4. البيان، كقوله تعالى: ﴿ مِن قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰٓ إِلَيْكَ وَحْيُهُۥ ﴾ طه [111]، أي يبين لك بيانه[4].
5. العمل، في قوله تعالى: ﴿ فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ﴾ طه [71]، أي فاعمل ما أنت عامل[5].
6. الوصية و العهد ومنه قولهم: قضى عليه عهدا أي أوصاه، وبه يفسر قوله تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ ﴾ الإسراء [4] أي عهدنا[6].
7. إنهاء الشيء وإنفاذه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ ﴾ الحجر [66]، أي أنهيناه إليه وأبلغناه

1414هـ ، ج15، ص186.

[1] الفارابي أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت– لبنان، ط04، 1407 هـ - 1987 م، ج6، ص2463.

[2] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج05، ص99.

[3] الفيومي، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الناشر: المكتبة العلمية – بيروت–لبنان، دط، دت، ج02، ص507.

[4] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج39، ص310.

[5] ابن منظور، لسان العرب، ج15، ص186.

[6] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس ج39، ص310.

ذلك، ومنه سميت المنية قضاء لأنه أمر نافذ في الخلق[1].

8. الإعلام، ومنه قوله تعالى:﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِي ٱلْكِتَٰبِ ﴾ الإسراء [4] ، أي أعلمناهم إعلاما قاطعا[2].

9. الإهلاك، قال تعالى:﴿ وَلَوْ أَنزَلْنَا مَلَكًا لَّقُضِيَ ٱلْأَمْرُ ثُمَّ لَا يُنظَرُونَ ﴾ الأنعام [9]، أي أتم إهلاكهم[3].

جاء في لسان العرب: "القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه. وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أداء أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي فقد قضي"[4].

ثانيا: تعريف القضاء اصطلاحا.

اختلف تعريف العلماء لمصطلح القضاء باختلاف نظرتهم، بين كونه سلطة أو صفة للقاضي، وبين كونه فعلا له.

1. **تعريف القضاء باعتباره صفة للقاضي:**

عرفة ابن عرفة –رحمه الله-: **"صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين"**[5].

أ. **شرح التعريف[6]:**

صفة حكمية: تطلق الصفة على المعنى القائم بالموصوف وهي على أقسام:

حسية: ما يدرك بالحواس كالطعام الحلو، والثوب الأسود...

عقلية: ما يدرك بالعقل كالعلم والقدرة...

تقديرية: ليست حسية ولا عقلية، لكنها حالة تدرك بالتقدير إذا وجدت ترتب عليها حكم ،كالحدث إذا وجد ترتب

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس ، ج39، ص310./ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج05، ص99.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج15، ص187.

[3] أبو منصور الهروي محمد بن أحمد بن الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي – بيروت- لبنان، ط01، 2001م، ج9، ص169.

[4] ابن منظور، المصدر السابق، ج15، ص186.

[5] الرصاع أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المالكي، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية –شرح حدود ابن عرفة –، المكتبة العلمية، ط01، 1350هـ، ص433.

[6] الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة، ص13، 434-435./ النفراوي شهاب الدَّين أحمد بن غانم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، دط ، 1415هـ - 1995م، ج02، ص219.

عليه منع الصلاة، وإذا ذهب ووجد ضده ترتب عليه إباحة الصلاة، كالإفلاس والأهلية... وهي المراد في التعريف لقوله حكمي فيخرج بها المعنى الحسي كالسواد والبياض والمعنى العقلي كالعلم والقدرة وغير ذلك.

توجب لموصوفها وجود هذه الصفة الحكمية هو سبب لإمضاء وتطبيق الحكم الصادر عمن اتصف بها، ويراد بـ: **حكمه الشرعي**: يطلق الحكم الشرعي على معنى خطاب الله المتعلق بأحكام المكلفين... ويطلق على إلزام القاضي هنا أمرا شرعيا للخصم وهذا المعنى هو المراد هنا لإضافته –الضمير الغائب–إلى الموصوف وهو القاضي، وتقييد الحكم بالشرعي يخرج بذلك غيره من الأحكام غير الشرعية، من العقلية واللغوية...

نفوذ حكمه الشرعي: أخرج به المفتي والعوام لعدم توفر تلك الصفة الحكمية فيهما.

ولو بتعديل أو تجريح: معناه أن القضاء نافذ في كل شيء حتى في التعديل والتجريح.

وأخرج بقوله: **لا في عموم مصالح المسلمين** الإمامة العظمى، لأن القاضي ليس له قسمة الغنائم، ولا تفريق أموال بيت المال، ولا ترتيب الجيوش، ولا قتل البغاة، ولا الإقطاعات، وإنما هذه للإمام الأعظم الذي هو السلطان أو نائبه المأذون له في ذلك.

ويخرج التحكيم لأن حكم القاضي ملزم وعام استمد سلطته ممن ولاه بخلاف التحكيم ليست له صفة الالزام كالقاضي إلا برضا أطراف التحكيم بخلاف القضاء فلا يشترط رضاهم، وكذا ولاية الشرطة[1].

نقد التعريف:

لم يظهر وجه خروج التحكيم من التعريف، لأن المحَكَّم له صفة حكمية توجب له نفوذ حكمه الشرعي بكل شيء –الأموال وما يتعلق بها–حكم به صوابا كالقاضي [2]، أما القاضي فله صفة حكمية قائمة وملازمة لصاحبها لكونه قاضيا من أول لحظة تولى فيها إلى آخر عهده بالقضاء، وتوجب له نفوذ الفصل في الدعاوى وإن لم تعرض عليه قضية، بخلاف المحَكَّم فإن صفته الحكمية طارئة وناشئة من رضا المحكمين ولها صفة الالزام فيما سيحكم فيه عليهم فقط ولا يتعدى إلى غيرهم[3].

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص435.

[2] الحطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط03، 1412هـ - 1992م، ج06، ص86،87.

[3] التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج01، ص30./ الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د ط، د ت، ج4، ص187.

ب. خصائص اعتباره صفة للقاضي[1]:

- القضاء ولاية شرعية، وسلطة قائمة بذاتها ومنصب معلوم ضمن ولايات الدولة وسلطاتها.
- القضاء ولاية آتية من الإمام – الحاكم-إذ أنه من يولي القضاة للقيام بهذه الوظيفة الشرعية وهم نواب عنه في ذاك.
- أن هذه الولاية تجعل للمولى سلطة إصدار الحكم القضائي وإنفاذه بكل ما يتعلق بالفصل في النزاعات القائمة بما في ذلك ما يحتاجه للفصل من تجريح بينة وتعديلها.

2. تعريف القضاء باعتباره فعلا للقاضي:

قال ابن رشد الجد[2]وتبعه ابن فرحون:**''القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام''**[3]

وعرِّف بـ: **''الإعلام على وجه الإلزام''**[4].

وعرفه آخرون أنه: **''الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة''**[5].

أ. نقد التعريف:

يؤخذ على التعريف الأول: "أن لفظ الإخبار يوهم أن المقصود به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء وليس ذلك بمراد وإنما المراد به أمر القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام"[6].

أن التعريف عام يشمل حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين، وحكم المحكم في التحكيم، وغيرهم من أصحاب الولايات كالولاة والمحتسبين إن حكموا بالوجه الشرعي[7].

يؤخذ على التعريف الثاني: إضافة إلى ما يأخذ على التعريف السابق، ولم يحدد مضمون الإعلام هل هو حكم

---

[1] سعيد فكره، حجية الحكم القضائي –دراسة مقانة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي-أطروحة دكتوراه-، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة – الجزائر-، 1428هـ-1429هـ/2007م-2008م، ص30.

[2]أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي :الإمام العالم المحقق قاضي الجماعة، تفقه بابن رزق وغيره، أخذ عنه ابنه أحمد والقاضي عياض وغيرهم، ألف البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، المقدمات لأوائل كتب المدونة، اختصار الكتب المبسوطة من تأليف يحيى بن إسحاق بن يحيى بن يحيى وتهذيبه لكتب الطحاوي في مشكل الآثار وغيرها كثير، توفي في ذي القعدة سنة 520هـ.محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج01، ص190.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص11./الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص86.

[4] الصاوي، حاشية الصاوي، ج4، ص187.

[5]ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص11.

[6] الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص86.

[7] المصدر نفسه، ج6، ص86.

شرعي، عقلي...

يؤخذ على التعريف الثالث: أنه غير مانع فيشـــمل الإفتاء والتدريس والحكم، كما أنه لا يشـــمل ما يحكم به بواسطة الإجماع والقياس والمصالح...[1] وهو تعريف للخلافة أكثر منه في القضاء.

ب. خصائص اعتباره فعلا للقاضي – وظيفة القاضي–:

- المهمة الأساسية للقاضي هي فصل الخصومات والمنازعات، وعليه فالأعمال القضائية البحتة المرتبطة بالخلاف والخصومة هي الوظيفة الأساسية للقضاء، أما ما خرج عنها من الأعمال الإدارية وغيرها من المناصب ليست من صميم القضاء، وإنما تقلدها بعض القضاة تاريخيا من باب التوسيع في صلاحياتهم[2].
- "القضاء لا يعدو أن يكون إخبارا عن حكم شرعي سواء كان ثابتا بنص صريح... أم كان حكما شرعيا ثابتا باجتهاد صحيح، تكون مهمة القاضي فيه الاهتداء بنصوص الشريعة وقواعدها لمعرفة حكم الواقعة بقياس أو استحسان أو غيره...وعليه فكل قضاء خارج عن كونه إخبارا عن حكم شرعي فهو في حكم العدم "[3]بناء على قاعدة " المعدوم شرعا كالمعدوم حسا "[4].
- الحكم القضائي ملزم بخلاف الفتوى لأن القاضي يستمد سلطة الإلزام من الحاكم لأنه نائب عنه في هذا الباب[5].

3. الفـــرق بين الاعتبارين:

أ. من رأى أن القضاء هو صفة للقاضي رأى أن للقاضي معنى أوجب له نفوذ حكمه وإن لم تعرض عليه قضية، لأن له معنى حكمي اختص به عن غيره، بخلاف من رأى أنه فعل للقاضي فيلزم منه إعطاء القاضي وصف القضاء عند ممارسته للقضاء وعرض قضية عليه، بينما لا تكون له هذه الصفة ان لم ترفع اليه أية دعوى[6]، لذا باعتبار ما

---

[1] محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار عالم الكتب –الرياض–المملكة العربية السعودية، دط، 1423هـ-2003م، ص25

[2] ابن خلدون أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد الحضرمي الإشبيلي، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، تحقيق خليل شحادة، دار الفكر –بيروت–لبنان، ط02، 1408هـ -1988م، ج01، ص275.

[3] مراد كاملي، حجية الحكم القضائي –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي–رسالة دكتوراه–، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر –باتنة– الجزائر، 1428هـ-1429هـ، 2007م-2008م، ص29.

[4] المنجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، دط، دت، ج01، ص113.

[5] مراد كاملي، المصدر السابق، ص29.

[6] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص433.

يصدر عنه فحكمه نافذ لمجرد أنه قاضي، أما من قال إنه فعل للقاضي قال أن حكمه نافذ عند نظره في القضية.

ب. من رأى أن القضاء هو صفة للقاضي فهو يرى أن القضاء مستمر ومرتبط بالقائم به مادام في ولايته، أما من رأى أنه فعل للقاضي فهو يرى أن القضاء فعل مؤقت متعلق بوجود النزاع فقط، لذا باعتبار تلبسه بالصفة الحكمية من قال هو صفة للقاضي قال أنها صفة متلبس بها لمجرد توليه، أما من قال أنها فعل له قال هو متلبس بها عند مباشرته للنزاع.

ج. من رأى أن القضاء هو صفة للقاضي ركز على القائم بالقضاء وأبرز قيمته وصلاحياته، ومن رأى أنه فعل للقاضي ركز على الحكم الصادر عن القاضي ومدى إلزاميته.

المقصود بأصول الإجراءات القضائية:

الذي توصلت إليه واعتمدته في هذه الأطروحة أن المقصود بأصول الإجراءات القضائية:

مجموعة القواعد الناظمة لمراحل الدعوى، بداية من رفعها إلى الجهة المؤهَّلة حتى صـــدور الحكم فيها وتنفيذه.

القواعد الناظمة: اقصـد بها كل ما ينظم ويضـبط مراحل –خطوات– التداعي فهي الأسـس التي يجب احترامها حتى تكون المراحل شرعية ومقبولة.

لمراحل الدعوى: للدعوى مراحل تمر بها: رفع الدعوى، مجلس الحكم والنظر فيها، تداعي الخصوم وبيناتهم، نظر القاضي في البينات والحكم فيها، الاســتئناف ثم الحكم النهائي والتنفيذ، ولكل مرحلة من هات المراحل إلا ولها إجراءات وخطوات تنظمها تعتبر الأسـس –القواعد–التي لو احترمت كان الدعوى شـرعية تترتب عليها آثارها وتنفذ على أرض الواقع.

بداية من رفعها: بصفتها الخطوة الأولى.

إلى الجهة المؤهَّلة: وهي المحكمة المختصة أو المحكَّم فهو جهة مؤهلة للتقاضي لديها كذلك.

حتى صـدور الحكم فيها وتنفيذه: بصـفته الخطوة الأخيرة وثمرة التقاضـي العلمية، إما بقبول الحكم الابتدائي، أو القبول بالحكم النهائي عند الاسـتئناف، الصـلح، اسـقاط الدعوى، التوقف عند العجز عن الفصـل في القضـية، ثم تنفيذ ما توصـل إليه القاضـي باعتباره ثمرة التقاضـي الملموسـة على الأرض الواقع، ولم أجعل مرحلة التنفيذ مسـتقلة في التعريف للخلاف داخل المذهب، هل التنفيذ من صلاحيات القاضي أم ولي الأمر؟

المطلب الثاني: المصطلحات مشابهة.

الفرع الأول: الفتوى.

أولا: تعريف الفتوى.

1. تعريف الفتوى لغة.

الفتوى: "هي اسم من أفتى العالم إذا بين الحكم واستفتيته سألته أن يفتي ويقال أصله من الفتي وهو الشاب القوي والجمع الفتاوي بكسر الواو على الأصل وقيل يجوز الفتح للتخفيف"[1].

تأتي بمعنى "الإبانة والتعبير، يقال: أفتاه في الأمر: أبانه له، ويقال: أفتيت فلانا رؤيا رآها إذا عبرتها، وبمعنى الإجابة: أفتيته في مسألته إذا أجبته عنها، والفتيا تبيين المشكل من الأحكام، وأفتى المفتي إذا أحدث حكما"[2].

فمدار الفتوى حول معنى الحكم وبيان المشكل وتفسيره وتوضيحه.

2. تعريف الفتوى اصطلاحا.

الفتوى هي:"**الإخبار بحكم الشرع لا على وجه الإلزام**"[3]، فخرج بالقيد الأخير القضاء لأن حكمه ملزم.

ثانيا: الفرق بين القضاء والفتوى.

1. أوجه الاتفاق:

أ. يتفقان في كونهما مظهران للحكم الشرعي في الواقعة[4].

ب. كلاهما مبني على إعمال النظر في الأمور الجزئية، وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف وتمييز ما يجب اعتباره منها مع ربط الحكم الشرعي بها ويلغي مالا يجب اعتباره[5].

2. أوجه الاختلاف:

أ. الحكم القضائي إنشاء لأمر لازم لم يكن موجودا قبل صدوره بين المتخاصمين بخلاف الفتوى فهي إخبار عن حكم

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج02، ص462.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج15، ص147.

[3] محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، دن، ط01، 1996م، ص177.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص34.

[5] ابن عرفة أبو عبد الله محمد بن محمد، المختصر الفقهي، تحقيق: د.حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط01، 1435 هـ -2014 م، ج09، ص92.

شـرعي إن صـدرت من مفتي مجتهد أو نقل لاجتهاد الإمام في الواقعة إن صـدرت من مفتي مقلد[1]، لذلك قالوا: "الفتيا إخبار عن حكم الله عز وجل فهو كالمترجم، والحكم إنشاء له فهو كالنائب "[2].

ب. الحكم القضائي ملزم للخصوم واقعا وديانة، بخلاف الفتوى لا إلزام فيها للمستفتي ولا لغيره إلا من باب الدِّيانة.

ج. إذا دعا الطالب المطلوب للمثول أمام القاضـي وجبت عليه التلبية واجبر على ذلك إن أبى، بخلاف الفتوى ليس على المطلوب القدوم إلى المفتي[3].

د. الحكم القضـائي يتعلق بآحاد الناس فلا يلزم سـوى أصـحاب الخصـومة، بخلاف الفتوى فهي عامة لا تتعلق بآحاد الناس تنسحب على السائل وغيره.

هـ. القضـاء لا يدخل في العبادات فما يصـدر عن القاضـي في أحكام العبادات يعتبر فتوى كأن يحكم ببطلان الصـلاة فيخرج حكمه مخرج الفتوى فلا تُلزم من حكم له، بخلاف الفتوى فتشمل العبادات والمعاملات[4].

و. طريق القاضي والمفتي في الوصـول للحكم الشـرعي وان اشـتركتا في ربط الحكم بالأوصـاف المعتبرة وإلغاء الأوصـاف غير معتبرة فإن القاضـي يبني حكمه على أدلة الخصـوم والحجاج بخلاف المفتي الذي يعتمد على النظر في الأدلة الشرعية لاستنباط الحكم الشرعي[5].

ز. القضـاء مبني على زيادة الفطنة والحذر في التعامل مع الخصـوم لأن العادة فيهم حرصـهم على تحصيل الدعوى وبذل الوسع لذلك من إخفاء ما يضر مواقفهم واتخاذ سبل الحجاج بما لا يخطر على فقيه، بخلاف الفتوى فإن المفتي عادة يأتي طالبا للحكم الشرعي مخبرا عن واقعته دون إخفاء أي تفصيل قد يسأله عنه المفتي[6].

ح. حكم القاضي يرفع الخلاف بخلاف الفتوى[7].

---

[1] القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، -بيروت – لبنان، ط02، 1416هـ - 1995م، ص43.

[2] المقري، أبو عبد الله محمد بن أحمد، قواعد الفقه، تحقيق: د محمد الدردابي، دار ابن حزم بيروت –لبنان-، ط01، 2014م، ص511.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت-، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل – الكويت- وآخرون، ط02، 1404هـ - 1427 هـ، ج32، ص21.

[4] القرافي، الفروق، ج4، ص48.

[5] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص44.

[6] الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص87.

[7] محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في الفقه المالكي، ص187.

ط. الفتوى تصح من كل من له علم سواء كان حرا أم عبدا، رجلا أم امرأة...بخلاف القضاء فهو على نطاق أضيق فلا يصح من العبد ولا من المرأة... [1].

الفرع الثاني: التحكيم.

أولا: تعريف التحكيم.

1. تعريف التحكيم لغة.

من حكم، الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع... والحكمة هذا قياسها، لأنها تمنع من الجهل...وحكم فلان في كذا، إذا جعل أمره إليه، و**الْمُحَكَّمُ**: المجرب المنسوب إلى الحكمة[2].

"و**حَكَّمَهُ** في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى، المخاصمة إلى الحاكم"[3]، "و**حَكَّمْتُ** الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه"[4].

التحكيم مداره حول المخاصمة لدى المحَّكم وتفويض فصلها إليه.

2. تعريف التحكيم اصطلاحا.

التحكيم اصطلاحا –عرفته بـ-: **تولية القاضي أو الخصمين حكما يحكم بينهما.**

أي أن يفوض القاضي أو الخصمان رجلا يثقان بعلمه وقدرته على النظر في خصومتهما فما حكم به التزما به.

ثانيا: الفرق بين القضاء والتحكيم.

1. أوجه الاتفاق:

أ. كل منهما وسيلة لفض النزاع وتحديد صاحب الحق.

ب. الحكم الصادر عن كليهما ملزم للخصوم[5].

---

[1] المصدر نفسه، ص 186.

[2] ابن فارس، مقاييس اللغة، ج2، ص91.

[3] الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان، ط05، 1420هـ / 1999م، ص78.

[4] الفيومي، المصباح المنير ج01، ص145.

[5] ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط01، 1428 هـ -2007 م، ج02، ص258.

ج. الحكم الصـــادر عن كليهما رافع للخلاف عملا بقاعدتي: " حكم المحكم يرفع الخلاف "[1]، "حكم الحاكم يرفع الخلاف"[2].

2. أوجه الاختلاف:

أ. القضاء هو الوسيلة الأصلية لفض النزاع والتحكيم فرع عنه[3].

ب. نطاق الســلطة: للقاضــي ســلطة عامة في ولايته فلا يخرج عن ســلطته أحد فكل من في ولايته يجوز رفع أمره إلى القاضي، بخلاف المحكم فولايته خاصة لا تتعدى إلى غير الخصمين[4].

ج. الصلاحيات: للقاضي سلطة عامة للنظر في القضايا وقد يضيقها الحاكم وفق المصلحة في اختصاص معين، بخلاف المحكم الذي لا يمكنه النظر في عديد القضـايا ابتداء، لتعلقها بحقوق غير الخصـمين كحق الله تعالى وحق العبد وهي الحدود، القتل، اللعان، النسب، الطلاق، العتق[5].

د. دوام السـلطة: للقاضـي سـلطة إصـدار أحكام إلزامية مسـتمرة متعلقة مادام في زمن ونطاق ولايته، بخلاف المحكم فسلطته مؤقتة تتعلق بزمن النظر في خصومة محكميه فقط[6].

هـ. لا يشترط رضا الخصمين بالقاضي حتى ينظر في أمرهما بخلاف المحكم فلا تنعقد ولايته إلا برضاهما.

و. يســتمد القاضــي ســلطتهم ممن ولاه بخلاف المحكَّم يســتمدها من الخصــوم أو من القاضــي الذي وكله النظر في الخصومة[7].

---

[1] الصاوي، حاشية الصاوي، ج4، ص200.

[2] الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت، ج4، ص147.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الكويتية، ج10، ص234.

[4] المصدر نفسه، ج10، ص234.

[5] اللخمي أبو الحسن علي بن محمد الربعي، التبصرة، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط01، 1432 هـ - 2011 م، ج11، ص 5338-5339./ محمد محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، مكتبة المنهاج –جدة– المملكة العربية السعودية، ط03، 1416هـ-1996م، ص36.

[6] محمد محمد بن عامر، المصدر نفسه، ص35.

[7] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص135.

الفرع الثالث: الحسبة.

أولا: تعريف الحسبة.

1. تعريف الحسبة لغة.

"الْحِسْبَةُ واحتسبت بالشيء اعتددت به، قال الأصمعي وفلان حسن الحسبة في الأمر أي حسن التدبير والنظر فيه...واحتسب الأجر على الله –أي–ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا"[1].

2. تعريف الحسبة اصطلاحا.

الحسبة اصطلاحا: **"الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله"**[2].

ثانيا: الفرق بين القضاء والحسبة.

1. أوجه الاتفاق.

أ. يتفقان في أن كل من القاضي والمحتسِب ينظران في الدعاوى المتعلقة بالمنكر الظاهر: التدليس في البيع، مطل المدين القادر على الوفاء، تطفيف الكيل والميزان... [3].

ب. يتفقان في إلزامهما للمدعى عليه بالخروج عن الحق الذي عليه حالا، لأن تأجيل ذلك يعد من المنكر الذي قد نصبا لإزالته[4].

2. أوجه الاختلاف.

أ. نظر المحتسِب في الحقوق المعترف بها المتعلقة بالمنكر الظاهر، أما الحقوق التي تحتاج إلى سماع للبينات والتدافع فهي من اختصاصات القاضي[5].

ب. على المحتسِب إظهار الغلظة في منع المنكر وإحقاق الحق، بخلاف القاضي عليه إظهار الوقار وطمأنة الخصوم على عدله لأنه وجد للإنصاف، إلا في حالات كردع المسيء في مجلس الحكم[6].

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص135.

[2] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية، ص64.

[3] القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي- بيروت- لبنان، ط01، 1994م، ج10، ص48.

[4] المصدر نفسه، ج10، ص48.

[5] سعاد أوهاب، المصدر السابق، ص64

[6] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الكويتية، ج33، ص284.

ج. للمحتسب النظر في قضايا إحقاق الحق وإبطال الباطل ولو لم يرفعها إليه المدعي[1].

د. للمحتسب حماية وسلطة في اختصاصه أعلى ممَّا لدى القاضي لأن منصبه مختص بمنع المنكر والتعرض لأهله[2].

الفرع الرابع: المظالم.

أولا: تعريف المظالم.

1. تعريف المظالم لغة: من الظلم "وهو وضع الشيء في غير موضعه... والظُّلَامَةُ، الظَّلِيمَةُ، الْمَظْلَمَةُ: ما تطلبه عند الظالم وهو اسم ما أخذه منك، وتظلم منه أي اشتكى ظلمه، وتظالم القوم، وظلمه تظليما نسبه إلى الظلم"[3].

2. تعريف المظالم اصطلاحا:

ولاية المظالم: **"قود المتظالِمِين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنزعين عن التجاحد بالهيبة"**[4].

ثانيا: الفرق بين القضاء وولاية المظالم.

1. أوجه الاتفاق:

أ. كلاهما يهدف إلى الفصل في الخصومة وإحقاق الحق.

ب. كلاهما جزء من التنظيم القضائي العام الذي يقسم بين القضاء العام وولاية الحسبة وولاية المظالم[5].

2. أوجه الاختلاف:

أ. ولاية المظالم أعلى درجة من القضاء العادي، لأنها جامعة لسطوة السلطان وانصاف القضاء، ولأنها موضوعة لما عجز عنه القاضي العادي[6].

ب. القضاء العادي ينظر في قضايا الرعية فيما بينهم، أما ولاية المظالم تنظر في القضايا المرفوعة ضد المسؤولين وأصحاب النفوذ من العامة وعمال الدولة، إضافة إلى مهام التفتيش ومهام تشريعية واستشارية كالنظر في قرارات الحاكم المخالفة للشرع[7].

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج10، ص48.

[2] المصدر نفسه، ج10، ص48.

[3] الرازي، مختار الصحاح، ص197.

[4] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الكويتية، ج33، ص284.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص62.

[6] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المصدر السابق، ج33، ص284.

[7] سعاد أوهاب، المصدر السابق، ص63، 64.

المبحث الثاني: تاريخ تدوين القضاء المالكي وخصائصه.

التدوين القضائي في المذهب المالكي هو مظهر من مظاهر تطور المذهب ونضجه عبر العصور، إذ لم يقتصر علماؤنا –رحمهم الله تعالى–على التنظير الفقهي العام بل انخرطوا في بناء منظومة قضائية مكتوبة تعكس الجانب العملي لاجتهاداتهم القضائية، ومن هنا جاء هذا المبحث لتتبع السيرورة التاريخية للتدوين القضائي عندنا، منذ النشأة على يد الإمام مالك –رحمه الله تعالى–مرورا بمراحل ازدهاره، تقهقره، ضعفه ثم محاولة احيائه وتجديد الروح فيه–المطلب الأول–.

كما تكلمت –من خلال المطلب الثاني–عن الخصائص التي تميّز بها القضاء المالكي من حيث بنيته الإجرائية ومضامينه العلمية، وكذا السمات الشخصية للقاضي الذي بنى هذا الصرح العظيم، خاصة في بيئة الغرب الإسلامي التي ساهمت في بلورة هوية قضائية مالكية لها طابع مستقل ومنسجم بخلاف ما في المشرق.

المطلب الأول: تاريخ التدوين في القضاء المالكي.

الفرع الأول: دور الوجود الواقعي وبداية التأليف، مالك–تلاميذ تلامذته، ق2هـ–ق4 هـ.

أولا: الإمام مالك: كانت الصناعة القضائية صناعة شفهية منذ بداية الحضارة الإسلامية في أغلبها، وكانت تابعة للفقه ملازمة له، ومع بداية ظهور المدارس الفقهية وتمايز المذاهب بدأت ملامح التأليف القضائي عندنا مع الإمام مالك 179هـ–رحمه الله تعالى–الذي يرجع إليه الفضل في وضع اللبنة الأولى من خلال صورتين:

الصورة الأولى: تأليفه لكتاب الموطأ حيث مثل عصارة علم أهل المدينة ومن ذلك نظرتهم للقضاء، فتناول الكتاب في طياته عديد الأحكام خاصة في باب الأقضية ومرورا بباب الرجم، الأشربة، السرقة، القسامة،...أين تكلم عن مسائل وضعت معالم القضاء المالكي كالخلطة، القضاء باليمين مع الشاهد، النُّكول واليمين، شهادة النساء، شهادة الصبيان، تغليظ اليمين، القرائن في كلامه عن القائف[1] ومسائل أخرى عديدة مبثوثة في أبواب المعاملات كباب النكاح، الطلاق وغيرهما، فبين مالك في كثير منها أن مستنده العمل المدني، والخلاصة أن أحكام القضاء وإجراءاته كانت منضوية تحت الأبواب الفقهية وكانت عامة ومختصرة، بالمقارنة مع ما ستأتي به التآليف اللاحقة.

الصورة الثانية: الوجه الثاني من التأليف زمن مالك هي مراسلاته مع تلامذته من القضاة، ذلك أن بعض من أخذ عنه العلم صار قاضيا ببلاده منهم:

[1] مالك، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية – أبو ظبي – الإمارات،ط01، 1425 هـ - 2004 م، ج04، ص1044-1301.

1. أبو أيوب سليمان بن بلال 176هـ[1] تولى قضاء بغداد عند العباسيين.
2. أبو محمد عبد الله بن فروخ الفارسي 176هـ[2] تولى قضاء القيروان وكانت له مراسلات مع مالك، ومع بهلول بن راشد وابن غانم[3].
3. سعيد بن عبدوس 180هـ[4] تولى قضاء طليطلة.
4. عرض القضاء على علي بن زياد التونسي 183هـ[5] وكان من تلامذة مالك ورفض[6].
5. عبد الله بن عمر بن غانم 190هـ وقيل 196هـ[7] تولى قضاء القيروان ولما بلغ ذلك مالك سر به، وكان يرسل

[1] أبو أيوب سليمان بن بلال: قاضي بغداد الفقيه الثقة الأمين الثبت، سمع يحي بن سعيد وزيد بن أسلم وعبد الله بن دينار روى عن مالك وكان من أجل أصحابه وأخصهم به روى عنه ابن إدريس وابن وهب وأشهب وابن القاسم، وخرج له البخاري ومسلم، توفي ببغداد وصلى عليه الرشيد سنة 176 هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص87.

[2] أبو محمد عبد الله بن فروخ الفارسي: فقيه القيروان الإمام المحدث الثقة الأمين الجامع بين العلم والورع والقيام بالحق، رحل للمشرق ولقي أعلاما كالثوري ومالك وأبي حنيفة وسمع منهم وتفقه بهم وناظر زفر بمجلس أبي حنيفة فغلبه، وكان اعتماده في الفقه والحديث على مالك ثم رجع إلى القيروان وانتفع به خلائق، روى عنه مسلم وغيره تولى قضاء القيروان مكرهاً ثم أعفى منه وشاوره القاضي ابن غانم وامتنع، رحل للمشرق ثانياً وتوفي بمصر منصرفه من الحج سنة 176 هـ. المصدر نفسه، ج01، ص91.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص91.

[4] سعيد بن عبدوس من أهل طليطلة يعرف بالجدي مصغرا، لقي مالكا فسمع منه الموطأ وكان مفتي بلده في وقته، وسمع منه، توفي سنة 180هـ من كتاب ابن الفرضي، وقال ابن حارث: ذكر لي إسحاق بن إبراهيم، أنه كان من أهل الفقه والعلم، وكان مفتي البلد، وولي قضاء طليطلة. عياض، ترتيب المدارك، ج03، ص113.

[5] أبو الحسن علي بن زياد التونسي العبسي ثقة مأمون خيار متعبد بارع في الفقه سمع من مالك والثوري والليث بن سعد وغيرهم لم يكن بعصره بإفريقية مثله، سمع منه البهلول بن راشد وأسد بن الفرات وسحنون وغيرهم، روى عن مالك الموطأ وكتبا وهي بيوع: ونكاح وطلاق سماعه من مالك الثلاثة...وكان أهل العلم بالقيروان إذا اختلفوا في مسألة كتبوا بها إلى علي بن زياد ليعلمهم بالصواب وكان خير أهل إفريقية في الضبط للعلم، وقال سحنون: لو كان لعلي بن زياد من الطلب ما للمصريين ما فاته منهم أحد وما عاشره منهم أحد، توفي سنة 183هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص92.

[6] أبو العرب، محمد بن أحمد التميمي، طبقات علماء إفريقية، وكتاب طبقات علماء تونس، دار الكتاب اللبناني، بيروت – لبنان–، دط، دت، ص252.

[7] أبو محمَّد عبد الله بن عمر بن غانم الرُّعَيْني القيرواني: قاضي إفريقية وفقيهها المشهور بالعلم والصلاح الثقة الأمين، روى عن مالك ووقع ذكره في المدونة وسمع من عبد الرحمن بن أنعم والثوري، ولاه القضاء روح بن حاتم في رجب سنة 172 هـ ولما بلغت مالكا ولايته سر بها، ولم يزل ابن غانم على القضاء إلى أن توفي سنة 190 هـ، وقيل 196هـ محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص92./ عياض، ترتيب المدارك،، ج03، ص66-78.

إليه بنوازل الخصوم[1].

6. محمد بن عمر الواقدي 207هـ[2] تولى قضاء بغداد.

ثانيا: تلامذة الإمام مالك: انتشر تلامذة مالك وساروا على هديه ونهجه في التعامل مع أحكام القضاء لارتباط عهدهم بعصر مالك، فلم يحدث في زمانهم ذلك التغيير الكبير رغم تولي الكثير منهم لخطة القضاء في العراق، القيروان، خاصة الأندلس أين تزعم يحي بن يحي الليثي المذهب وكانت له من الهيبة والوقار والكلمة المسموعة ما جعل هشام بن عبد الرحمان الداخل 180هـ، لا يولي قاضيا إلا بمشورته وموافقته بل وإن طلب عزل أحدهم عزل مباشرة مما وطد البلاد لمالك خير توطيد[3].

لكنهم –رحمهم الله تعالى– أقبلوا على التأليف الفقهي بما يتناسب مع مرحلتهم في سيرورة تطور المذهب، فظهرت كتب السماع حيث بادر الكثير منهم في تقييد ما سمعوه ووعوه عن شيخهم في مختلف الأبواب الفقهية، بما فيها الأقضية فتناولوا تفاصيل عملية لم يرد كثير منها في الموطأ، ومن هذه الكتب: سماع ابن القاسم 191هـ[4]في 20 كتابا، سماع ابن وهب197هـ[5].

---

[1] عياض، ترتيب المدارك، ج03، ص66.

[2] أبو عبد الله محمد بن عمر الواقدي، الأسلمي، المدني، القاضي، له علم واسع ومعروف بالكرم تولى القضاء للرشيد وابنه المأمون في الجانب الشرقي من بغداد، إلا أنه متروك الحديث، مات سنة 207هـ. المصدر نفسه، ج02، ص193.

[3] تقي الدين طيايبة، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي في العصر الوسيط–أطروحة دكتوراه–، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 01 –الحاج لخضر –1440هـ–1441هـ/2019م–2020م، ص194./ شكري يوسف حسين أحمد، القضاء في الاندلس من عصر الامارة إلى نهاية عهد الخلافة، دط، دت، ص48.

[4] أبو عبد الله، عبد الرحمان بن القاسم بن خالد ابن جنادة، كان رجلا صالحا مقلا صابرا، وانفرد بمالك مع طول صحبته له لعشرين سنة، ولم يخلط به غيره إلا في شيء يسير، وكان فيما رواه عن مالك متقنا حسن الضبط وسمع منه الموطأ، روى عنه أصبغ وسحنون وعيسى بن دينار، والحارث ابن مسكين وعيسى بن تليد ويحي ابن يحي الأندلسي وغيرهم، توفي بمصر ليلة الجمعة لتسع خلون من صفر سنة 191هـ. بعد قدومه من مكة بثلاثة أيام. وقيل 196هـ وقيل 192هـ. عياض، ترتيب المدارك، ج03، ص244–260.

[5] أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي الإمام الجامع بين الفقه والحديث أثبت الناس في الإمام مالك الحافظ الحجة، روى عن أربعمائة عالم، منهم الليث وابن أبي ذئب والسفيانان...ومالك وبه تفقه، صحبه عشرين سنة، له تآليف حسنة عظيمة منها سماعه من مالك وموطأه الكبير وموطأه الصغير وجامعه الكبير والمجالسات وغير ذلك، روى عنه سحنون وابن عبد الحكم وأبو مصعب الزهري وابن مسكين وأصبغ وآخرون، خرج عنه البخاري وغيره، مولده في ذي القعدة سنة 125م ومات بمصر في شعبان سنة 197هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص89.

سماع أشـــهب140هـ[1]، سماع ابن الماجشـــون[2]، سماع زياد بن عبد الرحمان المعروف بشـــبطون 199هـ[3]، وهو من الأندلسيين[4].

ثالثا: تلامذة تلاميذ الإمام مالك، وبوادر التأليف.

في هذه الفترة ســـيطر المالكية على الحياة القضـــائية في الغرب الإســـلامي بشـــقيه القيرواني بزعامة ســـحنون 240هـ[5]، الذي تولى القضـــاء وعين كبار مالكية القيروان من أصـــحابه وتلامذته ممن اشـــتهر بالعدل والعلم والقوة في الحق، فاستقامت لهم البلاد ورضـي الناس بسـيرتهم، لما رأوا من صـلاحهم وتميزهم عن المذاهب الأخرى في تلك الفترة الزمنية كالحنفية فكثير منهم اشتهر عنه الكلام في مسائل تخالف أهل السنة منها مسألة خلق القرآن فكان الخلاف معه عقديا أكثر منه فقهيا، الخوارج، والشيعة فيما بعد مع العبيديين...[6]، فكان ذلك أحد أركان بقاء المذهب في بلادنا إلى اليوم.

أما الشق الأندلسي فكان ملكا لمالك مع رجوع أوائل تلامذته للأندلس خاصة مع تلميذه الليث -كما سبق

---

[1] أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، الشيخ الفقيه المثبت العالم الجامع بين الورع والصدق انتهت إليه رئاسة مصر بعد موت ابن القاسم. روى عن الليث والفضيل بن عياض ومالك وبه تفقه، وعنه أخذ بنو عبد الحكم والحارث بن مسكين وسحنون وزونان وجماعة. خرج عنه أصحاب السنن وعدد كتب سماعه عشرون. مولده سنة 140 هـ وتوفي بمصر سنة 204 هـ، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص89.

[2] أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، كان فقيها فصيحا دارت عليه الفتوى في أيامه إلى أن مات، بيته بيت علم وحديث بالمدينة تفقه بأبيه ومالك وغيرهما. وتفقه به خلق كثير كأحمد بن المعذل وابن حبيب وسحنون توفي سنة 214هـ وقيل 212هـ وقيل 213هـ، ابن فرحون، الديباج المذهب،ج02، ص06-07.

[3] أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمان ابن زهير بن ناشدة المعروف بشبطون، سمع من مالك الموطأ، وله عنه في الفتاوى كتاب سماع معروف بسماع زياد، وروى عن الليث بن سعد وعبد الرحمان بن أبي الزناد وابن أبي داود وسفيان بن عيينة وغيرهم وروى عنه يحي بن يحي الموطأ، وسماعه من مالك قبل رحلته من الأندلس، وكان زياد أول من أدخل إلى الأندلس موطأ مالك، مثقفا بالسماع منه، كان أهل المدينة يسمونه فقيه الأندلس وتوفي سنة193هـ وقيل 194هـ، وقيل 199هـ. عياض، ترتيب المدارك،، ج03، ص116-122.

[4] محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط01، 1421هـ-2000م، ص98-103./ شكري يوسف، القضاء في الاندلس، ص45.

[5] أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني: أصله من حمص، الفقيه الحافظ العابد والورع الزاهد، رحل للمشرق سنة 188هـ أخذ عن ابن الماجشون ومطرف وأشهب... وعنه أئمة منهم ابنه محمَّد وابن عبدوس وابن غالب وغيرهم وقد روى عنه حو 700، انتهت إليه الرئاسة في العلم وعليه المعول في مدونته، تولى قضاء القيروان سنة 234 هـ ومات وهو يتولاه في رجب سنة 240 هـ محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص103-105.

[6] تقي الدين طيابية، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي، ص73.

ذكره-فكانت مالكية بامتياز مع مر تاريخها حتى سقوطها سنة 897هـ.

أما التأليف القضائي في هذه المرحلة عرف تطورا ملحوظا، فأخذ شكلين من الكتابة:

1. **التأليف العام**: من خلال ظهور المدونات الكبرى للمذهب التي جمعت فقه مالك وأصحابه، حيث بدأت بوادر جمع فقه المذهب وغربلته وترتيبه في مختلف الأبواب الفقهية بما فيها مسائل القضاء وعلى رأس هذه الكتب العظيمة:

مدونة سحنون التي جمعت فقه مالك المصحح من كتاب أسد بن الفرات 213هـ[1] وفق رواية ابن القاسم، فجمعت بصمة أربعة رجال أدناهم هو إمام له كعب عال في العلم، وهم سحنون بجهده وسؤالاته، أسد بن الفرات بفكرته التي كانت السبب في ميلاد هذا السفر، ابن القاسم بروايته وضبطه، مالك بعلمه الذي تركه، فكان عليها مدار الفتوى والقضاء، قال سحنون: "إنما المدونة من العلم بمنزلة أم القرآن من القرآن، تجزي في الصلاة عن غيرها، ولا تجزي غيرها عنها"[2]، لاحتوائها تفاصيل جمة وأجوبة لنوازل عايشها الناس في تلك الفترة احتاجت البيان، فهي تحمل ثروة قضائية عظيمة سواء في شقها الموضوعي أو الإجرائي من خلال كتاب الأقضية، الشهادات، الدعوى، الأشربة، الجنايات،...وغيرها، فقد تميز هذا اللون من التأليف بدراسة كل الأبواب الفقهية بشكل موسع بما فيها تلك المتعلقة بالقضاء، وعلى هذا المنوال سارت بقية الأمهات: الواضحة لابن حبيب 238هـ[3]، المستخرجة –العتبية- لمحمد بن أحمد العتبي 255هـ[4].

---

[1] أبو عبد الله أسد بن الفرات: أصله من نيسابور، قدم به أبوه تونس، تفقه بأبي الحسن بن زياد ورحل للمشرق، وسمع من مالك موطأه وغيره؛ ثم للعراق، وبمصر سمع من ابن القاسم وعنه دون الأسدية وكانت على مذهب أهل العراق، ثم رجع للمدينة ليسأل مالكا عنها فألفاه قد توفي، تولى قضاء القيروان سنة 204 هـ، ومات محاصرا لسرقوسة في غزوة صقلية وهو أمير الجيش وقاضيه سنة 213هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص93.

[2] عياض، ترتيب المدارك، ج03، ص300.

[3] أبو مروان عبد الملك بن حبيب المرداسي السلمي أصله من طليطلة، أخذ زياد بن عبد الرحمن، وغيره وسمع في المشرق ابن الماجشون، مطرف، عبد الله بن عبد الحكم، وأصبغ بن الفرج وغيرهم، أخذ عنه ابناه محمد وعبد الله، أحمد بن راشد، بقي بن مخلد وآخرون، له كتب عديدة منها: الواضحة في السنن والفقه، الجوامع، كتاب فضائل الصحابة، كتاب طبقات الفقهاء والتابعين، تولى رئاسة المذهب بالأندلس بعد وفاة يحي بن يحي الليثي إلى أن توفي في ذي الحجة، سنة 238هـ وقيل 239هـ، المصدر نفسه، ج04، ص122-141.

[4] أبو عبد الله محمد العتبي بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة القرطبي: الفقيه الحافظ العالم المشهور الإمام، سمع من يحي بن يحي وسعيد بن حسان وغيرهما ورحل فأخذ عن سحنون وأصبغ وغيرهما، روى عنه محمد بن لبابة وأبو صالح وسعيد بن معاذ وغيرهم. ألف المستخرجة في الفقه، توفي سنة 254هـ أو 255هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص112.

الموازية لمحمد بن إبراهيم المعروف بابن المواز 269هـ[1]، وإن تمايزت فيما بينها في الكم والكيف إلا أنها اشتركت في نفس المنهج، ثم توالت التآليف الفقهية العامة في مختلف المدارس مرورا بالمطولات ثم المختصرات ثم الشروحات ثم الحواشي و كثير من المتون وشروحها... كلها حافظت على نفس النسق في التعامل مع الأحكام القضائية باعتباره جزءا من الفقه العام إلى يومنا هذا.

2. **التآليف المستقلة:** بدأت بوادر إفراد القضاء بكتب مستقلة مع بدايات تميز خطة القضاء عن الفتوى، سواء في علم القضاء أو فقه القضاء[2]، ذلك أن العلماء انقسموا بين مشتغل بالفتوى وبين من زاد عليها خطة القضاء أو انفرد بها، مما انعكس على مواضيع مؤلفاتهم فكل اجتهد في ضبط اختصاصه، وتلبية احتياجاته العلمية فبادر القضاة إلى التأليف في كل المجالات التي تمس حياة القاضي المعرفية والأخلاقية والإجرائية، في لونين من التأليف في بادئ الأمر:

أ. **كتب الأحكام:** "وهي مؤلفات التزم أصحابها بدراسة المسائل العملية التي يكثر وقوعها بين الناس، ويلجؤون في معرفة أحكامها إلى المفتين والقضاة، بحيث تكون مقصورة على فقه المعاملات دون أن يتعرض أصحابها لفقه العبادات، ومعظم مؤلفيها من القضاة الذين تصدروا للفصل بين الخصوم فيسجلون هذه الأحكام في دفاترهم حتى إذا تجمعت لديهم منها جملة صالحة جمعوها في كتاب ليستفيد منه من يأتي من بعدهم"[3]، فهي كتب تتناول موضوع الخصومات وكيفية فصلها وتجارب القضاة في ذلك سواء أكانت أقضية المؤلف نفسه أو أقضية غيره جمعها في كتابه، وكانت تشمل الجانب الموضوعي والإجرائي في الأحكام.

ومن أول ما ألف في الأحكام:

كتاب الأحكام لابن حبيب 238هـ صاحب الواضحة، وقيل هو أول المؤلفات وهذا رأي عمر الجيدي لأنه

---

[1] محمد بن ابراهيم بن رباح الاسكندراني المعروف بابن المواز ، تفقه بابن الماجشون، وابن عبد الحكم، واعتمد على اصبغ، روى عن ابن القاسم صغيرا، له كتاب معروف في المذهب قصد فيه الى بناء فروع أصحاب المذهب، على أصولهم، توفي في ذي القعدة، سنة 269هـ القاضي عياض، ترتيب المدارك،، ج04، ص167-170.

[2] "فقه القضاء أعم لأنه الفقه بالأحكام الكلية وعلم القضاء هو العلم بتلك الأحكام الكلية مع العلم بتنزيلها على النوازل الواقعة" الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق محمد حجي وآخرون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1401هـ-1981م، ج10، ص78.

[3] عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، دن، ط01، 1993م، ص107.

يجمع بين الأحكام والوثائق[1]، ولأصبغ بن الفرج 225هـ في ترجمته كتاب آداب القضاة[2]، لذا فباعتبار أسبقية الوفاة يكون أصبغ الذي توفي قبل ابن حبيب بـ 13 سنة هو أول من ألف في القضاء المالكي تأليفا مستقلا.

وثالثهما أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم 268هـ[3]، من خلال ثلاث مؤلفات: كتاب آداب القضاة، كتاب الدعوى والبينات، كتاب الرجوع عن الشهادات.

ب. **كتب الوثائق والشروط**: المؤلفات التي تهتم بالعلم الذي "يبين عناصر كل اتفاقية معقودة بين شخصين أو عدة أشخاص يضمن استمرارها وأثر مفعولها ويحسم مادة النزاع بين الأطراف المتعاقدة موضحا لكل من العاقد ما له والمعقود عليه ما له وما عليه"[4]، "والوثائق والشروط والعقود هي أسماء لمسمى واحد"[5].

ولعل الانفصال الواقع بين تأليف الأقضية والشروط راجع إلى أن "طريقة التوثيق مبنية على الاحتياط والحزم والخروج عن الخلاف وارتكاب الوجه المتفق عليه قطعا للنزاع والخصومات"[6].

ومن أول ما ألف في الشروط:

كتاب الشروط[7] لمحمد بن سعيد القرطبي المعروف بابن الملون توفي في صدر ولاية الأمير عبد الله بن محمد بن

---

[1] عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص118.

[2] محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص99.

[3] محمد بن عبد الله بن عبد الحكم أبو عبد الله، سمع من أبيه وابن وهب وأشهب وابن القاسم وغيرهم من أصحاب مالك وصحب الشافعي وأخذ عنه وكتب كتبه، كان من العلماء الفقهاء مبرزا من أهل النظر والمناظرة والحجة وانتهت إليه رئاسة مصر، له تآليف كثيرة منها: أحكام القرآن، كتاب الوثائق والشروط، كتاب الرد على الشافعي، كتاب الرد على أهل العراق، آداب القضاة وكتاب الدعوى والبينات وكتاب كتاب الرجوع عن الشهادة...توفي سنة268هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص163-165.

[4] عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص115.

[5] محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص209.

[6] ميارة أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، دط، دت، ج01، ص08.

[7] عمر بن رضا، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى –بيروت–، دار إحياء التراث العربي بيروت، دط، دت، ج10، ص34.

عبد الرحمان الذي تولى سنة 275هـ[1] واعتبره عمر الجيدي أول المؤلفين في الشروط[2]، لكن هذه الدعوى يقابلها أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم-مصري-268هـ الذي توفي قبل ابن الملون بـ07سنوات على الأقل وله كتاب بعنوان الوثائق والشروط[3]، وقبلهما يحي بن إبراهيم بن مزين الاندلسي 259هـ[4] الذي ألف في الوثائق وعرف كتابه بـــ وثائق ابن مزين وهو كتاب مفقود[5] فيكون هو أقدم من ألف في الوثائق عند المالكية-في دائرة بحثي-.

الفرع الثاني: دور الازدهار: ق4هـ-ق7هـ.

أولا: المدرسة المغاربية-الأندلس-: في هذه المرحلة ذاع التأليف في القضاء المالكي خاصة بالأندلس أين كان التفوق السياسي، العسكري، المالي، الأدبي، العمراني والعلمي مما انعكس إيجابا على تطوير الحياة القضائية في مختلف نواحيها حتى تتلاءم مع الرقي الحضاري في ذلك العصر، ذلك مع حكم الدولة الأموية بالأندلس (138هـ-422هـ) التي شجعت العلم من بداية عهد مؤسسها عبد الرحمان الداخل172هـ، وتجملت البلاد بالتأليف في كل المجالات حتى صار الخواص يتملكون مكتبات في بيوتهم[6] خاصة في عهد الخليفة عبد الرحمان الناصر350هـ وابنه المستنصر بالله الحكم بن عبد الرحمان366هـ، الذي لم تعرف الأندلس حاكما شجع العلم والعلماء والتأليف في كل الميادين مثله، فقد كان يهتم ويشرف على ذلك بنفسه، وكانت المكتبة التي عمل على تطويرها تحوي أربعة وأربعين فهرسا لتسمية الكتب

---

[1] ابن الفرضي، عبد الله بن محمد بن يوسف، تاريخ علماء الأندلس، تحقيق: السيد عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط02، 1408 هـ - 1988 م، ج02، ص14./ قاسم علي سعد، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط01، 1423 هـ - 2002 م، ج02، ص1082.

[2] عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص118.

[3] ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص164.

[4] أبو زكريا يحي بن إبراهيم بن مزين، مولى رملة بنت عثمان بن عفان، أندلسي، فقيه مشهور، سمع جماعة من أصحاب مالك وأصحاب أصحابه وتفقه عليهم، ومنهم مطرف، القعنبي وأصبغ بن الفرج، روى عنه سعيد بن خمير وأبان بن محمد بن دينار وسعيد بن عثمان الأعناقي ويحي بن زكريا بن الشامة وغيرهم، مات سنة ستين ومائتين له تآليف منها: تفسير الموطأ، المستقصية -استقصى فيه علل الموطأ -، فضائل العلم، فضائل القرآن. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ج03، ص1331./ ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، ج02، ص178.

[5] كتب الوثائق والعقود الفقهية الأندلسية المفقودة والتأريخ للمجتمع: وثائق ابن الهندي (399هـ /1009م) نموذجا، سمير رويح، مجلة البحوث التاريخية، م08، ع02، 2024، ص03.

[6] المقري، شهاب الدين أحمد بن محمد، نفح الطيب في غصن الاندلس الرطيب، تحقيق احسان عباس، دار صادر –بيروت-، 1968م، ج01، ص462-463.

وفي كل فهرس خمســـون ورقة [1]، كان من أكثر الحكام إغداقا على العلماء بالأموال في كل الميادين، ناشـــرا للمدارس ومنفقا على طلابها وفي زمانه اكتملت أسـطورة قرطبة من كونها جوهرة العلم والحضـارة شـرقا وغربا، فكان ذلك التطور والشغف بالعلم نعمة على المذهب سواء في شق القضاء أو الفتوى، لذا لا نجد عند مالكية الأندلس نابغة بينهم عرف بالفتوى إلا وقد مارس القضاء أو الشورى أو شارك في صناعة الشروط، لما فيها من الدربة وصقل القريحة الفقهية[2].

وتوالت المؤلفات وتنوعت وكثرت خاصـــة مع القرن الهجري الخامس، رغم الفتنة الكبيرة التي عاشـــتها قرطبة وعُرفت بفتنة البربر سـنة 400هـ[3]، حيث قتل الكثير وفر العديد من العلماء، إضـافة إلى ما كان يعانيه العلم من ميلان الناس حينها إلى دراســة المســائل وترك التأصــيل والعلوم العقلية، فطغت الماجريات فكل حاضــرة اســتقلت بعملها مما أضـعف القريحة وأذبل السـليقة العلمية، ولهذا سـطع نجم الظاهرية في هاته الفترة وقَوَت شـوكتهم ولم يجدوا من يباريهم في الحجة، قال القاضـي عياض: "ووجد-الباجي-عند وروده بالأندلس لابن حزم الداودي، صـيتا عاليا وظاهريات منكرة، وكان لكلامه طلاوة، وقد أخذت قلوب الناس، وله تصرف في فنون تقصر عنها ألسنة فقهاء الأندلس في ذلك الوقت، لقلة استعمالهم النظر وعدم تحققهم به، فلم يكن يقوم أحد بمناظرته، فعلا بذلك شأنه، وسلموا الكلام له، على اعترافهم بتخليطه، فحادوا عن مكالمته" [4]، لكن من تبعات هذا الصـراع الداخلي الحميدة المسـمى بفتنة البربر أن فُتحت مكتبة الحكم وانتشـرت كتبها بين الطلاب والفقهاء فاقتنوها بأرخص الأثمان[5]، أما **السـبب الثاني** لازدهار العلم والتأليف هو

---

[1] مزيان أحمد، لطيفة فريجين، فتنة البربر في القرن الخامس هجري واثرها في النقد الاندلسي، مجلة العلوم العربية وآدابها، قسم اللغة العربية وآدابها، جامعة الجزائر02، م 13، ع01، 2021، ص05.

[2] شكري يوسف، القضاء في الاندلس، ص65.

[3] يعود سبب هذه الفتنة الى الصراع الذي وقع بين العامريين الذين أرادوا خلع الخليفة الأموي حينها –هشام بن عبد الملك- بعدما حكموا مفاصل الدولة، وكان الخليفة الأموي حينها حاكما بالاسم فوقع الصراع بين العامريين بقيادة عبد الرحمان بن أبي عامر الملقب بشنجول وعائلة بني أمية ومواليهم بقيادة هشام بن عبد الجبار الملقب بالمهدي الذي استولى على قرطبة فأمر شنجول جيشه من البربر باستعادتها لكنهم رفضوا ذلك وبقي شنجول وحيدا بلا سند وتم قتله على يد أعدائه، إلا أن المهدي زعيم الأمويين حينها لم يستمل جيش البربر الذي عارض شنجول بل نكل بهم وأهانهم ولم يقبل ولاءهم وأذل زعيمهم زاوي بن زيري مما أثار حفيظتهم عليه، فدخلوا قرطبة عنوة واستولوا عليها وصار فيها قتل واحراق كثير ونصبوا سليمان بن هشام وزير المهدي خليفة عليهم سنة 400هـ وانتهى الصراع بانتصار جيش المهدي بقيادة واضح العامري الذي استعان بالمسيحيين على قتال البربر، مزيان أحمد، لطيفة فريجين، المصدر السابق، ص09.

[4] عياض، ترتيب المدارك، ج08، ص122.

[5] مزيان أحمد، لطيفة فريجين، المصدر السابق، ص 09-10.

البصمة العلمية التي أضفاها أبو محمد الأصيلي 392هـ[1] وخاصة أبو الوليد الباجي 474هـ[2] اللذان جمعا بين منهج النقل والعقل بعد رحلتهما إلى المشرق فتأثر بهما جهابذة الأندلس وساروا على نهجهما[3]، قال ابن العربي: "ولولا أن الله تعالى من بطائفة تفرقت في ديار العلم وجاءت بلباب منه كالقاضي أبي الوليد الباجي وأبي محمد الأصيلي فرشوا من ماء العلم على هذه القلوب الميتة وعطروا أنفاس الأمة الذفرة"[4]، خاصة بعد انتصارات الباجي المستمرة على ابن حزم في نصرته للمذهب مما زاد من الملتفين على طريقته والمعجبين بمنهجه، قال القاضي عياض: "فلما ورد ابن الوليد الأندلس وعنده من الإتقان والتحقيق والعرفة بطرق الجدل والمناظرة ما حصله في رحلته، أمله الناس لذلك، فجرت له معه مجالس كانت سبب فضيحة ابن حزم وخروجه من ميورقة، وقد كان رأس أهلها، ثم لم يزل أمره في سفال، فيما بعد"[5]، وكان هذا الصراع في عهد ملوك الطوائف(422هـ-484هـ) الذين اجتهدوا في تشجيع العلم نكاية في بعضهم البعض مما حافظ على الحركة العلمية في زمانهم.

وظهرت في هذه المرحلة تآليف خاصة بالأحكام وأخرى بنوازل الأحكام واهتمت بكيفية تطبيق فقه القضاء وإسقاطه على أرض الواقع، وأخرى اهتمت بأقضية -الرسول صلى الله عليه وسلم-مع إضافة نمط التأليف في الشروط والوثائق لارتباطها بعمل القضاة فلا يمكن الفصل بينهما.

والجدير بالذكر أن بعد سقوط دولة بني أمية 422هـ، والاضطرابات التي عاشتها الأندلس في عهد ملوك

---

[1] أبو محمد عبد الله بن ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن جعفر: تفقه بعلماء قرطبة كاللؤلؤي وغيره، وبشيوخ إفريقية كأبي العباس الإبياني التونسي، وبمصر كالقاضي أبو الطاهر البغدادي، بالمدينة قاضيها أبا مروان المالكي، وسار الى العراق فلقي بها الأبهري وغيره، وأخذ عنه الأبهري أيضا، ثم عاد إلى الأندلس ونهض الى قرطبة ونشر بها علمه وسار بها ذكره بعد ما عاناه من قلة الحاجة حتى عزم على الرجوع للمشرق،، له كتاب الدلائل على أمهات المسائل - في اختلاف مالك والشافعي وأبي حنيفة -، وكتاب الانتصار، ورسالة الرد على ما شذ فيه الأندلسيون، ونوادر حديثه توفي سنة 392هـ. عياض، ترتيب المدارك، ج07، ص135-137./ قاسم علي سعد، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ج02، ص689.

[2] أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعدون بن أيوب بن وارث الباجي، أخذ بالأندلس عن ابن الرحوي وغيره، وبالحجاز كأبي بكر المطوعي وغيره وبالعراق كأبي الفضل بن عمروس إمام المالكية وأبي الطيب الطبري، السمناني وغيرهم كثير، حاز رئاسة الأندلس بعد عودته وتفقه عليه الإمام أبو بكر الطرطوشي وابنه أبو القاسم وخلق كثير، له تآليف عديدة منها: المنتقى في شرح الموطأ، الاستيفاء، المقتبس في علم مالك بن أنس لم يتم، المهذب في اختصار المدونة، اختلاف الموطآت، التسديد الى معرفة طريق التوحيد، أحكام الفصول في أحكام الأصول، وكتاب الإشارة في الأصول، وغيرها كثير، توفي سنة474هـ، عياض، ترتيب المدارك، ج08، ص117-127.

[3] تقي الدين طيابية، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي، ص196.

[4] ابن فرحون، الديباج المذهب، ج01، ص384.

[5] عياض، المرجع السابق، ج08، ص122.

الطوائف(422هـ-484هـ) ثم الاستقرار السياسي على يد المرابطين(448هـ-541هـ) ثم الموحدين (515هـ-674هـ) قد حافظوا على الزخم العلمي القضائي وإن تناقص بعض الشيء، ذلك أن المنظومة القضائية الأندلسية منظومة مستقلة سياسيا وإداريا ومؤسسة قائمة بذاتها لا تتأثر بوفاة حاكم ولا بتغير الدولة القائمة، ولهذا كان القضاة يتمتعون باستقلالية كبيرة في أحكامهم وهذه الاستقلالية لم تأت من العدم لما عرف عن القضاة عندهم بالحضور والقوة في الحق، وقد ظهر أئمة كبار حتى بعد سقوط دولة بني أمية كابن رشد الجد520هـ والحفيد595هـ، أبو بكر بن العربي 543هـ مما يؤكد مرونتها وقابليتها للتجديد[1].

ثانيا: المدرسة المدنية: لم يكن هنالك أي تأليف قضائي مستقل لأنها مدرسة وإن كانت الأم لم تطل بها الحياة، فما لبثت إلا وأفلت في القرن الثالث الهجري للتنافس الساخن بين العبيديين والعباسيين عليها 266هـ[2]حتى جاء الإمام ابن فرحون 799هـ[3] الذي ألف في القضاء تبصرته المشهورة التي تعتبر

عمدة في الأحكام عند المالكية.

ثالثا: المدرسة المصرية: تعد المدرسة المصرية رديفة للمدرسة الأندلسية في بداية التأليف المستقل في القضاء – كما سبق بيانه في المرحلة السابقة–من خلال مؤلفات أصبغ بن الفرج 225هـ ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم268هـ، لكنهم رحمهم الله تعالى غلب عليهم الطابع الفقهي العام كالذي عند المغاربة، بالإضافة إلى ما عانوه في فتنة خلق القرآن التي قتل وعذب وشرد الكثير منهم كعبد الحكم بن عبد الله بن عبد الحكم 237هـ الذي قتل تحت التعذيب من خلال تدخين الكبريت عليه حتى مات [4]، وابن المواز الذي خرج هاربا الى الشام، فلزم حصنا بها الى أن مات[5]، ثم جاء الطاعون الفاطمي–العبيديون– في القرن 4هـ وحكم مصر سنة 358هـ، فكان وبالا على المصريين فقتل

---

[1] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر المعاصر–دمشق–، ط01، 1410هـ-1995م، ص322-324.

[2] محمد الختار محمد المامي، المذهب المالكي مدارسه ومؤلفاته، خصائصه وسماته، مركز زايد للتراث والتاريخ، ط01، 1422هـ-2002م، ص 52.

[3] إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري: عالم بحاث، ولد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل، نسبته إلى يعمر بن مالك، من عدنان. رحل إلى مصر والقدس والشام سنة 792 هـ. وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 ثم أصيب بالفالج في شقه الأيسر، فمات بعلته عن نحو 70 عاما. وهو من شيوخ المالكية، له: الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، درة الغواص في محاضرة الخواص، طبقات علماء الغرب، تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات لابن الحاجب، توفي سنة 799هـ. الزركلي، خير الدين بن محمود، الأعلام، ج01، ص52.

[4] السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية – مصر –، ط01، 1387 هـ -1967 م، ج01، ص447.

[5] عياض، ترتيب المدارك، ج04، ص168.

وشرد العديد من الأئمة حتى سقوطهم 567هـ[1]، فنبغ بعدهم أئمة أجلاء في القضاء كالإمام شهاب الدين القرافي 684هـ [2]صاحب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام وهو جوهرة نُحسد عليها وكذا كتابه الفروق، وقد تولى القضاء في مصر العديد من الأئمة مما دل على نشاط القضاء المالكي هناك، منهم[3]:

1. القاضي شرف الدِّين عمر بن السبكي 667هـ.
2. القاضي نفيس الدِّين بن شكر680هـ.
3. القاضي تاج الدِّين محمد بن القاضي علم الدِّين محمد بن أبي بكر بن الأخنائي 763هـ.
4. القاضي ناصر الدِّين أحمد بن محمد التنسي 801هـ.

رابعا: المدرسة العراقية: التي كانت مشابهة للمدرسة الأندلسية من حيث الظروف الحضارية والعمران إلا أن اختلافهما من حيث التنوع المذهبي عند العراقيين وصفائه عند الأندلسيين -في عموم تاريخه- صنع لكلا المدرستين منهجا مستقلا يخدم كل منهما المذهب من خلاله، فرغم أن مالكية العراق قد تولوا القضاء في بغداد والبصرة منذ أيام الإمام مالك نفسه، وتوالت على يد آل حماد ونبغ فيهم نوابغ عظام كالقاضي إسماعيل282هـ[4]، وأئمة آخرين كالأبهري375هـ[5]، ابن القصار398هـ[6]،

---

[1] محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص72.

[2]أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي المصري: الإمام العلامة الحافظ وعمدة أهل التحقيق، أخذ عن: ابن الحاجب والعز بن عبد السلام وشرف الدين الفاكهاني والبقوري وغيرهم، وله طلبة كثر، له:كتاب التنقيح في أصول الفقه مقدمة للذخيرة وشرحه، الذخيرة –الفقه–، الفروق والقواعد، العقد المنظوم في الخصوص والعموم، شرح التهذيب، شرح الجلاب، شرح فصول الإمام الرازي وغيرها كثير، توفي سنة 684 هـ. شجرة النور الزكية، ج01، ص270./ ابن فرحون، الديباج المذهب، ج01، ص236.

[3] السيوطي، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، ج02، ص188-189.

[4]اسماعيل بن اسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد بن درهم بن بابك الجهضمي، الأزدي، كان فاضلا عالما متفننا، عنه انتشر مذهب مالك بالعراق، تولى القضاء بها لأكثر من خمسين سنة، سمع: ومسلم بن إبراهيم، مسدد، القعنبي، وغيرهم، وعنه: ابراهيم بن حماد، وابنا بكير، النسائي، ابن العنتاب، وأبو الفضل بن راهويه وابن أصبغ الأندلسي وغيرهم، له: كتاب أحكام القرآن. وكتاب القراءات، وكتاب معاني القرآن، وإعرابه، الرد على محمد بن الحسن، الرد على أبي حنيفة، الرد على الشافعي، المبسوط في الفقه، ومختصره، الأموال والمغازي، وكتاب الشفاعة وغيرها كثير، توفي سنة 282هـ، عياض، ترتيب المدارك،، ج04، ص278-293.

[5]أبو بكر محمد بن عبد الله التميمي الأبهري: الفقيه المقرئ القيم برأي مالك إليه انتهت الرئاسة ببغداد، تفقه على: أبي الفرج، ابن المنتاب وابن بكير، وغيرهم كثير، أخذ عنه: أبو جعفر الأبهري، ابن الجلاب، ابن القصار، الأصيلي وابن خويزمنداد وغيرهم كثير، له: شرح المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم، كتاب الأصول، كتاب إجماع أهل المدينة، كتاب الأمالي وغير ذلك، توفي في شوال سنة 395 هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص136./ ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص206-210.

[6]قاضي بغداد أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي: المعروف بابن القصار الأبهري الشيرازي الإمام الفقيه الأصولي الحافظ النظار، تفقه بأبي بكر الأبهري وغيره وبه تفقه أبو ذر الهروي والقاضي عبد الوهاب ومحمد بن عمروس وجماعة، له كتاب في مسائل الخلاف لا

ابن الجلاب 378هـ[1]، الباقلاني 403هـ[2]، القاضي عبد الوهاب422هـ[3]، إلا أنهم اهتموا بالصنعة التأصيلية وكذا الحجاج عن مالك أمام غيره والاستدلال له، ولم أجد لهذه المدرسة -في حدود بحثي- أي مؤلف قضائي مستقل حتى زوالها مع وفاة ابن عمروس 452هـ[4].

خامسا: المدرسة المغاربية –شمال إفريقية–: في هذه الفترة لم يكن لهم من التأليف القضائي ما ينافسون به الأندلس لأسباب كثيرة لخصتها فيما يلي:

1. عدم الاستقرار السياسي الذي عرفته المنطقة شمال إفريقيا عموما من إمارة الأغالبة إلى الدولة الفاطمية التي قهرت المالكية في القيروان وفي كل أرض حكموها، ثم ما لبثوا أن خرجوا من تحت عباءة الدولة العبيدية إلا وظهرت الدولة الموحدية التي حاربت المذهب باسم التجديد والعودة إلى ما كان عليه أصحاب النبي –صلى الله عليه وسلم–من الاجتهاد المباشر من الكتاب والسنة[5].
2. ظهور الدولة الرستمية (160هـ–296هـ) في المغرب الأوسط–الجزائر حاليا–في وقت مبكر والتي تبنت المذهب الإباضي ثم تغلب العبيديون على البلاد (297هـ–361هـ) مما لم يتح لهذا المذهب الانتشار والتثبت عندنا أول

يعرف للمالكيين كتاب في الخلاف أكبر منه، توفي سنة 398 هـ. محمد بن محمد، المصدر نفسه، ج01، ص138./ عياض، ترتيب المدارك،، ج07، ص70-71.

[1]أبو القاسم عبيد الله بن الحسن بن الجلاب: الإمام الفقيه الأصولي العالم الحافظ، تفقه بالأبهري وغيره، وكان من أحفظ أصحابه وأنبلهم وتفقه به القاضي عبد الوهاب وغيره من الأئمة، له كتاب في مسائل الخلاف وكتاب التفريع في المذهب مشهود معتمد، توفي سنة 378 هـ. ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص461./ محمد بن محمد، المصدر نفسه ج01، ص137.

[2]أبو بكر محمد بن الطيب الباقلاني: شيخ السنة ولسان الأمة إمام الأئمة على مذهب أهل السنة –الطريقة الأشعرية–، انتهت إليه رئاسة المالكيين بالعراق، أخذ عن ابن مجاهد وأبي بكر الأبهري وابن أبي زيد وجماعة، وعنه أئمة منهم أبو ذر الهروي وأبو عمران الفاسي والقاضي أبو محمد بن نصر، له تصانيف كثيرة شهيرة في علم الكلام وغيره منها الإبانة، شرح اللمع والإمامة الكبيرة والإمامة الصغيرة، أمالي إجماع أهل المدينة، المقدمات في أصول الديانات، التقريب والإرشاد في أصول الفقه، الانتصار للقرآن، فضل الجهاد، وغيرها، توفي سنة 403 هـ. محمد بن محمد، المصدر نفسه، ج01، ص139./ عياض، المصدر السابق، ج07، ص44.

[3]عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي، أحد أئمة المذهب وفريد عصره، سمع من الأبهري، ابن الجلاب، ابن القصار وغيرهم ولي القضاء في العراق، وولي قضاء المالكية بمصر آخر عمره وبها مات قاضيا، له تآليف كثيرة منها: النصرة لمذهب إمام دار الهجرة، المعونة لمذهب عالم المدينة، الأدلة في مسائل الخلاف، شرح رسالة ابن أبي زيد، التلقين وشرحه –لم يتم–، والإفادة في أصول الفقه والتلخيص في أصول الفقه وعيون المسائل في الفقه وكتاب أوائل الأدلة في مسائل الخلاف والإشراف على مسائل الخلاف وكتاب الفروق في مسائل الفقه توفي بمصر سنة 422هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص26-29.

[4] محمد المختار، المذهب المالكي، ص79-87./ محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص65-70.

[5] تقي الدين طيابية، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي، ص190

الأمر حتى عهد الدولة الزيرية(361هـ-405هـ) وازدهاره مع الدولة الحمادية (405هـ-547هـ) التي كثرت في عهدها المساجد والكتاتيب ومعهد التعليم، أما تلمسان فقد سيطر عليها المرابطون (448هـ-541هـ)، في هاته الفترة ودخلوها سنة 475هـ[1] ثم جاءت الدولة الزيانية(627هـ-957هـ) بعد الموحدين (515هـ-674هـ) فجعلت حاضرة تلمسان عاصمة للعلم والتأليف وأرضا خصبة لنبوغ العديد من العلماء الأفاضل[2].

3. تقسيم المغرب الأقصى –المملكة المغربية حاليا-بين إمارات صغيرة إمارة بني مدرار الصفرية (140هـ-367هـ)، إمارة صالح بالنكور-نكور-(123هـ-458هـ) والأدارسة(172هـ-363هـ)، الإمارة البرغواطية(122هـ-341) الكافرة[3]، وعدم تبني أي منها للمذهب المالكي لأن المذهب القضائي هو ابن الدولة بالتبني، لوجود مذاهب أخرى مزاحمة كالحنفية، الخوارج والشيعة رغم أن الأدارسة قد سمحوا بوجوده[4]، ولا ننسى الإمارة المغراوية(367هـ-391هـ) التي كانت تحت سيادة الدولة الأموية بالأندلس واستعملتها لحرب الزيانيين الذين كانوا يد الفاطميين بالمغرب الإسلامي[5]، حتى ظهرت دولة المرابطين (448هـ-541هـ) التي عرف المذهب تحت لوائها ازدهارا وقوة كبيرين ما لبث أن أفل على يد الموحدين (515هـ-674هـ)، ثم جاء الدولة المارينية (642هـ-869هـ).

فهذا الاضطراب وعدم الاستقرار الذي عرفته البلاد بل وحتى في فترات الازدهار لم تكن الصنعة القضائية أولوية مالكية المغرب الإسلامي ومصر وكذا المدينة رغم قصر عمرها هي الأخرى بل كان جهدهم وشغلهم الشاغل الاهتمام بروايات المذهب وغربلتها وترجيحها وضبطها وشرحها وإن وجد علماء أفاضل تولوا القضاء وألفوا فيه لكنهم بالمقارنة مع بلاد الأندلس هو قليل، وهو ما كان من مالكية العراق الذين اهتموا بالتأصيل والاستدلال للمذهب ومقارعة المذاهب

---

[1] مبارك بن محمد الميلي، تاريخ الجزائر في القديم والحديث، تقديم: محمد الميلي، المؤسسة الوطنيّة للكتاب بالجزائر، دط، 1406هـ - 1986م، ج02، ص283.

[2] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي بين القرنين الثالث والثامن الهجري، مجلة قبس للدراسات الإنسانية والاجتماعية، م06، ع01، 2022م، ص13-17

[3] ادعى مؤسسها النبوة واسمه طريف يرجع نسبه الى شمعون بن يعقوب بن إسحاق - عليهما السلام – وقيل أن ابنه صالح هو مدعي النبوة وشرع لأتباعه شرائع وطقوس وجعل لهم كتابا كالقران وسار على ذلك أبناؤه وحكموا سجلماسة الى سقوطهم. ابن عذاري المراكشي، أبو عبد الله محمد بن محمد، البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب، تحقيق: ج. س. كولان، إ. ليفي بروفنسال، دار الثقافة، بيروت – لبنان-، ط03، 1983 م، ج01، ص56-223.

[4] تقي الدين طيابية، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي، ص116.

[5] عبدلي زوبيدة، هيصام موسى، قبيلة مغراوة الزناتية في ظل الصراع بين الأمويين بالأندلس وبني زيري الصنهاجيين حلفاء الفاطميين ببلاد المغرب (361هـ-391هـ/971م-1001م، مجلة العصور الجديدة، جامعة أحمد بن بلة -وهران01-، م11، ع02، 1442هـ-2021م، ص07.

الأخرى.

ولخصت أسباب ازدهار القضاء المالكي الأندلسي في الأسباب التالية:

1. الاستقرار السياسي الذي عرفته البلاد في معظم مراحل وجودها.
2. تشجيع الحكام للحركة العلمية وتقريبهم للعلماء والتأليف.
3. الوحدة المذهبية وتبني الحكام للمذهب المالكي مما جعل أي نابغة من نوابغ الأندلس يسخر جهده لخدمة المذهب فلو تعددت المذاهب المعتمدة لتشعب جهد النوابغ.
4. التطور الحضاري وكثرة المستجدات القضائية التي فرضت تطور المذهب وصقل القريحة العلمية لدى علمائنا.

ولعل هذه الصورة العامة للمدارس المالكية أو بالأحرى طرق أو مناهج المالكية، والتي اختلفت مع اختلاف الظروف العلمية والحضارية التي كانت سائدة في إقليم كل منها، صنع تنوعا علميا متكاملا في خدمة كل منها للمذهب، وكل هذه الطرائق مما لابد من توفره لأي مدرسة فقهية عالمية.

ومن مؤلفات هذه المرحلة[1]:

1. أحكام ابن جرير فضل بن سلمة 319هـ.
2. المحاضر والسجلات لمحمد بن الحارث الخشني 360هـ.
3. منتخب الأحكام لمحمد بن أبي زمنين 399هـ.
4. المقنع في أصول الأحكام فيما لا يستغني عنه الحكام لسليمان بن البطال البطليوسي 402هـ.
5. الاستغناء في أدب القضاة والحكام لأبي عبد الله خلف بن مسلمة بن عبد الغفور الأقليشي 404هـ.
6. المستوعب في سجلات القضاة لمحمد بن أحمد المعروف بابن الباجي 431هـ.
7. الاستفتاء في آداب القضاء لخلف بن مسلمة بن عبد الغفور المالكي 440هـ.
8. أحكام أبو مروان عبد الله بن مالك القرطبي 460هـ.
9. فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي 474هـ.
10. منتخب الأحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام لأحمد بن خلف بن وصول الطليطلي القرن5-6هـ.
11. سر السراة في أدب القضاة-لم يكمله-للقاضي عياض544هـ.
12. تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام لابن مناصف 620هـ.
13. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي 684هـ.

---

[1] عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص108./ محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص581-591./ مصطفى الصمدي، فقه النوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا، مكتبة الرشد –الرياض-، ط01، 1428هـ-2007م، ص171/ عياض، ترتيب المدارك، ج08، ص29.

كتب النوازل القضائية[1]:

1. الإعلام بنوازل الأحكام لأبي الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي 486هـ.
2. مذاهب الحكام في نوازل الأحكام للقاضي عياض 544هـ.
3. أجوبة الحكام فيما يقع للعوام من نوازل الأحكام لأبي إســـحاق إبراهيم بن الحاج أحمد بن عبد الرحمان بن عثمان الأنصاري الغرناطي 579هـ.
4. المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام لهشام بن عبد الله بن هشام الأزدي المالكي 606هـ.

أقضية الرسول:

1. أقضية الرسول –صلى الله عليه وسلم–لأبي عبد الله محمد بن الفرج ابن الطلاع القرطبي 497هـ.
2. آفاق الشموس وإعلاق النفوس لأبي جعفر أحمد بن عبد الصمد بن أبي عبيدة القرطبي 582هـ.

الشروط[2]:

1. وثائق ابن أبي زكرياء لإبراهيم سليمان بن أبي زكرياء326هـ.
2. وثائق البرجون لمحمد بن يحي بن عمر بن لبابة المشهور بالبرجون توفي بعد 330هـ.
3. الوثائق والسجلات لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن سعيد القرطبي المعروف بابن العطار 399هـ.
4. الشروط لابن الهندي لأبي عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني المعروف بابن الهند 399هـ.
5. المحتوى لأحمد بن عبد القادر بن سعيد الأموي الإشبيلي 420هـ.
6. الوثائق والسجلات لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله المعروف بابن الباجي 431هـ.
7. الوثائق المجموعة لأبي محمد عبد الله بن فتوح بن موسى بن عبد الواحد السبتي 460هـ.
8. المختصر في الوثائق لعبد الصمد بن موسى بن هذيل بن محمد تاجيت البكري القرطبي 495هـ.
9. وثائق ابن فتحون لخلف بن سليمان بن خلف بن محمد بن فتحون 550هـ.
10. النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام لأبي الحســـن علي بن عبد الله بن إبراهيم بن محمد اللخمي المتيطي 570هـ.
11. اختصار الوثائق لأبي جعفر عبد الرحمان بن أحمد الأزدي الغرناطي المعروف بابن القصير 576هـ.

---

[1] عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص 108.

[2] المصدر نفسه، ص119./محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص581-591.

12. الوثائق المختصرة لأبي إسحاق إبراهيم بن الحاج أحمد بن عبد الرحمان بن عثمان الأنصاري الغرناطي 579هـ.

الفرع الثالث: دور التقهقر والانحدار، ق7هـ-ق10هـ.

مع دخول الأندلس المرحلة الأخيرة من الزوال في القرن 7هـ ثم سقوطها في القرن 9هـ كان التأليف القضائي خلال هذه القرون يعيش مرحلة انتقالية من الازدهار إلى الضعف والوهن سميتها بمرحلة التقهقر والانحدار الذي عاشه القضاء المالكي بسبب حروب الاسترداد الصليبية التي عرفت نشاطا كبيرا خلال هذه الفترة، وظهور المقاومة بقيادة ابن هود635هـ، وبني الأحمر897هـ مما أثر سلبا على الإنتاج القضائي، لكنه ليس ذلك التأثير الذي وقع في شمال أفريقية أو بلاد المشرق عند وجود اضطراب سياسي، ذلك أن المنظومة القضائية الأندلسية منظومة محكمة البناء كما أشرت من قبل وبقيت قائمة في المناطق التي لم يحتلها الإسبان بل والأدهى من ذلك أنهم في عهد بني الأحمر استمروا في التشييد والبناء ودعم العلم والعلماء بما استطاعوا، ومن أعلام هذه المرحلة الإمام الشاطبي صاحب الموافقات 790هـ وهو من هو في علمه وإبداعه، ويرجع ذلك عندي إلى أن الذهنية العلمية الأندلسية كانت هوية بالنسبة لهم، لأنهم شجعوا العلم في أضعف حالاتهم كما فعل ملوك الطوائف من قبل، فكانت الأندلس أفضل من مثيلاتها في بلاد المغرب ومصر عموما[1]، لكن مع ذبول الأندلس ذبل معها غرس علمي عظيم، قال ابن خلدون: "كانت العناية قديما بالدواوين العلمية والسجلات في نسخها وتجليدها وتصحيحها بالرواية والضبط، وكان سبب ذلك ما وقع من ضخامة الدولة وتوابع الحضارة، وقد ذهب ذلك لهذا العهد بذهاب الدولة وتناقص العمران بعد أن كان منه في الملة الإسلامية بحر زاخر بالعراق والأندلس إذ هو كله من توابع العمران واتساع نطاق الدولة ونفاق أسواق ذلك لديهما"[2].

وفي نفس المستوى كان الوريث العلمي للأندلس -فيما بعد- وهم مالكية المغرب الإسلامي يعانون من الضعف العلمي الإبداعي خاصة مع النصف الأول للقرن 8هـ لكثرة التآليف الرديئة والكتب المجهولة وضعف ما فيها [3]، فمال الناس عن الإبداع في التأليف القضائي والفقهي عموما حيث بدأت بوادر نضوب مستوى التفكير والتحليل وتشكل عقلية شرح القديم وإعادة تدويره والعيش ضمن حدوده[4]، أين اهتم من ألف منهم بالمختصرات وشروحها حتى

---

[1] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص322-324.

[2] ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر-مقدمة ابن خلدون-، تحقيق: خليل شحادة، دار الفكر-بيروت-، ط02، 1408 هـ - 1988م، ج01، ص532.

[3] بسام كامل عبد الرزاق شقدان، تلمسان في العهد الزياني 633هـ-962هـ/1235م-1555م -ماجستير-، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 1422هـ-2002م، ص245.

[4] المصدر نفسه، ص245.

في مصر، فقال قائلهم: "ومدّعي الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه مهجور تقليده"[1]، فهو يعطيك لمحة عن الذهنية العلمية التي كانت تتشكل في تلك الفترة، وهذا ما يفسر ظهور الكتب الجامعة والتي اهتمت بلم شتات المعارف الفقهية والقضائية ضمن مؤلفات ضخمة كالمعيار الذي عمد فيه صاحبه الونشريسي ق10هـ إلى جمع أجوبة متقدمي ومتأخري مالكية المغرب الإسلامي بما فيهم الأندلس حفظا لها من الضياع[2] وهو عمل جليل حق لصاحبه الثناء والشكر، لكنه يدل أيضا على تأثر الأئمة بنمط التأليف السائد في زمانهم[3].

أما في القضاء ركنوا لنمط جديد ظهر في هذه المرحلة كان نتيجة حتمية لكثرة كتب الأحكام الموروثة، مما أوجب نظمها حتى يمكن ضبطها من طالب العلم والفقيه فكانت مرحلة الاختصار بعد التجميع، ومن أجلِّها منظومة تحفة الحكام لأبي بكر بن عاصم الغرناطي 829هـ[4]، والتي احتوت على 1698 بيتا تناول فيها أحكام القضاء والوثائق، التي صارت مرجعا للقضاة والمفتين والمدرسين والطلاب وانكبت عليها أقلام العلماء شرحا وبيانا حتى صارت عمدة عند مالكية المغرب الإسلامي[5]، وكان هذا النوع من التأليف مسايرا للتأليف الفقهي العام –الذي سبق ذكره –في هذه المرحلة المتميز بمختصراته وشروحها والحواشي عليها مما أثر هذا بهذا، لكنه انتظم في شكل أراجيز ومنظومات وشروحها والحاشية عليها وليس على نمط كتب المختصرات –المتون كمختصر خليل–[6]، لذا ظهر في هاته الفترة نوعين من التأليف:

أولا: التأليف القضائي المستقل –النثري–بأنواعه –الأحكام، الشروط، الماجريات–كـ[7]:

1. معين الحكام على القضايا والأحكام لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع 733هـ.

---

[1] ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون، ج01، ص566.

[2] الونشريسي، المعيار المعرب، ج01، ص01.

[3] ولا أقصد بكلامي هذا الإمام الونشريسي بذاته وإنما أقصد التيار العام للتأليف في عصرهم.

[4] أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي: الفقيه الأصولي المحدث، أخذ عن أعلام منهم أبو إسحاق الشاطبي وأبو عبد الله الشريف التلمساني. وعنه ولده القاضي أبو يحي وغيره. له تأليف منها التحفة وقع عليها القبول واعتمدها العلماء وشرحها جماعة، وله أرجوزة في الأصول واختصار الموافقات وأرجوزة في النحو وأخرى في الفرائض وأخرى في القراءات وأخرى في قراءة يعقوب وله حدائق الأزهار في مستحسن الأجوبة المضحكة والحكم والأمثال والحكايات والنوادر وغير ذلك، توفي سنة 829 هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص356.

[5] محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص459.

[6] المصدر نفسه، ص397-398.

[7] محمد المختار، المذهب المالكي، ص347./ ابن مريم، أبو عبد الله محمد بمحمد بن أحمد، البستان في ذكر العلماء والأولياء بتلمسان، تحقيق: محمد بن أبي شنب، المطبعة الثعالبية، 1908م، ص54./ أبو القاسم سعد الله ، تاريخ الجزائر الثقافي، دار البصائر للنشر والتوزيع–الجزائر–، دط، 2007م، ج01، ص125./ محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص429، 581-591.

2. الفائق في علم الأحكام والوثائق لابن راشد القفصي 737هـ.
3. اختصار كتاب النهاية والتمام -المعروف بالمتيطية-لمحمد بن هارون الكناني 750هـ.
4. العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام لأبي القاسم سلمون بن علي 769هـ[1].
5. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري 799هـ.
6. جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام –فتاوى البرزلي-لأبي القاسم محمد بن أحمد البلوي القيرواني البرزلي 841هـ.
7. مسائل القضاء والفتيا لأحمد بن محمد بن زكري900هـ تلمسان.
8. المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي 914هـ.
9. غنية المعاصر والتالي-التاسي-في شرح وثائق القشتالي لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي 914هـ.
10. المنهج الفائق والمنهل الرائق في أحكام الوثائق لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي 914هـ.
11. الولايات في مناصب الحكومة الإسلامية والخطط الشرعية لأبي العباس أحمد بن يحي الونشريسي 914هـ.
12. مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام لأبي عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي 917هـ.

ثانيا: التأليف القضائي المنظوم كـ:

1. **الياقوتة الألفيَّة في الأحكام القاضويَّة**، لأبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الغرناطي المعروف بابن الحاج النُّمَيري 786هـ، وهي أقدم المنظومات القضائية -في حدود بحثي-عليها شرح لأحد تلامذته سماه:

- الإجادة والإحكام والإفادة للحُكَّام في شرح الياقوتة الألفيَّة الموضوعة في الأحكام لأبي بكر محمد بن محمد بن منظور القيسي المالقي 816هـ.

2. **تحفة الحكام**، لأبي بكر بن عاصم الغرناطي 829هـ وشروحها:

- شرح التحفة لمحمد بن محمد حفيد صاحب التحفة كان حيا 857هـ

3. كما ظهرت منظومة جزيلة اهتم بأحكام القضاء وهي **توضيح الأحكام والقضاء** لعلي بن قاسم بن محمد

[1] وقد نسب هذا الكتاب لأبي محمد عبد الله بن عبد الله بن سلمون741هـ وهو مطبوع باسمه –تحقيق محمد عبد الرحمان الشاغول، دار الآفاق العربية 2011م-، لكن الصواب أنه لأبي القاسم سلمون بن علي767هـ وقيل 769هـ،انظر التهميش في محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص429.

الفاسي الزقاق 912هـ[1] المعروفة بلامية الزقاق.

- شرحها ابنه أحمد بن علي بن قاسم الزقاق 932هـ.

الفرع الرابع: دور الضعف، ق11هـ-14هـ.

تميزت هذه المرحلة بالجمود وقلة التأليف لأسباب داخلية أهمها:

1. إصابة الأمة الإسلامية بطاعون الحضارات وهو التخلف والانغلاق والانكسار الحضاري الذي عاشته الأمة وكانت بوادره في نهاية المرحلة السابقة وانطباعها بالجهل والضعف في كل الميادين دون استثناء، والذي لا زلنا نعاني من آثاره إلى يومنا هذا.
2. انسلاخ كثير من النخب في البلاد الإسلامية عن هويتها وتأثرها بالهوية الحضارية لغيرنا نتيجة للانهزامية التي عاشتها شعوبنا مما آثروا كل ما هو من عند غيرنا سياسيا قضائيا اقتصاديا...
3. عمل البلاد الإسلامية بالقضاء الوضعي بعد الاستقلال، متأثرة بالغزو الفكري والثقافي الذي خلفه الصليبيون لأن المغلوب مولع بمن غلبه، مما أزاح القضاء الشرعي جانبا وأغلق عليه في رفوف التراث الحضاري القديم.

الأسباب الخارجية:

1. الاحتلال الصليبي الذي عم معظم البلاد الإسلامية سواء كان احتلالا مباشرا أو غير مباشر وما صاحبه من إبادة للعلماء والقادة ونخبة الأمة وتدمير وتمييع لمراكز العلم عندنا.
2. استبدال القضاء الإسلامي بالقضاء الاستعماري أثناء الفترة الاستعمارية أو مزاحمته له في أحسن الأحوال، مما زاد من نكبتنا العلمية.

إلا أنه لا ينقطع الخير من أمة محمد –صلى الله عليه وسلم–فلا يخلوا عصر من عالم يؤلف ويدرِّس ويحمل هموم جيله، فقد استمر التأليف القضائي على منهج من سبق، خاصة بنمط شروح المنظومات الذي كان الصبغة الحاضرة بقوة في هاته المرحلة، بل وزاد عليه أن ظهرت منظومة فريدة اهتمت بالعمل الفاسي وهي: نظم العمل الفاسي لأبي زيد عبد الرحمان الفاسي 1096هـ ومناسبته أن الزقاق ذكر في لاميَّته ما يقرب عن عشرين مسألة جرى عليها العمل في

[1] هو أبو الحسن علي بن قاسم بن محمد التجيبي، الفاسي المعروف بالزقاق وهو لقب عرف في عائلته، كان عالما بالفقه متقنا له، مشاركا في الفنون من النحو والأصول، والحديث والتفسير والتصريف أخذ عن أبي عبد الله القوري وغيره من شيوخ فاس، وارتحل إلى الأندلس، فأخذ بغرناطة عن أبي عبد الله المواق وغيره. له لامية في علم القضاء، المنهج المنتخب إلى أصول المذهب، توفي سنة 912هـ. الزركلي، الأعلام، ج04، ص320.

الأحكام عند قضاة فاس، فزاد عليها أبو زيد الفاسي في رجزه حوالي ثلاثمائة مسألة[1].

وهذه الصورة دليل على بروز العمل سواء أكان محليا أم عاما في الحياة الفقهية والقضائية خاصة في بلاد المغرب الإسلامي، وهو لون من ألوان مرونة الفقه المالكي ومواكبته للتغيرات الحاصلة في كل حاضرة وفق المصلحة الشرعية. وهو دليل على الضعف الفقهي والقضائي الذي عرفته البلاد وهذه هي الحال التي كانت عليها الأندلس قبل عودة أبي محمد الأصيلي 392هـ وأبي الوليد الباجي 474هـ من المشرق-قد تكلمت عنه-فأحيا الله بهما العلم الأندلسي من خلال المنهج العقلي والاستدلالي الحجاجي الذي أعادى تأسيسه هناك، حيث كادت الأندلس أن تذوب في الماجريات التي تميزت بها كل حاضرة.

ومن مؤلفات هاته المرحلة:

1. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش المالكي 1299هـ.

2. شروح العاصمية:

أ. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة لأبي عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ميارة 1072هـ.

ب. غاية الإحكام في شرح تحفة الأحكام لعمر بن عبد الله الفاسي 1118هـ.

ج. تقييد على ابن عاصم لأبي العباس أحمد بن أحمد بن محمَّد الشدادي الشريف الحسني الإدريسي العمراني 1140هـ

د. حاشية على الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام للحسن بن رحال المعداني 1140هـ.

هـ. حلي المعاصم لبنت فكر بن عاصم لمحمد التاودي بن سودة1209هـ.

و. البهجة في شرح التحفة لعلي بن عبد السلام التسولي 1258هـ[2].

3. شروح لامية الزقاق والحواشي عليها:

أ. فتح العليم الخلاق شرح لامية الزقاق لأبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي 1072هـ.

---

[1] محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، ص519.

[2] ابن زيدان عبد الرحمن بن محمد السجلماسي، إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، تحقيق: علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة – جمهورية مصر العربية-، ط01، 1429 هـ - 2008 م، ج01، ص397./ميارة، أبو عبد الله محمد بن أحمد،فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، تحقيق رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثي،-الرباط-، ط01، 1429هـ-2008م، ص21-22./ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص107-108.

ب. شرح على لامية الزقاق لأبي العباس أحمد بن أحمد بن محمَّد الشدادي الشريف الحسني الإدريسي العمراني 1140هـ.

ج. حاشية على شرح الميارة على لامية الزقاق أبي البقاء ابن الرغاي محمد يعيش الغراري الشاوي الفاسي 1150هـ.

د. شرح على لامية الزقاق لمحمد بن عبد السلام بن حمدون بناني 1163هـ.

هـ. حاشية على شرح الميارة على لامية الزقاق لأحمد بن علي بن أحمد الشدادي 1163هـ.

و. شرح على لامية الزقاق لمحمد بن محمد بن عبد الله بن الحسين الديلمي الورزازي الدرعي 1166هـ.

ز. تحفة الحذاق شرح لامية الزقاق لأبي حفص عمر بن عبد الله الفاسي 1188هـ.

ح. شرح لامية الزقاق ل محمد بن الطالب بن سودة التاودي 1209هـ.

ط. حاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق لعلي بن عبد السلام التسولي.1258هـ[1].

4. نظم العمل الفاسي وشروحه:

نظم العمل الفاسي وشرحه لأبي زيد عبد الرحمان الفاسي 1096هـ[2] وشروحه:

أ. شرح نظم العمل الفاسي لأبي زيد عبد الرحمان الفاسي 1096هـ.

ب. تقييد على العمل الفاسي لأبي العباس أحمد بن أحمد بن محمَّد الشدادي الشريف الحسني الإدريسي العمراني 1140هـ[3].

ج. شرح العمل الفاسي لمحمد بن أبي القاسم السجلماسي 1214هـ.

5. نظم العمل المطلق.

معتمد الحكام من اختلاف علماء الأحكام لأبي عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد السجلماسي 1214هـ، المعروف بنظم العمل المطلق.

- فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد المشهور بكتاب العمليات العامة لمحمد بن أبي القاسم السجلماسي

---

[1] ابن زيدان، إتحاف أعلام الناس، ج01، ص397./ميارة، فتح العليم الخلاق، ص21-22./ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص107-108.

[2] أبو زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي: الإمام العلامة العمدة المحقق الفهّامة الذكي الفاضل ...الحامل راية المنثور والمنظوم. أخذ عن والده وعمه ...الشريف البوعناني والقاضي ابن سودة وميارة الكبير وعبد الرحمن ابن القاضي ...وأجازه جماعة من أهل المشرق والمغرب، له تآليف منها نظم العمل الفاسي .... اشتمل على مائة علم واثني عشر علما وغير ذلك من التآليف وهي تزيد على المائة والسبعين وبالجملة كان لا يشق له غبار في ملكة الحفظ والاقتدار مع التخلق ومراقبة الله، كان والده يقول إنه سيوطي زمانه، مولده سنة 1040 هـ وتوفي سنة 1096 هـ محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص456-457.

[3] ابن زيدان، المصدر السابق، ج01، ص397.

1214هـ وهو شرح لنظمه العمل المطلق.

6. **نظم عجيب في فروع قليل نصها مع كثرة الوقوع** للقاضي أبي راس المعسكري الجزائري 1238هـ، يحتوي ثمانية وخمسون بيتا يشتمل على أنواع الجروح التي تحدث على مستوى الرأس وما يلزم فيها من دية أو قصاص[1].

الفرع الخامس: دور محاولات الإحياء والتجديد، ق14هـ إلى اليوم.

قد حددت هذه المرحلة مع بروز أئمة الإصلاح التونسيين كشيخ الإسلام الطاهر بن عاشور (1296هـ-1394هـ) [2] وبالخصوص شيخ الإسلام محمد عبد العزيز جعيِّط[3] (1303هـ - 1389هـ) مفتي المالكية بتونس ومتولي وزارة العدل بها وصاحب كتاب الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية الذي جمع فيه علما جليلا، وهو أول كتاب مالكي معاصر مختص بالإجراءات القضائية وهو نوع من أنواع التجديد في القضاء المالكي.

أقصد بالإحياء: العمل على تحقيق كتب الأقضية والشروط وكل ما تعلق بالقضاء تحقيقات جادة، وكشف النقاب عنها وإتاحتها للدارسين والفقهاء والباحثين.

أقصد بالتجديد: العمل على فهم موروثنا القضائي والاستفادة منه من خلال:

إعادة صياغة الثروة القضائية السابقة بعد غربلتها بما يناسب عصرنا مع الاستفادة من مناهجهم في التعامل مع مستجدات زمانهم وتجاربهم وليس تطبيق أحكامهم على عصرنا دون غربلة، وأطروحتي من هذا السبيل.

ضرورة الاجتهاد القضائي المقارن مع المنظومة الوضعية، لما فيه من إحياء للعقول وتحديد لروح القضاء الإسلامي

---

[1] د تقي الدين بوكعبر، الفقه والقضاء المالكي في الجزائر خلال العهد العثماني قراءة في مخطوطة للشيخ أبي راس الناصر المعسكري "نظم عجيب في فروع قليلة نصها مع كثرة الوقوع، مجلة المعارف للبحوث والدراسات التاريخية، جامعة بن بلة، ص07.

[2] محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر بن محمد بن عاشور: شيخ الإسلام وكبير المالكية بتونس، ولي قضاءها سنة 1267 هـ ثم الفتيا سنة 1277 فنقابة الأشراف، له كتب منها: شفاء القلب الجريح -في شرح البردة-، هدية الأريب -حاشية على القطر لابن هشام- ، في النحو، الغيث الإفريقي-حاشية على عبد الحكيم على المطول غير تامة-حاشية على المحلى على جمع الجوامع، التحرير والتنوير، مقاصد الشريعة الإسلامية وغيرها، توفي بتونس 1284هـ، الزركلي، الأعلام، ج06، ص173.

[3] الشيخ محمد العزيز بن يوسف جعيّط ولد بتونس سنة 1303هـ/1886م، نشأ في بيت علم والتحق بالجامع الأعظم حيث أخذ عن كبار شيوخ عصره أمثال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ونبغ في العلوم الشرعية واللغوية حتى نال التطويع سنة 1325هـ. تولّى التدريس بالزيتونة والصادقية، وخطابة جامع الحلق، ثم عُيّن مفتيًا مالكيًا، قبل أن يتقلّد مشيخة الجامع الأعظم، ومشيخة الإسلام، ووزارة العدل التونسية، وكان له دور إصلاحي كبير في القضاء والتعليم الزيتوني. تتلمذ عليه عدد من العلماء والطلبة الزيتونيين. من أشهر مؤلفاته : الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، وإرشاد الأمة ومنهاج الأئمة، ومجالس العرفان، وله فتاوى منشورة ودراسات في المجلات الإسلامية. توفي في 27 شوال 1389هـ / 5 جانفي 1970م، كتاب الشيخ الجليل محمد العزيز جعيط حياته-اصلاحاته-آثاره، محمد يوزغيبة، دار المتوسطية للنشر، ط01، 2010م.

عموما والمالكي خصوصا، لأنه ليس بالإمكان العمل بجسد ميت بل لا بد من بث روح جديدة فيه، قبل تهيئته لأخذ مكانه المناسب في حياة المسلمين مستقبلا.

ومن مؤلفات هذه المرحلة:

1. استمرارية التأليف على شرح العاصمية واللامية ووضع الحواشي عليها[1]:

أ. حاشية على شرح التاودي لتحفة ابن عاصم لمحمد المهدي الوزاني 1342هـ.

ب. شرح العمل الفاسي لمحمد المهدي الوزاني 1342هـ.

ج. حاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق لعبد السلام بن محمد الهواري 1328هـ.

د. تلخيص الحذاق على نظم لامية الزقاق لأحمد بن محمد بن إبراهيم 1334هـ

هـ. تحفة الحذاق بنشر ما تضمنته لامية الزقاق وهي حاشية على شرح التاودي على لامية الزقاق لمحمد المهدي الوزاني 1342هـ.

و. حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق لأبي العباس أحمد بن محمد بن الحسن الرهوني التطواني 1373هـ

2. منهج جمع الفتاوى والنوازل القضائية[2]:

أ. المجموعة الكبرى الشـــاملة لفتاوى ونوازل وأحكام أهل غرب وجنوب غرب الصـــحراء د يحي ولد البراء جمع فيها 6800 مسألة لعلماء شنقيط ومناطق أخرى.

ب. مجموعة الأحكام الشرعية للقاضي الحسن بن محمد العمارتي 1382هـ، جمع الأحكام القضائية التي صدرت عنه أيام ولايته للقضاء.

3. التأليف المعاصر[3]:

أ. الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، محمد عبد العزيز جعيط1389هـ.

ب. ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية لمحمد محمد بن عامر.

ج. تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي واستثمارها في الاجتهاد القضائي المعاصر-رسالة دكتوراه-، د سعاد أوهاب.

---

[1] ابن زيدان ، إتحاف أعلام الناس، ج01، ص397./ميارة، فتح العليم الخلاق، ص21-22./ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص107-108.

[2] عمر الجيدي، المصدر نفسه، ص 110.

3 التي رأيت أنها جادة -في حدود اطلاعي- مما هو مختص بالمذهب المالكي رأسا.

المطلب الثاني: خصائص القضاء المالكي ومؤلفاته.

الفرع الأول: الخصائص الإجرائية.

أقصد بها الإجراءات القضائية التي تميز بها المالكية أو سبقوا إليها غيرهم، هذا مما صادفته من خلال إنجاز هذه الأطروحة، فمن هذه الخصائص:

أولا: مجلس الشورى بمفهوميه: أحدهما أنه كان للقاضي مجلس شورى يرجع إليه قبل الحكم في القضية، ويتكون من علماء وفقهاء مالكية وكان عددهم أربعة على عهد المرابطين[1]، لما فيه من تنوير رأي القاضي بجزئيات تساعده على الحكم في القضية، وكذا تدريب وصقل القريحة الفقهية لدى المشاورين، ومنصب المشاور هو منصب رسمي وهذا هو وجه الخصوصية لأنه صار وظيفة كوظيفة القاضي يأخذ مرتبه ويعين وله حقوق وواجبات مع بدايات القضاء المالكي الأولى بل حتى عدد المشاورين، بل ونجد العديد من علمائنا من عرفوا بصفة الشورى في تراجمهم:

- "وافتى الفقيهان المشاوران ابو محمد، وأبو القاسم ابنا الإمام الشيخ أبي عبد الله ابن عتاب..."[2]
- "كتب ابن منظور قاضي مدينة اشبيلية إلى الفقهاء المشاورين بقرطبة رضي الله عنهم، يسألهم عن..."[3].
- "أبو عبد الله يحي بن عبيد الله بن يحي بن يحي: الإمام الفقيه المشـــاور في الأحكام مع أبيه وسمع منه، توفي ســـنة 303هـ"[4].

بل وقد أسست دار الشورى بالأندلس في القرن الثالث للهجرة من فطاحل مالكية الأندلس في تلك الفترة –وهذا هو المفهوم الثاني–، يرجع إليها حاكم البلاد وكذا القضاة فيما التبس عليهم، وكان يجب على القضاة عدم الخروج عما حكمت به، فقد كانت قراراتها إلزامية[5]، وكانت لبنتها الأولى في عهد هشام بن عبد الرحمان الداخل 180هـ، الذي كان ملازما للفقهاء مكثرا وعاملا بنصائحهم، وتأسست في عهد ابنه الحكم 206هـ بعد الصراع الذي كان بينه وبين كثير من رؤوس المالكية كيحي بن يحي الليثي، حيث انتهى بعفو عام تشكل على إثره مجلس عرف بجماعة الفقهاء المشاورين

---

[1] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص14.

[2] ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت –دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط02، 1414 هـ –1993م، ج01، ص263.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص260.

[4] محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص115.

[5] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص370./ عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي، ص107/شكري يوسف، القضاء في الأندلس، ص64.

سمي كبيرهم برأس الفتيا، رئيس المفتين، رئيس البلد ، شيخ المسلمين سنة 202هـ وعاد الليثي رجل الدولة الأول والمقرب من الحكم بن هشام ولعله كان رئيس هذا المجلس[1].

لذا فالشورى في عند مالكية الأندلسيين على نوعين، مجلس خاص بالقاضي يستعين بهم للنظر فيما يعرض عليه، وقد سار عليه المرابطون من بعدهم فعينوا لكل قاض أربعة مشاورين[2].

مجلس شورى القضاء وهو هيئة عليا يستشيرها الحاكم فيما يطرأ عليه، ويرجع إليها القضاة فيما استشكل عليهم والحكم الصادر عن هذا المجلس ملزم للقضاة.

ثانيا: خُطَّة الرد: هي مؤسسة قضائية مستقلة تميز بها مالكية الأندلس وهي بمثابة المحكمة العليا في عصرنا تهتم بـ[3]:

- النظر في أقضية الحكام التي استرابوا وترددوا فيها.
- النظر في الأقضية التي رجع عنها القضاة –المقلدون[4]–.
- التفتيش على القضاة وأحكامهم.
- متابعة أحوال القضاة خاصة الكور –المناطق الحدودية–وعلاقاتهم مع الناس لأنها كانت بعيدة عن الحواضر الكبرى لذا أولوها أهمية كبرى ضمانا للعدل واستقرار الحدود من أي اضطراب.

ثالثا: قضاء –خُطة–الأشراف: تهتم بفصل المنازعات بين أشراف الدولة من قادتها ورجالها وأبناء الأسرة الحاكمة وقد استحدثت في عهد المرابطين[5]، وهي محكمة ذات طابع خاص لأنها تحفظ استقرار الدولة من الداخل بحل النزاعات بين رجالاتها وتضمن عدم فشو وخروج تلك الخلافات إلى العوام.

رابعا: اتخاذ العدول –الشهود–اللَّفيف: وهو مما عرفه مالكية الأندلس خاصة حيث كان يأخذ القاضي مجموعة من العدول من أهل البلد يوميا ليشهدوا على الدعاوى والأقضية في مجلسه، لقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ الطلاق [2][6].

---

[1] شكري يوسف، القضاء في الأندلس، ص67.

[2] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص15.

[3] الونشريسي، المعيار المعرب، ج10، ص77./ محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص332.

[4] المقلد: الفقيه الذي ليست له أهلية الاجتهاد، وإنما هو متبع لما قال به إمامه. أبو عاصم، مصادر الفقه المالكي، ص214.

[5] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص16.

[6] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص367.

خامسا: يمين القضاء[1]: هي يمين توسع المالكية في إعمالها أكثر من أي مذهب آخر[2]، فبعد نظرهم للمنطق التشريعي ليمين المدعى عليه لقوله ﷺ: ((**أن رسول الله ﷺقضى باليمين على المدعى عليه**))[3]، في أنها وجدت لقطع أي شبهة أو احتمال يجعل المدعي ينكر الحكم القضائي وتبرأة تامة لجانب المدعى عليه من أية نقيصة رغم قوة موقفه، لذلك رأى المالكية يمينا أخرى تكون في جانب من يستحق الدعوى في حالات معينة حفظا لحقوق المحكوم عليه واستبراء لجانب المحكوم له من أية شبهة.

فقالوا أن المدعي إن أقام بينة قاطعة حكم له من غير يمين القضاء، كما لو أقر رجل لآخر بعرض بعينه ثم مات ، استحق المقر له ذلك العرض دون يمين قضائية[4]، أما إن شهدت له البينة بظاهر الأمر وكانت مبنية على الظن وتطرق إليها الاحتمال فلا بد من اليمين هنا استظهارا وتبيانا لباطن الأمر، حتى يتحصل لنا غلبة الظن أن ظاهر الحال موافق لباطنه، ولا يتم ذلك إلا بالاعتماد على ديانة المستحق للحق – من تطرقت عليه الاحتمالات–فيحتاط بها لأنه لا سبيل إلى ذلك إلا بهذه اليمين القضائية المبينة على الديانة، فيقضى بها على أي احتمال موجود[5].

كما أن الأصل في المحكوم عليه الحاضر المالك أمر نفسه لا يُقضى عليه إلا بعد الإعذار له وانقطاع حجته، أما إن كان ممن لا يصح الإعذار إليه وهو الغائب، الصغير أو السفيه حلف المدعي بعد ثبوت حقه يمين القضاء بأنه ما قبض شيئا من حقه ولا وهبه ولا أسقطه ولا أحال له ولا استحال ولا أخذ فيه ضامنا ولا رهنا وإن حقه باق على المطلوب إلى الآن، ويحكم له وتكون هذه اليمين عوض الإعذار فقد يكون للمحكوم عليه فيها حق، فلا يقضي القاضي حتى يستبرئ له[6]، والإعذار وجد لقطع الحجة أو أي احتمال يقدمه المدعى عليه ليدفع عن نفسه.

---

[1] سيأتي الحديث عنها في الفصل الثالث.

[2] وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر – سورية – دمشق، ط04، دت، ج08، ص6078.

[3] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم1711، ج03، ص1336.

[4] التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام بن علي، البهجة في شرح التحفة ((تحفة الحكام))، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية –بيرت– لبنان، ط01، 1418هـ - 1998م، ج01، ص251.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي واستثمارها في الاجتهاد القضائي المعاصر–أطروحة دكتوراه–، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 1436هـ-1437هـ/ 2015م-2016م، ص305-306/ عليش أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر – بيروت–لبنان، دط، 1409هـ/1989م، ج07، ص139.

[6] ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دط، دت، ص199./ عياض بن موسى بن عياض، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق: محمد الوثيق، عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت – لبنان–، ط01، 1432 هـ - 2011 م، ج03، ص1663.

مثاله:

1. "أن يشهد شاهدان لرجل بشيء معين في يد آخر، فإنه لا يستحقه حتى يحلف ما باع ولا وهب ولا خرجت عن يده بطريق من الطرق المزيلة للملك لأنه يجوز أن يكون باعها من المدعى عليه"[1].
2. "إذا شهد لرجل شاهدان على دين لأبيه حلف أنه لا يعلم أن أباه اقتضى من ذلك شيئا، وإن كان شيئا معينا فاستحقه بشاهدين، حلف أنه ما يعلم أن أباه لا وهب ولا خرج من يده بوجه من وجوه الملك، واليمين في ذلك على من يظن به علم ذلك"[2].

لذا ضابط هذه اليمين: "قيام الاحتمال يوجب يمين القضاء"[3]، فلو أقام بينة على حاضر بدين فلا يحلف المدعي مع بينته، ولا على أنه ما قبضه منه إن لم يدفع المطلوب بشيء فإن ادعى المطلوب أنه دفعه إليه، أو دفعه عنه دافع من وكيل أو غيره، فحينئذ يحلف المدعي يمين الاستظهار-يمين القضاء-[4]، لذلك اختلفوا في الرباع-الدور-والعقارات هل تجب فيها يمين القضاء؟ قال مالك ومن ناصره من الأندلسيين وخالفهم سحنون والقرويون، أنها مما لا تدخله يمين القضاء لعدم ورود الاحتمال -كما سبق بيانه-ذلك أن الناس تحتاط فيها والعادة فيهم أنهم يوثقون ملكيتها ويشهدون عليها فإن قامت البينة للطالب ولم يكن عند المدعى عليه شيء من العقود[5].

سادسا: دعوى قطع النزاع: الأصل أن المرء إن كانت له شكوى من شخص آخر، رفع شكواه إلى القاضي لينظر له في أمره، لكن المالكية تفردوا بمسألة يقوم المدعى عليه برفع دعوى على المدعي يطالبه فيها بإثبات حقه عليه إن كان له حق، وعرفت بدعوى قطع النزاع وصورتها: إن تكررت شكاية شخص بآخر بأن له عليه حق معين دون دليل ودون اللجوء إلى القضاء فللمشكو به أن يرفع دعوى ضد الشاكي يطالبه بإثبات ما يقوله وإلا حكم عليه القاضي أن لا حق له عنده وليس له بعد ذلك أن يشكوه قطعا للنزاع، " فتكرر شكوى شخص لآخر زاعما أن له عليه حقا، فإن للمشكو أن يرفع الشاكي للحاكم، ويقول إن كان له عندي شيء فيدعي به فإن أبى ذلك حكم عليه بأنه لا حق له بعد ذلك، وليس له عليه بعد ذلك شكوى قطعا للنزاع، ... هي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية "[6]

---

[1] ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط01، 1406هـ - 1986م، ج01، ص331.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص333.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص331.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص333.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص333./ عياض، التنبيهات المستنبطة، ج03، ص1663.

[6] الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د ت، ج02، ص109.

سابعا: تواطؤهم على لفظة الإعلام في مراسلات القضاة وإلا لم تقبل بخلاف المذاهب الأخرى خاصة المغاربة منهم: أن تكون الصيغة بلفظ الإعلام: هذا إعلام من القاضي فلان إلى ...، أعلم بكذا القاضي فلان...، وغيرها[1].

الفرع الثاني: الخصائص الموضوعية–علمية–.

أولا: مسألة الخـــُـــــلطة[2]: تفرد المالكية بهذه المسألة وجعلوها شرطا لتوجه اليمين على المدعى عليه، والمقصود بالخلطة وجود تعامل مالي بين المدعي والمدعى عليه من بيع، مداينة، هبة...والحكمة منها حفظ أعراض الناس فلو فتحنا الباب لتسلط الفسقة والسفهاء على الصالحين والأتقياء وأصحاب المروءة ولتجرؤوا على القضاة والحكام وادعوا عليهم أمورا يقطع بكذبها وهذا أشد[3].

ثانيا: توسعهم في شهادة السماع: هي الشهادة المبنية على استفاضة الخبر بين الناس وفشوّه وكثرة القول به حتى وقع العلم أو الظن الغالب به للشاهد من جهة السماع، كإثبات الأحباس بالسماع مع انقراض البينات، فلو فشا بين الناس أن الأرض الفلانية وقف على الفقراء يعيشون منها واستفاض الأمر بينهم وتوالت السنين وريع الأرض تقسم عليهم، وأصحاب الأرض حضور ولا يتصرفون في أرضهم وطال الزمن، وجاء من يطالب بملكيته لها باعتباره وارث لها لم يقبل منه[4].

وقد توسع المالكية في هذا النوع من الشهادة أكثر من غيرهم من المذاهب[5]، وأعملوها في عشرين مسألة ذكرها ابن جزي [6]وتكلم عنها أبو بكر بن العربي في خمس وعشرين[7] وزاد بعضهم على ابن العربي ست مسائل وهناك من أوصلها للخمسين، مع اختلاف بينهم في قبول ورد بعضها[8]، مثل: النسب والولاء، الموت، الأحباس، الميراث، الملك المتقادم من هبة، صدقة، القسمة، بيع، تولية القاضي وعزله، الجرح والتعديل، الإسلام والردة، الحمل والولادة، الرضاع، الترشيد

---

[1] محمد الحسن ولد الددو، مخاطبات القضاة في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء –جدة–، دط، دت، ص208.

[2] سيأتي بيانها بالتفصيل في الفصل الثالث.

[3] القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أنوار البروق في أنواء الفروق –الفروق–، عالم الكتب، دط، دت، ج04، ص82.

[4] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص86.

[5] أبو بكر ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد بن الحسين السليماني وعائشة بنت الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، ط01، 1428 هـ -2007 م، ج06، ص279.

[6] ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دط، دت، ص205.

[7] الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت – لبنان–، ط02، ج06، ص280.

[8] التسولي، البهجة، ج01، ص219.

والسفه، الوصية، العتق، النكاح والطلاق، الحيض، الضرر بين الزوجين، اللوث[1].

ثالثا: ما جرى عليه العمل: سواء بمعناه العام قال الولاَّتي: هو الذي استمر عليه عمل الفقهاء في مكان معين سواء أكان مشهورا أو شاذا أو كان راجحا أو ضعيفا[2]، أو معناه الخاص: "العدول عن القول الراجح والمشهور في المذهب إلى القول الضعيف والشاذ فيه لمصلحة أو ضرورة أو عرف وهذا الأخير هو المقصود عند مالكية الغرب الإسلامي خاصة المتأخرين منهم"[3].

فكثيرا ما يخالفون المشهور ويعملون بما تواطأ عليه القضاة في بلد معين، مما دل على مرونة قضاتنا وتماشيهم مع ظروفهم وتغير أحوال بيئاتهم حتى صار في فترة من الفترات لكل حاضرة بالأندلس عمل خاص بها وذلك قبل عودة الباجي[4]، مثاله:

1. إذا وجد الشاهد خطه ولم يذكر شهادته قالوا يشهد بها ويحكم القاضي بها وهو قول رجع عنه مالك وعليه العمل الفاسي[5].
2. ما عليه العمل في إفريقية وشرق الاندلس على قبول مراسلات القضاة بالختم أو خط القاضي بخلاف المشهور فلا يقبل به إلا بشاهدي عدل[6].
3. يمين الرغبة: "من له ديون مؤجلة فأراد سفرا ووكل وكيلا على اقتضائها وسال القاضي ان يمكنه من الحلف على بقاء تلك الديون في ذمم المدينين مكن من ذلك على ما جرى عليه العمل التونسي"[7].
4. الوكيل وكالة عامة على القول الأظهر أن له سلطة توكيل غيره فيما وكل له لأن الموكل قد أنزله منزلته وجعله بمثابته[8]، والعمل التونسي على ألا يوكل المفوض إلا إن نص الموكل صاحب الخصومة على ذلك في وكالته[9].

رابعا: تمسكهم بالعرف: وهو فرع عن العمل أو الماجريات فهي مبنية على المصلحة ومن معايير معرفة قوة المصلحة

---

[1] المصدر نفسه، ج01، ص219./ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص205./ الكشناوي، المصدر السابق، ج06، ص280.

[2] سهيلة مدلفاف، مسعودة علواش، قاعدة ما جرى به العمل عند المالكية ومجالات تطبيقها –شهادة اللفيف أنموذجا من خلال الدرر المكنون في نوازل مازونة–، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، م14، ع02، 2022م، ص07.

[3] المصدر نفسه، ص7.

[4] ابن فرحون، الديباج المذهب، ج01، ص384.

[5] محمد عبد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة –تونس–، ط02، دت، ص178.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص27-28./ ابن شاس أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: أد. حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي، –بيروت – لبنان، ط01، 1423 هـ –2003م، ج03، ص1026./ عليش، منح الجليل، ج08، ص366-367.

[7] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: أ ب

[8] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج08، ص194.

[9] محمد جعيط، المصدر السابق، ص9.

التي يعمل بها في مقابل المشهور[1] هو العرف لأنه معيار ملموس لتواطئ الخاصة والعامة عليه.

والعرف أحد المعايير التي يرجع إليها القاضي في فصل الخصومة مثاله:

"ومن ذلك أيضا قولهم: إن الزوجين إذا اختلفا في قدر المعجل والمؤجل في المهر ولا بينة لأحدهما فالقول لمن شهد له العرف"[2].

والعرف أحد معايير تعيين القضاة سواء في الأندلس وعند الزيانيين: بأن يكون من اهل البلد التي سيشرف عليها حتى يكون من معرفة أحوالها وأعرافهم وعاداتهم وطريقة عيشهم وتفكيرهم[3].

خامسا: تميزهم بمصطلحات فريدة دقيقة: فكانوا يميلون إلى التفصيل المثمر النافع وتمييز كل أمر بمصطلح للدلالة على احتوائه معنى أو إجراء مخالف لغيره:

1. **تفصيلهم في أنواع القضاة**[4]:

أ. **قاضي الجند:** وهي تسمية قديمة كانت تطلق على القاضي أول الأمر في الأندلس وفي البلاد المفتوحة، ذلك أن خلفاء بني أمية في دمشق كانوا يعينون على كل ناحية فيها قوة عسكرية قاضيا ثم صار يطلق على القضاة المكلفين بالعسكر.

ب. **قاضي الجماعة:** هو أعلى قاض في الإقليم الواسع: كالقيروان، الاندلس...

ج. **قاضي المدينة:** هو الذي يتولى قضاء مدينة معينة.

د. **مسدد خاصة:** قاضي القرى الصغيرة.

هـ. **قاضي النصارى أو العجم:** يتولى النظر في دعاوى أهل الذمة.

و. **قاضي الحسبة:** يتولى متابعة الأسواق والتجار...

ز. **قاضي المظالم:** يتولى النظر في الشكاوى المقدمة ضد موظفي ورجال الدولة.

ح. **قاضي الرد:** ينظر في القضايا التي طعن فيها أصحابها فيستأنفون عنده.

ط. **قاضي الأشراف:** ينظر في المنازعات الواقعة بين رجال الدولة والأسرة الحاكمة.

والجدير بالذكر أن قضاء الرد، قضاء الأشراف، قضاء الحسبة-من حيث التنظيم والصلاحيات-وقضاء النصارى من

---

[1] المشهور: قيل: ما قوي دليله وقيل ما كثر قائلوه وقيل قول ابن القاسم في المدونة./ أبو عاصم، مصادر الفقه المالكي، ص197.

[2] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ع62، ص128.

[3] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص333./ فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص18.

[4] محمد الزحيلي، المصدر نفسه، ص325-332./ شكري يوسف، القضاء في الاندلس، ص15.

الخطط التنظيمية القضائية التي تفرد وسبق إليها مالكية المغرب الإسلامي عن القضاء في المشرق مما دل على نبوغ ونضج المذهب قبل غيره في مجال القضاء[1].

2. **تفصيلهم في أعوان القاضي:**

نائب القاضي، الكاتب، المزكي، المترجم، المشاور، الحاجب، البواب، الجلواز، الشهود، المحضرون، المحلف، أهل الخبرة، السجان، المنادي[2].

3. **تفصيلهم في أنواع اليمين:**

يمين التهمة، يمين الانكار، يمين القضاء، يمين الرغبة، يمين الرد، اليمين المتممة، يمين الشاهد، اليمين الواجبة، اليمين غير واجبة، يمين القسامة، يمين اللعان[3].

سادسا: تميزهم ببعض المصطلحات الخاصة بهم:

1. **قاضي الجماعة:** فلم يسموا رئيس القضاة بقاضي القضاة كما في المشرق لقبحه في نفس السامع لأن قاضي القضاة هو الله تعالى، واعتمد المالكية لقب قاضي الجماعة والمراد بالجماعة جماعة القضاة، وكان هذا المنصب قبل ذلك يتولاه قاضي الحضرة السلطانية عاصمة الأندلس ثم تميز بهذا اللقب[4]، ولوجود سبب سياسي وهي رغبة السلطة الحاكمة التميز عن المشرق حتى في المصطلحات، ذلك أن أول ظهور لهذا اللقب كان في عهد الأمير عبد الرحمان الداخل مع بداية عهد الدولة الأموية هناك، فقد كان يطلق على القاضي قبل ذلك في عهد الولاة قاضي الجند، ثم استبدل بقاضي الجماعة ليشمل العسكر والمدنيين لكثرة دخول الناس في الإسلام، وسار المالكية على هذه التسمية لحسنها بعد توليهم للقضاء على عهد هشام بن عبد الرحمان الداخل[5].
2. **شهادة الدعائم:** "هم الشهود الذين لو انفرد منهم اثنان لم يثبت الحكم بهما ولا يقبلا فيه، فإذا كثروا قوى بعضهم بعضا "[6].

---

[1] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص385.

[2] سيأتي الحديث عنهم في آخر هذا الفصل.

[3] سيأتي الحديث عنها في الفصل الخامس.

[4] أبو الحسن، علي بن عبد الله بن محمد، تاريخ قضاة الأندلس -المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا-، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، دار الآفاق الجديدة – بيروت-لبنان، ط05، 1403هـ -1983م ص21. / عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط01، 1403 هـ - 1983م، ص08.

[5] شكري يوسف، القضاء في الاندلس، ص56.

[6] الطرطوشي، أبو بكر محمد بن محمد، سراج الملوك، المطبوعات العربية – مصر-، طبعة حجرية، 1289هـ، 1872م، ص167.

3. **يمين الرغبة:** "من له ديون مؤجلة فأراد سفرا ووكل وكيلا على اقتضائها وسأل القاضي أن يمكنه من الحلف على بقاء تلك الديون في ذمم المدينين مكن من ذلك على ما جرى عليه العمل التونسي"[1].

سابعا: كثرة الضوابط والقواعد: ذلك أن المالكية يميلون إلى التقعيد أكثر من غيرهم بدليل كتاب القواعد لأبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري الذي لم يؤلف مثله عند غيرنا، لاحتوائه على 1250 قاعدة وضابط فقهي، ومذهب بهذه الخصوبة التقعيدية لابد وأن له قواعد وضوابط كثيرة في مجال القضاء، وقد لمست هذا أثناء بحثي في هذه الأطروحة من خلال الاطلاع على فروع قضائية وفقهية كثيرة فتجد ذلك النفس العقلي الاستنباطي، فقيدت بعضها وحاولت إدراجها في رسالتي هاته ما أمكن، -وإن لم يكن شغلي الشاغل هو تتبعها- حتى أدرجت وتكونت لدي أكثر من مائة قاعدة وضابط قضائي وفقهي.

ثامنا: كثرة المؤلفات القضائية في مختلف ألوانه: الأحكام، الوثائق، المحاضر والسجلات، أقضية الرسول –صلى الله عليه وسلم-، المنظومات القضائية، كثرة الشروح والحواشي على المنظومات، التأليف في الماجريات وشرحها، دل على عظم العلم المدروس عند أصحابه بل حتى أن بعضهم ترجم للقضاة والمشاورين حتى بلغ هذا الأمر حد التخمة عند المالكية، ولعل هذا راجع إلى الزخم العلمي الذي شهدته الأندلس مع الصفائية الفقهية وعدم وجود مذاهب أخرى منافسة قد تفرق جهدهم في الذب عن المذهب ومقارعة الآخرين، مما وجه جهدهم في خدمة المذهب من خلال المجال النظري من تتبع روايات المذهب وتمحيصها كما في الواضحة، ومن خلال المجال التطبيقي المتمثل في النوازل والمستجدات الكثيرة التي عرفتها الأندلس نتيجة التفوق الحضاري، فأعطت المالكية مناخا علميا تطبيقيا خصبا فأبدعوا خير إبداع.

الفرع الثالث: مميزات شخصية القاضي المالكي –المغرب الإسلامي–التي ساهمت في تطوير القضاء.

قضاة المالكية وأقصد منهم المغرب الإسلامي خصوصا، هم كغيرهم من البلاد الإسلامية تجد فيهم الورع التقي الذي أخذ كتاب القضاء بقوة، والورع التقي الذي قدم الأعذار هروبا بنفسه عن هذا المنصب الخطير، ونجد كذلك القاضي الذي سارع لهذا المنصب وطلبه بل وكان من قضاة السلاطين ممن باعوا آخرتهم بدنياهم، لكن ما يلاحظ على بلادنا أنها رزقت بقضاة اتسموا بصفتين تميزوا بهما عن المشارقة:

الميزة الأولى: أن أبناء المغرب الإسلامي من لدن سحنون لا يقبلون بمذهب في البلاد غير مذهب مالك -رحمه الله تعالى- لأسباب عديدة ليست محل البحث، وقد تجرعوا المذهب حتى صار هوية مغاربية بامتياز، فلا تذكر الفتوى في بلادنا إلا وكانت وفق المدرسة المالكية القاسمية السحنونية الخليلية –فيما بعد–فلا يظهر حاكم ولا دولة إلا وأجبرت

[1] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: أ ب.

على العمل بمذهبنا حتى التي عُرفت بعداوتها للمذهب.

ففي الدولة الفاطمية عين أبو عبد الله محمد بن أبي منظور337هـ قاضيا للجماعة سنة 334هـ في عهد المنصور بالله إسماعيل341هـ شراء للسلم الاجتماعي بعد ثورة يزيد بن كداد (332هـ-336هـ) التي دعمها المالكية[1]، أما الموحدون كان لهم قضاة مالكية كقاضي الجماعة أحمد بن مضاء وقاضي الجماعة أحمد بن يزيد بن بقي بن مخلد وقاضي الجماعة عبد الحق بن عبد الله[2].

وهذه الوحدة المذهبية المغاربية انعكست إيجابا على القضاء حيث تميزت الأحكام المالكية بالانسجام والاتزان، مما جعلها محمودة ومقبولة بين الناس بخلاف المشرق الذي تصارعت المذاهب فيه على القضاء، مما أدى إلى اختلاف الأحكام في الزمن والمكان الواحد مما شكك الناس في مدى استقرار المنظومة القضائية عندهم[3].

الميزة الثانية: عزيمة كثير من قضاة مالكية المغرب الإسلامي في الإدلاء برأيه وتقدمه في تولي مناصب الدولة حتى صار نائبا عن الحاكم أحيانا عند غيابه خاصة في الأندلس، وهذا لانفتاح وسلاسة ذهنية حكام الأندلس الذين أرادوا إضفاء الشرعية الدينية على حكمهم في البلاد، فقدموا العلماء وأعلوا شأنهم فوقع ذلك الوقع الحسن في قلوب العامة، هذا من جهة ومن جهة أخرى وجدوا البلاد التي تحت أيديهم مركبة من أعراق مختلفة: من الأيبيريين وهم السكان الأصليون، الأمازيغ، العرب فكان عليهم ابتداع هوية جامعة لهذه الأعراق أساسها الوحدة الدينية، لأن الدِّين تذوب فيه كل العصبيات، وفق المذهب الأوزاعي أول الأمر ثم المذهب المالكي[4]، وازدانت هذه الوحدة بمميزات علمية وعمرانية وثقافية مما صنع هوية حضارية جميلة عرفت بالهوية الأندلسية فتجد الأمازيغي الأندلسي يختلف كثيرا في هويته عن الأمازيغي في الشمال الإفريقي، وكذا العربي الأندلسي يختلف كثيرا في هويته عن العربي المشرقي، ومما ساعد في تحقيق هذه الفكرة جرأة علمائنا وإقبالهم على الإصلاح وكان هذا ديدن مالكية المغرب عموما والأندلس خصوصا، كما فعل قاضي الجماعة منذر بن سعيد البلوطي355هـ لما علم أن خليفة الأندلس عبد الرحمان الناصر350هـ في تشييده قصر الزهراء جعل بعض أعمدتها من الذهب والفضة فأنكر عليه ونصحه وأكثر عليه مرارا وتكرارا حتى عرَّض به في المساجد فغضب الخليفة منه أشد الغضب لكنه رجع عن ذلك في نهاية المطاف[5]، وحتى سُحنون وتلامذته بالقيروان لما تولوا القضاء لأن

---

[1] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص12./ تقي الدين طيابية، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي، ص 105.

[2] فاتح مزردي، المصدر نفسه، ص16.

[3] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص387.

[4] شكري يوسف، القضاء في الأندلس، ص38.

[5] المصدر نفسه، ص85

العادة جرت على الهروب من القضاء، لكنهم تولوا هذه الخُطة لا ليطلبوا بها الدنيا بل ليصلحوا بها أحوال الناس كالقاضي عيسى بن مسكين275هـ[1]، تلميذ سُحنون الذي أخذ خُطة القضاء ليستكمل الحركة العلمية والإصلاحية التي قادها شيخه سحنون خاصة مع تهديد والي القيروان حينها بتولية ابن عبدون الذي كان مبتدعا يقول بخلق القرآن[2].

بل توسعت صلاحيات كثير من القضاة ليتولوا مناصب قيادية في الدَّولة منها قيادة الجيش كالقاضي الفرج بن كنانة أرسله الحكم بن هشام لمحاربة أعدائه في سرقسطة، والقاضي منذر بن سعيد البلُّوطي الذي ولاه عبد الرحمان الناصر قيادة الجند[3]، فدل على أن تكوين الكثير من قضاة المالكية قديما هو تكوين متكامل حتى يصبحوا رجال دولة في الإدارة والسياسة والعسكر أحيانا وليس رجال فتوى فقط، كتلميذ الإمام مالك سعيد بن أبي هند أبي عثمان الذي صار وزيرا بالأندلس بعد عودته من رحلته إلى الإمام مالك[4]، وأبو عبد الله محمد بن عبد الله كان رسولا لعبد الرحمان الناصر350هـ لقبائل البربر في عدوة المغرب يستميلهم لمحاربة الفاطميين[5]، وهذا ما انعكس إيجابا على الخبرة القضائية المالكية سواء في شقها الموضوعي أو شقها الإجرائي، فمن مارس الحكم وتعاطى مع مشاكل الناس اليومية في مختلف مؤسسات الدولة السياسية، المالية، الإدارية، الأمنية رأى من العيوب ما يجبره على إصلاح وابتداع أساليب جديدة تواكب المتغيرات، لذا نجد أن قضاة الأندلس سبقوا غيرهم من البلاد شرقا وغربا وأحدثوا مجلس شورى القضاء-سبق ذكره- الذي كان مؤسسة تهتم بالنظر في المعضلات التي عجز عنها القضاة في البلاد وكذا المستجدات التي تحتاج لاجتهاد جماعي، بل والنظر في مدى شرعية وملاءمة قرارات حكام الأندلس للكتاب والسنة، وكانت أحكام هذا المجلس إلزامية مما صنع الانسجام في جسم القضاء الأندلسي، لأن تفكيرهم كان تفكيرا مؤسساتيا ولم يكن تفكيرا تقليديا فرديا، وتمثل كذلك في إنشاء خطة أو مؤسسة قضاء الرد-سبق ذكرها- وهي عبارة عن مجلس قضائي ينظر في نقض أحكام القضاة وهي تعد درجة ثانية يحتكم إليها الناس، وكذا خطة الأشراف-سبق ذكرها- عند المرابطين والتي

---

[1] عيسى بن مسكين بن منظور الإفريقي، سمع من سحنون وابنه جميع كتبه ومن غيرهما وسمع بالشام من أبي جعفر الأيلي وبمصر من ابن المواز وغيره، ومن تلامذته: أحمد بن محمد بن تميم وأبو الحسن الكانشي وغيرهما، كان فقيها عالما فصيحا ورعا مهيبا وقورا ثقة مأمونا صالحا ذا سمت وخشوع فاضلا، يشبه سحنونا في هيئته وسمته، كان متفننا في الحديث والفقه واللغة وأسماء الرجال وكناهم وقوتهم وضعفهم فصيحا جيد الشعر كثير الكتب في الفقه والآثار، تولى قضاء القيروان توفي سنة 295هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص66-70.

[2] عياض، ترتيب المدارك، ج04، ص336.

[3] شكري يوسف، القضاء في الاندلس، ص101.

[4] عياض، المصدر السابق، ج03، ص123.

[5] شكري يوسف، المصدر السابق، ص77.

تهتم بمنازعات قادة الدولة وأمراء الأسرة الحاكمة لأهمية ضبط العدل بين رجال الدولة واستقرارها، ولخطورة هذا النوع من الخلافات فلا بد لها من قضاء خاص يتولاه له من المهابة بقدر المهمة، لذا فشخصية القاضي المالكي الأندلسي – خاصة– بصفته رجل دولة في تكوينه صنع وجه السبق في التفوق القضائي في بلاد الإسلام قاطبة، ولا يمكن إرجاع ذلك إلى أصول مذهبنا العلمية بحد ذاتها فقط.

المبحث الثالث: أركان القضاء واختصاصات القاضي.

تعد معرفة أركان القضاء وشروطه خطوة أساسية لفهم البناء الفقهي والإجرائي لمنظومة التقاضي عند المالكية، إذ لا يصح القضاء إلا بتوافر عناصره الأساسية: من قاض تتوفر فيه الشروط، ومقضي به ومقضي له ومقضي عليه، فضلا عن شـــروط تتعلق بموضـــوع النزاع وكيفية إصـــدار الحكم، وهذا ما عالجه المطلب الأول من هذا المبحث وفق ما قرره علماؤنا المالكية.

ثم يُستكمل المبحث في مطلبه الثاني بتسليط الضوء على اختصاصات القاضي وصلاحياته الموضوعية، المكانية والزمانية في فض النزاعات، وبيان الأدوار التي يضـــطلع بها أعوانه في ســـير الدعوى وتنفيذ الأحكام، مما يظهر مدى التكامل بين الوظيفة القضـائية وبقية الأجهزة المعينة لها، بما يُعزز تكامل المنظومة القضـائية ويُحقق المقصـد منها في رفع الظلم وتحقيق العدالة.

المطلب الأول: أركان القضاء وشروطه.

الفرع الأول: القاضي.

تكلم الفقهاء عن الأسس اللازم توفرها في القاضي حتى يصلح لهذا المنصب الحساس، فجعلوا فيها شروط صحة وشروط كمال وآداب خاصة به حتى يتميز عن غيره ويتم اختيار الأصلح لهذه المسؤولية ومن ذلك قول القرافي:" ويقدم في القضـاء من هو أعرف بالأحكام الشـرعية، وأشـد تفطُّنا لحجاج الخصـوم وخدعهم وهو معنى قوله–صـلى الله عليه وســلم -: ((**أقضـــاكم علي**...)) [1] وإن الأســـباب الموجبة للتفضـــيل قد تتعارض فيكون الأفضـــل من حاز أكثرها وأفضلها"[2].

أولا– شروط صحة تولي القضاء.

شـروط الصـحة قد جمعها ابن جزي في قوله: "أن يكون مسـلما عاقلا بالغا ذكرا حرا سميعا بصـيرا متكلما عدلا عارفا بما يقضي به"[3]

ويسـتثنى منها شـروط لا تدخل في صـحة التولية، لكنها توجب عزل القاضـي إن فقد إحداها، وهي السـمع،

---

[1] رواه ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط01، 1430 هـ - 2009 م، كتاب: أبواب السنة، باب في فضائل أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رقم: 154، ج01، ص107.قال الأرنؤوط إسناده صحيح على رواية: وأقضاهم علي.

[2] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص52.

[3] ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، دن، دط، دت، ص195.

البصر والكلام، وسيأتي بيان ذلك.

1. **الإســـلام:** لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡكَٰفِرِينَ أَوۡلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۚ ﴾ النساء [143]، و لقوله سبحانه: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمۡ فَإِنَّهُۥ مِنۡهُمۡۗ ﴾ المائدة [53]، فلا يجوز أن يتولى القضاء كافر، لأن القضاء ولاية عامة و الكافر ليس له أهلية الولاية على المسلم.

2. **العقل:** خرج به المجنون لأنه ليس محلا للتكليف لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**رفع القلم عن ثلاث: ...وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق**))[1]، قال القاضي أبو بكر الباقلاني: "ولا يكتفى بالعقل المشترط في التكليف، بل لا بد أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا من السهو والغلط"[2]، فحث الإمام الباقلاني على أن يكون للقاضي عقل اكتسابي فطن ونبيه زيادة على العقل التكليفي الذي يناط به التعبد، لذا فاشتراط العقل هو من باب أولى.

وهذا هو المقصود في مسألة هل يكتفي بالعقل التكليفي أم يلزمه العقل الاكتسابي الفطن؟، فالقاضي يلزمه الذكاء والنباهة زيادة على التعقل الذي تشترط معه الولاية، فنبه علماؤنا رحمهم الله تعالى على هذه النقطة ومنهم القرافي:" قال العلماء: وإذا كان معاذ أعلم بالحلال والحرام فهو أقضى الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين، فما معنى قوله –عليه الصلاة والسلام –: ((**أقضاكم علي؟**))[3] أجابوا –رضي الله عنهم- بأن القضاء يرجع إلى التفطن لوجوه حجاج الخصوم، وقد يكون الإنسان أعلم بالحلال والحرام وهو بعيد عن التفطن للخدع الصادرة من الخصوم والمكايد والتنبه لوجه الصواب من أقوال المتحاكمين"[4] .

وذكر الطرطوشي[5]: "ليس بِحَسَنٍ الزيادة في عقله المفضية إلى الدهاء والمكر فإن هذا مذموم، وقد عزل عمر – رضي الله

---

[1] رواه النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، المجتبى من السنن –السنن الصغرى-، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب- سوريا، ط02، 1406هـ – 1986م، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، رقم 3432، ج06، ص156، حكم الألباني :صحيح.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج10، ص26.

[3] سبق تخريجه، ص69.

[4] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص53.

[5] أبو بكر محمد بن الوليد بن محمد بن خلف بن سليمان بن أيوب الفهري المعروف بالطرطوشي، كان إماما عالما زاهدا ورعا دينا متواضعا متقشفا، نشأ بالأندلس ببلده طرطوشة ثم تحول لغيرها من بلاد الأندلس وصحب القاضي أبا الوليد الباجي، أبا بكر الشاشي وابن المعيد المتولي...أخذ عنه: القاضي عياض، وغيره كثير، له كتب جليلة منها: تعليقه في مسائل الخلاف، كتاب في البدع والمحدثات، وفي بر الوالدين، سراج الملوك وغير ذلك، توفي سنة 520هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب ،ج02، ص244.

عنه – زيادا وقال: ((كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك))، وكان من الدهاة"[1]، والصواب ما حققه الحطاب:

فالمراد بالعقل الاكتسابي أن تكون له فطنة في كشف حيل الخصوم فلا يغفل عنها لأن حكمه مبني على سرعة بديهته، أما الذكاء الحاد والفطنة الزائدة فهي من شروط الاستحباب[2] لأن المالكية اختلفوا في اعتبار الفطنة هل هي من شروط الصحة أم الكمال؟ فكان هذا الاختلاف شكليا وليس حقيقيا.

كما نبه بعض المالكية كالقاضي عبد الوهاب على ضرورة ألا يكون القاضي زائد الفطنة صاحب دهاء بحيث يعتمد على فهمه وذكائه في التحايل على الخصوم للوصول إلى الحكم عن طريق فراسته لأنه مذموم شرعا[3]، وهذا القول فيمن صحت سريرته أما القاضي الجائر الفطن فهو شر القضاة ولهذا رأى كثير من المالكية وجوب إعادة النظر في كل أقضية هذا الأخير بعد عزله–سيأتي ذكره في الفصل الأخير–، لأنه لا يُضمن أن يتحايل بفطنته فيحكم للظالم بالحق و يعطل حجة المظلوم و يخرج الحكم بصورة تتماشى مع أصول القضاء فتجعل الناظر فيها يظن أنه حكم بالحق وهذا مأخذ له قوته–سيأتي ذكره في الفصل الأخير–

3. **بالغا:** وخرج به الصبي للحديث السابق: ((**رفع القلم عن ثلاث: ...وعن الصغير حتى يكبر**))[4] فلا تصح ولايته حتى لو تميز بالذكاء والفطنة، لنقصان أهليته ولذلك وجد الولي لرعاية شؤونه، والصبي ليست له ولاية على نفسه فكيف يتولى على غيره[5].
4. **حرا:** فلا يصلح لها العبد، لأنه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه، مسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ ولا يصلح للقضاء ولا للإمارة[6].

ويلحق بالحرية كل من ليس خاضعا لغيره من الناس، لذا بينها الطاهر بن عاشور: " السلامة من نفوذ غيره عليه"[7]، فالمقصود من الحرية في الإسلام وما يجب أن يكون عليه الحال استقلالية المترشح للقضاء من أي نفوذ لأن العبودية

---

[1] ابن غازي المكناسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، تحقيق: د أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، –القاهرة –جمهورية مصر العربية، ط01، 1429 هـ –2008م، ج02، ص989.

[2] الحطاب، مواهب الجليل ج6، ص88.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج10، ص29.

[4] سبق تخريجه، ص70.

[5] ميارة أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، دط، دت، ج01، ص11.

[6] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص87.

[7] ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ – 2004م، ج3، ص528.

مراتب أعلاها وأظهرها الرق، فمن عرف ولاؤه لمن له سطوة أو عرفت منه القابلية للخضوع لم تجز توليته للقضاء، فلا تصح تولية الضعيف لأن له قابلية للاستعباد من طرف من هو أقوى منه.

5. **عدلا**: العدالة هي "الوازع عن الجور في الحكم والتقصير في تقصّي النظر في حجج الخصوم. فإن القضاء أمانة، ولذلك قرنه الله تعالى بالأمانات في قوله –تعالى-: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾ النساء [57]"[1] لذا يجب أن يكون ممن "يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر والمباح الذي يقدح في المروءة "[2]فخرج به الفاسق لأنه غير مأمون وإن ولي عزل، واختلف أصحاب المذهب في إجازة ما حكم به وإن وافق الحق إلى قولين:

أحدهما: أنها جائزة، وهو قول أصبغ.

والثاني: أنها مردودة، لأن مصادفته للحق من غير قصد إلى إيقاعه كنقد الأعمى إذا صادف درهما زائفا، وهذا مشهور المذهب[3].

6. **ذكر**: احترازا من الأنثى" لما روى أن رسول الله ﷺأنه قال: ((**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**))[4]، ومن طريق العموم أنه أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تنافيه الأنوثة كالإمامة الكبرى، قال القاضي أبو الوليد: "ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين في عهد النبي ﷺأنه لم يقدم لذلك في عصر من الاعصار، ولا مصر من الأمصار امرأة للقضاء كما لم يقدمها للإمامة"[5].

وجاء في التوضيح رواية عن لابن القاسم بجواز تولية المرأة للقضاء وقد أوله ابن عرفة وابن زرقون أنه خصصها فيما

---

[1] ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج03، ص529.

[2] ميارة، الإتقان والإحكام، ص47.

[3] الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق: أبو الفضل الدّميَاطي، دار ابن حزم، ط1، 1428 هـ -2007م، ج08، ص63.

[4] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه –صحيح البخاري–، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط01، 1422هـ، كتاب: المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، رقم الحديث 4425، ج06، ص8.

[5] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص61.

تجوز فيه شـهادتها كقول أبي حنيفة، وقال ابن عبد السـلام أنها تحتمل الإطلاق كالمازري 536هـ[1]، واسـتدل من قال بتولية المرأة تولية عمر بن الخطاب الشفاء الحسبة وهي ضرب من القضاء والحكم، ورد عليهم أن عموم الحديث مقدم على اجتهاد الصحابي[2].

7. **العلم**: لا تصح ولاية الجاهل وإن وجد عزل وأبطلت أحكامه ولو وافق الحق، فالشرط الذي تتعلق به صحة القضاء هو العلم، "أما الاجتهاد إذا وجد فلا يجوز العدول عن صـــاحبه ...فإن تقلد مع وجود المجتهد فهو متعد جائر"[3] على قول الحطاب والمعتمد أن الاجتهاد – المطلق–شرط كمال[4].

فإن لم يجد المجتهد–المطلق–فهل يصح قضاء العالم المقلد مع وجود من هو أفضل منه؟

ذهب ابن شاس610هـ[5] وابن عبد السلام749هـ[6]وغيرهما إلى القول بوجوب تقديم الأعلم من ذلك قول ابن عبد السـلام: "فإن لم يوجد مجتهد فمقلد إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه ويعلم منه ما هو أجرى على أصـل إمامه مما ليس كذلك"[7]، فقدم مجتهد الفتوى والمذهب على غيره فإن لم يوجد قدم مجتهد الفروع وعليه الالتزام بمشهور المذهب، فمن خرج عن المذهب عُزل وهي سيرة الأئمة كسحنون

---

[1] أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري: المعروف بالإمام، من الأئمة الأعلام المجتهدين المحققين، أخذ عن أبي الحسن اللخمي وعبد الحميد الصائغ وغيرهما وعنه: أبو محمد عبد السلام البرجيني، ابن الفرس وأبو عبد الله بن تومرت وأبو عبد الله الشلبي وغيرهم كثير، له: شرح التلقين، شرح البرهان سماه إيضاح المحصول من برهان الأصول، المعلم في شرح صحيح مسلم، كتاب التعلقة على المدونة، كتاب الرد على الأحياء للغزالي المسمى بالكشف والأنباء على المترجم بالأحياء وغيرها مات في ربيع الأول سنة 536 هـ.محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص186-187.

[2] خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط01، 1429هـ - 2008م، ج07، ص388./ الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص87.

[3] الحطاب، المصدر نفسه، ج06، ص89.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص129.

[5] أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار بن عشاير بن عبد الله بن محمد بن شاس الجذامي السعدي الملقب بالخلال كان فقيها فاضلا في مذهبه عارفا بقواعده ، له كتاب الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة وصنفه على ترتيب الوجيز لأبي حامد الغزالي، كان مدرسا بمصر بالمدرسة المجاورة للجامع العتيق، توفي سنة 610هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج01، ص443.

[6] محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير، قاضي الجماعة بتونس كان إماما عالما حافظا متفننا في علمي الأصول والعربية وعلم الكلام وعلم البيان والحديث، سمع من أبي العباس البطرني وغيره، أخذ عنه: أبو عبد الله بن عرفة الورغمي وغيره، له: شرح مختصر بن الحاجب، توفي سنة 749هـ.ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص329.

[7] الحطاب، المصدر السابق، ج06، ص89.

ويحي بن يحي الليثي[1]، "والمعتمد أنه لا يشترط الأمثل بل يصح تولية من هو دونه مع وجوده حيث كان عالما "[2].

قال ابن حبيب بجواز تولية المقلد العاقل الحصيف الورع مع المشورة، ووافقه أصبغ مع تقييده بالضرورة فقط كوجود العدل غير العالم وعالم لا بأس بحاله فيقدم العدل غير العالم مع وجوب استشارة غيره[3].

8. **أن يكون القاضي واحدا:** جاء في التوضيح: "أن يكون واحدا: لا يجوز أن يفوض القضاء إلى اثنين لا يتم الحكم إلا باجتماعهما"[4]، لأن اختلافهما يؤدي إلى تعطيل القضاء، ولا يتعارض هذا مع تعدد القضاة كما سيأتي بيانه، بل زبدة هذا الشرط ألا ترفع القضية إلى أكثر من قاض يحكم فيها في نفس الوقت.

واستثنى المازري حال اقتضاء المصلحة ووجود ضرورة في نازلة يرى الإمام أنها لا تصلح أن يحكم فيها الواحد، وترتفع فيها التهمة إلا بقضية رجلين لعدم وجود دليل مانع من ذلك[5]، وصورته في زماننا في لجان التحقيق في القضايا الشائكة والحساسة التي يطلب لها هذا النوع من القضاة.

9. **سلامة الحواس:** يقصد بها سلامة البصر والسمع والكلام فلا يجوز تولية الأعمى أو الأصم أو الأبكم ابتداء لأنه يتعذر عليه الفهم والإدراك التام في مجلس الحكم، فلا يتأتى له قضاء ولا ضبط ولا تمييز بين المحق و المبطل ولا تعيين الطالب من المطلوب[6]،فبالرؤية يعاين الأدلة وينظر إلى الخصوم، وبالسمع يدرك الشهادات ويفهم عن الخصوم، وبالنطق يتواصل مع الخصوم ويستفهم منهم وينطق بالحكم، بدليل: قوله -صلى الله عليه وسلم-: ((**إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار**))[7]، فقوله –صلى الله عليه وسلم- : **فأقضي له على نحو ما أسمع** "دليل على أن التفاهم قد حصل بين الحاكم والخصمين فإن تعذر ذلك من القاضي بصمم أو من الخصم ببكم

---

[1] عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، دط، دت، ج01، ص373./ محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص345.

[2] الدسوقي، المصدر السابق، ج04، ص129.

[3] خليل، التوضيح، ج07، ص389.

[4] المصدر نفسه، ج07، ص390.

[5] المصدر نفسه، ج07، ص390.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص28.

[7] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت، فقضي بقيمة الجارية الميتة، ثم وجدها صاحبها فهي له، ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمنا، رقم 6967، ج09، ص25.

أو بلغة لا يفقهها القاضي" [1]لم يحصل التفاهم لذا لم تصح تولية الأعمى، الأصم، الأبكم، أما إن طرأ على القاضي عطب في إحداها بعد توليته فإنه يُعزل وتنفذ أحكامه إلى حين العزل[2].

ويجدر التنبيه إلى أن المالكية لم يعتبروا سلامة الحواس شرطا لصحة تولية القاضي، بل لا تجوز توليته إن كان عنده خلل في أحدها ويأثم من ولّاه من الحكام وتمضي أحكامه حتى صدور مرسوم عزله، وكذلك جعلوا وقوع الخلل في إحداها بعد التولية شرطا لعزله[3]، ذلك أنهم يرون ما سبق من الشروط هي وحدة متكاملة إن وقع خلل في إحداها أدى ذلك إلى عدم التولية أساسا، أما سلامة الحواس فهي وحدة متكاملة أخرى إن عُدمت إحداها أدى ذلك لانعدام وبطلان استمرارية صحة التولية، أما إن عدمت كوحدة كخلل في حاستين مثلا أدى ذلك لعدم صحة تولية القاضي ابتداء وفي هذه الحال يصير شرطا لصحة التولية ابتداء ولو عيّن بطلت أحكامه[4].

ثمرة التقسيم: أن القاضي المبتلى بفقدان إحدى الحواس ينفذ ما مضى من أحكامه إلى حين العزل، ولو كان فاقدا لاحداها حين توليه للمنصب، بخلاف الشروط الأخرى فيبطل حكم أي قاض لم تتوفر فيه إحداها كالإسلام...، من حين تلبسه بخلافها كالكفر...، وتصير أحكامه باطلة تلقائيا وإن لم يُعزل مباشرة فإن أحكامه لا أثر لها[5].

ولا تعتبر سلامة الحواس موانع للتولية، لأنه يلزم منها أن القاضي الأعمى إن تولى كان العمى مانعا من توليته وبالتالي فكل أحكامه باطلة، و إن تولّى صحيحا ثم طرأت عليه إحداها كالعمى فإن أحكامه السابقة تنفذ لأنه أصدرها حين صحته فقط، أما ما أصدره بعد العمى بطلت، وهذا مما لا يقول به المالكية لأنهم يرون أن القاضي المصاب بإحداها كالعمى مثلا فإنه يُعزل وتنفذ أحكامه التي حكم بها لما كان مصابا بالعمى[6].

ثانيا: شروط الكمال.

يقصد بها الشروط التي يستحسن أن تتوفر في القاضي، فهي أوصاف تكون في ذات القاضي كلما توفرت فيه كانت صورته أكمل وكلما نقصت إحداها استقبح منه ذلك، وهي:

---

[1] أبو بكر ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: د محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط01، 1992م، ص879.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص37.

[3] المواق أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط01، 1416هـ-1994م، ج08، ص81.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص100.

[5] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص130.

[6] الحطاب، المصدر السابق، ج06، ص100.

1. أن يكون مطلعا على أقضية من سبقه.
2. أن يكون من أهل البلد التي يقضي فيه.
3. أن يكون مترفعا عما في أيدي الناس.
4. أن يكون مستخفا بشفاعات الأئمة والحكام.
5. أن يكون هينا من غير ضعف.
6. أن يكون من أشراف الناس، لأنه أدعى لأن يسمع له إذا حكم ويطاع إذا أمر.
7. ألا يكون محدودا ولا مطعونا في نسبه.
8. ألا يكون أميا.
9. أن يكون غنيا، وإن كان فقيرا وتعين عليه القضاء دفع عنه دينه وأغني[1]، قال سحنون:" وإذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من في البلاد وأرضاهم استحق القضاء، ولكن لا ينبغي أن يجلس حتى يغنى ويقضي دينه"[2].
10. "أن يكون عالما بالكتاب والسنة بحيث يبلغ رتبة الاجتهاد في الأحكام الشرعية ولا يقلد أحدا من الأئمة.
11. أن يكون عارفا بما يحتاج إليه من العربية.
12. أن يكون عارفا بعقد الشروط وهي الوثائق.
13. أن يكون ورعا في دينه والورع زيادة على العدالة.
14. أن يكون صبورا.
15. أن يكون وقورا عبوسا في غير غضب.
16. أن يكون حليما وطيء الأكناف.
17. أن يكون رحيما يشفق على الأرامل واليتامى وغيرهم.
18. أن يكون جزلا في تنفيذ الأحكام.
19. أن يكون فطنا متيقظا لا متغفلا"[3]، قال ابن عبد السلام: "والمراد من الفطانة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم"[4].

---

[1] المكناسي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام، تحقيق: نعيم عبد العزيز سالم بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث – دبي-الإمارات العربية المتحدة، ط01، 1423هـ-2002م، ص131-132.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص29.

[3] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص195.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص88.

20. "أن يكون عالما بلغات المتقاضين أمامه، ولا يحتاج إلى مترجم"[1].

ثالثا: آداب القاضي[2]:

يقصد بها الآداب التي جرى عليها القضاة في سيرهم وفي أنفسهم ولا يتوقع من القاضي الإخلال أو التنازل عنها ولا يسعه تركها حفظا لمكانته ولهيبة منصبه وتعظيما لمهمته، ومن هذه الآداب:

1. أن يجلس في موضع يصل إليه القوي والضعيف وجلوسه في المسجد من الأمر القديم، واستحب بعض العلماء أن يجلس خارج المسجد ليصل إليه الحائض والنُّفساء واليهود والنصارى، ويجب عليه أن يسوي بين الخصمين في الجلوس والكلام والاستماع والملاحظة ولا يفضل الشريف على المشروف ولا الغني على الفقير ولا القريب على البعيد.
2. أن يجلس للقضاء في بعض الأوقات دون بعض ليريح نفسه، ولا يجلس بالليل ولا في أيام الأعياد، "قال ابن المواز: قال أشهب عن مالك: ينبغي أن يكون جلوسه في ساعات من النهار؛ لأني أخاف أن يكثر فيخطئ، وليس عليه أن يتعب نفسه للناس النهار كله"[3].
3. أن لا يقضي وهو غضبان ولا جائع ولا عطشان، قال مالك في المجموعة:" يكره للقاضي إن دخله هم، أو نعاس، أو ضجر، أن يقضي حينئذ، ولا ينبغي للقاضي أن يكثر ويتعب نفسه من طول الجلوس، إذا يخلط"[4].
4. أن يشاور أهل العلم ويأخذ بقولهم.
5. أن لا يفتي في مسائل الخصام ولا يسمع كلام أحد الخصمين في غيبة صاحبه.
6. أن لا يقبل هدية إلا من الأقربين الذين لا يهدونه لأجل القضاء.
7. أن لا يطلب من الناس الحوائج لا عارية ولا غير ذلك.
8. أن لا يباشر الشراء بنفسه ولا يشتري له شخص معروف خوفا من المحاباة.
9. أن لا يقضي لمن لا تجوز شهادته له كولده ووالده ويصرف الحكم في ذلك إلى غيره ويجوز له أن يقضي عليه.
10. أن لا يقضي على عدوه ويجوز أن يقضي له.
11. أن يزجر من تعدى من المتخاصمين على الآخر في المجلس بشتم أو غيره.
12. أيعاقب من آذاه من المتخاصمين أو شتمه أو تنقصه أو نسبه إلى جور والعقوبة في هذا أفضل من العفو.
13. أن يجتنب مخالطة الناس ومشيه معهم إلا لحاجة.
14. أن يترك الضحك والمزاح.

---

[1] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، ط02، 1415هـ .1994م، ص202.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص195-196.

[3] ابن أبي زيد، القيرواني، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي، لبنان –بيروت-، ط01، 1999م، ج08، ص22.

[4] المصدر نفسه، ج08، ص23.

15. أن يختار كاتبا مرتضى ومترجما مرتضى.
16. أن يتفقد السجون ويخرج من كان مسجونا بغير حق.
17. أن يتجنب الولائم إلا وليمة النكاح والأولى له ترك الأكل في الوليمة.
18. أن لا يتعقب حكم من قبله إلا إذا كان معروفا بالجور فله أن يتعقب أحكامه وله أن ينقض قضاء نفسه إذا تبين له الحق بخلافه.
19. أن يتفقد النظر على أعوانه ويكفهم عن الاستطالة على الناس.
20. أن يسأل في السر عن أحوال شهوده ليعرف العدل من غيره.

الفرع الثاني: المقضي به.

أولا: إذا كان القاضي مجتهدا.

إن كان القاضي مجتهدا وجب عليه النظر في كتاب الله والسنة المتواترة خاصة التي صحبها العمل – عند المالكية- فإن لم يجد فعليه بالسنة الآحاد، وإن كانت القضية مما أجمعت عليه الأمة خاصة ما كان زمن الصحابة وجب عليه الإتباع، "فإن اختلفوا – الصحابة- حكم بمن صحبت الأعمال قوله عنده، ولا يخالفهم جميعا ويبتدئ شيئا من رأيه"[1] فان كانت نازلة ألزم بالنظر والقياس على الأصول و بذل وسعه في الوصول للحكم ومشاورة العلماء، "فإن اجتمعوا على شيء أخذ به، وإن اختلفوا نظر إلى أصح أقوالهم عنده، وإن رأى خلاف رأيهم قضى بما رأى إذا كان نظيرا لهم، وإن لم يكن من نظرائهم فليس ذلك له قاله ابن حبيب، والصواب له أن يقضي بما رأى وإن كانوا أعلم منه إذا كان من أهل الاجتهاد، لأن التقليد لا يصح للمجتهد فيما يرى خلافه بإجماع"[2].

ثانيا: إذا كان القاضي مقلدا.

"إن لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد، فإن اختلف العلماء قضى بقول أعلمهم، وقيل بقول أكثرهم على ما وقع في المدونة في الحكاية عن الفقهاء السبعة، والأول أصح، وقيل إن له أن يحكم بقول من شاء منهم إذا تحرى الصواب بذلك، ولم يقصد الهوى، وله أن يكتفي بمشورة واحد من العلماء، فإن فعل ذلك فالاختيار أن يشاور أعلمهم"[3].

أما أن يحكم في النازلة باجتهاده فلا يصح منه لعدم أهليته العلمية وفرضه أن يحكم بما حكم به إمامه في عين

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات ، ج08، ص16.

[2] ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط02، 1408 هـ -1988م، ج09، ص190.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص65.

النازلة فإن خرج عما حكم به إمامه اتهم بالظلم والهوى لأنه مأمور باتباع مذهب إمامه وعدم الخروج عن مشـــهور المذهب للمصلحة حفاظا على هيبة القضـاء واستقراره وفاعليته فلو حكم القضـاة بأي قول لاضـطرب النظام ووقعت الفتنة[1]، ولهذا وضع مالكية الأندلس مؤسسة قضائية سميت بمجلس الشورى جمع خيرة علماء البلاد للنظر في القضايا التي عجز عنها قضاتهم.

أما إن كانت له قدرة على الترجيح بين أقوال المذهب وله دراية بمآخذ الأئمة وما يجري منها على أصـــول المذهب فلا يلزمه الالتزام بالمشهور[2].

الفرع الثالث: المقضي له.

هو الشخص الذي يصدر القاضي حكما لصالحه، واشترط المالكية فيه ألا تجمعه مع القاضي علاقة أو مصلحة تورث شبهة على أربعة أقوال[3]:

1. قول بالمنع لكل من لا تقبل شهادة القاضي له مطلقا، وهو قول محمد، مطرف220هـ[4]، اللخمي478هـ[5].
2. قول بالجواز إن كان القاضي قويا في الحق واستثنى من ذلك الزوجة وولده الصغير ويتيمه الذي يلي ماله قاله أصبغ.
3. لا يحكم لعمه إلا أن يكون مبرزا في العدالة، ذكره ابن يونس[6].
4. التفصـيل: لا يجوز إن قال القاضـي في حكمه لمن له علاقة به: ثبت عندي، وكان الشـهود حاضـرون لإمكانهم الإدلاء بشـــهادتهم، ويجوز الحكم لمن له علاقة به إن كانت الشـــهادة ظاهرة واضـــحة لا تحتاج إلى إدلاء آخر من

---

[1] خليل، التوضيح، ج07، 391.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص66.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص92.

[4] أبو مصعب مُطَرِّفُ بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني: الثقة الأمين الفقيه المقدم الثبت روى عن جماعة منهم مالك وبه تفقه، وعنه أبو زرعة وأبو حاتم الرازيان والبخاري، وخرج له في الصحيح، توفي سنة 220هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص86.

[5] أبو الحسن علي بن محمد الربعي: المعروف باللخمي القيرواني الإمام الحافظ العمدة،أخذ عن: ابن محرز، السيوري، التونسي وغيرهم، وعنه: الإمام المازري وأبو الفضل بن النحوي وعبد الحميد الصفاقسي وغيرهم كثير، له تعليق على المدونة سماه التبصرة، توفي سنة 478 هـ. محمد بن محمد، المصدر نفسه، ج01، ص173./ عياض، ترتيب المدارك، ج08، ص109.

[6] أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس الصقلي ثم القيرواني، الفقيه، الفرضي، الحاسب، المجاهد، وينسب إلى جده، أخذ عن القاضي أبي الحسن بن الحصائري، وعتيق بن عبد الجبار السمنطاري، وأبي عمران الفاسي، وغيرهم. تلاميذه كثر، له شرح كبير للمدونة يعرف بالجامع لمسائل المدونة. وله أيضا كتاب الإعلام بالمحاضر والأحكام وما يتصل بذلك مما ينزل عند القضاء والحكام، وكتاب في الفرائض، وغير ذلك، وفي سنة 451هـ. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ج3 ص 1132.

الشهود واستثنيت زوجته وولده الصغير ويتيمه وهذا قول ابن حبيب.

ومما تدخله التهمة أن يحكم القاضي لنفسه: فقال المالكية بعدم جواز حكم القاضي لنفسه، فإن كان له حق رفعه إلى قاض آخر وله توكيل من يخاصم عنه، فإن رضي خصمه بتحكيمه فلا يفعل وقول لأصبغ أنه إن وقع ورضي القاضي بتحكيم خصمه له فما صدر منه فهو ملزم وعليه بتوثيق رضا الخصم وليشهد عليه، وقال المالكية بجواز حكم القاضي على نفسه لانتفاء التهمة ويخرج مخرج الاقرار بالحق للغير[1].

ومما تدخله التهمة أن يحكم القاضي فيما له فيه مصلحة[2]:

1. فلا يجوز له أن يحكم على خصمه كأن يكون للقاضي على أحد الخصوم دين فلا يجوز له أن يحكم بينهما إلا إن كان هذا الخصم موسرا.
2. لا يجوز له الحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه.
3. لا يجوز له الحكم بين خصمين أحدهما عدو للقاضي.

الفرع الرابع: المقضي فيه.

هو الحقوق التي يحق للقاضي النظر فيها، فقال المالكية أن للقاضي النظر في جميع الحقوق سواء كانت حقا لله تعالى أو حقا للعبد أو حقا مشتركا بينهما غلب عليه أحدهما[3].

قال القاضي ابن سهل: "يختص القاضي بوجوه لا يشاركه فيها غيره من الحكام، وذلك النظر في الوصايا والأحباس والعقد والترشيد والتحجير والتقسيم والمواريث والنظر للأيتام والنظر في أموال الغائب والنظر في الأنساب والجراحات وما أشبهها والإثبات والتسجيل"[4].

قال بعضهم أن للقاضي النظر في جميع الأشياء إلا في قبض الخراج[5].

فمحصل أعمال القاضي في المذهب المالكي المتفق عليها[6]:

---

[1] قاسم علي سعد، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ج01، ص92.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص93.

[3] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص16.

[4] أبو الحسن الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، دط، دت، ص35.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص93.

[6] الطليطلي، أحمد بن خلف بن وصول، منتخب الاحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام، تحقيق: حميد لحمر، دار ابن حزم –بيروت– لبنان، ط01، 1423هـ-2008م، ص52. / ابن جزي، القوانين الفقهية، ص194

1. الفصل بين المتخاصمين إما بصلح عن تراض وإما بإجبار على حكم نافذ.
2. قمع الظالمين على الغصب والتعدي وغير ذلك ونصرة المظلومين وإيصال كل ذي حق إلى حقه.
3. إقامة الحدود والقيام بحقوق الله تعالى.
4. النظر في الدماء والجراح.
5. النظر في أموال اليتامى والمجانين وتقديم الأوصياء عليهم حفظا لأموالهم.
6. النظر في الأحباس.
7. تنفيذ الوصايا.
8. عقد نكاح النساء إذا لم يكن لهن ولي أو عضلهن الولي.
9. النظر في المصالح العامة من طرقات المسلمين وغير ذلك.
10. الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالقول والفعل.

أما المختلف فيه: النظر في أموال الصدقات إذا لم يقم عليها ناظر، إقامة الجمعة والأعياد[1].

سبب الخلاف: من وسع في صلاحيات القاضي وألحق به النظر في الصدقات وغيرها كابن سهل[2]، قال أن القاضي كالوصي المطلق له ولاية عامة إلا فيما استفرد به الخليفة نفسه من شؤون الجيش وقتال البغاة، وبعضهم لم يدخلها في اختصاص القاضي لأنه وكيل عن الإمام الأعظم، وليس للوكيل أن يتعدى حدود وكالته[3].

ومحصل ما ينظر فيه القاضي راجع إلى مدى تقييد وإطلاق يد القاضي من طرف الحاكم زمانا، مكانا أو موضوعا، وهو ما سأبينه في اختصاصات القاضي وسلطته.

يجدر التنبيه أن هذه الصلاحيات الواسعة هي صلاحيات طارئة ليست أصلية، لأن الأصل في القضاء فصل الخصومات فقط، أما بقية المهام هي إضافية اقتضتها المصلحة وفي هذا قال ابن خلدون: "إلّا أنّ القاضي إنّما كان له في عصر الخلفاء الفصل بين الخصوم فقط ثمّ دفع لهم بعد ذلك أمور أخرى على التّدريج بحسب اشتغال الخلفاء والملوك

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص94.

[2] عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي، سكن قرطبة وأصله من جيان، يكنى: أبا الأصبغ، روى عن أبي محمد مكي بن أبي طالب، وابن عتاب الفقيه، وغيرهم، تولى الشورى بقرطبة مدة، ثم ولي القضاء بالعدوة، ثم بغرناطة، له كتاب جليل: الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، توفي سنة 486هـ. ابن بشكوال أبو القاسم خلف بن عبد الملك، الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، تحقيق: السيد عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، ط02، 1374 هـ - 1955م، ص415./ أبو الحسن، تاريخ قضاة الأندلس، ص96.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج08، ص5930.

بالسّياسة الكبرى واستقرّ منصب القضاء آخر الأمر على أنّه يجمع مع الفصل بين الخصوم استيفاء بعض الحقوق العامّة للمسلمين بالنّظر في أموال المحجور عليهم من المجانين واليتامى"[1].

الفرع الخامس: المقضي عليه.

أولا: كل من ثبت عليه الحق، إما بـ[2]:

1. إقراره بالحق.
2. ثبوت البينة عليه مع عجزه عن دفعها والإعذار إليه.
3. ثبوت البينة عليه مع يمين استبراء الطالب إن كان المقضي عليه ميتا، غائبا، هاربا من مجلس القضاء.
4. ثبوت البينة عليه، فألد المقضي عليه وماطل عن الجواب والرد على الدعوى.

من خلال هذه الحالات يترتب لدينا أنواع المقضي عليهم وهم:

1. الحاضر المالك لأمره.
2. الغائب عن مجلس القضاء أو عن البلد.
3. الصغير والسفيه المحجور عليهما.
4. الورثة المدعى عليهم في مال الميت.
5. المقضي عليه المحتمل وهو ما يعرف بمسألة قطع النزاع وهي مما تميز به المالكية عن غيرهم، وهي إثبات الحق لدى القاضي ضد خصم مقدر مستقبلا كأن يغيب صاحب الأرض غيبة بعيدة، فيخشى قريبه أو أحد معارفه من ضياع العقار لوجود من يريد الاستيلاء عليه، فأراد أن يخاصم عنه محتسبا الأجر من الله تعالى، فله أن يرفع ذلك إلى القاضي دون أو يوكله صاحب المال لإثبات ملك قريبه أو صاحبه وتقييد ذلك حفظا للمال من أي معتد أو غريم مستقبلا، وقد أجاز هذا ابن القاسم لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وفيه حفظ للحقوق وفصل للنزاع قبل نشوبه، ويشهد له الحديث:((**أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم:**

[1] ابن خلدون، مقدمة ابن خدون، ج01، ص276.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص94/ ميارة، الإتقان والإحكام، دار المعرفة، ج01، ص16./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص164/ سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص116.

«**أنت أحق به ما لم تنكحي**»))[1] فهذه المرأة استبقت زوجها في حفظ حقها في الحضانة بحكم قضائي قبل أن يطالبها زوجها بذلك، وخالفه ابن الماجشون ومطرف لأنه لا حق له في ذلك المال ولا تجب عليه نفقته ولا مصلحة له في ذلك، بالإضافة إلى عدم وجود من يخاصمه حتى يمكن من إبطال حجة المدعي.

ثانيا: أما مايشترط في المقضي عليه ألا يكون عدوا للقاضي ويجوز أن يكون ممن له علاقة بالقاضي لانتفاء التهمة[2].

ثالثا: إن كان المقضي عليه من أهل الذمة قالوا: يجوز للقاضي أن يحكم بين أهل الذمة إن تظالموا إليه[3]، وهل يتوقف الحكم على رضا أساقفتهم أم لا؟ فالمذهب على قولين:

1. "أحدهما: أنه لا ينظر إلى رضا أساقفتهم، لأنه -عليه الصلاة والسلام-رجم اليهوديين[4]، ولم يأت في الخبر، أنه شاور أساقفتهم وهو ظاهر المدونة.
2. الثاني: أنه لابد من رضاهم، وهو قول ابن القاسم في العتبية"[5]، درء لمفسدة النزاع مع أحبارهم الذين قد يعتبرون ذلك تدخلا في سلطتهم الدينية وزعزعة لمكانتهم عند أهل ملتهم.

الفرع السادس: في كيفية القضاء.

في معرفة كيفية الوصول إلى الحكم يجب على القاضي أن يكون ملما بأمور عديدة تتعلق بالحكم القضائي وهي[6]:

أولا: معرفة تصرفات الحكام واصطلاحهم في الأحكام:

1. من تقريرات الحكام على الوقائع وما هو منها حكم وما ليس بحكم.
2. من الفرق بين تصرفات الحكام التي هي حكم لا يجوز تعقبها والتي ليست بحكم ويجوز تعقبها.
3. من بيان المواضع التي تفتقر إلى الحاكم وما لا تفتقر وما اختلف فيه،
4. من بيان أبواب الفقه التي يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنا.

---

[1] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السّجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، -بيروت-لبنان، كتاب: الطلاق، رقم الحديث: 2276، ج02، ص283، صححه الحاكم، المستدرك، ج02، ص225.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج08، ض5954.

[3] ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث – القاهرة – مصر، دط، 1425هـ -2004 م، ج04، ص255.

[4] رواه مالك في الموطأ، كتاب الرجم والحدود، باب: ماجاء في الرجم، رقم 3035، ج05، ص1195.

[5] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج04، ص66.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص100-114./ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد،ج04، ص255./ابن سهل، الاعلام بنوازل الأحكام، ص36.

5. من الفرق بين ألفاظ الحكم التي جرت بها عادة الحكام في التسجيلات وبيان أحكامها وما يترتب عليها.
6. من الفرق بين الثبوت والحكم.
7. من معنى تنفيذ القاضي حكم نفسه ومعنى تنفيذه حكم غيره.
8. من بيان ما يدل على صدور الحكم.
9. من تنبيهات ينبغي للحاكم التنبه لها بما يشهد به على نفسه في التسجيلات، وما يمتنع الإشهاد به.
10. من بيان الحكم المعلق.

ثانيا: معرفة المسائل التي لا تحتاج إلى حكم حاكم، وما لا تحتاج إلى حكمه وكذا المسائل المختلف فيها.

ثالثا: معرفة المواضع التي يدخلها حكم الحاكم استقلالا وتضمنا.

المطلب الثاني: سلطة القاضي، اختصاصاته وأعوانه.

الفرع الأول: سلطة القاضي.

تميز القضاء الشرعي بكثرة الصلاحيات والأعمال التي يوليها للقاضي عموما دون تخصيصه بإحداها كعصرنا، فنجد القضاة في زماننا يتخصصون في مسائل معينة: جنائية-الأحوال الشخصية...، وإن وجد في تاريخنا منطق التخصص القضائي لكنه لم يكن النمط المعمول به والأكثر انتشار في تاريخنا.

أما أعمال القاضي في المذهب المالكي فمنها ما هو **متفق عليه** وهي[1]:

1. الفصل بين المتخاصمين إما بصلح عن تراض وإما بإجبار على حكم نافذ.
2. قمع الظالمين على الغصب والتعدي وغير ذلك ونصرة المظلومين وإيصال كل ذي حق إلى حقه.
3. إقامة الحدود والقيام بحقوق الله تعالى.
4. النظر في الدماء والجراح.
5. النظر في أموال اليتامى والمجانين وتقديم الأوصياء عليهم حفظا لأموالهم.
6. النظر في الاحباس.
7. تنفيذ الوصايا.
8. عقد نكاح النساء إذا لم يكن لهن ولي أو عضلهن الولي.
9. النظر في المصالح العامة من طرقات المسلمين وغير ذلك.
10. الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالقول والفعل.

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص194.

ومنها ما هو **مختلف فيه:** النظر في أموال الصدقات، إقامة الجمعة والأعياد[1].

والذي وجب التنبيه عليه: أن بعض الفقهاء قد وسع في صلاحيات القاضي، لأنه كالوصي المطلق إلا ما اختص به الخليفة نفسه من شؤون الجيش وقتال البغاة كابن سهل.

وبعضهم لم يدخلها في اختصاص القاضي لأنه وكيل عن الإمام الأعظم، وليس للوكيل أن يتعدى حدود وكالته[2].

وقال ابن فرحون أن التوسيع والتضييق في سلطة القاضي راجع إلى العرف في تلك البلاد واختلاف حكامها وأزمنتهم، موافقا بذلك ما صرح به ابن القيم الجوزية في قوله: "فعموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والعرف، وليس لذلك حدٌّ في الشرع، فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأزمنة والأمكنة ما يدخل في ولاية الحرب في زمان ومكان آخر، وبالعكس"[3].

الفرع الثاني: اختصاصات القاضي.

"واختصاصات القاضي يمكن أن تحدد في مجال قضايا معينة كالجنايات، وكذلك يمكن أن يخصص له مكان معين لا يتعداه إلى غيره، لأن هذه أمور تخضع للمصلحة، وما يكون مناسبا لعصر قد لا يكون مناسبا لعصر آخر، فكل عصر ينظم القضاء بما يتلاءم مع ظروفه والمستجدات التي قد تتطلب نوعا من النظام لم يكن مطبقا في عصور سابقة"[4].

وفي ذلك قال الدسوقي: "أنه يجوز للخليفة تولية قضاة متعددين كل منهم مستقل -أي لا يتوقف حكمه على حكم غيره -عام حكمه في جميع النواحي بجميع أبواب الفقه، أو ببعضها، ويجوز له أيضا تولية متعددين كل منهم مستقل لكنه خاص بناحية يحكم فيها بجميع أبواب الفقه، أو بعضها، أو البعض كذا والبعض كذا"[5]، ومن خلال كلام الدسوقي فالقضاة لهم صلاحيات مكانية وموضوعية، بل وزمانية.

أولا: الاختصاص المكاني.

1. **ولاية مكانية عامة:** فللحاكم أن يولي قاضيا للنظر في كل أقضية البلاد التي تحت سلطان الدولة كقاضي الجماعة[6].
2. **ولاية مكانية خاصة:** للحاكم تولية قاض على بلد أو إقليم معين كالمدينة أو البادية، قال ابن عرفة: "يجوز تولية

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص94.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج08، ص5930.

[3] ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد -مكة المكرمة-، ط01، 1428 هـ، ج02، ص627.

[4] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، ط02، 1415هـ-1994م، ص50.

[5] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص134.

[6] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص360.

قاضيين ببلد على أن يخص كل منهما بناحية من البلد"[1]، ولا يمكن له في قضايا خارج حدود ولايته المكانية وعليه الالتزام بما حدده له الحاكم في كتاب توليته ويستثنى من ذلك مسائل:

أ. إن كان في غير ولايته القضائية وتحاكم إليه شخصان فلا ينظر في أمرهما ويصيران إلى قاضي بلدهما، إلا إن تراضى الخصوم على جعله حكما لا قاضيا فجاز له النظر في أمرهما من باب التحكيم لا القضاء [2].

ب. إن كان القاضي في غير ولايته القضائية واشتكى إليه أحد ساكني البلاد الأخرى على بعض من يسكن في ولاية عمله ويأتيه بالبينة، فهل يسمع منه[3]؟

- قال أصبغ يسمع منه ويتثبت من بينته كالتحقيق في عدالة الشهود...
- قال محمد بن عبد الحكم ليس له ذلك لأنه خارج ولايته.

ج. إن كان القاضي في غير ولاية عمله وأتاه أناس من ولايته وطلبوا منه سماع بينتهم على شخص من ولايته أو أن يكتب لهم كتابا يثبت لهم حقا حكم به لهم وغيره فليس له ذلك إلا أن يتأكد من بينة أقيمت عنده في بلده وأراد التحقق من صدقها في البلد الذي هو فيه فجائز قاله ابن عبد الحكم[4].

أولا: اختصاص موضوعي.

1. **ولاية موضوعية عامة:** للحاكم إطلاق نظر قاضيه في مختلف الحقوق سالفة الذكر، في كتاب توليته، لذا أيما شخص اشتكى إليه من آخر في أي حق كان له النظر في قضيته.
2. **ولاية موضوعية خاصة:** قد يشترط على الحاكم على القاضي أن يتولى قضايا محددة كالأنكحة أو الجنايات... دون النظر في بقية الحقوق وفق المصلحة كما هو في زماننا، قال ابن عرفة: "كما في بلدنا تونس قديما وحديثا من تخصيص أحدهما بأحكام النكاح ومتعلقاته، والآخر بما سوى ذلك"[5]، وكان هذا نوع معروفا في الأندلس قديما فجعلوا قضاء الأنكحة، قضاء المواريث...[6]

بالتالي القضاة من حيث صلاحياتهم المكانية والموضوعية على أربع:

---

[1] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص98.

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص175./ يحي محمد الأمين الحسن إبراهيم، أحكام القاضي في الفقه المالكي دراسة فقهية مقارنة من خلال كتاب المدونة، مجلة الآداب-اليمن-، ع23، 2022م، ص157.

[3] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص33.

[4] المصدر نفسه، ص33

[5] المواق، التاج والإكليل، ج8، ص98.

[6] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص387.

أ. قاض صاحب ولاية عامة مكانا وموضوعا.

ب. قاض صاحب ولاية مكانية عامة وموضوعية خاصة.

ج. قاض صاحب ولاية مكانية خاصة وموضوعية عامة.

د. قاض صاحب ولاية خاصة مكانا وموضوعا.

ثالثا: اختصاص زماني.

ذلك أن سلطة القاضي قائمة مادامت صفة القضاء ملازمة له، فإن عزل أو توفي زالت عنه هاته السلطة، أما تحديد مدة توليته فهي راجعة إلى من ولّاه، فنجد في الأندلس و عند العباسيين في المشرق أطلقوها ولم يقيدوها بزمن معين فقد تولى ابن غانم قضاء القيروان إلى وفاته سنة 190هـ، وتولى القاضي إسماعيل لأكثر من خمسين سنة وغيرهم كثير، فعادة ما كانوا يبقون في مناصبهم إلى الوفاة لحسن سيرتهم، ونجد أن عبد الرحمان الداخل كان يناوب بين بعض قضاته سنة بسنة كتناوب القاضي عمر بن شرحبيل مع القاضي معاوية بن صالح[1]، ونجد أن ابن خلدون تولى القضاء في مصر سنة 807هـ وعزل في نفس السنة [2]، وقبله سعى يحي بن يحي الليثي عند الأمير عبد الرحمان بن الحكم (176هـ-238هـ)، في عزل أحد عشر قاضيا في الأندلس في فترات متعددة لمخالفتهم مذهب مالك[3].

لذا تحديد مدة تولي القضاء راجعة إلى السلطة التقديرية لمن ولّاه مع تحديد شروط العزل حتى يكون القاضي على بينة من أمره وفق المصلحة، وقد قيدته الدولة الموحدية والحفصية بعامين على سيرة عمر بن الخطاب[4].

الفرع الثالث: أعوان القاضي.

أولا: أعوان القاضي في الديوان.

1. **نائب القاضي:** للقاضي تعيين من ينوب عنه بإذن الحاكم في أمر من الأمور كالأحباس والوصايا وأموال الأيتام والأنكحة...، حتى يعين القاضي إن كثرت عليه المهام فولايتهم مساوية لولاية القاضي فيما قلدهم، وللقاضي عزل هذا النائب[5]، وليس لهذا النائب تعدي السلطات التي حددها له القاضي، عملا بضابط: "حكم النواب مع من

[1] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص345.

[2] السيوطي، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، ج02، ص188-189.

[3] محمد الزحيلي، المصدر السابق، ص345.

[4] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص18.

[5] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص169./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص19.

استنابهم حكم القضاة مع السلطان "[1]، فكما لا يجوز للقاضي تعدي الصلاحيات التي حددها له الحاكم فكذلك النائب مع القاضي.

2. **الكاتب:** على القاضي تعيين العدل الفقيه الفطن المتمكن من الكتابة دراية وخطا يدون ما يقع في مجلس القضاء وكل ما يأمره به القاضي من الوقائع والحكومات وعلى القاضي التحقق مما يكتبه الكاتب[2].

3. **المترجم:** يجب على القاضي اتخاذ مترجم عدل له علم باللغتين –القاضي، المتحدث–إن اختلفت اللغة ويجزأ اتخاذ مترجم واحد[3]، لحديث زيد بن الثابت قال: ((**أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتعلم له كلمات من كتاب يهود قال: «إني والله ما آمن يهود على كتاب» قال: «فما مر بي نصف شهر حتى تعلمته له» قال: «فلما تعلمته كان إذا كتب إلى يهود كتبت إليهم، وإذا كتبوا إليه قرأت له كتابهم»**))[4]، ووجود مترجمين أفضل وتجوز ترجمة المرأة العدل للحاجة قال به مطرف وابن الماجشون[5].

4. **المشاور:** على القاضي اتخاذ جماعة من أهل العلم يستشيرهم في ما يعرض عليه من القضايا وإن كان عالما، إعانة له على حل المشكلات و تنبيهه إلى ما قد ينساه أو يفوته من كلام الخصوم...[6]قال تعالى: ﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ﴾ آل عمران [159].

5. **الحاجب:** هو بواب مجلس القضاء والمسؤول عن ادخال الخصوم بحسب ما يقرره القاضي من أسبقية الحضور أو استعجالية الدعوى أو لبعد مسافة الخصوم[7].

6. **البواب:** هو المسؤول عن الجهة الخارجية لمجلس القاضي، لضبط الخصوم وتنظيم الدخول والخروج من عند القاضي

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص61.

[2] ابن يونس، محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي –جامعة أم القرى–، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط01، 1434 هـ –2013م، ج15، ص744.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص 321.

[4] رواه الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط02، 1395 هـ – 1975 م، كتاب: الاستئذان والآداب، باب ما جاء في تعليم السريانية، رقم:2715، ج05، ص67، قال الترمذي هذا الحديث حسن صحيح.

[5] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص61.

[6] محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر –دمشق– سوريا، ط01، 1400هـ–1980م، ص74.

[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص138.

وكذا منع المتأخرين[1].

7. **الجلواز**: هو الشرطي المسؤول عن حماية القاضي وحفظ الأمن في داخل مجلس الحكم[2].
8. **الشهود، العدول**: اتخاذ القاضي لشهود ملازمين له في مجلسه ليشهدوا على قراراته وإقرار الخصوم وما يستنيبهم فيه حتى يدلوا بما شهدوه عند الحاجة ويكفي فيه الإثنين[3].
9. **المحلِّف**: الذي يبعثه القاضي لتحليف الخصوم يكفي فيه واحد ولا بد من عدالته[4].

ثانيا: أعوان القاضي خارج الدّيوان.

1. **المزكّي، المكشف، المعدِّل**: " هو الذي يكلفه القاضي بأن يخبره سرا بعدالة الشهود الذين يشهدون عنده أو بتجريحهم، ويخبره كذلك بما يقوله الناس عنه، وعن أعوانه، فلا إعذار فيما يصدر منه، وليس للقاضي تسمية المزكّي للناس لأن اسمه مزكي السر، ولو سئل القاضي من الذي عدل الشهود أو جرحهم لا يلتفت لذلك السائل، لأن القاضي لا يقيم لذلك إلا من يثق به تمام الثقة"[5]، ومزكي السر الظاهر على قول ابن الحاجب أنه يُكتفى فيه الواحد أما الاثنان فأحسن، فتشترط فيه العدالة والفطنة، فمهمته السؤال عن الشهود سرًّا فلا يكتفي إلا بقول جماعة من الناس ممن خالطوا الشاهد خيفة أن يزكيه أهل وده أو يجرحه عدوه[6]، ولا تقبل تزكية أو تجريح الأبله من الناس ولا يقبل من التزكية إلا من صاحب الشاهد وعرف حاله ظاهرا وباطنا كالصحبة الطويلة، من خالطه في مال أو سفر...[7].
2. **أهل الخبرة**: هؤلاء يختارهم القاضي من أهل العدالة والأمانة والخبرة في الأمور التي تدخل في أعمال القضاء وتحتاج إلى خبرة معينة، مثل تقويم الأشياء وإجراء قسمة العقار والمنقول ونحو ذلك[8].

---

[1] عليش، منح الجليل، ج08، ص289.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج08، ص5962.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص138-139.

[4] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص139.

[5] عبد الرحمان الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، ط01، 1423هـ-2002م، ج04، ص346.

[6] خليل، التوضيح، ج07، ص407./عليش، منح الجليل، ج08، ص291. / ابن خلدون أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد الحضرمي الإشبيلي، مزيل الملام عن حكام الأنام، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن –الرياض-المملكة العربية السعودية، ص13.

[7] المكناسي، مجالس القضاة، ص687.

[8] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص61.

3. **السجَّان، صاحب السجن:** مهمته النظر في أحوال المحبوسين وما يجري في السجن، ويرفع ذلك للقاضي للنظر في أحوالهم وإطلاق سراح من انقضت مدة سجنه[1].
4. **الأَجْرياء، المُحْضِرون:** وهم جزء من شرطة القضاء مهمتهم تبليغ الخصوم والشهود وإحضارهم إلى مجلس القاضي مع العمل على ضمان الانضباط داخل مجلس القاضي وتأديب المسيء منهم[2].
5. **المنادي:** ينادي بالحدود التي كانت تطبق في الأماكن العامة[3].

[1] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1008.

[2] مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ص74.

[3] فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي، ص14.

الفصل الثاني: الإجراءات الأولية للتقاضي في الفقه المالكي.

وفيه ثلاثة مباحث هي:

- **المبحث الأول: الدعوى، شروطها وأنواعها.**
- **المبحث الثاني: إجراءات رفع الدعوى وتبليغها.**
- **المبحث الثالث: التوكيل في الدعوى.**

تمهيـــد:

يعتبر التقاضـــي من أبرز وســـائل تحقيق العدل ورد الحقوق، لذلك أولى علماء الإســـلام عامة وأئمتنا خاصـــة اهتماما بالغا في ضبط إجراءاته وتنظيم مسالكه، تحقيقا لمقصد العدل والإنصاف الذي بني عليه القضاء الإسلامي، ولأن الإجراءات الأولية للتقاضي تعتبر المدخل الأساس لأي دعوى إن صح عبورها من خلاله صحت بقية الإجراءات الأخرى، كان ضبط أحكامها وتسهيلها على الناس ضرورة لابد منها حتى يستقيم القضاء وتنتظم العلاقة بين الخصوم والحاكم.

مما حثني على تقديم تصور عام لابد منه حول الدعوى القضائية في مفهومها وأركانها وشروطها وأنواعها حتى يكون المدعي على بينة من أمره في تقديمه للدعوى الصحيحة المقبولة قضاء، قبل بيان الخطوات العملية الأولية في رفع الدعوى أمام القضـــاء، من خلال معرفة جهة الاختصـــاص القضـــائي وتقييد الدعوى ومراجعتها من حيث الصـــحة والقبول، ثم خطوات تبليغ الخصوم وإحضارهم، تمهيدا للجلسة القضائية.

وختمت الفصل بقضية الوكالة باعتبارها صورة من صور التمثيل القضائي خاصة وأنها صورة رائجة في زماننا، فكان لابد من بيان شروطها وحدودها، وصلاحيات الوكيل وشروطه ختاما بإجراءات عزله.

المبحث الأول: الدعوى، شروطها وأنواعها.

الدعوى القضائية هي منفذ قانوني أقرته الشريعة لتحصيل الحقوق ولأهميتها عمل علماؤنا –رحمهم الله تعالى– على ضبط حدها وبيان أركانها وشروط قبولها حتى تصح الخصومة وتستقيم دون خلل، وسدا لباب تمادي وتساهل الناس في التقاضي، فليست كل دعوى مقبولة، وليست كل شكوى ينظر فيها، وليس كل خلاف يرفع إلى القاضي، وهو ما تم الحديث عنه في المطلب الأول.

أما المطلب الثاني خصصته للحديث عن أنواع الدعاوى بمختلف اعتباراتها، مما يترجم عمق تصور المالكية لهذا الموضوع، ويعين القاضي على التعامل مع مختلف صور القضايا المرفوعة إليه.

المطلب الأول: تعريف الدعوى القضائية، وشروطها.

الفرع الأول: تعريف الدعوى القضائية.

أولا: تعريف الدعوى لغة:

الدعوى: "ج دعاوَى ودَعاوِيَ والأولى أولى لأن العرب آثرت التخفيف ففتحت وحافظت على ألف التأنيث التي بني عليها المفرد، وادعيت الشيء تمنيته وادعيته طلبته لنفسي"[1].

والدعوى تأتي بعدة معان وهي الطلب، التمني، الإخبار والدعاء.

فيقال:

1. الطلب: يقال: "دعوت فلانا أي طلبت حضوره"[2].
2. الإخبار: يقال "فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه"[3].
3. التمني: كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾ يس [56]، "أي ما يتمنون، وهو راجع إلى معنى الدعاء أي ما يدعيه أهل الجنة"[4].
4. الاستغاثة: ومنه قوله تعالى: ﴿ وَادْعُواْ شُهَدَآءَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴾ البقرة [22]، "يقول: آلهتكم، يقول استغيثوا بهم، وهو كقولك للرجل إذا لقيت العدو خاليا فادع المسلمين، ومعناه استغث

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص195.
[2] المصدر نفسه، ج01، ص195.
[3] المصدر نفسه، ج01، ص195
[4] المصدر نفسه، ج01، ص195

بالمسلمين"[1].

5. النسب: يقال: "في نسبه دعوة أي دعوى، فالدَّعِيُّ: المنسوب إلى غير أبيه، ويطلق على المتبنى الذي تبناه رجل فدعاه ابنه ونسبه إلى غيره"[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَٱللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴾ الأحزاب [4].

6. الدعاء[3]: كما في قوله تعالى: ﴿ دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ ﴾ يونس [10]، قال القرطبي في تفسير هذه الآية: "دعواهم: ادعاؤهم، والدعوى مصدر دعا يدعو، كالشكوى مصدر شكا يشكو، أي دعاؤهم في الجنة أن يقولوا سبحانك اللهم وقيل: إذا أرادوا أن يسألوا شيئا أخرجوا السؤال بلفظ التسبيح ويختمون بالحمد..."[4].

7. الزعم: ادعيت الشيء: زعمته لي حقا كان أو باطلا، وقول الله عز وجل في سورة الملك: ﴿ وَقِيلَ هَٰذَا ٱلَّذِى كُنتُم بِهِۦ تَدَّعُونَ ﴾ الملك [28]، وفي هذا السياق جاء حديث النبي –صلى الله عليه وسلم-: ((**لو يعطى الناس بدعواهم** ...))[5].

والمعنى الأخير هو المقصود به من لفظة الدعوى في الاصطلاح الفقهي الذي يدل على المطالبة بالشيء حتى وإن اعتقد الطرف الآخر أن الحق معه.

ثانيا: تعريف الدعوى اصطلاحا:

1. عرفها ابن عرفة: "**قول هو بحيث لو سُلِّمَ أوجب لقائله حقا**"[6].

شرح التعريف[7]:

قول: ذكر القول ولم يذكر الخبر لأن القول هو الغالب في استعمال الفقهاء في الأحكام كقولهم: تقييد مقالة، وقول

---

[1] الهروي، تهذيب اللغة، ج03، ص76.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج14، ص261.

[3] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج38، ص46.

[4] القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن –تفسير القرطبي–، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة – مصر، ط02، 1384هـ -1964 م، ج08، ص313.

[5] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم:1711، ج03، ص1336.

[6] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص468.

[7] المصدر نفسه، ص469، 470.

المدعي، والجواب عن قول...

هو بحيث: فائدة التقييد بالحيثية أن القول الموصوف بتلك الحيثية هو الذي يعتبر دعوى شرعية.

لو سلم: لو سلَّم المدعى عليه بالحق كانت الدعوى صحيحة وخرج بذلك إن سلَّم المدعى عليه بدعوى لا توجب حقا للمدعي فلا تسمى دعوى شرعية، كقوله: أنت زان وما شابهه.

لقائله: أخرج بذلك إذا أوجب القول حقا على قائله إذا سلمه المدعى عليه فلا يعتبر دعوى شرعية، مثاله إن قال لرجل: له عندي 1000دج، فهذا قول على تقدير تسليمه أوجب حقا على قائله فلا تعتبر هذه الحالة دعوى لأنه أثبت حقا لغيره لا لنفسه، فيسمى إقرارا وليست دعوى.

حقا: أي أن نتيجة قول المدعي أن يقبل قوله ويثبت به حقا له.

2. جاء في الذخيرة الدعوى هي: **"طلب معين أو ما في ذمة معين أو أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعا"**[1].

شرح التعريف[2]:

طلب معين: يقصد بها دعوى العين من عقار أو منقول، كدعوى أن السلعة اشتراها وغصبت منه.

ما في ذمة: كالديون والسلم، فالمدعي يطالب بحق مالي في ذمة المدعى عليه.

ذمة معين: قد يكون معينا بالشخص، كأن يدعي الطالب أن له على زيد دين بقيمة كذا، قد يكون معينا بالصفة، كأن يكون المدعى عليه غير معين بذاته بل يتم تحديده بصفته كالدعوى على جهة معنوية أو على مجموعة متميزة بصفة محددة، كدعوى الدية على العاقلة، لذا كل من كان من أهل القاتل كان مدعى عليه لأنه يندرج في العاقلة، كأن يرفع دعوى ضد رعاة قد أتلفوا له زرعه، فالرعاة مدعى عليه لاتصافهم بصفة الرعي لا لشخصهم.

أمر يترتب له عليه نفع :أي أن يرفع المدعي دعوى ينجم عنها تحصيله لحقوق أخرى كدعوى المرأة الطلاق، أو الردة على زوجها، فيترتب لها حوز نفسها وهي معينة، كدعوى الوارث أن –مورثه–مات مسلما أو كافرا فيترتب له الميراث المعين.

معتبر شرعا:احترازا من الدعوى غير معتبرة وهي التي لا ينظر فيها القاضي لأنه لا يترتب عليها نفع ولا دفع ضرر شرعي

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج11، ص5.

[2] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص604./ محمد بن علي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، عالم الكتب، دط، دت، ج04، ص118./ الجيلالي محمد، اجراءات رفع الدعوى بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري –رسالة ماجستير– ، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2014م، 1435هـ، ص44.

كالدعوى في محقرات الأمور والتي يرفضها العرف كالدعوى في عشر سمسمة – السمسم هو الجلجلان–[1]، دعوى الابن على والديه لأنهما أنجباه في دولة فقيرة، دعوى شخص ضد آخر لأنه نظر إليه نظرة احتقار في الحافلة، وغيرها.

الفرع الثاني: أركان الدعوى وشروطها عند المالكية.

أولا: المقال.

وهو ما يرفعه المدعي إلى القاضي ويطالب فيه بحق[2]، ويشترط لقبوله واعتباره عند القاضي توفر شروط هي:

1. **أن يكون محققا:** يجب على المدعي الجزم بما ادعاه وإلا لما وقع النزاع فيه، فلابد أن يتيقن دعواه فلا يقبل ظنه ولا توهمه ولا شكه على المشهور، لذا خرج بالدعوى المحققة الدعوى الموهومة أو المشكوك فيها كما لو قال: أظن أن لي عليك شيء، أو قال: لك على كذا وأظن أني قضيته[3].

يستثنى من ذلك دعوى قطع النزاع في حال تكررت شكاية شخص بآخر بأن له عليه حق معين –دون دليل ودون اللجوء إلى القضاء– فللمشكو به أن يرفع دعوى ضد الشاكي يطالبه بإثبات ما يقوله وإلا حكم عليه القاضي أن لا حق له عنده وليس له بعد ذلك أن يشكوه قطعا للنزاع " تكرر شكوى شخص لآخر زاعما أن له عليه حقا، فإن للمشكو أن يرفع الشاكي للحاكم، ويقول إن كان له عندي شيء فيدعي به فإن أبى ذلك حكم عليه بأنه لا حق له بعد ذلك، وليس له عليه بعد ذلك شكوى قطعا للنزاع،... هي مشهورة في المحاكم بمسألة قطع النزاع المختصة بمذهب المالكية "[4] ووجه جوازها أن المشكو به متحقق أن ليس للمدعي أي حق فيما يدعيه لذا قبلت، لأن الشاكي في هذه المسألة لم يتحقق من الحق فكان للمشكو به رفع دعوى يحسم فيها مزاعم غريمه وينهي الخصام.

وقال بعضهم بسماع الدعوى المعلومة غير محققة إذا بيّن سببها من بيع، إيجار، نكاح...[5]

أما الظن الغالب فإنه ينزل منزلة التحقيق مع الحلف بمجرده، لأن غالب الأحكام والشهادات إنما تنبني على الظن وتتنزل منزلة التحقيق كمن وجد وثيقة بخط يد غريمه أن له حقا عليه فتسمع لأن كثيرا من الأسباب لا تفيد إلا الظن دون التحقق[6]، وعملا بقاعدة الغالب كالمحقق، وهو ما يجرنا إلى مسألة دعوى التهمة التي فيها قرائن وشبهة قوية

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص222.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص82.

[3] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1075.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج02، ص109.

[5] المصدر نفسه، ج4، ص144.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص148.

ضـد المدعى عليه، فالمالكية لا يشـترطون أن تكون محققة كأن يتهم المدعي غريمه بسـرقة 5000دج فإن دعواه تسـمع لأن دعوى الاتهام ترجع للشك والظن[1] واختلفوا في اليمين[2]:

- قول إن قويت التهمة توجهت اليمين وإلا فلا.
- قول بتوجيه اليمين على المدعي والمدعى عليه.
- قول بعدم توجيه اليمين على المدعي والمدعى عليه.
- قول بتوجيه اليمين على المدعى عليه فقط.

2. **أن يكون المقال مما لو أقر به المدعى عليه للزمته:** هذا شرط زاده المازري[3] وتفصيله:

إن قال شـخص لآخر: وهبتك سـيارتي، فعلى القول الفقهي أن الهبة لا تلزم الواهب إلا إذا قبضـها الموهوب له، فإن للواهب الرجوع عن هبته قبل أن يقبضـها الموهوب له، وبالتالي إن رفع الموهوب له دعوى على الواهب بوجوب تسـليمه هذه السيارة لم تقبل هذه الدعوى لأنها ليست دعوى ملزمة للواهب لأن له الرجوع عن هبته.

كذلك الوعد بالبيع أو الشراء على القول أنه غير ملزم، فإن وعد شخص آخر أن يبيعه مسكنا معينا، ثم تراجع فليس للموعود له رفع دعوى ضد الواعد لأن للواعد الرجوع عن وعده فلا يمكن إلزامه بالوفاء.

مثاله أيضـا إن قال شـخص لآخر قد أوصـيت لك بكذا في وصـيتي، ثم تراجع عنها فليس للموصـى له مقاضـاة الموصي على ذلك لأن وصيته لا تلزمه وله الرجوع عنها وتغييرها[4].

ثانيا: المدعي.

هو المُطالِب بالحق ويشترط فيه أمران:

1. **الأهلية:** توسع المالكية أكثر من غيرهم عند اشـتراطهم للأهلية في المدعي، فقالوا بصـحة الدعوى المحجور عليه –السفيه، الصبي–ولو دون إذن وليه أو وصيه أو وكيله[5]، معللين ذلك أن تصرفاته على ثلاثة أنواع[6]:

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص144.

[2] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص18.

[3] خليل، التوضيح، ج08، ص20.

[4] المصدر نفسه، ج08، ص20./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص146.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص127./ سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص97.

[6] عبد الله بن يوسف، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان–، ط01، 1418هـ - 1997م، ص88.

الأول: ما فيه منفعة خالصة للطفل، كالهبة والصدقة له، فلو قبلها فقبوله صحيح معتبر، بناء على الأصل في مراعاة منفعته.

الثاني: ما فيه ضرر خالص له، كأن يهب من ماله فتصرفه فيه غير معتبر لقصور العقل، قال تعالى:﴿ فَإِنَ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ النساء [6].

الثالث: ما تردد بين المنفعة والضرر، كمزاولة البيع والشراء من قبل الطفل، فاحتمال الربح والخسارة وارد فيها، فهذا النوع من العقود صحيح منه إذا أذن الولي، فإذنه يجبر النقص في أهلية الأداء عند الصبي.

والدعوى من النوع الأول لأنها مجرد طلب حق، فلا يمنع السفيه والصبي من طلب ما يزعم أنه حق له ولا ضرر سيلحقه لأن القاضي لن يحكم حينها إلا ببينة.

2. الصفة:

يقصد بها تحديد من له علاقة بالقضية شرعا حتى تخوله الشريعة من الادعاء على الآخرين، وللمدعي حالات تتوفر فيه شرط الصفة وهي[1]:

أ. أن يقيم الدعوى أصالة عن نفسه.

ب. أن يقيم الدعوى نيابة عن غيره كالولي، الوصي والوكيل.

ج. أن يقيم الدعوى حفظا لمال غائب-أجنبي-أو قريب له من غير وكالة احتسابا لله تعالى، فإن كان ممن لا حق له في ذلك المال ولا ضمان عليه فيه فله صفة الادعاء على قول ابن القاسم تغليبا لجانب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونفاها عنه ابن الماجشون ومطرف، أما إن كان له حق فيه كزوجة الغائب وأقاربه الذين تلزمه نفقتهم، أو كان عليه فيه ضمان كالمرتهن، الكفيل...فتثبت له صفة التقاضي اتفاقا.

د. أن يقيم دعوى يطالب فيها بحق من حقوق الله تعالى أو بما كان فيه حق الله غالب-دعوى الحسبة-، لأنه من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كالدعوى على من أغلق طريقا فرعية وحاز عليها، أو بائع الخمر..

ثالثا: المدعى عليه.

1. **الأهلية:** اشترط المالكية في المدعى عليه أن يكون كامل الأهلية، فلا تصح إن رفعت الدعوى على ناقص الأهلية-الصبي، السفيه-لقاعدة: **"لا تصح الدعوى على من لا يصح إقراره"** فلا تصح مطالبة ولا إلزام ناقص الأهلية في

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص151-152./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص164./سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص98.

دعاوى الديون والمعاملات المالية الأخرى بيع، رهن... [1] لأنها تصرفات مبنية على الرضا والإرادة وهما مما لا يصدران على ناقص الأهلية فلا يعتد بإقراره.

تصح إن كانت فيما يلزم ناقص الأهلية من ماله كالغصب، إفساد، نهب، استهلاك، الجرح، القتل غير العمد... فإنها تصح ويقضى عليه في ماله أو يتبع بذلك عند رشده إن لم يكن له مال لأن تصرفاته مبنية على الاعتداء والإضرار فيطالب بالضمان وتعويض ما أتلفه من ماله ولا يتعلق ذلك بنقصان أهليته أو كمالها بل حفظا لحقوق الآخرين لقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"[2].

أما إن كانت الدعوى في غير الحقوق المالية كالطلاق، والقصاص...فإنها تصح عليه بعد البلوغ والترشيد[3].

2. **الصفة:** يقصد بها تحديد من له علاقة بالقضية شرعا حتى تكلِّفه الشريعة بالجواب والمخاصمة، وضابطها "كل من كان يترتب الحكم على إقراره فيما لو أقر، فإنه يكون خصما عند إنكاره أيضا وتسمع عليه البينة، أما من لم يترتب على إقراره حكم فإنه لا يكون خصما عند إنكاره ولا تسمع عليه البينة"[4].

فالمدعى عليه هو من ترتب على إقراره حكم قضائي متعلق بالقضية، فلو أنكر الدعوى ترتب عليه سماع بينة المدعي، أما إن لم يترتب على إقراره شيء فلا يعد خصما في القضية.

مثاله: إن ادعى شخص عينا بيد رجل، فقال الرجل هذه العين أودَعَنِيها فلان أو رهنها عندي وأقام بينة على ذلك، فلا خصومة بينه وبين المدعي، لأن بينته رفعت عنه صفة المدعى عليه وأثبتت أن يده ليست يد خصومة، فإقراره هنا أن هذه العين ليست له لا يترتب عليه حكم قضائي لصالح المدعي لانتفاء الصفة عنه، بخلاف لو أنه أقر أن العين ملكه فإن إقراره يثبت له صفة الخصومة وأنه المقصود بالقضية فتسمع عليه بينة المدعي.

كذا لو ادعى على رجل أن وكيله اشترى منه سلعة وطالبه بثمنها، فإن الرجل إن أنكر هذه الوكالة وأقام بينة على ذلك رفع بذلك عن نفسه صفة الخصومة وتوجهت على من زعم أنه وكيله، أما إن أقر بالوكالة أو أثبتها المدعي صار الرجل مدعى عليه وألزم بالحكم القضائي الصادر عن القاضي.

كذا لو ادعى على ميت أن له عليه مال فلا تسمع هذه الدعوى، لأن الميت لا يصح منه إقرار فلا تثبت عليه

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص153.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص126.

[3] المصدر نفسه، ج06، ص127.

[4] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص84.

صفة الخصومة، لكن تتوجه الدعوى على ورثته لثبوت وجوب أداء ديون الميت عليهم قبل تقسيم التركة[1].

رابعا: المدعى به.

1. **أن يكون معلوما:** "المراد بعلم المدعي به تصوره أي تميزه في ذهن المدعي والمدعى عليه والقاضي"[2]، فخرج بالمعلومية الدعوى المجهولة، عملا بالضابط القضائي "لا تصح الدعوى بمجهول"[3] فلو قال: له عليه شيء، لم تسمع دعواه.

في المجموعة عن ابن الماجشون قال: "إذا لم يبين المدعي دعواه ما هي وكم هي لم يسأل المدعى عليه عن دعواه حتى يبينه الطالب في طلبه، فيسأل حينئذ المطلوب عن دعواه"[4]، بل حتى لو أقر المطلوب أو قامت البينة عليه لم يُحكم للمدعي، لأن المدعى به مجهول العدد والصفة إلا إن كان للمدعى عليه القابلية أو القدرة على تحديد المدعى به ودلت البينة أو القرينة على ذلك فيؤمر بالبيان أو يسجن[5].

والجهالة عند المالكية في الدعوى على حالات:

أ. "أن يعلم قدر الذي يدعي به ويقول: شيئا، ويأبى من ذكر قدره وفي هذه لا تقبل دعواه اتفاقا.

ب. أن يدعي جهل المدعى به وتدل على ذلك قرينة كشهادة بينة بأن له حقا لا يعلمون قدره وفي هذه تقبل دعواه اتفاقا.

ج. أن يدعي جهل قدره من غير شهادة قرينة بذلك فهي محل الخلاف الذي اختار فيه المازري سماع الدعوى به"[6].

ذهب المازري ونحى نحوه ابن شاس إلى التفصيل حيث يجب اعتبار الدعوى إن تعلقت بأمر معلوم في أصله ولو كانت الجهالة في أمر يتفرع عن هذا الأصل، فهذه الجهالة لا تضر إن بين سبب الدعوى[7]:

- كمن وجد وثيقة في تركة مورثه، أو أخبره عدل بحق له في التركة فهذه الدعوى مسموعة وإن جهل مقدار ما يطالب به[8].

---

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص86.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص144.

[3] سعاد أوهاب، المصدر نفسه، ص95.

[4] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص490.

[5] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص116.

[6] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص210.

[7] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص114.

[8] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص604.

- كمن وكل غيره ليبيع له ثوبا بـــ 5000دج وقيمته 4000دج فأنكر الوكيل، فإن للمدعي حق سماع قضيته وإن جهل قيمة المال الذي يجب عليه أن يطالبه به هل الـ5000دج أم الـ4000دج[1].
- كمن ادعى أن له على المدعى عليه فضلة من حساب سابق لا يتذكر قيمته وقامت له بينة على ذلك فإن دعواه مسموعة[2].

وهذه الفروع مما قال بها المالكية[3] لذا فالمعتبر في كون الدعوى معلومة أن تكون إما[4]:

أ. **أن يتم بيان عين المدعى به:** كادعائه ملكية سيارة معينة غصبت منه، نقود معينة سرقت منه أو ثوب...

ب. **أن يتم بيان صفة المدعى به:** إن كان شيئا غير معين في ذاته كأن يدعي أن له في ذمة آخر معطفا أسود، سيارة من نوع كذا ذات لون أزرق، نقود من عملة كذا...وحتى في الســـب والقذف وجب تحديد اللفظ حتى يتمكن القاضي من معرفة ما قد يستوجب حدا أم لا.

ج. **أن يتم بيان سبب المدعى به المعين:** كمن ادعت الطلاق بسبب أن زوجها طلقها مشافهة، أحيانا لا يحتاج لبيان السبب كمن ادعى زواجه من فلانه، فلا يحتاج لبيان السبب.

د. **أن يتم بيان سبب ما في ذمة المعين:** كادعاء الدية على العاقلة بسبب القتل الخطأ، طلب مهر المثل في ذمة الزوج بسبب المسيس.

ولا يضر الدعوى إن كانت معلومة الأصل ولحقت به جهالة لا تضر كمقدارها أو جهل صفتها أو بعضها فهذا لا يضر مع وجود ما يثبت له حقا فيها وبين سببه[5]، كقيام بينة على وجود حق في تركة عقار دون معرفة مقداره.

2. **أن يكون المدعى به مما يتعلق به حكم أو غرض صحيح:** فلا تقبل الدعوى في أمر تافه ليست له قيمة أو غير قابل للتحقق، لذا ضـبطوه في قولهم "كل تافه حقير جدا لا تسـمع فيه الدعوى "[6]، وذكر علماؤنا مثال الدعوى بقمحة، شعيرة، عشر سمسمة، ونحو ذلك كدعوى أنه أسقط حبة علك في منزل المدعى عليه.

ولا تقبل الدعوى إن كان المدعى به ذا غرض غير صـحيح شـرعا وهو الذي لا يحصـل نفعا ولا يدفع ضـررا معتبرا

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص145.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص145.

[3] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص604.

[4] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص115.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص96.

[6] المصدر نفسه، ص95.

شـــرعا، كالمطالبة بأجرة توزيع الخمر على محلات بيع الخمور لأن عمله هذا محرم شـــرعا يجلب الهلاك للناس[1]، وكذا لا يسمح للمستأجر إن ركب شيئا ليس ذا بال على الأرض المستأجرة أن يطالب بخلعه عند انتهاء مدة الإيجار[2].

لذا لا يسمع هذا النوع من الدعاوى لما فيه من تضييع لجهود القضاة وأمنائهم وتفويت لمصالح الناس بإشغالهم بما لا نفع فيه، وهو المترجم في قولهم: "لا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح من جلب مصلحة أو درء مفسدة"[3].

3. **أن لا يكون المدعى به مما يستحيل ثبوته في العادة والعرف:**

لقوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾ الأعراف [199] ، ولما ثبت عن عبد الله بن مسعود موقوفا أنه قال: ((**ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيئ**))[4]، دل على وجوب اعتبار ما تعارف عليه المسلمون وإلغاء ما أنكروه فيما بينهم ومن ذلك الدعاوى التي تخالف العرف والعادة فهي غير معتبرة، واستناد على ضابط: "الأصل عدم صحة الدعوى بما يستحيل ثبوته بالعرف والعادة"[5]، كمن ادعى أبوته على فلان وكانت العادة ألا ينجب مثله لمثله كأن يكون بينهما عشر سنين[6]، فلا تسمع منه وسيأتي بيانه في أنواع الدعاوى عند المالكية.

الفرع الثالث: القضايا التي لا تحتاج للدعوى.

أولا: الظفر بالمال.

الحديث عن القضايا التي لا تحتاج لدعوى يجرنا إلى دراسة مسألة الظفر بالحق، فإن كان لشخص حق عند آخر ولم يقدر على أخذه بطريق الشـــرع لعدم البينة فقدر على أخذ ماله خفية فهل له أخذه ســـواء علم غريمه بأخذه أو لم يعلم؟

---

[1] عليش، منح الجليل، ج08، ص313.

[2] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص117.

[3] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص606.

[4] رواه أحمد في مسنده، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث – القاهرة–، ط01، 1416 هـ-1995م، مسند عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه، رقم 3600، ج03، ص505. صححه الحاكم، في المستدرك، رقم 4465، ج03، ص83.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص95.

[6] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص34.

1. المعتمد[1] عند المالكية أن من كان له مال على غيره، وامتنع هذا المماطل أو الغاصـــب، فله أخذ حقه منه إن قدر عليه سـواء كان هذا المال من جنس حقه أم من غير جنسـه شـريطة امتناع الغريم عن أداء الحق[2]، واسـتدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ البقرة [193].

جاء في التحرير والتنوير:" وقوله: بمثل ما اعتدى عليكم يشـــمل المماثلة في المقدار وفي الأحوال"[3]، قال ابن عرفة: "فاعتدوا اعتداء جائزا شرعيا فلا يجوز لمن زني بأخته أو ابنته أن يزني بأخت الزاني أو ابنته"[4].

استدلوا بقول النبي –صلى الله عليه وسلم –في الصحيح: ((**ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**))[5] "وأما عقوبته فبالسجن حتى يؤدي، وعندي —ابن العربي–أن العقوبة هي أخذ المال كما أخذ ماله"[6]

2. قول إن قدر فله أخذ المال من جنس حقه وإلا فلا[7]، لأن صـــاحب الحق إن لم يجد جنس حقه، قد يأخذ قيمته بدلا عنه وتقدير هذه القيمة قد يخطئ فيها وقد يصيب فيصير معتديا في هذه الحال لذا ترك هذا للقاضي درء لأي خلاف وضمان لحق الطرفين.
3. قول ليس له أخذ شيء من مال الغريم مطلقا[8]، لأن القضاء جعل كوسيلة آمنة لتحصيل الحقوق واستقرار النفوس فلو أخذ كل مكلف حقه من غيره لما استقرت الحياة ولضاع النظام.
4. قول له أخذ حقه من مال غريمه سواء من جنس حقه أو غيره إلا إن استودع عنده مالا فلا يحق له أخذه لأن ذلك

---

[1] القول المفتى به لقوته سواء لقوة دليله أو لكثرة من يقول به، الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية، ص209.

[2] عليش، منح الجليل، ج08، ص550.

[3] ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد–التحرير والتنوير–، الدار التونسية للنشر – تونس–، 1984م، ج02، ص211.

[4] ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد، تفسير ابن عرفة، تحقيق: جلال الأسيوطي، دار الكتب العلمية، –بيروت –لبنان، ط01، 2008م، ج01، ص233.

[5] رواه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: لصاحب الحق مقال، دون رقم ، ج03، ص118.

[6] ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، –بيروت – لبنان، ط03، 1424 هـ - 2003م، ج01، ص159.

[7] خليل، التوضيح، ج08، ص18.

[8] ابن الحاجب، جمال الدين عثمان بن عمر، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط02، 1421هـ -2000م، ص483.

خيانة للأمانة لحديث النبي –صلى الله عليه وسلم-: ((**أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك**))[1]، قول بالكراهة درء للشبهة، لحديث النبي-صلى الله عليه وسلم: ((**دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**))[2]، وقيل بالاستحباب والأظهر هو الإباحة في هذه الحال على ما قاله الباجي لحديث هند[3].

ثانيا: مالا يحتاج لحكم القاضي.

قال المالكية –المعتمد-جواز أخذ المرء حقه إن تعين وقدر عليه دون الرجوع إلى القاضي شريطة الأمن من وقوع ضرر أكبر كالفتنة أو صراع مع غريمه وغير ذلك، لأن المقصود من القضاء تحصيل الحق مع ضمان الأمن من وقوع ضرر أكبر، فإن استطاع تحصيل حقه مباشرة دون مفسدة كان له ذلك، كمن وجد عين سلعته المغصوبة ولم يخف وقوع الضرر فله أخذها.

جاء في التوضيح: "يحتاج إلى الدعوى من لا يقدر على أخذ متاعه، وأما إن قدر على أخذ شيئه بعينه وأمن من فتنة تترتب على أخذه، من قتال، أو إراقة دم ونحو ذلك من غير رفع إلى الحاكم، لأن المقصود من الرفع إنما هو الوصول إلى الحق، فإذا أمكن ذلك بدونه فالرفع إليه عناء، وربما لم يجد الرافع بينة فيؤدي إلى ضياع ماله، وهو ضد ما أمر به من حفظه"[4].

ومما لا يحتاج لحكم الحاكم إذا وجد المشتري سلعته على الوصف المتفق عليه مع البائع فله أخذها دون الحاجة لحكم قضائي.

إذا وهب لشخص نصيب مشاع في عقار فيمكنه أخذ وتحديد ذلك النصيب من الأرض إن لم يعترض عليه بقية الشركاء[5].

يستثنى من ذلك حالات وجب فيها الرجوع إلى الحاكم:

1. **المختلف فيه هل هو ثابت أم لا؟**: إن كانت الدعوى من المسائل المختلف في ثبوتها وصحتها، لابد –على الجملة-من رفعها إلى الحاكم حتى يثبت الحق بحكم قضائي مثاله: إذا قام المدين يتبرع بأمواله قبل الحجر عليه

[1] رواه الترمذي في سننه، أبواب البيوع،– دون تسمية-، رقم: 1264، ج03، ص556. قال الترمذي: حديث حسن غريب.

[2] رواه الترمذي في سننه، كتاب: أبواب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب رقم 60– دون تسمية-، رقم 2518، ج04، ص668، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

[3] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص629.

[4] خليل، التوضيح، ج08، ص17.

[5] المنجور، المصدر السابق، ج02، ص626.

فمالك يرى أن للدائنين المطالبة بإسقاط هذا التبرع حفظا لحقوقهم بخلاف الشافعي الذي يراه تصرفا صحيحا ولا يحق للدائنين الاعتراض، فهنا يحتاج إلى حكم القاضي للفصل هل الحق مع الدائنين أو المدين[1]، لذلك قالوا: "كل ما فيه خلاف قوي فلا يقع إلا بالحكم"[2].

2. **ما يحتاج للاجتهاد والتحرير**: إن كانت الدعوى مما يحتاج فيه إلى تقويم وتقدير القاضي فلا يجوز التصرف فيها إلا بحكم قضائي كتقدير نفقة الزوجة، فسخ النكاح للإعسار، تقدير إعسار المدين...[3]، وهو المترجم في قولهم: "كل ما يفتقر إلى فحص وتلخيص وتختلف فيه الأحوال فلا يقع إلا بحكم حاكم "[4].

3. **إن كان الحق متعلقا بعقوبة**: سواء أكان حقا لله أو للعبد فلابد من القاضي[5]، تجنبا للفتنة والفساد، ولأن العقوبات تحتاج إلى تقدير القاضي سواء في مقدارها كالتعزير أو في مدى تحقق شروطها كالحدود، ولأنها تحتاج سلطة ذات هيبة لتطبيقها.

4. **ما يؤدي إلى فساد العرض وسوء العاقبة**: وهذه فرع عما سبق إلا أنها تختص بالأموال فمن ظفر بالعين المغصوبة أو المشتراة أو الموروثة وخاف من مآل أخذها من اتهامه بالسرقة وغير ذلك فعليه رفع أمره إلى القاضي دفعا للمفسدة[6].

5. **ما يؤدي إلى خيانة الأمانة**: إن أودع عندك من لك عليه حق ولم تتمكن من استرداده لعجزك أو لعدم البينة فهل لك أخذه من تلك الوديعة وجحدها إن طالبك بها المودع، قال مالك بالمنع لأن فيه خيانة للأمانة[7] لقوله – صلى الله عليه وسلم -: ((**أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك**))[8]، قال ابن عبد البر في شرح الحديث: "لا تخن من خانك بعد أن انتصرت منه في خيانته لك والنهي إنما وقع على الابتداء أو ما يكون في معنى الابتداء كأنه

---

[1] القرافي، الفروق، ج04، ص77.

[2] المقري، قواعد الفقه، ص388.

[3] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص144

[4] المقري، المصدر السابق، ص387.

[5] خليل، التوضيح، ج08، ص17.

[6] خليل، الفروق، ج04، ص77.

[7] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص125.

[8] سبق تخريجه، ص104.

يقول ليس لك أن تخونه وإن كان قد خانك كما من لم يكن له أن يخونك أولا"[1].

رد عليه أن مقصود الحديث لا تأخذ أزيد من حقك فتكن خائنا، وأما من أخذ حقه فليس بخائن[2]، كما لوكان لك عليه 10آلاف دج واستودع عندك 15 ألف دج فلك أخذ حقك ووجب عليك أن تحفظ الباقي وهي05 آلاف دج وإلا كنت متعديا، وترك ذلك أسلم تجنبا للريبة[3] عملا بقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**دع ما يريبك إلى ما لا يريبك**))[4].

لذا فمحصل الأسباب الموجبة للجوء الحاكم في تحصيل الحق ثلاثة أمور هي:

"السبب الأول: كون ذلك الحكم يحتاج إلى نظر وتحرير، وبذل جهد من عالم بصير، حكم عدل في تحقيق سببه ومقدار مسببه.

السبب الثاني: الموجب لافتقار ترتيب الحكم على سببه إلى حكم الحاكم ومباشرة ولاة الأمور: كون تفويضه لجميع الناس يفضي إلى الفتن والشحناء، والقتل والقتال، وفساد النفس والمال.

السبب الثالث: قوة الخلاف في المسألة مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق، فوجب افتقار ذلك للحاكم عملا بقاعدة المذهب: "كل ما فيه خلاف قوي فلا يقع إلا بالحكم"[5]، فإذا أنشأ حكما مما تقبله ذلك المحل تعين فيه ووجب الإذعان إليه"[6].

وعلى اعتبار هذه الأسباب الثلاثة فإن ما يرفع للحاكم وما لا يرفع مداره على ما يلي:

أ. "مالا يفتقر إلى القاضي ولصاحب الحق في تحصيله لبعده عن الأسباب الثلاثة.

ب. ما يفتقر لحكم القاضي لتوفره على أحد الأسباب الثلاثة السابقة على الأقل.

ج. ما اختلف فيه هل يلحق بالقسم الأول أو الثاني"[7]، مما فيه خلاف بين الفقهاء مثل مسألة:

- "فسخ البيع بعد تحليف المتبايعين يجري فيه الخلاف.

---

[1] ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية-، 1387 هـ، ج20، ص159.

[2] الصاوي، حاشية الصاوي، ج03، ص567.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص431.

[4] سبق تخريجه، ص104.

[5] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص627.

[6] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص151-157.

[7] المصدر نفسه، ص158.

- فسخ النكاح بعد التحالف فيه الخلاف أيضا.
- اليتيم المحجور عليه بوصـي من قبل الأب هل يكفي إطلاقه لليتيم من الحجر دون مطالعة الحاكم في ذلك أو لا بد من استئذان الحاكم في ذلك حتى يكون إطلاق الوصي له بإذن الحاكم فيه خلاف.
- وقوع الفرقة بين المتلاعنين: قال مالك وابن القاسـم: تقع الفرقة بتمام التحالف دون حكم الحاكم، قال ابن حبيب لا تقع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق الإمام بينهما"[1].

وهذا التصـور ضـبطه المقري في قوله: "كل ما يختص بالحكام، فإنه يفتقر إلى إذنهم كالحدود، وكل ما لا يختص بهم فلا يفتقر إلى إذنهم: كتغيير المنكر على القول الصحيح، وقد يتردد أمر بينهما فيختلف فيما يغلب عليه شبهة منهما"[2].

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى القضائية.

الفرع الأول: باعتبار قبولها وردها.

أولا: باعتبار الصحة والبطلان.

1. الدعوى الصحيحة:

"ما كانت معتبرة شـرعا بأن اسـتوفت شـروطها "[3]، بأن تكون معلومة، محققة، لا تكذبها العادة، يتعلق بها غرض صحيح...[4].

"وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها، فيكلف الخصـم بالحضـور، وبالجواب إذا حضـر، وتطلب البينة من المدعي إذا أنكر خصمه، وتوجه اليمين إلى المدعى عليه إن عجز المدعي عن البينة"[5].

ويلحق بها الدعوى المقبولة من حيث الأصـل، لكن دخلها الخلل في بعض شـروطها مما يمكن تصـحيحه، وهو ما يسمى بتصحيح الدعوى.

2. الدعوى الباطلة:

"ما كانت غير معتبرة شرعا بأن اختل منها شرط من شروطها"[6] ولا يمكن تصحيحها، كمن ادعى على آخر غني

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص113.

[2] المقري، قواعد الفقه، ص513.

[3] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص114.

[4] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص604.

[5] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج20، ص281.

[6] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص114.

أن يعينه على سداد ديونه، فلا تسمع لأنها غير معقولة، أو أن يدعي قائلا: أشك أو أظن أن لي مالا على فلان، أو كالدعوى الصادرة عن شخص ناقص الأهلية، أو الدعوى بتعويض ثمن كلب لا يجوز اقتناؤه كالكلاب المتخذة للزينة في زماننا...

ثمرة التقسيم: أن الدعوى الصحيحة يجب على القاضي قبولها وتوجب حضور المدعى عليه واتباع بقية الإجراءات القضائية أما إن كانت صحيحة الأصل وتخلف عنه بعض الشروط مع إمكانية تصحيحها أمر القاضي المدعي بتصحيحها بعد بيان وجه الخلل بها أما الدعوى الباطلة تنتهي عند رفعها دون حضور المدعى عليه[1].

ثانيا: باعتبار شهادة العادة والعرف لها.

1. **نوع تكذبه العادة:**

فلو ادعى دارا بيد حائزها يتصرف فيها لسنوات بالهدم والبناء وكان شاهدا على ذلك ساكتا دون وجود مانع يمنعه من الاعتراض فإن دعواه مرفوضة لأن العرف دل على أن المرء إن رأى غيره يتصرف في ملكه أخذته الحمية واسترده ولا يسكت عنه إلا لمانع، كما أنها دلت على أن المرء لا يحوز ولا يتصرف إلا في ملكه لذا فمطالبة الآخرين بملكية الشيء المحوز مرفوضة[2].

كذلك من ادعى على آخر أنه لم يعطه ثمن سلعة قد باعها له من مدة طويلة وشهد العرف أن هذا الثمن لا يتأخر لم ينظر فيها.

كذلك من ادعى على صالح أنه غصبه وكامرأة ادعت على صالح أنه زنى بها لم تعتبر هذه الشكوى[3]، بل قالوا من ادعى على عالم ولم يأت ببينة ضرب أربعين تعزيرا له[4]، لأن كل شيء يكذبه العرف وجب رفضه لقوله تعالى:﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ الأعراف [199][5]، وعملا بقاعدة: "العادة محكمة"[6].

---

[1] الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: د. محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم – بيروت–لبنان، ط01، 1422هـ -2002م، ص121.

[2] خليل، التوضيح، ج08، ص42.

[3] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص198.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام ج02، ص148.

[5] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص118.

[6] الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم العلوي، نشر البنود على مراقي السعود، تقديم: الداي ولد سيدي بابا – أحمد رمزي، مطبعة فضالة – المملكة المغربية–، دط، دت، ج02، 272.

2. نوع تصدقه العادة – الدعوى المشبهة–:

أي تشبه أن تكون حقا كالمسافر يدعي ترك وديعة عند أحد أصحابه، أو كالمدعي على بعض التجار المنتصبين للبيع... فهذه الدعوى مسموعة عند القاضي وله إقامة البينة وتتوجه فيها اليمين على المدعى عليه دون إثبات خلطة[1] –سيأتي الحديث عن الخلطة–، وقد اجتهد بعض المالكية في ضبط الدعوى المشبهة كالقاضي عبد الوهاب وابن عرفة فقال: "إذا كانت الدعوى تشبه أن يدعى بها على مثل المدعى عليه، وقال بعضهم: أن يشبه أن يعامل المدعي المدعى عليه به"[2]، ومنهم من عدد مسائل الدعوى المشبهة كابن فرحون وهي:

"مثل أن يدعي سلعة معينة بيد رجل، أو يدعي غريب وديعة على رجل صالح، أو يدعي مسافر أنه أودع أحد رفقته وكالمدعي على صانع منتصب للعمل أنه دفع إليه متاعا يصنعه له، وكالمدعي على بعض أهل الأسواق المنتصبين للبيع والشراء أنه باع منه أو اشترى، وكالرجل يذكر في مرض موته أن له دينا قِبَل رجل وأوصى أن يتقاضى منه فينكره المطلوب وما أشبه ذلك، فهذه الدعوى مسموعة من مدعيها، ويمكن من إقامة البينة على مطابقتها، أو يستحلف المدعى عليه، ولا يحتاج في استحلافه إلى إثبات خلطة"[3].

3. نوع لا تقضي العادة بصدقه ولا بكذبه:

مثل أن يدعي الرجل دينا في ذمة رجل عادة لا يتعامل معه، فهذه الدعوى أيضا مسموعة من مدعيها ويمكن من إقامة البينة على مطابقتها ولا تتوجه اليمين على المدعى عليه إلا بعد أن يثبت المدعي الخلطة، وقال ابن نافع[4] باستحلافه من غير خلطة[5].

ثمرة التقسيم:

أ. إعطاء الخصوم معيارا واضحا يتفق عليه كل المجتمع وهو العرف في قبول أو رفض القضايا وفي تشديد الإجراءات وتخفيفها من خلال اشتراط الخلطة من عدمها، مما يجعل المتداعين مرتاحين لمصداقية القضاء.

---

[1] الجيلالي محمد، اجراءات رفع الدعوى، ص55.

[2] خليل، التوضيح، ج08، ص40.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص149.

[4] أبو محمد عبد الله بن نافع القرشي المدني، روى عن مالك بن أنس – وتفقه به –، وابن أبي ذئب، وابن أبي الزّناد، وغيرهم، روى عنه أبو الطاهر بن السّرح، وسحنون بن سعيد، ومحمد بن عبد الله ابن عبد الحكم، وغيرهم، وله تفسير في الموطأ رواه عنه يحي بن يحيى، تفي سنة 206هـ. جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ج02، ص768.

[5] خليل، المصدر السابق، ج08، ص47.

ب. إجبار المنظومة القضائية على التكيف مع تغير الأعراف مما يجعلها تمس واقع الناس.

ج. تقليل الطاعنين في المنظومة القضائية لأنها ترتكز على معيار يتفق عليه كل المجتمع وهو العرف.

ثالثا: باعتبار الدعاوى وما يسمعه الحاكم وما لا يسمعه[1].

1. ما لا يسمعه الحاكم ولا يلزم المدعي بسبب ما ادعاه شيئا، وهي الدعاوى التي يكذبها العرف والعادة، وقد تقدم ذكرها.
2. ما لا يسمعه الحاكم ويؤدب المدعي بسبب ما ادعاه وهي الدعاوى على أهل الدين والصلاح بما لا يليق بهم.
3. ما يسمع الحاكم الدعوى به ويمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه، ولا يلزم الحاكم المدعى عليه بالجواب وهي الدعاوى على الصغير والسفيه.
4. ما يسمع الحاكم ويمنع المدعي من إقامة البينة على صحة ما ادعاه ويرى فيه القاضي رأيه وهي الدعاوى على من تسور على مال غائب أو قريب للمدعي، فيقوم رجل عند القاضي يدعي نيابته عن الغائب من غير وكالة ليحفظ للغائب أو لقريبه ماله.
5. ما يسمعه الحاكم ولا يلزم المدعى عليه الجواب عنها إلا بشروط كدعوى الرجل الدار أو العقار على من هو حائزه، فلا يلزم المدعى عليه بذلك الجواب إلا بشروط.
6. ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعي من إقامة البينة بما ادعاه ولا يحكم له بموجب ما شهد له به على الفور: دعوى الرجل أن المفقود أوصى له أو أوصى إليه، فإن القاضي يمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه ويسمعها، ويثبت ذلك له، ولا يشهد له بما ثبت عنده؛ لأنه لا يجب له شيء إلا بعد موت المفقود.
7. ما يسمعه الحاكم ويمكن المدعي من إقامة البينة على دعواه ويلزم المدعى عليه بالجواب: الدعوى الصحيحة بشروطها المتقدمة.
8. ما لا يسمعه الحاكم ولا يمكن المدعي من إقامة البينة على صحة ما ادعاه ويغرم ما ادعى عليه به كمن ادعى عليه بوديعة فجحدها، فأقيمت عليه البينة بها فادعى أنه ردها وأراد إقامة البينة على ذلك، فلا تسمع دعواه، ولا يمكن من إقامة البينة على ما ادعاه.

ثمرة التقسيم:

أ. بيان حالات الدعاوى التي قد تصادف القاضي في مسيرته بالتفصيل مع توضيح إجراءات كل حالة مما يسرع

[1] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص151-152.

ويسهل عليه التعامل معها.

ب. إعانة القاضي على فهم حدود العادة والعرف في المنظومة القضائية كقبول، رفض الدعاوى...، وما يبنى على الفقه خاصة المصلحة كردع الخصوم، تقدير مصلحة الغائب والمحجور عليه...

الفرع الثاني: باعتبار أصحاب الدعوى، وموضوعها.

أولا: باعتبار موضوع الدعوى.

1. **دعوى العين:** هي ما كان محلها عينا سواء كانت عقارا من أرض، دار، حديقة...، أو منقول: سيارة، ثياب، غنم... مثاله: دعوى البائع على المشتري من أجل استرداد سلعته، فتعتبر دعوى عين لأن موضوعها هو السلعة [1].
2. **دعوى الدين:** ما كان محلها دينا في الذمة بغض النظر عن سببه من بيع، قرض، سلم، ضمان... مثاله: دعوى المشتري على البائع لاسترداد ثمن المبيع، فتعتبر دعوى دين لأن موضوعها هو الثمن الثابت في ذمة البائع إن قبضه[2].
3. **دعوى الحقوق الشخصية:** هي التي لا تتعلق بالأعيان ولا الديون كدعوى النسب، الطلاق، الحضانة، الشفعة، الرد بالعيب...[3].

ثمرة التقسيم: يساعد هذا التقسيم على معرفة الإجراءات القضائية لكل نوع كتحديد جهة الاختصاص، فالمالكية مثلا في دعوى العين قالوا ينظر فيها قاضي صاحب ولاية إقامة المدعى عليه وهو المشهور، وقول أنها من اختصاص قاضي محلة العين[4].

ثانيا: باعتبار المدعى عليهم.

1. **دعوى على الحاضر الرشيد المالك لأمره،** ويشترط في صحة الدعوى عليه ما تقدم، ويجبر على الحضور والدفاع عن نفسه وإثبات موقفه، ويُلزم بتنفيذ الحكم إن حُكم عليه.
2. **الدعوى على الصغير والسفيه المولى عليه –المحجور عليه–،** لها حالات:

أ. **الدعوى عليه بما لا يلزمه ولو قامت عليه البينة:** وذلك في دعاوى الديون والمعاملات من بيع، سلف...

---

[1] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص239./ ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص19.

[2] محمد نعيم، المصدر نفسه، ص239./ ميارة، المصدر نفسه، ج01، ص19.

[3] الجيلالي محمد، اجراءات رفع الدعوى ص80/ القرافي، الذخيرة، ج11، ص5.

[4] محمد نعيم، المصدر السابق، ص242.

فالقاضي لا يسمع هذه الدعاوى ولا يقبل بينة فيها لأنها تصرفات تستلزم إقرار المحجور عليه وإقرارهما في مثل هذه التصرفات لا تصح[1]، وعملا بقاعدة: "كل ما عقده الصبي على نفسه من العقود اللازمة البالغين فلا يلزمه منها شيء"[2].

ب. **الدعوى على المحجور عليه بما يلزمه التعويض في أمواله:** كإلحاق الضرر بشيء، غصبه، اختلاسه، استهلاكه...والجراح والقتل التي لا توجب القصاص، فإن القاضي يسمع بينة المدعي ويقضي له من أموالهما- الصغير، السفيه-إن وجد أو يتبعان بذلك لأن هذه التصرفات لا تحتاج إقرارهما بل تثبت بالبينة[3].

ج. **الدعوى على المحجور عليه بما يلزمه إن أقر به:** كالطلاق والجراح التي توجب القصاص...، فإن كان المحجور عليه بالغا، فعلى القاضي سماع الدعوى وتكليف المحجور عليه بالإقرار أو الإنكار، لأنها تصرفات تتعلق بشخصه وبحقوق غير مالية فيصح إقراره فيها[4].

ثمرة التقسيم:

أ. بيان حدود مسؤولية المحجور عليه بما يتناسب وحالته العقلية، حتى لا يقع القاضي في اللبس وبما ينصف أطراف النزاع.

ب. بيان أن هناك معايير أخرى لقبول ورفض الدعوى متعلقة بالحالة الذهنية والعمرية للمدعى عليه.

ثالثا: باعتبار المدعى لهم وما يسمع من بيناتهم.

1. **من يريد إقامة البينة لإثبات صحة ادعائه:** الأصل أنه يسمح للخصوم بإقامة البينة على صحة ما يدعونه إلا في حالات منها:

أ. إذا استحلف المدعي المدعى عليه رغم أن له بينة، فحلف المدعى عليه ثم أراد المدعي إقامة حجته رفضت.

ب. إذا أنكر المدعى عليه الحق من دين، وديعة، رهن... ثم أقر بعد ذلك وتعلل بوجه من الوجوه لإسقاط ما ادعي عليه لم ينفعه ولو أتى ببينة على قوله.

ج. لو أنكر الوكيل قبض الثمن فقامت عليه البينة فدافع عن نفسه بأنه تلف أو ضاع منه وغير ذلك لم يسمع منه ولو

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص127.

[2] المكناسي، مجالس القضاة، ص600.

[3] المصدر نفسه، ص599./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص153.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص127.

جاء ببينة لأنه كذبها[1].

محصل رفض سماع بينة من يقيمها وجود تكذيب أو تناقض بين ما ادعاه وبين ما تدل عليه البينة.

2. **من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لموكّله:** إذا أقام شخص بينة على حق من الحقوق لآخر على أنه وكيل عنه، لم يسمع منه القاضي إلا بعد إثبات أنه وكَّله بالخصومة أولا، ثم ينظر الحاكم في غيبة المـُـــوكِّل، فإن كانت قريبة أمر القاضي أن يؤتى به حتى يحلف أنه حقه، وإن كانت بعيدة، يقضي به للمـُوكِّل بعد أن يَحلف الوكيل[2].

وقال ابن كنانة: " إن كانت الغيبة قريبة كاليومين انتظر الموكل حتى يحلف وإن كانت الغيبة بعيدة حلف الوكيل على أنه ما يعلم موكله قبض من الحق شيئا ويقضى له"[3].

وهناك من لم يفرق بين الغيبة القريبة والبعيدة في وجوب تحليف المـُوكِّل، "وهذا القول ذكره ابن الحاجب وعزاه لابن القاسم وحكاه اللخمي في آخر كتاب الشهادات بلفظ قيل ولم يعزه لابن القاسم ولا لغيره لكنه قال بعده أنه الأصل"[4].

3. **من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لقريبه أو جاره من غير وكالة له على ما قام فيه:**

إن وجد رجل شـــخصـــا آخر يعتدي أو يحوز أو يتصـــرف في مال قريب أو جار له غائب دون توكيل من هذا الأخير، فأقام هذا الرجل البينة على المعتدي أمام القاضي لوجود علاقة قرابة أو صداقة مع الغائب، فهل تسمع بينته؟

وقد اختلف في هذا على أربعة أقوال[5]:

أ. قول بجواز مخاصمة الأب والابن عن بعضهما في حال غياب أحدهما في كل الحقوق دون توكيل دون بقية القرابة.

ب. تجوز المخاصـمة عن الغائب بطلب حق له دون توكيل ولو كان المخاصـم أجنبيا وأن على القاضـي توكيل من يقوم على القاضـي بحقه وهو قول سـحنون، وعلى القول بالتمكين فهل ذلك في القريب والبعيد، أو في القريب خاصـة؟ قولان:

- إن ذلك في القريب والبعيد ســـواء، وهو الظاهر من رواية أشـــهب وحكاية ابن أبي زيد عن ابن الماجشـــون، لأن القاضي ينظر فيما يرفع على القريب والبعيد الغيبة على حد سواء.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج01، ص158.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص158.

[3] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص213.

[4] المصدر نفسه، ج06، ص213.

[5] المصدر نفسه، ج09، ص193./ ابن أبي زمنين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، منتخب الأحكام، تحقيق: عبد الله بن عطية الرداد الغامدي، مؤسسة الريان – المملكة العربية السعودية-، دط، دت، ص237-238.

- إن ذلك في القريب الغيبة، وهو قول سـحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف، بدليل ما روي عن مالك حين سئل عن الابن يطلب دين أبيه دون توكيل، فقال: "وذلك إذا كان المدعي له قريبا..." [1].

ج. لا يمكن لأي كان من إقامة البينة ولا المخاصمة عن الغائب وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ومطرف.

د. إن كان الحق مما يزول ويحول كالثوب، الدابة... تجوز المخاصـمة عن الغائب ولو من أجنبي، أما سـوى ذلك من الدَّين وغيره فلا إلا من الأب والابن، حكاه ابن حبيب في الواضحة عن مطرف.

4. من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به على وجه الحِسبة للغائب:

إن وجد رجل شـخصـا آخر يعتدي أو يحوز أو يتصـرف في مال شـخص غائب دون توكيل من هذا الأخير، فأقام هذا الرجل البينة على المعتدي أمام القاضي من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فهل تسمع بينته؟

اختلفوا [2]على خمسة أقوال[3]:

أ. قول أنه لا يمكن من ذلك إلا الأب والابن ومن له قرابة قريبة، مع شروط هي:

- ألا يخرج القاضـي ذلك الملك من يد المعتدي ولا يزال العيب الذي أحدثه، لاحتمال أن يكون الغائب عالما بهذا التصرف أو أن يقره عليه إن عاد، في حال عدم إقرار المعتدي بملكية ذلك المال للغائب.
- تثبيت الشهادة على ذلك حتى يعود الغائب.
- إن أقر المعتدي بملكية ذلك المال أو العقار للغائب عين القاضـي شـخصـا موثوقا على ذلك المال وأمره بإصـلاح ذلك العيب.

ب. قول بسماع الدعوى سواء رفعها قريب للغائب أو أجنبي عنه قاله ابن القاسم أيضـا، وذهب سحنون إلى أن يوكل القاضـي من ينوب عن الغائب، وهو أحد قولي ابن الماجشـون وقاله أصـبغ، وعلى القول بالتمكين فهل ذلك في القريب والبعيد، أو في القريب خاصة؟ قولان:

- قال سحنون: في القريب الغيبة دون بعيدها.
- وقيل: في البعيد، وهو الظاهر من رواية أشهب وقول ابن الماجشون.

ج. أن يمكن القائم بالدعوى من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة.

د. أن لا يمكن من إقامة الخصومة إلا بتوكيل من الغائب، قاله ابن الماجشون ومطرف في الواضحة.

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص194.

[2] قد ذكرت سابقا قولين في المسألة من باب الاختصار انظر في ركن المدعي.

[3] خليل، التوضيح، ج07، ص459.

هـ. إن كان المال مما يفوت ويحول ويغيب كالثوب والدابة... فإن القاضي يسمع الدعوى ممن أقامها سواء أكان قريبا للغائب أو أجنبيا، أما غير ذلك فلا يمكن من الخصومة إلا الأب والابن، حكاه ابن حبيب عن مطرف.

5. من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لمن هو تحت ولايته من أب أو وصي:

إن كان للولي أو الوصي بينة على لحوق الضرر بمن هو تحت ولايته، فهل على القاضي سماعه؟

قالوا إن كانت المولى عليها متزوجه ولحقها الضرر من زوجها فلا يسمع القاضي من الولي أو وصيِّها إلا بوكالة منها، قالوا لأن لها اختيار الرضا على الضرر اللاحق في نفسها.

وكذا لو طالب الولي أو الوصي بحقوق مالية للزوجة من زوجها قد طال الزمن ولم يوفها لها كالمهر فليس له ذلك، إلا بتوكيل منها، إلا في حال أثبت استمرارية سفهها وسوء تدبيرها فله ذلك[1].

6. من يريد إقامتها لصحة ما ادعى به لنفسه ولغيره:

إذا أقام شخص بينة على دعوى تمس حقوقه وحقوق غيره سواء كانوا ورثة أو شركاء فهل يقضي القاضي لهم جميعا أم يقضي له وحده فقط؟

قالوا يمكن من الخصومة فإن قضى له القاضي أخذ حظه من الحق وترك الباقي تحت تصرف الحائز أو يوقف حصص البقية حتى إن أتوا وطالبوا بحقوقهم أخذوها مباشرة استنادا على الحكم الأول.

فإن قضى عليه لم ينسحب الحكم على البقية إلا إن وكلوا صاحبهم على الخصومة، فإن عادوا وأقاموا بينة غير التي قدمها صاحبهم سمعها منهم القاضي وإن أتوا بنفس حجة صاحبهم حكم عليهم القاضي[2].

الفرع الثالث: باعتبار ثبوت الحق وتحقق الدعوى.

أولا: باعتبار ثبوت الحق[3].

1. **الدعوى الثابتة:** التي يثبت فيها الحق للمدعي بناء على إقرار أو سكوت المدعى عليه على المشهور.
2. **الدعوى غير الثابتة:** التي لا يثبت فيها الحق للمدعي بناء على إنكار المدعى عليه ولعدم البينة الحاسمة.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص166.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص166.

[3] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص5.

ثمرة التقسيم[1]:

أ. في الدعوى الثابتة يتم الصلح فيها بناء على ثبوت الحق للمدعي وبالتالي يكون موقفه أقوى في عملية الصلح.

ب. في الدعوى غير الثابتة يتم الصلح فيها دون ثبوت الحق للمدعي فيكون موقفه أضعف من الأول، ويكون الصلح فيها مبني على المساومة دون أن يتضمن ثبوت الحق للمدعي.

ج. قد يضطر المدعى عليه للجوء في الدعوى غير الثابتة إلى الصلح لافتداء يمينه دفعا لضرر محتمل.

د. في الدعوى الثابتة يحكم القاضي للمدعي ويمضي في إجراءاته لتعين الحق بخلاف الدعوى غير الثابتة فإنه يرشدهما للصلح لعدم تعين الحق عنده.

ثانيا: باعتبار تحقق الدعوى.

1. **دعوى الاتهام**: هي "التي يكون المدعى فيه فعلا محرما يوجب عقوبته كالقتل أو قطع الطريق أو السرقة"[2]، كمن أودع مالا عند آخر، ثم اتهم المودع عنده أنه سرق المال، فإن اليمين تتوجه على المودع عنده لوجود شبهة السرقة.
2. **دعوى التحقيق**: ما يكون المدعى فيه متعلقا بعين أو دين أو حقا شرعيا محضا"[3]، كدعوى الدائن على المدين أنه لم يرجع إليه الدين، فتتوجه اليمين على المدين لتقوية جهته في مقابل الدائن.

ثمرة التقسيم:

أ. أن دعوى التحقيق لا تقبل إلا بتحقق الدعوى فلا يقبل فيها الظن ولا الشك بخلاف التهمة فيقبل فيها الظن[4].

ب. إذا نكل المدعى عليه في دعوى التحقيق رُدَّت اليمين على المدعي، فإن حلف استحق ما ادعاه، أما في دعوى الاتهام: إن نكل المدعى عليه استحق المدعي ما ادعاه بمجرد نكول المطلوب[5].

ج. كثيرا من دعاوى التهم لا تثبت إلا بنصاب معين من الشهود، يزيد في بعضها عن النصاب المطلوب في الدعاوى الأخرى[6].

د. يجوز لحاكم مع قوة التهمة ضرب المتهوم ضرب تقرير...ولكن لا يخرج بذلك عن صفة ضرب الحدود، ولا يعاقبهم بغير العقوبات الشرعية[7].

---

[1] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص5

[2] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص235.

[3] المصدر نفسه، ص235.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص144.

[5] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص318.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص154./ محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص235.

[7] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج02، ص151.

المبحث الثاني: إجراءات رفع الدعوى وتبليغها.

ضبط الخطوات الأولى من عمر الدعوى القضائية ضرورة ملحة حتى تقبل القضية لدى القاضي ويقوم ببقية الإجراءات الأخرى، لذا تكلمت في المطلب الأول عن المحكمة المختصة والمخول لها النظر في القضية، وكذا كيفية تقييد الشكوى حتى يتم النظر في صحتها.

ثم تكلمت عن التبليغ وحكمه والمكلفون به في المطلب الثاني وختمت هذا المبحث –المطلب الثالث–بالكلام عن إجراءات التبليغ بداية بالإعداء وشروطه وآليات التبليغ وحالات حضور الخصوم ومصاريف ذلك.

المطلب الأول: كيفية رفع الدعوى.

الفرع الأول: المحكمة المختصة.

منطق الاختصاص القضائي كانت له جذور عند فقهائنا قديما خاصة في الأندلس، وإن لم يكن مثل الذي في زماننا لقلة الناس وقلة القضايا وبساطتها، بخلاف عصرنا الذي أوجب الاختصاص والإكثار من القضاة لحل النزاعات، لذا يجب على المدعي أن يرفع دعواه أمام القاضي أو المحكمة التي هو في إقليمها ولا تصح منه إن رفعها لقاض خارج إقليم اختصاصه أو خارج فترة ولايته، كأن يرفعها إليه بعد عزله، فلا تعتبر هذه الدعوى قانونية إطلاقا وهذا متفق عليه[1].

وقد اتفقوا أن على المتداعيين التحاكم إلى قاضـــي البلد الذي هم فيه، وإن وجد أكثر من قاض في البلد الواحد فللمدعي الخيار في تحديد القاضي لأن له حق إنشاء الخصام فله حق اختيار القاضي، وإن لم يوجد يتوجهان إلى أقرب قاض –محكمة–لبلادهم إن لم يكن في موضعهم حاكم[2].

واختلفوا إن كان كل منهما في بلد غير بلد الآخر:

أولا: إن كان المدعى عليه غائبا عن بلده، فيه تفصيل:

فللمدعي حالتان يحق له إتباع أيهما:

الحالة الأولى: أن يرفع دعواه في بلد إقامة المدعى عليه وتصير دعواه من باب الدعوى على غائب[3]، وعلى القاضي تتبع الإجراءات المذكورة في الفصل الأخير عند الكلام عن الإجراءات القضائية المتبعة عند الحكم على الغائب فلينظر هناك.

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص81.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص164. /محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص214.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص41-43

الحالة الثانية: أن يتتبع المدعى عليه ويحاكمه عند قاضي البلد التي التقاه فيها، على التفصيل الموالي:

1. **دعوى الدَّين ويلحق به كل ما في الذمة كالقصاص:** إن كان كل من الخصمين في بلد مختلف والمدعى عليه غير مقيم في بلده-غائب-، فللمدعي أن يتعلق بخصمه في أي مكان يجده فيه ويطالب بحقه عند قاضي تلك البلاد بغض النظر عن مكان المدعى فيه[1]، وقد تم ضبطه في قولهم: "كل من تعلق برجل في حق، فإنما يخاصمه حيث تعلق به إن كان ثم قاض أو أمير"[2].
2. **دعوى العين:** إذا تعلقت الدعوى بعين من الأعيان ولم يكن المدعى عليه في بلده فلا يحبس المدعى عليه إلا إذا كانت العين في البلاد التي لقيه فيها المدعي[3]، أي إن لقي المدعي المدعى عليه في البلد التي فيها العين أو كانت العين مع المدعى عليه، فله رفع القضية عند قاضي تلك البلاد، قال أصبغ: "لو أن المدينَّ خرج إلى ضيعته بمكة أو جاءها حاجا فتعلق به المكي يريد مخاصمته ثمَّ، كان له ذلك ولم يكن للمدعى عليه أن يأبى ذلك"[4].

ثانيا: إن كان المدعى عليه مقيما في بلده، فيه تفصيل:

1. **دعوى الدَّين:** تكون الدعوى حيث المدعى عليه اتفاقا[5].
2. **دعوى العين:** فيها خلاف.

القول الأول: أن الدعوى تكون في البلد الذي تكون فيه العين وهو قول ابن الماجشون[6]، ويرجع هذا القول إلى أن العين تكون أقرب للقاضي وأسهل عليه في دراسة القضية وأسرع في تنفيذ حكمه.

القول الثاني: تكون الخصومة حيث المدعى عليه ولا يعتبر في ذلك موضع المدعي ولا المدعى به مع تفصيل في

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ج08، ص209./ التسولي، البهجة، ج01، ص57.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص209.

[3] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص22.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص95.

[5] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص234.

[6] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص164.

الإجراءات التي يتبعها المدعي، وهذا قول مطرف وأصبغ ونقله فضل بن سلمة[1]عن ابن القاسم وهو المشهور[2]، ومنه جاء ضابط: "كل مدع على شخص في أصل فإنما يحكم بينهما حيث المدعى عليه"[3]، وهذا القول راجع إلى أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فالمدعي هو طالب الحق والمدعى عليه هو المطَالَب به، فليس عليه التنقل في تحصيل حق غيره الذي قد لا يكون حقا، لذا فللمدعي حق الطلب مع كُلْفَته وعلى المدعى عليه واجب إجابته.

أما في الإجراءات التي يتبعها هي:

للمدعي رفع دعواه عند قاضي بلد المدعى فيه –العين–سواء كان في بلده أو بلد آخر ليُثْبِت له العين، ثم يكتب هذا القاضي إلى قاضي بلد المدعى عليه مع المدعي أو وكيله، والأولى أن يُرسل القاضي بكتابه مع عدول يثق بهم على ما سيأتي بيانه في مراسلات القضاة، فإن وصل الكتاب إلى القاضي الثاني وثبتت صدقية الكتاب استدعى هذا القاضي المدعى عليه وقرأه عليه وأمره بالجواب عنه والدفع عن نفسه وإلا أنفذ الحاكم عليه إن تبين له إنفاذه[4].

للمدعي توكيل غيره ليخاصم عنه وله رفعها بنفسه دون توكيل عند قاضي المدعى عليه مباشرة، فينبغي لهذا القاضي طلب البينة فإذا أعلمه المدعي أن بينته ببلده أو أن العقار في بلد آخر، فللقاضي أن يكتب إلى قاضي ذلك البلد حتى يثبت له البينة، ثم يكتب بذلك إليه، ويؤجل له على قدر المسافة[5]، ثم يتَّبع بقية إجراءات المحاكمة حتى يحكم بينهما.

وهذه الآراء في حال تميز المدعي من المدعى عليه، أما في كان كل من الطرفين مدع ومدعى عليه في نفس الوقت كمن اختلفوا في الصداق أو ثمن المبيع، فهنا لا يمكن العمل بالأقوال السابقة، وقال الفقهاء أن ترفع الدعوى إلى أقرب القضاة من المتداعيَيْن فإن وجد أكثر من قاض قريب منهما أُقرع بينهما فمن خرجت له القرعة كان له تعيين القاضي المختص[6].

---

[1] فضل بن سلمة بن جرير الجهني البجائي: الفقيه العالم بالمسائل والوثائق، الحافظ لاختلاف أصحاب مالك، سمع من شيوخ بلده وشيوخ إفريقية كابن مجلون والمقامي وغيرهم، وعنه أخذ ابنه أبو سلمة وأحمد بن سعيد بن حزم وغيرهم من الأندلسيين والقرويين، ألف مختصر المدونة واختصر الواضحة، واختصر الموازية، وله كتاب جمع فيه الموازية والمستخرجة. مات سنة 319 هـ. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، ج01، ص123/ ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص138.

[2] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص219 / التسولي، البهجة، ج01، ص57.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص103.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص208.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص95.

[6] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص220.

قال المازري: "لو كان كل منهما يطلب صـــاحبه ...، فإن اختلفا فيمن يبتدئ بالطلب وفيمن يذهبان إليه من القاضيين...أقرع بينهما"[1].

الفرع الثاني: تقييد الدعوى.

يصح رفع الدعوى مشافهة إلى القاضي دون تقييدها وله كتابتها وهو الأحسن[2]، وهو ما يسمى بالمَـقَّال فإن تم كتابتها سُميت توقيفا لكون الطالب يوقف المطلوب على الجواب، ثم يطلب من خصمه الحضور إلى مجلس الحكم[3].

يصـح حضـور الخصـمين إلى القاضـي إن تيسـر ذلك دون إعلام المحكمة، فإذا دخلا نظر القاضـي فيما يدعيه طالب الحق فإن قبل منه نظر في دعواه، لما رواه البخاري: أن رجلا عض يد رجل، فنزع يده من فمه، فوقعت ثنيتاه، فاختصموا إلى النبي –صلى الله عليه وسلم–فقال: ((**يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل؟ لا دية لك**))[4].

فدل الحديث على جواز التخاصم إلى القاضي مشافهة دون اللجوء إلى الكتابة، وكذا حضور الخصمين إلى القاضي مباشرة لقول الراوي " فاختصموا" فيلزم منه تداعيهما إلى النبي–صلى الله عليه وسلم–معا دون إبطاء أحدهما.

وما ينبغي التنبيه عليه أن ما ذكرته هو مما يصح ويمكن للمدعي القيام به لما كانت الحياة البسيطة وليس في زماننا.

كما يجب معرفة أن اسـتجابة الخصـم لطالب الحق في الحضـور للمحكمة قبل رفع الدعوى من حيث كونه حقا للمدعي أنه واجب ديانة على المدعى عليه يأثم لغيابه ولا يترتب عليه أي إجراء قانوني إن رفض القدوم حينها، بخلاف استدعاء القاضي يجب تلبيته ديانة وقضاء ويترتب على ذلك إجراءات عقابية كما سيتم بيانه في المباحث القادمة.

ويتم رفع الدعوى إلى القاضي أو كاتبه يعرض فيها قضيته وحجته وشهوده إن وُجدوا واسم المدعى عليه[5]، بينما في زماننا ولكثرة القضـــايا فإنها تقدم إلى من ينوب عن القاضـــي في ذلك وهي أمانة ضـــبط المحكمة[6]، وعلى الكاتب تقييدها عنده وصـــفتها: " – مثاله دعوى الدَّين– قال فلان أو ادعى أن له قبل فلان كذا من ســـكة كذا من ثمن كذا اشتراه منه وقبضه وبقي الثمن في ذمته حتى الآن، وإن كان من سلف قلت: قبضه منه منذ كذا وإن كانت الدعوى في دار أو أرض، قلت: إن على ملكه دارا بمدينة كذا حدودها كذا وإن فلانا يتعدى عليه فيها أو وضـــع يده عليها ويريد

---

[1] عليش، منح الجليل، ج08، ص283.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص82.

[3] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص33-35.

[4] رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الديات، باب إذا عض رجلا فوقعت ثناياه، رقم:6892، ج09، ص08.

[5] القرافي، الذخيرة، ج10، ص78.

[6] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص73.

منه أن يمكنه من جميع ذلك"[1].

يقوم كاتب القاضي بطي الكتاب وختمه، بعد أن يكتب على ظهره أسماء ونسب الخصوم وتاريخ الخصومة، ثم يخزنه في قمطر[2] ويجعل لكل شهر قمطرا يجمع فيه قضايا ذلك الشهر[3].

كما يصح تعدد المدعين وحتى تعدد المدعى عليهم في القضية الواحدة جاء في النواد: "أن قوما من الحضرميين، وجماعة من الغافقيين اقتتلوا، فجرح من كل فريق سبعة، وأقر كل فريق منهم أنهم جرحوا الفريق الآخر، ولم يقرا أحد منهم لأحد بعينه، قال –مالك–: فكتب إليه: من ادعى من المجروحين على رجل أنه جرحه، فأحلفه"[4].

الفرع الثالث: النظر في صحة الدعوى.

بعد أن يرفع المدعي قضيته – عريضة افتتاح الدعوى عند القانونيين– إلى المحكمة، فأول واجب على القاضي هو النظر في صحة الدعوى من بطلانها قبل طلب حضور الخصم، وفي حال حضر كلا الخصمان فإن القاضي لا يكلم المدعى عليه حتى" يسأل المدعي عن دعواه، ويأمر كاتبه بكتابتها في رقعة بنفس ألفاظ المدعي بلا زيادة ولا نقصان، وهذا في حال ما إذا لم يكن الكاتب قد كتب دعوى المدعي قبل دخوله مجلس القضاء، وكذلك في حالة إذا لم يكن المدعي قد قدم دعواه مكتوبة وسلمها للكاتب"[5].

1. فإن صحت الدعوى عقد مجلس الحكم أو حدد موعدا للجلسة بحسب كثرة القضايا المرفوعة إليه وقلتها.
2. فإن طلب القاضي تصحيح الدعوى كان لابد من معرفة الخلل وتقويمه[6]:

أ. إن كانت الدعوى غير محققة ألزمه بتحقيقها بلفظ يدل على ذلك كأن يقول لي عليه دين كذا، وليس أظن أن لي عليه دَيْن.

ب. إن كانت في شيء من الأعيان وجب تبيان ما يدعيه وأنه في يد المدعى عليه سواء بالغصب أو الوديعة أو العارية...

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص89.

[2] القمطر: ما يصان فيه الكتب، مرتضى الزبيدي تاج العروس، ج13، ص472.

[3] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص74.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص151.

[5] الجيلالي محمد، المصدر السابق، ص75.

[6] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص 273-303 / ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص151./ عليش، منح الجليل، ج09، ص311. / محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص 10-11/ أبو العباس الونشريسي أحمد بن يحيى، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث –الإمارات العربية المتحدة–، ط01، 1426هـ-2005م، ج02، ص642-643.

ج. إن كانت دينا بين قدره وجنسه وصفته إن كان ذهبا أو فضة سواء كان سليما أو مكسورا – عملة معينة–، من طريق البيع أو القرض أو السلم...

د. إن كانت في عقار بين موضعه ونوعه سواء كان دارا أو أرضا وحدوده وأنه بيد المطلوب بالغصب أو غيره...

هـ. إن كان في ذوات الأمثال ذكر الكيل أو الوزن أو العدد وذكر صفاته بما يمكن ضبطه وتمييزه كالتمر يذكر نوعه وصفته من الجودة إن كان قائما وإلا ذكر قيمته.

و. إن كانت في المجوهرات ذكر قيمتها من غالب نقد البلد.

ز. إن كانت في جرح ذكر موضعه وقدره – يستعين بالطبيب الشرعي في تقدير وتوثيق ذلك–.

ح. إن كانت في قذف ذكر لفظ القائل وإن كانت في سرقة ذكر مقدارها وحرزها وصفة الحرز.

ط. إن كانت الدعوى بين زوجين طلب القاضي إثبات الزوجية، سواء بتصريح الزوج أنه تزوجها زواجا صحيحا فلا يطلب منه البينة على صحة العقد مع وجوب إثبات الزوجية كالدفتر العائلي، شهادة الشهود حتى ينظر في القضية فإن لم يوجد ما يثبت به كمن تزوج بغير عقد مدني ألزم بتقييده أولا.

3. أما إن كانت الدعوى باطلة رفضها القاضي وبين السبب سواء قبل التداعي أو أثناءه، كتناقض الدعوى عملا بضابط: "الدعوى مع التناقض لا تصح"[1]، كمن ادعى شراء أرض من أبيه ودلت بينته أنه ورثها منه فهذا تناقض فلا ينظر في هذه القضية إلا إن أمكن التوفيق بين الكلامين، كأن يكون قد ابتاعها من أبيه دون توثيق أو بينة ثم ورثها منه بعد وفاته، أما لو ادعى أنه ورثها منه ثم صرح بشرائها منه فلا تقبل أساسا [2] ، وهناك قول ضعيف للمالكية ذكره ابن سلمون[3] على جواز التناقض أثناء الدعوى، وقد استدل لهذا القول بحديثه –صلى الله عليه وسلم–: **((لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس))** [4]،ذلك أن السماح للمتداعيين بالدفاع عن مواقفهم وعدم عرقلتهم

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص151.

[2] محمد نعيم، المصدر السابق، ص393.

[3] أبو القاسم سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون الكناني، من أهل غرناطة كان رجلا فاضلا عالما بالأحكام عارفا بالشروط، أخذ عن أبي جعفر بن الزبير وأبو إسحاق التلمساني وأبو محمد الدمياطي وغيرهم، تولى القضاء وكان هينا لينا حمدت سيرته، له كتاب: العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، دون مشيخته وبرنامج روايته، توفي سنة 767هـ وقيل 769هـ. ابن فرحون، الديباج المذهب ج01، ص397/ أبو الحسن، تاريخ قضاة الأندلس، ص168.

[4] رواه الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، في سننه، تحقيق: شعيب الارنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان–، ط01، 1424 هـ - 2004م، رقم: 2886، ج03، ص424. صححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته، ج02، ص1268.

هو أضمن وأسلم حتى إن تم اقتضاء الحقوق منهم كان عن طيب نفس منهم بعدما استنفذوا كل السبل[1].

المطلب الثاني: التبليغ.

الفرع الأول: التبليغ، وحكم إجابته.

أولا: تعريف التبليغ لغة.

التبليغ "من بلغ، ويقال بلغت المكان بلوغا: وصلت إليه، وكذلك إذا شارفت عليه، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ البقرة [232]، أي قاربنه"[2].

"وبلغ الغلام: أدرك، والإبلاغ: الإيصال، وكذلك التبليغ، والاسم منه البلاغ، والبلاغ أيضا: الكفاية"[3].

فلفظ التبليغ يحوم حول الإيصال وإدراك الشيء والكفاية في معرفته، وهو ما يوافق المعنى الاصطلاحي الذي يصب في هذه المعاني.

ثانيا: تعريف التبليغ اصطلاحا.

أن يبعث – القاضي – للمدعى عليه رسولا لأجل إحضاره لمخاصمته فيه والحكم عليه[4].

ذُكر في هذا التعريف أن صاحب سلطة إصدار التبليغ هو القاضي، وأن المبلغ هو رسول من طرف القاضي بهدف مخاصمة المدعى عليه وهذا دليل أن الدعوى المرفوعة عليه مقبولة وإلا لما ألزم بالحضور.

ثالثا: حكم إجابة التبليغ.

مما يميز القضاء الإسلامي أن حضور الخصمين وحتى الشهود وكذا القضاة وأعوانهم وإن كانوا في أعمالهم فهم بين يدي الله تعالى وفي عبادة عظيمة، فكل منهم وإن صغر دوره فهو في أمر ذي شأن في ميزان الشرع، وهو إقامة العدل بين الناس.

فالمدعى عليه عند إجابته لأمر القاضي أو حتى المدعي فإنه يستجيب لرب العزة لا لذات الحاكم أو غيره لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ ﴿٥١﴾ ﴾ النور [49] فإجابته إنما هي إجابة لرب العزة في أن يتحاكم مع خصمه إلى شرعه

[1] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص 384.

[2] الفارابي، الصحاح، ج04، ص1316.

[3] المصدر نفسه، ج04، ص1316.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص140.

سبحانه، ولهذا وجب على المدعى عليه إجابة غريمه مباشرة لعظم الأمر وإلا كانت فيه بعض صفات المنافقين الذين نزل فيهم قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ٤٨ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ٤٩ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ النور [48-50] فإن كان التخلف لمجرد الهوى دون الطعن في الأحكام الشرعية الثابتة فهو فسوق وضلال[1].

قال ابن خويز منداد[2]:"واجب على كل من دعي إلى مجلس الحاكم أن يجيب ..."[3]، للأدلة السابقة منها قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾ النساء [58].

فأمرت الآية المتنازعين من المؤمنين إلى التحاكم إلى شرعه سبحانه، وهذا الأمر لا يتم إلا بحضورهما إلى مجلس الحكم، وبهذا يكون الحضور وتلبية نداء الحاكم واجبين[4].

ولقوله – صلى الله عليه وسلم-: ((**من دعاه خصمه إلى حاكم من حكام المسلمين فلم يجب فهو ظالم ولا حق له**))[5]، قال القرطبي: "فهذا الحديث وإن تم تضعيفه إلا أن معناه صحيح إلا قوله" فلا حق له" فلا، إلا أن يحتمل أنه على غير الحق"[6].

فإذا أجاب المدعى عليه كان ذلك المطلوب، فإن أبى دون عذر أثم لعدم طاعته لأمر الله تعالى، ووجب تعزيره من

---

[1] ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج05، ص112.

[2] أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد: الإمام العالم المتكلم الفقيه الأصولي أخذ عن أبي بكر الأبهري وغيره، ألف كتابا كبيرا في الخلاف، كتابا في أصول الفقه، كتابا في أحكام القرآن، توفي سنة 390هـ. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، ج07، ص78./ جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، ج02، ص1006.

[3] القرطبي، تفسير القرطبي، ج04، ص50.

[4] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص505.

[5] رواه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب: كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، رقم: 4492، ج05، ص382. ضعفه الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج04، ص198.

[6] القرطبي، تفسير القرطبي، ج04، ص50.

قبل القاضي بأربعين ضربة[1]، لأن في ذلك إهانة لسلطة القاضي وإسقاط لهيبته، وللقاضي حق الحكم عليه عند غيابه إلا في حالات سيأتي بيانها.

الفرع الثاني: المكلفون بالتبليغ.

أولا: المدعي.

قد وسع فقهاؤنا فيمن يكلف بتبليغ المدعى عليه وذلك بداية من المدعي نفسه فله تبليغ خصمه بالدعوى[2]، بما يثبت ذلك من وثيقة عليها ختم القاضي مع وجوب مراعات الرفق في التبليغ واستعمال أحسن الكلام حتى يحفز الخصم ويساعده على الاستجابة السريعة[3]، لقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَسْتَوِي ٱلْحَسَنَةُ وَلاَ ٱلسَّيِّئَةُۚ ٱدْفَعْ بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا ٱلَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُۥ عَدَٰوَةٌ كَأَنَّهُۥ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴾ فصلت [33].

هذا إذا حسن حال الناس وأمكن أن يتعاملوا فيما بينهم، وليس كزماننا اليوم وحالتنا المزرية التي نحتاج فيها إلى سلطة الدولة وهيبتها في إلزام الخصوم بالحضور، وله الخيار أن يرسل وكيلا عنه له سلطة اعتبارية كالمحضر القضائي اليوم يبلغ عن المدعي وهو ما أجازته شريعتنا، فللمدعي توكيل غيره في مباشرة الخصومة[4] -كما سيأتي بيانه-.

أما إن خاف صاحب الدعوى من أن تعامله مع غريمه يؤدي إلى الشجار والفتنة والنزاع فله أن يوكل أو يَسْتعْدي القاضي بأن يطلب منه تبليغ غريمه، لأن الله تعالى لا يكلف نفسا إلا وسعها، ورغم ذلك فالشريعة فتحت باب التواصل بين الخصوم تذليلا للعداوة، وتخفيفا من مصاريف التبليغ على خزينة الدولة في حال كان ذلك على عاتقها[5].

فإذا رفض المدعى عليه دعوى صاحب الشكوى وجب على القاضي تولي ذلك وهذا ما يسمى بالإعداء ويقصد به: "قيام القاضي بدعوة المدعى عليه للحضور إلى مجلس القضاء، بعد إخطاره من طرف المدعي بأن له دعوى على خصمه المدعى عليه، وأنه رفض تلبية دعوة المدعي للحضور إلى مجلس القضاء"[6].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص302.

[2] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص100.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص60.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص182.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص37.

[6] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص155.

ثانيا: القاضي وعماله.

في الزمن الأول لما كانت الناس قلة، كان للقاضي دعوة الخصوم بنفسه ليمثلوا أمامه[1]، وقد يبعث غيره في طلبهما، ثم استقر الأمر على تكليف من يقوم بذلك من أعوانه لسببين:

- "كثرة الخصوم، وعدم وجود القاضي الوقت الكافي لاستدعائهم بنفسه.
- إن للقاضي حشمة وهيبته بمجلسه وأعوانه، ولو قام بنفسه بالاستدعاء لاستخف به فلا يحصل المقصود"[2].

لذا فمن واجبات الحاكم استدعاء الخصوم لأنه مأمور بالعدل بين الناس ولا يتم ذلك إلى بإحضارهم، قال تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾ النساء [57]، فوجب عليه جلب الخصوم ليفصل بينهم لأنه "مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب"[3].

ثالثا: المُبلِّغ.

يسمى أيضا بـ: العَوْن أو العَوِين، أجْرِياء والرسول، على حسب الأزمنة وعصور الخلافة الإسلامية[4]، وهو رسول القاضي إلى الخصوم خاصة المدعى عليه لإبلاغه بالدعوى المرفوعة عليه ويوم الجلسة.

"والمُبلِّغ يجب أن يختاره القاضي ممن يثق بنباهته وأمانته وصدقه من بين المباشرين، وأن يكون ملما بالقراءة والكتابة حيث إسناد وظيفة التبليغ إليه يستوجب ذلك"[5].

قال المازري: " ولا يكون العوين إلا ثقة مأمونا، لأنه قد يطلع من الخصوم على ما لا ينبغي أن يطلع عليه أحد الخصمين، وقد يُرشى على المنع والإذن، وقد يخاف منه على النسوان إذا احتجن إلى خصام، فكل من يستعين به القاضي على قضائه أو مشورته لا يكون إلا ثقة مأمونا"[6].

---

[1] إبراهيم محمد الحريري، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، دار عمار – عمان-الأردن، ط01، 1420هـ-1999م، ص66

[2] الجيلالي محمد، المصدر السابق، ص125.

[3] آل بورنو، أبو الحارث محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، - بيروت – لبنان، ط01، 1424هـ - 2003م، ج09، ص218.

[4] الجيلالي محمد، المصدر السابق، ص131.

[5] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص63.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص36.

والأصل في إحضار الخصوم من خلال أعوان القاضي قوله تعالى: ﴿ قَالَ سَنَنظُرُ أَصَدَقْتَ أَمْ كُنتَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٧﴾ ٱذْهَب بِّكِتَٰبِى هَٰذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ ﴾ النمل [27، 28] ووجه ذلك أن يرسل القاضي من يطالب المدعى عليه بالحضور للتحقق من صدق ما ادعاه المدعي.

رابعا: السلطان أو الوالي أو من ينوب عنه كالشرطة.

إذا تعنت المدعى عليه ولم يستجب لأمر القاضي وثبت عليه ذلك من المماطلة أو الهروب...، وجب على القاضي حينها الاستنجاد بالحاكم أو الوالي في إحضاره، فكان على هذا الأخير إرسال من يحضره من الشرطة إلى المحكمة، ولو اضطروا إلى اقتحام منزله أو أي مكان يتحصن فيه، حفظا لحقوق الناس وصيانة لهيبة الدولة وإذلالا لمن أراد التعدي على ذلك.

المطلب الثالث: إجراءات التبليغ.

الفرع الأول: الإعداء وشروطه.

أولا: مفهوم الإعداء ومشروعيته.

قد سبق الكلام في المكلفين بالتبليغ أن على المدعي أولا دعوة غريمه إلى المحكمة بوثيقة تثبت ذلك[1]،فإذا لم يلب هذا الخصم وجب على القاضي استدعاؤه، وهذا ما يسمى بالإعداء –كما سبق بيانه– فهو" قيام القاضي بدعوة المدعى عليه للحضور إلى مجلس القضاء، بعد إخطاره من طرف المدعي بأن له دعوى على خصمه المدعى عليه، وأنه رفض تلبية دعوة المدعى للحضور إلى مجلس القضاء"[2]، وتسمى كذلك "بالعدوى وهي المعونة من مجلس الحكم"[3]، أو هي:" طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك أي ينتقم منه يقال: استعديت على فلان الأمير فأعداني أي استعنت به فأعانني عليه"[4]، ((**لما روي عن علي أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم تستعديه على زوجها فأعداها، فجاءت فقالت: إنه أبى أن يجيء فأعطاها هدبة من ثوبه كهيئة العدوى فجاءت به**))[5].

---

[1] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص152.

[2] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص155.

[3] عليش، منح الجليل، ج08، ص379.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص60.

[5] رواه الإمام أحمد في مسنده، مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه، رقم 1304، ج02، ص139، لم أجد الحديث بلفظه وهو في المسند بما يشهد له، برواية:...وقال: "قولى له: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قد أجارني، فلم تلبث إلا يسيرا حتى رجعت... قال الأرنؤوط: إسناده ضعيف.

ثانيا: شروط الإعداء.

1. **أن يكون المدعى عليه في بلد القاضي – الاختصاص المكاني–**: قال ابن الحاجب: "فإن زاد–المدعى عليه–أي على مسافة العدوى لم يجلبه، ما لم يشهد شاهد فيكتب إليه إما أن يحضر أو يرضى أي خصمه"[1].

من كلام ابن الحاجب يثبت عندنا أن المالكية قد فرقوا بين المطلوب القريب والبعيد:

أ. إن كان الخصم مقيما أقل من مسافة القصر أو أقل من مسيرة ثلاثة أيام، أمر القاضي بإحضاره ويلحق به من تغيب غيبة قريبة ويرجى رجوعه[2]، وبالتالي لا تسمع الدعوى ولا يُحكم عليه إلا بحضوره، واشترط سحنون وجود دليل، شبهة، لَطخ كجرح أو شاهد أو أثر ضرب... حتى يتم استدعاء المطلوب والعمل على خلاف قوله[3].

ب. إن كان حضور الخصم فيه مؤنة عليه، وكان بعيدا أكثر من مسافة القصر: 60 ميلا لسحنون وقيل 48 ميلا، وقال الباجي مثل ثلاثة أميال، وقال ابن عبد الحكم المسافة التي إذا قطعها لا يمكنه الرجوع والمبيت في بيته وقول ابن الحكم هو ما يخدم عصرنا[4]، فلا يجب إحضاره إذا كانت الدعوى مجردة عما يظهر به صحتها وصدق صاحبها وكانت خالية من دليل أو شهادة أو شبهة[5]، ويعود تساهل المالكية مع البعيد لأن الناس يصيبهم الأذى من الحضور وقد لا يكون عليهم حقوق، فما بالك بالبعيد يسافر أياما في زمنهم لحضور قضية قد لا يكون ظالما فيها.

ج. أما إن كانت الدعوى صحيحة مع وجود دليل، شهادة أو شبهة من جرح، أثر ضرب أو شاهد كتب إليه القاضي إما أن يرضي خصمه أو يحضر أو يوكل[6]، وللقاضي أن يرسل إلى حاكم تلك البلاد للنظر في الدعوى فإن لم يوجد أرسل إلى خير فقهاء تلك المنطقة في العلم والدِّين يستخلفه للنظر في هذه الدعوى بما يحقق الإنصاف إما بإصلاح، إغرام المدعى عليه، أو الضغط على المطلوب حتى يخاصم[7].

فإن حكم الفقيه بينهما كان حكمه نافذ، وهو قول ابن حبيب لأنه صار حكما، وخالف سحنون حيث رأى ألا ينفذ حكم الفقيه بينهما حتى يجيزه القاضي ويقره عليه[8].

---

[1] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص132.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص18.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص59.

[4] القرافي، الفروق، ج04، ص132. / المواق، التاج والإكليل، ج08، ص153/ عليش، منح الجليل، ج08، ص379.

[5] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص132.

[6] عليش، منح الجليل، ج08، ص379.

[7] التسولي، البهجة، ج01، ص59-60./ القرافي، الذخيرة، ج10، ص113.

[8] عليش، المصدر السابق، ج08، ص379.

سبب الخلاف: هل الفقيه في هذه الحال نائب عن القاضي أم لا؟

- فمن رأى أن حكم الفقيه نافذ فهو يرى أن القاضي قد استخلفه في عين المسألة من خلال كتابه.
- ومن رأى أن حكم الفقيه غير نافذ فهو يرى أن هذا الفقيه ليس نائبا عن القاضي لأنه لا يصح له تعيين نائب إلا بإذن السلطان.

فإن لم يكن في تلك البلاد فقيه أرسل القاضي مع رسوله إلى أهل العدل هناك أمرهم بالنظر في أمر المتداعيين، فإن رأوا وجها للمدعي أجبروا المدعى عليه على الحضور إلى القاضي لينظر فيهما وإلا فلا[1]، أو يجوز للقاضي أن يرسل إليهما من ينظر في أمرهما[2].

أما إسقاط هذا في زماننا فنسبي حيث توفرت المواصلات وصارت البلاد من حيث التنظيم والتواصل مع الإدارات أفضل بأضعاف مضاعفة مما كان في زمن فقهائنا -رحمهم الله تعالى- فالبعيد في زمنهم قريب في زماننا، ورغم هذا يمكن تمديد المسافة إلى أكثر من مسافة القصر خاصة أصحاب القرى النائية البعيدة فيحسن تطبيق هذا عليهم لصعوبة التنقل في بعض المناطق وقد يضطرهم للمبيت وهذه مشقة لا تخفى.

ثانيا: أن يرفض الخصم الحضور للمحكمة بعد أن بلَّغه المدعي: فالإعداء لا يكون إلا بعد رفض الغريم الامتثال أمام المحكمة، فلا يقدر صاحب الدعوى إجباره على الحضور، فيستعين بالقاضي لما له من السلطة في إحضاره[3].

ثالثا: ألا يكون لدى المدعى عليه عذر شرعي يمنعه من الحضور: كأن يكون مريضا مرضا يسقط عنه واجب الحضور، كحال من لا يمكنه الحضور بنفسه والمشي على قدميه ولو حمل أو ركب زاد مرضه، بل قال البعض يكفي ألا يقدر على الحضور بنفسه[4].

المرأة المُخدَّرَة وهي المرأة الملازمة لبيتها ولا تخالط الرجال ولا تخرج إلا نادرا أو للضرورة[5]، فلشدة حياءها وقلة مخالطتها للناس خاصة وأنها ستلاقي قاضيا بهيبته وحضوره القوي في المجلس، قد يدفعها ذلك إلى قول قد يضرها بأن تقر بما ليس عليها أو لا تحسن الإجابة والدفاع عن نفسها، لذا يسقط عنها واجب الحضور وتقيم وكيلا عنها[6].

---

[1] الطليطلي، منتخب الأحكام، ص57.

[2] القرافي، الذخيرة، ج10، ص113.

[3] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى، ص155.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص293./الجيلالي محمد، المصدر السابق، ص179.

[5] خليل، التوضيح، ج08، ص28.

[6] الجيلالي محمد، المصدر السابق، ص182-184.

المرأة الشابة صاحبة الجمال حتى لا تكون سببا للفتنة في مجلس الحكم، قال المازري: "إذا كانت الدعوى على امرأة شابة ذات جمال وخاف عليها إن تكلمت أن يؤدي سماع كلامها إلى الشغف بها، فإنها تؤمر أن توكل، ولا يكون من حق الخصم أن يؤتي بها إلى مجلس القضاء، وإن احتيج إلى أن يبعث إليها وهي بدارها تخاطب من وراء سترها من بعثه القاضي إليها ممن يؤمن في دينه فعل ذلك، ويكلف القاضي من يثق بدينه وورعه النظر في أمرها وسماع حكومتها"[1]، واستدلوا بقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((...**واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**...))[2]، فلم يأمر النبي – صلى الله عليه وسلم- بإحضارها حتى يسمع منها.

فالمرأة المُخدَّرَة أو الجميلة إن كانت مدعية وكلت من يقوم على دعواها، وإن كانت مدعى عليها بعث القاضي إليها من يسأله عن جوابها وحجتها[3].

إن كان المدعى عليه مجنونا بجنون طارئ وإلا فالأصل أن توجه إلى وليه، أويزول عقله بالإغماء وغيره، الصبي والسفيه على التفصيل سابق[4].

إن طلب المدعى عليه التأجيل للتأكد من حجته، تذكر القضية والتحقق منها، تعيين وكيل...[5].

إن كان له سفر طارئ لا يمكنه تأجيله أو تم توكيله بمهمة من طرف الوالي أو من له سلطة ما فله التوكيل[6]، قال سحنون ليس له التوكيل لأنه تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، لأن فيه إعانة لصاحب السلطة والمنصب في اختلاق الأعذار لهم[7].

الفرع الثاني: آليات التبليغ.

بعد أن تصح الدعوى عند القاضي وجب عليه تحديد موعد للنظر فيها، وهنا يقوم المدعي بإخبار غريمه عن موعد الجلسة بطابع، كتاب أو وثيقة صادرة عن القاضي تثبت ذلك[8]، وإن جاز التبليغ مشافهة فقها لكن من باب

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص50.

[2] رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا، رقم: 1697، ج03، ص1325.

[3] الجيلالي محمد، إجراءات رفع الدعوى ص155./ الونشريسي، المنهج الفائق، ص232-245.

[4] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص500.

[5] علاء الدين، حامد بيوض التميمي، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي –رسالة ماجستير-، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، دط، 2016م-2017م، ص88

[6] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص186.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص237.

[8] الباجي، فصول الأحكام، ص121./ اللخمي، التبصرة، ج01، ص37.

التأكيد كان التوثيق لازما كعريضة الدعوى أو عريضة التكليف بالحضور[1]، ويكون ذلك قبل الميعاد بيومين على الأقل[2] وهذه المدة اجتهادية لم أجد ما يسندها وتختلف باختلاف الزمان والمكان ونوعية القضية.

مع ضرورة إثبات التبليغ بقسيمة – محضر تسليم التكليف بالحضور عند القانونيين [3]–أنه قد بلغها له أو سلمها في بيته حتى لا تكون للمدعي حجة عدم معرفته بالقضية.

وقد يوكل المدعي من ينوب عنه، فكما جاز التوكيل في رفع الدعوى جاز التوكيل في تبليغها، وفي عصرنا يتمثل هذا الوكيل في المحضر القضائي الذي وإن كانت له صفة قانونية إلا أنه يعتبر وكيلا عن المدعي في هذه الحال، فصاحب الدعوى له صلاحية تبليغها ابتداء والمحضر القضائي هنا وكيل عنه في تبليغها والقيام في إجراءاتها.

فإن رفض المدعى عليه أو تغيب عن الجلسة دون عذر كطلب التأجيل للتحقق من هذه الدعوى، لكون الدعوى معقدة فيحتاج لمهلة ليتحضر لها...[4]، أو إرسال وكيل عنه[5] قام القاضي باتباع الإجراءات التالية:

أولا: يبعث رسوله إلى المدعى عليه بكتاب أو وثيقة عليها ختمه[6]، وكانوا في زمن مضى يدفعون مع المدعي أو الرسول ختما على قطعة شمع أو طين يكون مكتوبا عليها "أجب القاضي فلانا" ثم هجر ذلك وأصبح الإشعار بوجوب الحضور يرسل على قطعة قرطاس –الورق، صحيفة–[7].

"وعلى المبلغ أن يثبت بقسيمة ورقة التبليغ أو بأصل الحكم أو صورة الإعذار أنه بلغها للمدعى عليه بالذات أو سلمها له في يده أو سلمها في محل سكناه بيد أحد أقاربه حيث لم يجده، ويبين تاريخ تسليمها كما يؤشر ذلك على نفس الورقة المبلغة كي يتحقق القاضي وصول التبليغ في ميعاده أو بعده"[8].

ثانيا: إن كان له عذر يمنعه من الحضور كالمرض وجب عليه إثبات ذلك ببينة تشهد له فإن رجا الشفاء فله طلب التأجيل[9].

---

[1] الجيلالي محمد، اجراءات رفع الدعوى، ص145.

[2] محمد بن عامر، ملخص الاحكام الشرعية، ص63.

[3] الجيلالي محمد، المصدر السابق، ص150.

[4] علاء الدين حامد، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه، ص88.

[5] عبد الرحمان، إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة –أطروحة دكتوراه–، كلية الشريعة، جامعة أم القرى – المملكة العربية السعودية–، ط01، 1409هـ-1989م، ص502

[6] عليش، منح الجليل، ج08، ص378.

[7] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص510.

[8] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص 64.

[9] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص197.

ثالثا: للمدعى عليه توكيل غيره في حضور الجلسة مع إرفاق الوكيل بما يثبت وكالته، إن كان له عذر في الغياب[1].

رابعا: إن تعنت المدعى عليه ورفض الحضور كأن غاب عن جلسات المحاكمة أو صرح لرسول القاضي أنه لن يحضر كان لابد من التحذير والتهديد، فيرسل إليه القاضي أعوانه لاستدعائه وتنبيهه[2]، وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿ وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ ٱلْغَآئِبِينَ ۝ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَاْذْبَحَنَّهُۥٓ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَٰنٍ مُّبِينٍ ﴾ النمل [20، 21]، فجاز الإنذار بالعقاب إن تخلف المطلوب.

خامسا: إن حضر وليس له عذر مقبول فللقاضي تعزيره بما يراه مناسبا[3].

سادسا: إن لم يستجب المطلوب، ينفذ عليه الإنذار فينظر في قضيته إن كانت الدعوى تتعلق بالمال "سئل الخصم عن دعواه، فإن ادعى شيئا معلوما وأثبت عليه بينة مرضية حكم عليه بذلك، إن كان للمدعى عليه مال ظاهر"[4].

وإن كان الحق يتوقف على حضوره كإقامة حد أو لم يكن له مال ظاهر، أمر القاضي بالختم على باب مسكنه أو أي مكان عُرف أنه فيه، كإنذار بضرورة الحضور لمجلس القاضي، وهناك من قال: " أنه يختم على بابه ويبعث إليه رسولا ثقة مع شاهدين ينادي على بابه ثلاثا –أيام–: يا فلان القاضي فلان يدعوك لتحضر مجلس الحكم مع خصمك فلان، وإلا نصب لك وكيلا[5] ويسمع من شهود المدعي ويمضي الحكومة عليك"[6]، وذلك من باب توثيق التحذير لوجود الشاهدين ويكون هذا قبل التفتيش، فإن كان للمدعي بينة سمعت منه وحكم له مع يمين القضاء، فإن لم تكن له بينة لم تسمع دعواه لعدم الفائدة[7].

سابعا: إن لم يستجب المدعى عليه أمر القاضي بتفتيش مسكنه بغتة مستعينا بالحاكم، وتفتشه الشرطة فيدخل أولا نساء مأمونات وهن الشرطيات في زماننا، ثم يعقبهن رجال الشرطة وتُعزل النساء بعد تفتيشهن في بيت ثم تفتش بقية الدار، فإن لم يجدوه أَمر بطبع الدار أو حانوته أو أي مكان مما لا صبر له عليه، بأن يتم تشميعه ويطبع عليه فإن تم فتحه اختلفوا: رأي قال بإرسال من يناديه لثلاثة أيام في كل يوم ثلاث مرات، ورأي قال باقتحام المكان وتفتيشه، ورأي

---

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص197.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص369.

[3] عبد الرحمان الحميضي، القضاء ونظامه، ص504.

[4] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص369.

[5] هذا على قول ابن الماجشون الذي رأى تنصيب الوكيل.

[6] خليل، التوضيح، ج07، ص455.

[7] القرافي، الذخيرة، ج10، ص113.

قال بتسمير الباب وحجز المكان ولو كان مسكنه، مباشرة دون طبع وذلك بعد إخراج من فيها من النساء والأولاد وحتى الحيوان[1].

فإن أذعن عوقب على مطله وجاء في تبصرة الحكام: "من استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين"[2].

"وإن كان الذي عليه الحق امرأة، أمر السلطان امرأة تعرفها بالتفتيش عليها، فإن أخرجتها عرضت على من يعرفها، ويعرف عينها، ويثبت عند القاضي أنها هي المقرة المشهود عليها بجميع ما ذكر عنها وقضى عليها"[3]، وهو في زماننا أن يتم التفتيش عنها بقوة أمنية فيها بعض الشرطيات اللواتي يتعاملن مباشرة مع النسوة، ولا يحتاج عادة لمن تعرفها من النساء غالبا لأن وسائل معرفة الهوية متوفرة في عصرنا.

ثامنا: إن كان مختبئا في مكان آخر وعرف موضعه أرسل إليه الحاكم الشرطة لإحضاره فيضيق عليه حتى يخرج، وإن كان الموضع محصنا أمر القاضي بهدمه بما يسهل اقتحامه وتفتيشه شريطة أن تكون للمدعي حجة معتبرة[4]، لأن هذا الإجراء عبارة عن اتلاف لأملاك معصومة لوجود ظلم حقيقي، لذا كان لابد من التحقق من وجود هذا الظلم.

وشروط استعمال القوة واقتحام الأماكن للوصول للمدعى عليه[5]:

1. أن يرفض المدعى عليه الاستجابة لاستدعاء القاضي ويتحصن في هذا المكان أو يختبأ فيه أو يستعين بمن يحميه من القضاء.
2. أن يكون استيفاء الحق موضوع الدعوى متوقفا على حضور المدعى عليه، فإن كان غير ذلك فلا كاستيفاء الدين...
3. أن يتم إنذار المدعى عليه وتنبيهه على ضرورة الحضور لمجلس القاضي ويهدد بالعقاب إن لم يستجب خلال ثلاثة أيام.
4. أن يكون للمدعي ما يثبت به دعواه[6].

تاسعا: إن لم يعرف موضع اختباء المدعى عليه وبعد استفراغ الإنذار والتربص سمع القاضي من المدعي وطلب منه بينته

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص62.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص55.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص370.

[4] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص511.

[5] الجيلالي محمد، اجراءات رفع الدعوى، ص140.

[6] محمد نعيم، المصدر السابق، ص511.

وقضى له لقوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ الإسراء [15]، ولا تسمع حجة المدعى عليه حتى وإن عاد عقوبة له[1].

عاشرا: إذا تخلف المدعي عن الحضور في الوقت المعين للمحاكمة بدون عذر، ترد دعواه لضابط:" المدعي من إذا لو ترك ترك"[2] وله تجديدها إن شاء.

حادي عشر: في الغائب غيبة متوسطة -أكثر من مسافة القصر كمسيرة عشرة أيام[3]-، قال ابن الماجشون:"...يُضرب له الأجل بقدر بعد موضعه، وحال طريقه، بعد أن يعرف الغيبة وحيث هو، ويكلف ذلك طالب الحق، وقد يأتي كتابه من موضع، أو يأتي الواحد والاثنين بخبره، فإذا استعلى ذلك، ضرب له الأجل بقدر ذلك، يريد: بقدر ما يرجى إيابه فيه، قال: وإذا أعياه ذلك بعد طول واستياء، ضرب له الأجل أيضا على ما يرجو من أطراف البلاد وإقامتها، وحيث يرجى ذلك، وينبغي للقاضي أن يحضر وكيله، فإن لم يكن له وكيل، فيكشف عن أمره من هو يعني بأمره من قرابة له، أو صديق، فإذا استقصى ذلك، حكم عليه"[4].

فالغائب غيبة متوسطة يعذر ويضرب له مدة من الزمن بقدر ما تبلغه الدعوى ويمكنه القدوم للمرافعة عن نفسه، فإن أعرض مع ثبوت ذلك، أجلت القضية بقدر الزمن الأول، فإن لم يجب كذلك ضرب له أجل آخر للمرة الثالثة، فإن كانت للمدعي حجة حكم له بها مع يمين القضاء وترجى للمدعى عليه الحجة بعد عودته، وعلى قول ابن الماجشون يعين له وكيل يدافع عنه -وسيأتي بيان ذلك في الحكم على الغائب-.

الثاني عشر: الغائب غيبة بعيدة-المنقطعة-:

كالمسافر في بلاد أخرى ومن لا يرجى التواصل معه، فإن القاضي لا يرسل إليه بأي استدعاء بل يحكم للمدعي إن كان له وجه وكان للغائب مال أو وكيل في موضع ولايته[5]، وفي زماننا تقدير المسافة يختلف لتوفر المواصلات وطرق التواصل ولو كان المدعى عليه خارج البلاد، فبالإمكان تبليغه من خلال سفارات البلاد وقنصلياتها، ويمكن تقدير

---

[1] المسيلي، أبو محمد بن خنتاش، نهاية المرام في تيسير مطالعة الأحكام، تحقيق: أبو الفضل أحمد بن علي الدمياطي، دار ابن حزم، ط01، 1432هـ - 2011م، ص309 / ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص370.

[2] محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي، تحقيق: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك -نواكشوط- موريتانيا -، ط01، 1426هـ - 2005م، ج04، ص96.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص117.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص200.

[5] وسيأتي بيانه عند الكلام عن الحكم على الغائب.

المدة هنا على قدر الإجراءات الإدارية وسرعة تبليغه، وكذا على قدر استطاعته في الاستجابة والحضور وبل ويمكن العمل بالتقاضي عن بعد.

الثالث عشر: في القضايا المستعجلة.

إذا كانت القضية مستعجلة قدمت على غيرها من القضايا كالمسافر لضرورة السفر فلو لم تستعجل قضية لحقه الضرر، وكذلك فيما يخشى فواته كالنكاح الفاسد الذي يفسخ قبل الدخول والطعام الذي يتغير بالتأخير عملا بقاعدة: "المضيق مقدم على الموسع"[1]، فإذا اجتمع مسافر وما يخشى فواته قدم الأهم منهما وإن تساويا أقرع بينهما[2]، وهنا وجب جلب المدعى عليه مباشرة وعلى الفور حتى لا تضيع مصلحة الطرف الآخر[3].

الرابع عشر: تبليغ ناقصي الأهلية.

ناقص الأهلية محجور عليه لا يمكنه تولي زمام الخصومات القضائية، لذا تبليغه يكون في تبليغ وليّه أو وصيّه، وإن لم يكن له وليّ نصَّب له القاضي من يقوم على شؤونه، وما سبق ذكره ينطبق على هذا الولي أو الوصي في الحضور والغياب لأنه الممثل الشرعي أمام القاضي[4]، إن كانت الدعوى متعلقة بتعويض في أمواله، أما إن تعلقت بشخصه وبالحقوق غير المالية مما يصح إنكاره وإقراره فيها وكان بالغا وجب حضوره مع وليه[5].

الخامس عشر: تبليغ المسجون.

المسجون حكمه حكم المحجور عليه، فليس له مباشرة الخصومة بسبب تكبيل حريته لذا وجب عليه توكيل من ينوب عنه في المحكمة.

قال ابن كنانة "فيمن سجنه الإمام وللناس عليه حقوق، هل يسمع الإمام بينة خصمه؟ ومن تزكيتهم، ويقضي عليه؟ قال: يأمره الإمام أن يوكل من يخاصم إليه ويعذر إليه، وإن أبى أن يوكل، قضى عليه إذا شهدت البينة عليه"[6].

---

[1] المقري، قواعد الفقه، ص246.

[2] محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج04، ص95.

[3] علاء الدين حامد، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي، ص59.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص39.

[5] سبق بيانه في قسم المدعى عليهم.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص206.

الفرع الثالث: حالات حضور الخصوم ومصاريف تبليغهم.

أولا: حالات وجوب حضور الخصم.

1. إن استدعي من مسافة القصر فما دونها وجبت عليه الإجابة، لأنها لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك، سواء أتى المدعي بشبهة أم لا واشترط سحنون وجود الشبهة[1].
2. إن دعاه الخصم إلى حق مختلف في ثبوته، وخصمه يعتقد ثبوته فتجب الإجابة لأنها دعوى حق[2].
3. إن كان الحق مما يحتاج إلى تقدير القاضي كالنفقات والمواريث وقسمة الغرماء وغيرها فليس له الامتناع عن الحضور إن دعاه الخصم[3].
4. إن كان المدعى عليه محجورا بالغا وكانت الدعوى متعلقة بشخصه وبالحقوق غير مالية فيجب حضوره[4].

ثانيا: حالات عدم وجوب حضور الخصم.

1. إن كانت الدعوى مما يقع فيها التخيير، مثاله:

أ. كون الدعوى قوية في نفسها ولها حجة وشبهة تعضدها، وكان يبعد عن مسافة القصر يخير المدعى عليه إما بالحضور أو التوكيل أو إيفاء الحق[5].

ب. كأن يخير القاضي المدعى عليه إما أن يرضى بإعطاء حصته من القسمة للمدعي لوفاء ما عليه من مال أو الحضور والتداعي[6].

2. المرض المانع من الحضور إلى المحكمة، فلا يجب عليه الحضور وله أن يوكل، ويلحق به المجنون والصبي ومن يغيب عنه عقله بإغماء وغير ذلك[7].
3. في المرأة المُخدَّرَة التي لا تخالط الرجال، وكذا الفائقة الجمال التي يخشى أن تفتن القاضي أو غيره سواء بجمالها أو صوتها فلها توكل غيرها، أو يرسل إليها من يثق بدينه وورعه وعلمه فيستعلم منها[8]، وقد حضرت الغامدية إلى النبي

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص372./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص163.
[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص145.
[3] المصدر نفسه، ج06، ص145.
[4] المصدر نفسه، ج06، ص127.
[5] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص133.
[6] المصدر نفسه، ج04، ص132.
[7] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص500.
[8] عليش، منح الجليل، ج08، ص307.

ﷺحتى أقرت بالزنا فأمر برجمها وقال في المرأة الأخرى ((**اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**))[1]، فلم يأمر النبي ﷺبإحضارها.

4. أن تكون الدعوى ضعيفة في نفسها ولا حجة لها ولا شبهة فيها، فلا يجب عليه إجابتها إن بعد موضعه عن مسافة القصر رفعا لمشقة السفر وحتى لا تفوت عليه مصالحه، وقد يقصد منها فقد إذاية المدعى عليه فيحتاط له بهذا الشرط[2].
5. إذا دعاه خصمه إلى القاضي وكان المدعى عليه معتقدا عدم أحقية المدعي بالقضية فلا يجب عليه إجابته، إن كان له من يعينه عليه كالوساطة، الصلح...،أو أمكنه التهرب دون أن يلحقه الضرر وإلا وجب عليه الحضور[3].
6. إن علم أنه سيحكم عليه بجور لم تجب عليه الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية[4].
7. إن كان الحق لا يحتاج رفعه إلى القاضي وجب على المطلوب رده على الفور كرد المغصوب، وليس الحضور إلى القاضي لأن في حضوره مطل وظلم للمدعي مالم يكن مما يحتاج إلى تقدير القاضي[5].

ثالثا: مصاريف التبليغ.

الأصل في أجرة أعوان القاضي أنها من بيت المال أو خزينة الدولة لكونهم ينوبون عن القاضي في بعض أعماله ويعينوه على تأدية واجبه، فكما ينبغي للحاكم وضع أجرة للقاضي فعليه تنصيب أجرة لأعوانه، قال مالك: " لا بأس بأرزاق القضاة من بيت المال وكذلك العمال" [6]وجاء في تبصرة الحكام: "وأرزاق الأعوان الذين يوجههم في مصالح الناس ورفع المدعى عليه وغير ذلك من حقوق الناس تكون من بيت المال"[7].

وهذا تسهيلا على الناس ومساعدة لهم على التقاضي، فلا يعقل أن نقول: يحق للناس اللجوء إلى القضاء، ثم نجعل أمامهم الغرامات والمصاريف الكثيرة التي تجعل الواحد منهم يتراجع عن حقه إما لفقره أو لكثرة الإجراءات المتعبة، وهذا قطعا مناقض للعدل، ومن العدل ألا يأخذ هؤلاء العمال أي شيء من الناس إن كانت لهم أجرة، قال ابن فرحون: "وإذا كان لهم

---

[1] سبق تخريجه، ص126.
[2] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص132.
[3] المصدر نفسه، ج04، ص133. /ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص372.
[4] القرافي، الفروق، ج04، ص79.
[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص145.
[6] القرافي، الذخيرة، ج10، ص78.
[7] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص37.

رزق من بيت المال فلا يجوز لهم أخذ شيء على القضايا التي يبعثون فيها كما لا يجوز للقضاة أخذ شيء"[1].

فإن كان في الخزينة ضعف أو كانت المصاريف مرهقة فللمدعي استئجار رسول القاضي، وهو في زماننا المحضر القضائي في تبليغ الخصم، ويكون الثمن إلى تقدير الجهة المسؤولة إن جعلت هذه المصاريف على الناس فلا بد من ضبطها، فإن لم يكن ذلك فباتفاق الطرفين[2].

ويستثنى من هذا كله حال مطل وامتناع المدعى عليه من الحضور، فإن هذه المصاريف تكون على عاتق هذا الأخير وقال به ابن العطار، لأن المطلوب ظالم[3].

وانتقده ابن الفخار قائلا: "ولا نعلم ذنبا يوجب استباحة المال إلا الكفر وحده، وليس مطله يوجب استباحة ماله، وأن تكون أجرة الرسول عليه، وإنما هو ظالم بمطله-هو تأخير الدفع عند استحقاق الحق والقدرة عليه وهو مما ترد به الشهادة[4]-وتبطل بذلك شهادته، ويستحق اسم الظلم وماله محرم ولا يأخذ منه شيئا"[5].

ورد عليه أن "الأجرة تكون عليه لظلمه، لا يقال الظلم لا يبيح مال الظالم لأنا نقول الظلم الذي لا يبيح مال الظالم هو الظلم الذي لا يؤدي لضياع مال المظلوم، وأما الظلم المؤدي لذلك فيوجب اغرامه كمن منع آلة التذكية حتى مات الحيوان فيغرم قيمته، أفاده التتائي عن ابن عرفة"[6]، فكان ظلمه السبب المباشر لموت الحيوان والحائل دون تذكيته والاستفادة من لحمه، فكانت عليه قيمته، فكذلك الغريم الذي صرف ماله لتحصيل حقه فلولا ظلم خصمه ومماطلته لما أنفق ذلك المال.

وليس هذا من باب استباحة المال، وإنما هو أدخل غريمه في غرم وعرض بإتلاف ماله، بعدم انقياد إلى الحكم فتوجه عليه غرم ذلك.

لذا فالمدعى عليه إن توجب عليه الحضور ولم يحضر عد ظالما، فكان عليه تعويض نفقة المدعي في تبليغه لأنه أتلف له مالا بعدم استجابته[7].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص37.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص153.

[3] المصدر نفسه، ج08، ص153.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص64.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص371.

[6] عليش، منح الجليل، ج08، ص378.

[7] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص371.

المبحث الثالث: التوكيل في الدعوى.

قد يحصل ويكون لأحد الخصوم ظروف تمنعه من حضور المجلس القضائي، لذا جعلت الشريعة مخرجا لكليهما من خلال إتاحة من يقوم على تمثيلهما ومباشرة الدعوى نيابة عنهما باسم الوكالة-المحاماة-.

لذا تناول علماؤنا –رحمهم الله تعالى-أحكام الوكالة القضائية وبينوا مشروعيتها وشروطها وحدودها، كما فصلوا في شروط الوكيل وصلاحياته، وكذا أوجه عزله حتى يكون كل من الموكل وصاحبه على بينة من أمرهما تجنبا لأي نزاع محتمل وإلزاما للموكل بالحكم الصادر عن القاضي بعد سماعه مرافعات الوكيل.

المطلب الأول: التوكيل في الخصومة ومشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الوكالة.

أولا: تعريف الوكالة لغة.

الوكالة: "الاسم من التكلان، قيل: هو بمعنى تكفل، يقال: وكلته بأمر كذا توكيلا، واتكلت على فلان في أمري إذا اعتمدته، والتوكل: إظهار العجز والاعتماد على غيرك"[1].

"ووكيل الرجل: الذي يقوم بأمره، سمي وكيلا لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر"[2].

وكل هذه المعاني تدور حول معنى الاعتماد، التفويض، التكفل والاستعانة، وهو ما يوافق المعنى الاصطلاحي الذي لا يخرج عن هذه المفاهيم.

ثانيا: تعريف الوكالة اصطلاحا.

عرفها ابن عرفة[3] قائلا: الوكالة: **"نيابة ذي حق غير ذي إمرة، ولا عبادة لغيره فيه، غير مشروطة بموته"**[4].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص736.

[2] الرازي، مختار الصحاح، ص344.

[3] أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، الإمام العلامة، أخذ عن: أبي عبد الله بن عبد السلام وغيره، وعنه: محمد بن عبد السلام وأبي عبد الله الآبلي وغيرهما، له تآليف كثيرة منها: تقييده الكبير في المذهب، وتآليف في أصول الدين والمنطق...، توفي سنة 748هـ ودفن بالبقيع. ابن فرحون، الديباج المذهب، ج02، ص331.

[4] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج07، ص54.

شرح التعريف:

- **" ذي حق:** أخرج به من لا حق له فإنه لا نيابة له.
- **غير ذي امرة:** أخرج به الولاية العامة والخاصة، فتخرج نيابة الأمير أو الحاكم وكذا نيابة القاضي، وجوز اللخمي الوكالة في إقامة الحد ورد عليه: أن ذلك لا يقال عنه وكالة في الإمرة، لأنه وكالة على فعل والتنفيذ لا على اصدار الحكم فلا إمارة فيه.
- **ولا عبادة لغيره فيه:** أخرج به إمامة الصلاة.
- **لغيره:** متعلق بنيابة، والضمير عائد على المضاف إليه الذي هو صاحب الحق.
- **غير مشروطة بموته:** أخرج به الموصي، لأنه لا يقال فيه عرفا: وكيل، ولذا فرقوا بين فلان وكيلي ووصيي"[1].

الفرع الثاني: مشروعية الوكالة.

الوكالة على الخصومة جائزة للمدعي والمدعى عليه سواء كان حاضرا أو غائبا في ضرورة أو في غيرها على ما به العمل[2]، فضبطوه في قولهم: "التوكيل جائز لمن شاء من طالب أو مطلوب"[3]، وهناك قول بمنعها، ونقل عن سحنون أنها للطالب دون المطلوب[4]، واستدلوا بـــ: قوله تعالى: ﴿ فَابْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَاماً ﴾ الكهف [19]، فقد وكل أصحاب الكهف أحدهم ليشتري لهم الطعام.

عمل الصحابة: عن عبد الله بن جعفر، قال: ((**كان علي بن أبي طالب يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، فلما كبر عَقيْل وكلني**))[5].

المصلحة: كره مالك الخصومات لأصحاب الشأن من العلماء وغيرهم لما فيه من إنزال حقهم والتقليل من هيبتهم، فكان الأولى لهم إما التنازل تنزها أو الوكالة حفظا لحقوقهم، قال مالك: "كان القاسم بن محمد يكره لنفسه

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص328.

[2] المازري، محمد بن علي، شرح التلقين، تحقيق: محمد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، ط01، 2008م، ج02، ص802./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص235.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص182.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص186.

[5] رواه البيهقي، أحمد بن الحسين، في السنن الصغير، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، -كراتشي-، باكستان، ط01، 1410هـ - 1989م، كتاب البيوع، باب الوكالة، رقم 2108، ج02، ص308، لم أجد له حكما في حدود بحثي.

الخصومة ويتنزه عنها وكان إذا نازعه أحد في شيء قال له: إن كان هذا الشيء لي فهو لك وإن كان لك فلا تحمدني عليه، قال: وكان سعيد بن المسيب إذا كان بينه وبين رجل شيء لم يخاصمه وكان يقول الموعد يوم القيامة"[1].

المعقول: القضاء وجد لتحصيل الحق، فإن رأى أحد الخصوم أن له تحصيل حقه من خلال التوكيل كان له ذلك، كغيبة الموكل أو مرضه أو كونه امرأة ذات خدر[2].

المطلب الثاني: التوكيل شروطه وحدوده.

الفرع الأول: شروط التوكيل في الخصومة.

أولا: أن يكون الوكيل له أهلية التصرف: عملا بالقاعدة: "من جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن ينوب فيه عن غيره، ما لم يمنع من ذلك مانع"[3] فالأمر الذي أوكل إليه إذا كان لا يصح أن يباشره بنفسه لم يصح توكيله فيه فخرج بذلك الصبي، المجنون والمرأة في عقد النكاح، قال ابن رشد الحفيد[4]: "أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه، فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون"[5].

ثانيا: أن يكون الوكيل مسلما عدلا: فخرج بذلك الكافر فلا يجوز توكيله لأنه لا يتقي الحرام في معاملاته، أما العدالة فلكونه أمينا فيما وكل إليه ملتزما بشرع الله تعالى لا يخون من وكله[6].

ثالثا: ألا يكون الوكيل ممن اشتهر باللدد: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُۥ فِى ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا وَيُشْهِدُ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا فِى قَلْبِهِۦ وَهُوَ أَلَدُّ ٱلْخِصَامِ﴾ البقرة [202]، قال القرطبي: "والمعنى أشد المخاصمين خصومة، أي هو ذو جدال، إذا كلمك وراجعك رأيت لكلامه طلاوة وباطنه باطل، وهذا يدل على أن الجدال لا يجوز إلا بما ظاهره

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص185.

[2] المازري، شرح التلقين، ج02، ص802.

[3] المصدر نفسه، ج02، ص800.

[4] محمد بن أبي القاسم أحمد بن أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، يكنى أبا الوليد، وهو حفيد أبي الوليد قاضي الجماعة بقرطبة، ويلقب بابن رشد الحفيد ،تمييزا له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد المتوفى سنة 520هـ، له تواليف كثيرة منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مناهج الأدلة في الكشف عن عقائد الملة، شرح الحمدانية في الأصول، الكليات في الطب، شرح رجز ابن سينا، وكتاب فصل المقال فيما بين الفلسفة والشريعة من الاتصال وغيرها، توفي595هـ وقيل598هـ./ أبو الحسن، تاريخ قضاة الأندلس، ص111.

[5] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص85.

[6] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص130.

وباطنه سواء"[1].

وفي صحيح مسلم عن عائشة قالت: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: ((**إن أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم**))[2]، "الألد: الشديد الخصومة، مأخوذة من لديدي الوادي، وهما جانباه؛ لأنه كلما أخذت عليه جانبا من الحجة أخذ في جانب آخر، وقيل لأعماله: اللَّدِيدِيَّة عند كثرة الكلام وهما جانباه والخصم على مثال سمع الحاذق بالخصومة، وكانت الجاهلية تتمادح بذلك، فذمه –عليه السلام – لأنه قل ما يكون في حق"[3]، فإن ظهر للقاضي أثناء التخاصم أن الوكيل يلد ويماطل فله رفض وكالته لضابط: " كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في خصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة"[4].

رابعا: أن تكون الخصومة في حق: فمن يعلم من الخصوم أنه ظالم، حرم عليه الخصام وحرم عليه التوكيل بتنصيب محام[5]، لقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيماً ﴾ النساء [104]"أي لا تخاصم عنهم، فالخصيم هنا بمعنى المنتصر المدافع"[6]، ولقوله سبحانه: ﴿ وَلاَ تُجَادِلْ عَنِ ٱلَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ لاَ يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّاناً آثِيماً ﴾ النساء [106]، قال القرطبي: "فنهى الله عز وجل رسوله عن عضد أهل التهم والدفاع عنهم بما يقوله خصمهم من الحجة، وفي هذا دليل على أن النيابة عن المبطل والمتهم في الخصومة لا تجوز. فلا يجوز لأحد أن يخاصم عن أحد إلا بعد أن يعلم أنه محق"[7].

ولقوله – صلى الله عليه وسلم–:"...**ومن خاصم في باطل وهو يعلمه، لم يزل في سخط الله حتى ينزع...**"[8].

ويتفرع عن هذا مسألة لو أن الوكيل دافع عن موكله بباطل فهل تحرم عليه الوكالة؟ قالوا لا تحرم عليه لأن وكالته

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج03، ص16.

[2] رواه مسلم في صحيحه،كتاب العلم، باب في الألد الخصم، رقم 2668، ج04، ص2054.

[3] عياض، أبو الفضل بن موسى بن عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق: يحي إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط01، 1419هـ - 1998م، ج08، ص162.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص180.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص124

[6] ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج05، ص193.

[7] القرطبي، تفسير القرطبي، ج05، ص377.

[8] رواه أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط01، 1430 هـ -2009م، كتاب الأقضية، باب فيمن يعين على خصومة من غير أن يعلم أمرها، رقم: 3597، ج05، ص450.صححه الحاكم، المستدرك رقم: 2222، ج02، ص32.

مبنية على صدق من وكله[1].

خامســا: تنعقد الوكالة بكل ما دل عليها لغة أو عرفا، فإن خالف العرف اللغة فالمعتبر هو العرف، وإذا قبلها الوكيل على الفور صحت[2]، وإن لم يقبلها إلا بعد زمن فهل تصح؟

فيه خلاف داخل المذهب وقد تم تخريجه على مسألتين أصوليتين[3]:

1. أن الخلاف ينبني على اختلاف الأصوليين في الأمر، هل هو على الفور أو التراخي؟

فمن قال أنه على الفور لم يعتد بقبوله بعد انقضاء المجلس، ومن قال على التراخي أجاز هذه الوكالة.

2. أن الخلاف ينبني على اختلاف أهل الأصول في العموم في المعاني هل يثبت أم لا؟

فمن قال أن العموم يثبت في المعاني صحح الوكالة لأن صيغة الوكالة لم تقيد بزمن، ومن لم يقل بثبوت العموم في المعاني أبطل الوكالة[4].

والذي حققه المازري أنه خلاف راجع إلى اعتبار القصـــود والعوائد، فإن دلت أن المراد من هذه الألفاظ استدعاء الجواب حالا فتأخر الجواب، أسقط المخاطب بتأخره الخطاب الموجه إليه، بخلاف إن كان المراد التأخير[5].

سادسا: أن يكون الوكيل معيَّنا: فلو كان له أصحاب وقال: وكلت أحدكم، لم يصح منه إلا بتعيين الوكيل[6].

سابعا: أن تكون الوكالة فيما تقبل النيابة: عملا بقاعدة: "لا تصح الوكالة فيما لا يقبل النيابة"[7]، فليست كل الدعاوى تصح فيها الوكالة كاللعان، الشهادة، الإيلاء وقد ضبطها ابن عرفة في قوله: "كل ما فيه حق للموكل أو عليه غير خاص به جاز فيه التوكيل، وما ليس كذلك لا يصح"[8]، لذا فإن كان العمل لا يختص حصوله بالموكل جازت فيه الوكالة، وتعليل ذلك قالوا الأفعال تنقسم باعتبار تحقيق مصالحها من جهة فاعلها أو نائبه إلى[9]:

1. **أفعال لا تتحقق مصالحها إلا بمباشرة الفاعل بنفسه**: كالإيمان، الصلاة، الصوم فالمقصد منها تعظيم الله تعالى

---

[1] المازري، شرح التلقين، ج02، ص805.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص191.

[3] المازري، المصدر السابق، ج02، ص806.

[4] المصدر نفسه، ج02، ص807.

[5] المصدر نفسه، ج02، ص807.

[6] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص125.

[7] عليش، منح الجليل، ج06، ص366.

[8] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج07، ص59.

[9] عليش، منح الجليل، ج06، ص366.

وتحقيق عبوديته من الفاعل نفسه، اليمين المقصد منها إظهار صدق الحالف فلا تظهر بيمين غيره بدله، النكاح المقصد منه العفة وانتساب الولد فلا يحصل بفعل غيره.

2. **أفعال تتحقق مصالحها بمباشرة الفاعل أو من ينوب عنه:** كرد الوديعة والمال المغصوب وقضاء الدين وأداء الزكاة فالمقصد منها إيصال الحق لأهله ويحصل هذا بفعل الأصيل أو وكيله.

3. **أفعال مترددة بين القسم الأول والثاني:** كالحج فمن رأى أن مقصده تأديب النفس وإظهار العبودية لله تعالى ألحقه بالقسم الأول فلا تصح النيابة فيه، أما من رأى أن مصلحة الحج يغلب عليها الإنفاق والبذل لله تعالى قال بصحة الوكالة فيه.

الفرع الثاني: حدود صلاحيات الوكالة في الخصومة عند المالكية.

أولا: ليس لرجل ولا لامرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل كان له أو عليه[1].

ثانيا: إذا كان ادعى عدة أشخاص على نفس المدعى عليه في نفس القضية فلهم أن يفوضوا أحدهم لينوب عن الجميع أو يختاروا وكيلا يمثلهم جميعا، ولهم أن يحضروا جميعا في المجلس[2].

ثالثا: لا يقبل القاضي وكالة شخص عن آخر إلا بإقرار الموكل أو شهادة عدلين، أما الشاهد واليمين فروي عن مالك جوازها ولم يجزها ابن الماجشون[3].

رابعا: على الموكل تحديد صلاحيات الوكيل في وثيقة التوكيل ويدون ذلك عند القاضي[4]:

1. **بيان حدود الوكالة:** تختص بالخصومة فقط—دفع الدعوى-أم تكون عامة لتشمل الإقرار والإنكار وعقد الصلح، فلو أثبت له الإقرار وأقر المحامي أن على موكله حقا لزمه إقراره؟[5]، قال ابن فرحون: "لو أقر الوكيل أن موكله وهب داره لزيد أو قال لفلان على الذي وكلني مائة دينار فإن ذلك لازم لموكله"[6]، أما لو حصر له الوكالة في الخصومة فقط وهي دفع الدعوى فلا يَلزم من إقراره إقرار موكِّله عملا بضابط: "ليس للموكل أن يتعدى ما وكل عليه

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص179.
[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص12.
[3] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص138.
[4] المصدر نفسه، ج08، ص137.
[5] ابن أبي زمنين، منتخب الأحكام، ص92.
[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص179.

ويتجاوزه إلى غيره إلا ببينة"[1]، كما يحق للخصم مطالبة الموكِّل بإعطاء وكيله صلاحية الإقرار والإنكار إذا لم يفوضها للوكيل وإلا امتنع عن الخصـــومة مع الوكيل[2]، أما إن كانت الوكالة مبهمة غير محددة فإنها تحمل على المرافعة فقط وهي دفع دعوى الخصم دون غيرها، فتحمل على أقل ما تدل عليه الوكالة في الخصومة وهي دفع الدعوى[3].

2. **تحديد ما وكَّله فيه:** هل هي وكالة عامة في كل قضـــية يرفعها أو تُرفع عليه كما هو معروف عند الشـــركات والجمعيات والجهات المعنوية، أم هي مخصوصة في قضية معينة، فلو جعلها وكالة عامة صح له أن ينوب عنه في كل قضية يدخل فيها[4].

3. **زمن تعيين الوكالة:** اتفق المالكية أن لطرفي النزاع التوكيل قبل مجلس الحكم وليس لهما ذلك بعد الحضـــور ثلاثة مجالس مع القاضي، واختلفوا إذا كان التوكيل عند الحضور لمجلس الحكم[5]:

أ. منهم من يرى ذلك لهما، ونصـره ابن الهندي بحجة أنه قد أجيز للحاضـر أن يوكل قبل الجلسـة فله أن يوكل غيره أثناء المحاكمة.

ب. منهم من يرى ذلك لأحدهما، نقل ذلك عن سحنون لأنه لا يرى للمدعى عليه توكيل غيره إلا لضرورة وكان يبيحه للمدعي أيا كان، ولما قيل له "لأي شـــيء تفعل هذا ومالك يقبل الوكيل مطلقا؟ قال: قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضـــية بقدر ما أحدثوا من الفجور"[6]، لذا فحكمه مبني على المصـــلحة ولعله راجع إلى أن توكيل المدعى عليه فيه لَدَد وإبطاء على المدعي.

وجَازَ لِلْمَطْلوبِ أَنْ يُوَكِّلاَ ... وَمَنْعُ سَحْنونٍ لَهُ قَدْ نُقِلاَ[7]

ج. ومنهم من لا يرى أن يوكل قبل أن يجيب عن تلك الدعوى بإقرار أو إنكار ثم يوكل بعد من شاء منهما، وهو الذي جرى عليه العمل لأن الموكل في هذه الحال ملد ويريد تعطيل المحاكمة وتأجيلها وأن يحدث كلاما يكون فيه

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج08، ص192.

[2] عليش، منح الجليل، ج06، ص364.

[3] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج08، ص238.

[4] القرافي، الذخيرة، ج08، ص08.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص186.

[6] التسولي، البهجة، ج01، ص324.

[7] ابن عاصم، أبو بكر محمد، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، –القاهرة– جمهورية مصر العربية، ط01، 1432 هـ - 2011م، ص35.

تشغيب على صاحبه وعلى سير المحكمة فلا يلبى طلبه إلا بعد الإقرار أو الانكار[1].

خامسا: إذا وكَّل شخص محاميا فلا يحق للخصم رفض ذلك الوكيل، إلا إن أثبت أن بينهما خصومة كمن عَزل وكيله فأراد الوكيل أن يتوكَّل لخصمه فرفض المُـوَكِّل الأول، لأن الوكيل اطلع على وجوه خصوماته[2]، أو لأنه ملدٌّ أو ذو جدال وهو ما تم ضبطه في قولهم:" كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في خصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة"[3].

سادسا: ليس للوكيل أن يوكل آخر فيما وكِّل فيه، ولا أن يُوصي بها إلى أحد، عملا بضابط: "الوكيل على شيء مخصوص لا يجوز له أن يوكل غيره فيه"[4]، أما الوكيل وكالة عامة في كل الأمور فيه خلاف، والأظهر على قول ابن رشد الجد أن له سلطة التوكيل لأن المُوكِّل قد أنزله منزلته وجعله بمثابته[5]، والعمل التونسي على ألا يُوَكِّل المُفَوّض إلا إن نص على ذلك في وكالته[6]، أما الوصي يجوز له توكيل غيره في حياته أو عند وفاته لأنه يقوم مقام المُـوصي[7] ولأنه قد يحتاج من يعينه على تنفيذ الوصية فيوكّل لأجل ذلك، وكما أن وصيته ماضية عند وفاته لحقت بها وكالته.

سابعا: إذا وكَّل شخص غيره في أي خصومة قد تُرفع عليه فله أن يجدد هذه الوكالة كل ستة أشهر على قول أبي إسحاق الغرناطي[8]وإلا بطلت هذه الوكالة[9]، قال ابن سهل: "رأيت بعض شيوخنا[10] يستكثر إمساك الوكيل على الخصومة ستة أشهر ونحوها، ويرى تجديد التوكيل"[11].

ثامنا: إن وكَّل شخص غيره في خصومة واستغرقت القضية مدة أطول من الستة أشهر فلا تنتهي الوكالة إلا بغلق

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص186.

[2] المصدر نفسه، ج05، ص185.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص180.

[4] الحطاب، المصدر السابق، ج05، ص201.

[5] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج08، ص194.

[6] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص9.

[7] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج08، ص193.

[8] إبراهيم بن أحمد بن عبد الرحمن الأنصاري، من أهل غرناطة يكنى أبا إسحاق ويعرف بحنكالش، كان فقيها أديبا نبيلا عارفا بالفقه حافظا له عارفا بالوثائق نقادا لها وولي قضاء ميورقة، وله تآليف منها: الوثائق المختصرة كتاب الشروط والتمويه مما لا غنى عنه لكل فقيه، أجوبة الحكام فيما يقع للعوام من نوازل الأحكام. روى عنه أبو بكر عتيق بن علي العبدري وآخرون، توفي سنة 579هـ.ابن فرحون، الديباج المذهب، ج01، ص271.

[9] أبو إسحاق الغرناطي، إبراهيم بن أحمد، الوثائق المختصرة، تحقيق: إبراهيم بن محمد السهلي، دن، ط01، 1432هـ-2011م، ص206.

[10] لعل بعض شيوخه هو أبو إسحاق الغرناطي فقد حدد الوكالة بستة أشهر.

[11] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص183.

القضية[1]، ولو استمرت لسنوات لأن مصلحة الوكيل لا زالت قائمة في وجود من يمثله في القضية، فما دامت المصلحة قائمة والغرض من التوكيل لم يتحقق بعد فإن الوكالة سارية.

تاسعا: للمحامي أو الوكيل أجرة أتعابه على موكله، فإن كان على اتفاق وشرط فله شرطه، وإن كان من غير شرط فله أجرة المثل، كما يجوز اتفاق المحامي مع موكله على أجرة معلومة إذا ربح القضـــية[2]، وكره مالك ذلك لأنها قد تطول ولا ينجز منها غرض الجاعل فيذهب عمله مجانا، فإن خسـر القضـية فله أجر مثله على قول ابن القاسـم، وروي عن مالك أنه جائز[3].

الفرع الثالث: عزل الوكيل في الخصومة.

أولا: عقد الوكالة هو من العقود الجائزة التي يحق لأي طرف منها فســـخه، فيحق للموكل عزل الوكيل وليس على هذا الأخير الاســـتمرارية في الوكالة إن كانت دون عوض، فإن وجد العوض فليس له عزله إلا لعذر لتعلق حق الوكيل بهذه الوكالة[4].

ثانيا: للموكِّل عزل وكيله قبل مناشـبة الخصـام مع إعلامه بذلك والإشـهاد عليه، ولا يجوز له عزل الوكيل أثناء الخصـومة بعد أكثر من مجلسين[5]، إلا لعذر من مرض الوكيل أو ثبوت خيانته، لتعلق ذلك بحق الخصم لما فيه من لدد ومشاغبة[6].

ثالثا: لا يجوز للموكِّل عزل وكيله سرا سواء أشـهد عليه سرا أو كان بقوله فقط حتى يعلمه ويشـهد على ذلك، لذا يلزمه كل ما صدر عن وكيله في حدود الوكالة أثناء ذلك، وهذا على كلا القولين المشـهورين في المسألة أن الوكيل ينعزل بمجرد صدوره من الموكل ولو لم يعلم به الوكيل، أو القول الثاني على اشتراط علم الوكيل بالعزل[7].

رابعا: مسألة: عزل الوكيل هل يكون بمجرد العزل أم بوصول العلم إلى الوكيل؟ قولان في المذهب:

1. العزل يتم بنفس الأمر وإن لم يعلم بذلك الوكيل، وهو لابن القاســم لأن العزل معنى يوجب إســقاط الوكالة في ذاته

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص183.

[2] محمد بن عامر، ملخص الاحكام الشرعية، ص 118-119.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص184.

[4] المازري، شرح التلقين، ج02، ص806-807.

[5] أبو عبد الله المكناسي، مجالس القضاة، ص452.

[6] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص187.

[7] المصدر نفسه، ج05، ص187.

فلا يشترط علم الوكيل[1].

2. لا يكون الوكيل معزولا إلا بوصول العلم إليه، وهو قول مالك في المدونة "سئل عن الرجل يوكل الرجل بالبلد يجهز إليه المتاع فيبيع له ويشتري وقد مات صاحب المتاع، قال: أما ما باع واشترى قبل أن يعلم بموت الآمر فذلك جائز على الورثة، وأما ما اشترى وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك"[2]، قال ابن رشد الجد: "وعلى قول مالك هذا لو علم الوكيل بموت موكله فباع ولم يعلم المشتري بذلك فتلفت السلعة المبيعة عنده لكان الوكيل ضامنا لقيمتها لانفساخ الوكالة في حقه لعلمه بموته وتعديه فيما لا تصرف له فيه"[3].

سبب الخلاف: هل يلزم العمل بالنسخ فور وروده أم بعد العلم به؟

1. فمن رأى أن العمل بالنسخ يكون فور وروده قال تنفسخ الوكالة بمجرد العزل.
2. من رأى أن العمل بالنسخ يكون بعد العلم به قال لا تنفسخ الوكالة إلا بعد علم المعزول.

خامسا: موت الموكِّل سبب لعزل الوكيل لأنه ينوب عن الميت حين حياته، فإذا غاب عن الوجود غاب نائبه حُكما، عملا بقاعدة "التابع تابع"[4] إلا إن أشرف على تمام الخصومة فله أن يتمها، وليس للورثة حينئذ عزله عنها[5]، "فإن كان وكيلا مخصوصا فلا خلاف في انعزاله بالموت، وإن كان وكيلا مفوضا إليه المشهور أنه ينعزل بالموت، وقال مطرف: هو على وكالة حتى يعزله الورثة"[6].

سادسا: ليس للوكيل في الخصومة عزل نفسه لأنه يلحق الضرر بموكله[7]، عملا بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"[8]، ولأن أقل

---

[1] عبد الوهاب، أبو محمد ابن علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة، دط، دت، ص1243.

[2] سحنون، المدونة الكبرى، ج03، 271.

[3] ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط01، 1408 هـ - 1988م، ج03، ص54.

[4] أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق- سوريا، ط02، 1409هـ - 1989م، ص253.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص182.

[6] ابن بزيزة ، عبد العزيز بن إبراهيم، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، ط01، 1431 هـ -2010م، ج02، ص1174.

[7] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص184.

[8] أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص165.

مراتب الوكالة "أن تكون كالوعد، والوعد إذا أدخل الواعد من وعده في ضـــرر لزمه الوفاء به"[1]، وكما لا يجوز للموكل عزل وكيله أثناء المخاصمة خاصة إذا اقتربت القضية من نهايتها لتلافي الضرر بالوكيل وبالخصم، لوجود شبهة الإِلْدَاد وتعطيل سير القضية.

سابعا: من الأعذار المبطلة لوكالة: اللَّدد، الخيانة، مرض الوكيل، الجنون... كل عذر يعرقل أو يمنع الوكيل من أداء مهامه.

ثامنا: إذا طرأ الجنون على الوكيل لا تجوز تصرفاته عن نفسه والأولى عن موكله، فإن عاد إليه عقله وأراد البقاء على وكالته فله ذلك إن أقره الموكل، وإن كان الموكل غائبا ولم يعلم بجنونه بقي الوكيل على وكالته استصحابا للإذن الأصلي من الموكل، واعتبر الجنون هنا عائقا مؤقتا لا يبطل الوكالة كأي عذر طارئ على الوكيل يمنعه من الحضور لمجلس القضاء[2].

[1] المازري، شرح التلقين، ج02، ص809.

[2] المصدر نفسه، ج02، ص814-815.

الفصل الثالث: الإجراءات القضائية في مجلس القضاء.

وفيه مبحثان هما:

- **المبحث الأول: إدارة جلسات المحاكمة في الفقه المالكي.**
- **المبحث الثاني: دفع الدعوى وإجراءات انتهائها.**

تمهيـــــد:

تحديد كيفية انعقاد مجلس الحكم، وآليات عرض الدعوى وحدود سـلطة القاضـي في تنظيم الجلسـة وتوجيه الخصـوم، هي أطر لم يكتف الفقه المالكي بوضـع قواعد عامة لها، بل توسـع في بيان دقائق المسـائل التي ترافق سـير الخصـومة من افتتاح الجلسـة إلى نهايتها، وهذا هو المقصـود بالإجراءات القضـائية في مجلس القضـاء، والتي إن نُفِّذت حققت المقصد التشريعي منها وهو تحقيق العدل وتسهيل الوصول إليه.

ويظهر ذلك جليا في ثنايا هذا الفصـل الذي تناولت فيه كيفية إدارة جلسـات المحاكمة، بدءا من معرفة الدعوى، وما يترتب عليها من تمييز المدعي عن المدعى عليه، وصـولا إلى سماع المدعى عليه وتحليل أجوبته، سـواء تمثلت في الإقرار أو الإنكار أو النكول.

ويظهر كذلك في مسـلك دفع الدعوى الذي يعد أسـاس تحقيق النزاهة في نفوس الخصـوم من خلال سماع حججهم في إسـقاط دعوى خصـومهم، ويضـاف إليه ما يتصـل بكيفية انتهاء الدعوى، سـواء بالإعذار أو التعجيز كآليات تضمن سرعة البت في الخصومة ومنع المماطلة.

وبهذا يظهر أن المالكية قد أحكموا بناء الإجراءات القضـائية في حضـرة القاضـي بما يوازن بين صـيانة حقوق الخصوم من جهة، وتحقيق مقصد الشارع في إيصال الحقوق إلى أهلها من جهة أخرى.

المبحث الأول: إدارة جلسات المحاكمة في الفقه المالكي.

اهتم الفقه المالكي بكيفية إدارة الجلسات القضائية، باعتبارها الإطار الذي تعرض فيه الدعاوى وتسمع فيه الخصومات، فبحثوا في سلطة القاضي داخل مجلس الحكم وضوابط ممارستها، ثم في كيفية سماع الدعوى والتحقق من سلامتها وصحتها، إضافة إلى تمييز المدعي عن المدعى عليه، الذي ترتبط به تبعات عبء الإثبات واليمين.

كما عالج هذا المبحث من خلال المطلب الثاني صور جواب المدعى عليه على الدعوى، بين الإقرار والإنكار والنُّكول، وآثار كل منها على سير المحاكمة، وختمت في المطلب الثالث بمسألة الخلطة وأحكامها، لما لها من أثر في قبول الدعوى ورفضها.

المطلب الأول: الإجراءات الأولية لسماع الدعوى في مجلس القضاء.

الفرع الأول: سلطة القاضي في مجلس الحكم.

سلطة سماع الدعوى منوطة بالقاضي الذي أعطى له مذهبنا صلاحيات واسعة لتسيير الدعوى والحكم عليها، وجاء هذا الفرع لبيان هذه الصلاحيات في مجلس الحكم، لتحصيل تصور عام عن دور القاضي قبل سماع الدعوى.

أولا: الصلح.

قد يقع للقاضي إشكال في الفهم على الخصوم من حيث تصور القضية أو الفصل في الأدلة لذا يأمرهم بإعادة الكلام[1]، فإن أشكل عليه الحكم استحب له أن يشير بالصلح على الخصوم دون الإلحاح الذي يفهم منه الإجبار بل يرغبهم فيه، وهذا ما لم يتبين له وجه الحق فإن تبين له الحق أنفذه لصاحبه[2].

والصلح: "انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"[3]، فيذكرهم بأهمية الصلح وفضله ويظهر لهم عواقب النزاع، ويقترح عليهم تسوية كأن يتنازل الطرفان عن بعض المطالب للوصول لحل مرض لكليهما، وإن علم برجل صحيح له القدرة على الإصلاح بينهما ردهما إليه[4].

ويستثنى من هذا حالتين:

الأولى: إن رأى أن إيقاعه للحكم سيفاقم الخصام ويحدث فتنة فعليه توجيههما للصلح وإن ظهر له وجه

---

[1] خليل، التوضيح، ج07، ص429.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص221.

[3] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج6، ص477.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص133.

القضاء[1]، فعن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–أنه قال: ((**ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن**))[2]، وعملا بما استنبطه المالكية أن "من مقاصد الشريعة إصلاح ذات البين"[3] لما رأوا في تصرفاتها المبنية على حسم مواد النزاع ما أمكن، ومنه قوله –صلى الله عليه وسلم–:((**لا تدخلون الجنة حتى تؤمنوا، ولا تؤمنوا حتى تحابوا...**))[4] فأعملوا ذلك في القضاء.

الثانية: إن تخاصم إليه أصحاب الفضل والصلاح وجههما القاضي للصلح حفظا لكرامتهم ومكانتهم[5].

ثانيا: ردع المماطل

من ثبت عليه التماطل واللدد وجب على القاضي زجره وتأديبه ولو بالضرب أو السجن[6] لأنه يعرقل حقوق الآخرين كما يجب على القاضي الحكم في القضية وفق ما يلي:

1. إن عجز المماطل عن الرد في الخصومة وانقضت الآجال حُكم عليه مباشرة، ولا تسمع له بينة بعد ذلك أبدا.
2. إن ماطل قبل استيفاء أدلته حكم عليه القاضي بعد التلوُّم له، أما إن أتى ببينة وأثبت أنها لم تكن معه حينها سُمع منه[7].

ثالثا: التأجيل.

شُرّع للقاضي تأجيل جلسة السماع إن طلب أحد الخصوم ذلك حتى يحضر أدلته أو ما يدفع به حجة الخصم إن لم يكن مماطلا، فله التأجيل حينها حسب القضية، قال عمر بن الخطاب في رسالته المشهورة: ((واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينته أخذت له بحقه، وإلا استحللت عليه القضية، فإنه أنفى للشك وأجلى للعماء))[8].

---

[1] عليش، منح الجليل، ج08، ص359.

[2] رواه عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني، في المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المجلس العلمي–الهند–، توزيع المكتب الإسلامي بيروت –لبنان–، ط02، 1403هـ–1983م، كتاب البيوع، باب هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا، رقم 15304، ج08، ص303.

[3] المقري، قواعد الفقه، ص402.

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون، وأن محبة المؤمنين من الإيمان، وأن إفشاء السلام سببا لحصولها، رقم:93 ، ج01، ص74.

[5] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5336.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص 41–133.

[7] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص33.

[8] الحجوي، محمد بن الحسن بن العربي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية –بيروت–لبنان، ط01، 1416هـ–1995م، ج01، ص297.

رابعا: تأديب المسيء في مجلس الحكم.

يحق للقاضي تأديب المسيء في مجلس القضاء سواء كان عليه أو على طرف آخر وتكون العقوبة على قدر الإساءة وقدر من أسيء إليه[1]:

1. **الإساءة للقاضي:** باللمز كأن يقول له كلاما ليس صريحا في الإذاية بل يحتمل فالأولى التعزير، أما صريح الإساءة فيجب التأديب وهو ظاهر كلام ابن عبد السلام حفظا لحرمة الشرع كقوله: شهدت علي بزور، لست أهلا للقضاء... فالشاتم هنا مقر على نفسه بالإساءة و لا يحتاج القاضي إلى بينة، وظاهر كلام ابن رشد الجد الندب لأنه كالمنتقم لنفسه[2]، والعقاب أولى لأن الشاتم هنا لم يسب القاضي لشخصه بل لأنه قاض وصفة القضاء لها حرمة يجب على القضاة الحفاظ عليها كما يجب عليهم تحقيق العدل بين الناس.

أما إن قال له اتق الله في أمري، فليرفق به وليجبه بليونة ويبين له وجه القضاء وما أشكل عليه فهمه عملا بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُ اتَّقِ اللَّهَ أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالإِثْمِ فَحَسْبُهُ جَهَنَّمُ وَلَبِئْسَ الْمِهَادُ ﴾ البقرة [204] ، كأن يقول: "رزقني الله تقواه، وما أمرت إلا بخير، وإنه يجب علي وعليك أن نتقي الله...أو يقوله له: لولا تقوى الله ما حكمت عليك" [3]وكل هذا إن كان في مجلس الحكم.

أما اللمز والإساءة خارج المجلس فليس للقاضي معاقبته لأنه خارج اختصاصه بل عليه رفع أمره إلى قاض آخر[4].

2. **الإساءة للخصم أو أحد أعوان القاضي:** يجب على القاضي معاقبة من أساء إلى خصمه أو أحد الشهود أو المشاورين وغيرهم كقوله كذبت علي، لأنه إن لم ينصف الناس في مجلسه وحضرته كيف له أن ينصفهم فيما غاب عنه[5]، ولضابط: "من لم ينصف الناس في أعراضهم لا ينصفهم في أموالهم"[6].

فإن تزايد الخصمان بالكلام أغلظ عليهما بالقول وزجرهما، وإلا أمر بعقوبتهما على قدر الإساءة وقالوا يعزران بعشر ضربات[7].

فإن لمس فيهما التشاغب حتى لا يفهم عن أي منهما أمر برفع الجلسة، فإن ثبت بعد ذلك إلداد أحدهما أو

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص80.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص133.

[3] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1013.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص276.

[5] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص32.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص303.

[7] المصدر نفسه، ج02، ص303./ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص727.

كليهما عاقبهما عقوبة الملد[1].

ويستثنى من هذا كله إن صدرت الإساءة من أهل الفضل وكانت فلتة فتغتفر له[2]، لحديث النبي –صلى الله عليه وسلم-: ((**أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم**))[3].

خامسا: السلطة التقديرية للنظر في الأدلة.

للقاضي سلطة واسعة في تقدير أدلة الخصوم من حيث القبول والرد، كتقدير مدى عدالة الشهود، التحقق من القرائن والملابسات، قال ابن القاسم في القَسَامة: "يكشف عن حال المقتول وجراحه وموضعه، وحالة القتل، وهل كان بينهما عداوة، فيستدل بذلك حتى يظهر أمره، فيقسموا عليه"[4]، وكذا تقدير مدى قوة البينة إن كان لها متعلق بالعرف[5].

وله كذلك السلطة في الترجيح بين الأدلة عند التعارض من حيث التقديم والتأخير –كما سيأتي بيانه في الفصل الأخير–، فللقاضي صلاحيات تفسير البينات وتقديرها وفق قواعد الشرع كتعارض عدالة الشهود، أو تعارض الشهادة مع القرينة القطعية، أو تعارض اليمين مع البينة الكتابية، أو حتى عند تساوي الأدلة فيقدم أحد الخصوم مرجحا من المرجحات كالعرف فللقاضي السلطة في تقدير مدى ملائمة هذا المرجح للقضية.

الفرع الثاني: سماع المقال.

بعد جلوس الخصمين بين يدي القاضي وابتدائه الكلام بهدوء وتأن بما يبعث في نفسيهما الطمأنينة والأمن على عدله، فأول ما يقوم به القاضي بعد ذلك سماع المقال –دعوى المدعي–[6]وله فيه حالتين:

الأولى: إن كانت الدعوى مكتوبة: وهو ما يسمى بالْكَتْب أو بالتَّوْقِيف عند الموثقين "لكون الطالب الذي أملاه على كتابه يوقف عليه المطلوب ويطلبه بالجواب عنه بين يدي القاضي"[7]، فإن قرأها القاضي وفهم ما فيها وتحقق من سلامة الدعوى، فإنه ينظر:

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص46.

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1013.

[3] رواه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، رقم 4375، ج06، ص428.حسنه العلائي في النقد الصحيح لما اعترض من أحاديث المصابيح، ص35.

[4] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج10، ص147.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص329.

[6] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص33.

[7] المصدر نفسه، ج01، ص35.

إن كان التوقيف بسيطا سهلا أمر القاضي المدعى عليه بالجواب، فإن طالب المطلوب بالتأجيل حتى يوكل من يخاصم عنه وغيره من الأعذار قولان في المسألة، والأظهر ألا يؤجل ولا يُعْطَى نسخة من التوقيف، وإن كان التوقيف معقدا طويلا يحتاج لفهم وإعادة نظر وتدبر فإن القاضي يعطي للمدعى عليه نسخة من الكَتْب ويَنظره أجلا حتى يفهم ما رُفع ضده ويعد الجواب[1].

الثانية: إن كانت الدعوى شفهية: وعادة ما تكون في القضايا البسيطة أما القضايا المتشعبة والطويلة فيجب تقييدها وكتابتها[2]، فإن كانت الدعوى شفهية على القاضي حينها سؤالهما عن الخصومة أو يستفسر المدعي منهما ليبتدأ الكلام، "فإن تكلم أحدهما ولم ينكر الآخر فله سؤاله عن الدعوى، والأحسن أن يقرر الساكت على قبول كون المتكلم مدع"[3].

ليس للقاضي اختيار أحدهما جزافا ليبتدأ الكلام ولا الابتداء بالمدعى عليه إن عرفه[4].

إن اختلف الخصمان كل منهما يريد الابتداء أمر القاضي المُسْتعدي منهما وهو الذي جلب الآخر للقاضي بأن يبدأ الكلام[5].

فإذا سمع القاضي مقال المدعي نظر في صحة دعواه فإن أجازها توجه بالسؤال للمدعى عليه[6].

الفرع الثالث: تمييز المدعي من المدعى عليه.

أولا: معيار التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

وجب علينا معرفة وتحديد معيار المالكية في بيان المدعي من المدعى عليه خاصة حال التباسهما لأن هذا هو حجر الزاوية في سيرورة المحاكمة، وأساسه قوله صلى الله عليه وسلم: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**))[7].

---

[1] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص35.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص36.

[3] القرافي، الذخيرة، ج10، ص67.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص45.

[5] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص726.

[6] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص34.

[7] رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، رقم:3386، ج04، ص188، صححه ابن حجر في بلوغ المرام، ص520.

والمتتبع لما كتبه المالكية فالمدعي يطلق عندهم باعتبارين[1]:

الاعتبار الأول: المدعي هو صاحب الدعوى ومن رفعها ضد غيره، كما في القوانين الفقهية: "المدعي هو من يقول قد كان كذا والمدعى عليه هو من يقول لم يكن وقال غيره المدعي هو الطالب والمدعى عليه هو المطلوب وقيل المدعي هو الذي دعا صاحبه إلى الحكم والمدعى عليه هو المدعو"[2]، وهذا المفهوم مبني على اعتبار أيهما مقدم في عرض الدعوى أمام القاضي، ولا يقصد منه المعنى الوارد في الحديث.

الاعتبار الثاني: المدعي الذي وجبت عليه البينة كما في الحديث، وعليه عرفه القرافي: "المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف"[3].

قال ابن شاس: "إذا ادعى أحدهما ما يوافق العرف وادعى الآخر ما يخالفه فالأول المدعى عليه والثاني هو المدعي، وكذلك كل من ادعى وفاء ما عليه أو رد ما عليه من غير أمر يصدق دعواه فإنه مدع"[4].

قال المازري: قال بعضهم المدعي من إذا سكت تُرك وسكوته، والمدعى عليه من إذا سكت لم يُترك وسكوته، "أي إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها وطولب بالإجابة إما بإقرار أو إنكار"[5].

وقال آخرون المدعي من ادعى أمرا خفيا والمدعى عليه من تمسك بظاهر الأمر[6]، فمن ادعى أمرا خفيا كان جانبه ضعيفا لذا طولب بالبينة حتى يَقْوى، ومن تمسك بظاهر الأمر كان جانبه قويا لذا لا يطالب بأية بينة سوى باليمين من باب الاستبراء.

وقال ابن عبد البر: "إذا أشكل عليك المدعي من المدعى عليه فواجب الاعتبار فيه أن ينظر هل هو آخذ أو دافع وهل يطلب استحقاق شيء من غيره أو ينفيه، فالطالب أبدا مدع والدافع المُنْكِرُ مدعى عليه، فقف على هذا الأصل"[7].

وقاعدة المذهب: "المدعي أبعد المتداعيين سببا وهو من كان قوله على خلاف أصل أو عرف أو ظاهر، والمدعى عليه أقربهما سببا، وهو من وافقت دعواه أحدهما وقد يتساويان"[8].

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص58.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص197.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص75.

[4] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1075.

[5] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج20، ص276.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص141.

[7] المصدر نفسه، ج01، ص140.

[8] المقري، قواعد الفقه، ض 463.

لذا فتحديد المدعي والمدعى عليه بالاعتبار الثاني مبني على مدى القرب والبعد عن الأصل أو العرف أو الغالب، وليس بمجرد رفع الدعوى عند القاضي كما في الاعتبار الأول.

فإن خالف أحدهما أصلا أو غالبا أو عرفا أو ظاهرا احتاج إلى بينة لبيان عدم معارضته لهذه الأسباب، بخلاف المدعي الذي يوافق أحدها فلا يحتاج إلى دليل لأن جهته مثبتة أصالة بهذه الأسباب.

و معنى الأصل: "القاعدة المستمرة وهو المعنى المستصحب-أي أن يبقى الأمر على حاله الأصلية فلا تثبت الالتزامات إلا ببينة شرعية —.

ومعنى الغالب-العرف-: أي ما يكثر حدوثه ووقوعه أو يترجح ولم يكن أصلا، وقد يسمى الظاهر"[1].

مثاله بما يوافق أو يخالف الأصل[2].

1. قالوا الأصل الصحة وزاعم المرض مدع خلاف الأصل، فلو قامت المطلقة طلاقا بائنا على الورثة تدعي أنه طلقها في مرض الموت حتى ترث معهم، كانت هي المدعية وعليها البينة لأنها خالفت الأصل وادعت المرض.
2. قالوا الأصل عدم العداء، فلو ادعي على الطبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه وادعى الطبيب الخطأ، كان الخصم هو المدعي وتجب عليه البينة لمخالفته الأصل وهو عدم العداء وكان الطبيب هو المدعى عليه.
3. قالوا الأصل فيمن ادُّعِيَ عليه العلم بالشيء الجهل حتى يَثْبُت العلم، فإن ادعى الشريك على مشتري حصة شريكه بالشفعة بعد سنة مدعيا عدم العلم بالبيع وادعى المشتري العلم، كان المشتري هو المدعي وعليه البينة لمخالفة الأصل والشفيع هو المدعى عليه.

مثاله بما يوافق أو يخالف العرف[3].

1. إذا تداعى بزاز ودباغ جلدا كان الدباغ مدعى عليه، لأن العرف يشهد له كثرة تعامله بالجلد بخلاف البزاز.
2. إذا تداعى قاض وجندي رمحا كان الجندي مدعى عليه، لشهادة العرف له بذلك فعلى هذا كان القاضي هو المدعي فتجب عليه البينة.
3. إذا اختلف زوجان في متاع البيت فالقول قول الرجل فيما يشبه متاع الرجال فيكون بذلك مدعى عليه، والقول قول المرأة فيما يشبه متاع النساء فتكون مدعى عليها.

---

[1] آل البورنو، محمد صدقي بن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان-، ط01، 1424 هـ - 2003م، ج01، ص277.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص45.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص75.

4. إذا تنازع عطار وصباغ في مسك، قُدِّم قول العطار فهو المدعى عليه لشهادة العرف له.

ثمرة هذا التفريق: بالاعتبار الأول المدعي له الحق في ابتداء الكلام وعرض القضية أمام القاضي، أما بالاعتبار الثاني:" فجانب المدعي ضعيف لأنه يقول خلاف الظاهر فكُلِّف الحجة القوية وهي البينة، لأنها لا تجلب لنفسها نفعا ولا تدفع عنها ضررا فيُقوَّى بها ضعف المدعي، وجانب المدعى عليه قوي لأن الأصل فراغ ذمته فاكتُفِي منه باليمين وهي حجة ضعيفة، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر"[1]، لذا كان المدعي بالاعتبار الثاني هو المطالَبُ بتقديم البينة بخلاف المدعى عليه، وهنا تكمن أهمية التمييز بينهما فلو أخطأ القاضي في التفرقة بينهما لكلف أحدهما بما لم تطالبه الشريعة ولألزمه البينة وكان هذا الإلزام متوجها للآخر فإن لم تكن للأول بينة استحق هذا الثاني ما ليس له.

وهذان الاعتباران لا يلزم منهما الافتراق أو الاجتماع، فقد يكون صاحب الدعوى هو نفسه المدعي في الحديث وقد لا يكون، بحسب القضية.

فلو خاصم عطار دباغا في مسك فعلى الاعتبار الأول العطار هو المدعي، أما بالاعتبار الثاني كان العطار هو المدعى عليه لشهادة العرف له بذلك، فتتوجه في حقه اليمين، وعلى خصمه البينة.

أما لو خاصم الدباغ العطار في المسك، لكان الدباغ مدع بالاعتبارين، في كونه رافع الدعوى وكونه من شهد عليه العرف بضعف سببه إلى المطلوب وهو المسك.

من حاز شيئا مدة تجعل من الحيازة دليلا على ملكيته لذلك الشيء، ثم يدعي أنه اشتراه على غيره ففي هذه الحال صار المدعى عليه لأنه متمسك بالأصل وهو حيازة العين وإن كان هو من رفع الدعوى، في حين أن غريمه صار المدعي لأنه أضعف الطرفين[2].

ثانيا: تعارض الأصل، الغالب–العرف–، الظاهر.

القاعدة عند المالكية أن المدعي من تجرد قوله عن الأصل أو العرف والمدعى عليه من عضده أحدهما، فإن شهد لأحدهما الأصل وللآخر العرف –الغالب–، كان من شهد له العرف هو المدعى عليه[3]، لقوله تعالى: ﴿ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ الأعراف [199] ، ولقوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام:﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ ﴾ يوسف [26]، لأن

[1] ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، دار المعرفة بيروت –لبنان–، 1379هـ، ج05، ص283.

[2] ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص192.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص44 / محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص119.

الغالب هو أن المرأة إن دافعت عن نفسها ممن أراد اغتصابها حين يهجم عليها، فإنها ستضربه وتترك آثارا لدفاعها عن نفسها في وجه المعتدي وثيابه من الجهة الأمامية، فجُعلت قوة دعوى كل واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب[1].

وهذا الترجيح ليس على إطلاقه لقولهم:" إذا تعارض الأصـــل والغالب هل يؤخذ بالأصـــل أو الغالب؟ "[2]، لقاعدة: "إذا تعارض أصل وظاهر فللمالكية في المقدم منهما القولان؟"[3] فصيغة الاستفهام دلت على وقوع الخلاف، ذلك أنهم اتفقوا على تقديم الأصـــل على الغالب في دعوى الدَّيْن، والأصـــل براءة ذمة المطلوب وإن كان من يطالب بالدَّيْن هو خير الناس وأبرهم لأن الغالب فيه أنه لا يطلب إلا حقا، وقدموا الأصل هنا "لطروق الشك في هذا الظاهر –الغالب–، فإن القلوب بيد الله يقلبها كيف شـــاء فيكون تقيا الزمن الطويل ثم ينعكس ومعرفة هذا من الأمر الخفي فألغى هذا الظاهر هنا"[4]، كما اتفقوا على اعتبار الغالب وترجيحه على الأصل في البينة، فلو ادعى رجل دَيْنا على آخر قلنا بتقديم الأصـــل وهو براءة الذمة، فإن قدم المدعي بينة انقلب المدعى عليه إلى مدع وطولب بحجة ليفند بها بينة خصمه لقوله –صلى الله عليه وسلم–:((**بينتك أو يمينه**))[5]، فالنبي –صلى الله عليه وسلم– قد قدم البينة على البراءة الأصلية لذا عند وجودها يسقط الأصل[6].

واختلفوا في غيرهما إلى قولين فيقدمون العرف على الأصل في مسائل وفي مسائل أخرى يقدمون الأصل، لأنها مسائل مبنية على الاجتهاد وإعمال القرائن والأحوال وخاصة تغير الأعراف وتنوعها ويرجع سبب خلافهم لاختلافهم في قواعد شرعية أخرى: " العادة هل هي كالشاهد أم الشاهدين؟ " فمن قال أنها كالشاهد رجَّح الأصل، ومن قال أنها كالشـــاهدين رجح الغالب، وإلى قاعدة: " الغالب هل هو كالمحقق أم لا؟" فمن قال أنه كالمحقق قدمه على الأصـــل، ومن قال لا جعله مرجوحا أمام الأصل[7].

وعلى هذا المنوال اختلفوا إن تعارض أصل وظاهر، كاختلافهم في المقبرة القديمة هل يجوز الصلاة فيها؟ فالأصل

---

[1] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1576.

[2] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص580.

[3] المقري، قواعد الفقه، ص100

[4] المصدر السابق، ج02، ص582.

[5] رواه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن الكريم، باب{إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا، أُولَئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ } [آل عمران: 77]، رقم: 4549، ج06، ص34.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص141.

[7] الغرياني، الصادق بن عبد الرحمان، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي، وشرح المنهج المنتخب للمنجور، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث –الإمارات–، دط، دت، ص73.

طهارتها، وهو بقاء ما كان على ما كان، والظاهر نجاستها لوجود العظام في القبر[1].

مثالــه:

1. دعوى المرأة على زوجها الحاضـــر معها أنه لم ينفق عليها، فالزوج هو المدعى عليه، لأن العرف والغالب يشـــهد بصدقه ورجحوه على الأصل وهو عدم الإنفاق[2].
2. دعوى المبتاع الجهل بالعيب الظاهر، قال مالك بقبول دعوى المبتاع بيمينه – مدعى عليه-،لتقديم أصـل عدم العلم بالعيب، وقال ابن حبيب والموثقون يرفضـون الدعوى إذا كان العيب في موضـع ظاهر لا يخفى، لأن الغالب معرفة المشتري بالعيب الظاهر[3].
3. دعوى الحر التغرير به وتزويجه بأمة وانكار المرأة لذلك، فالأصـل عدم الغرور وبه قال سـحنون، والغالب عدم رضـا الحر بتزويج الأمة، وبه قال أشهب، وهو الراجح[4].

وقالوا حتى يكون هذا التعارض معتبرا وجب:

1. أن لا تطَّرد العادة بمخالفة الأصل، وإلا قُدِّمت قطعا.
2. أن تكثر أســـباب الظاهر فإن ندرت لم ينظر إليه قطعا، فمن تيقن الطهارة، وغلب على ظنه الحدث لم ينتقض وضوؤه.
3. أن لا يكون مع أحدهما ما يعتضـــد به، وإلا فالعمل بالترجيح متعين، فلو ترجح الغالب بالشـــهادة ترجح على الأصـــل، وإن كان ســـنده العرف أو القرائن أو غلبة الظن فهذه يتفاوت أمرها فتارة يعمل بالأصـــل، وتارة يعمل بالظاهر وتارة يُختلف فيه[5].

وصور تعارض الغالب والأصل أربعة:

1. **ما يقطع فيه بالغالب:** كترجيح الحيازة على الأصل وهو عدم الملك، لأن الغالب من حاز أمرا كان مالكا له[6].
2. **ما يقطع فيه بالأصل ويلغى الغالب:** من اشتبه بمحرمية مع نسوة في بلد كبيرة فإنه يتزوج من شاء من نساء تلك

---

[1] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص583.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص141.

[3] المنجور، المصدر السابق، ج02، ص581.

[4] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج02، ص121.

[5] المصدر نفسه، ج04، ص120.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص43.

البلاد لأن الأصل الإباحة[1].

3. **ما فيه خلاف والأصح[2] تغليب الغالب:** "يُقْبل قول الزوج أنه أنفق على زوجته إذا كان مقيما معها وادعت أنه لم ينفق عليها لشهادة العرف له"[3].

إذا ادعى رجل على آخر أنه موسر فأنكر الخصم وقال أنه معسر، فالأصل هو الإعسار لكن غالب أحوال الناس الملاء فيُقَدَّم الغالب ويجبر مدعي الإعسار بالبينة[4].

4. **ما فيه خلاف والأصح تغليب الأصل:** من شك في صحة العقد، تقدم دعوى الصحة لأن الأصل في العقود الصحة، إلا أن يكثر الفساد ويكون هو الطاغي في تعاملات الناس فيقدم الغالب[5].

ثالثا: التحقيق في تمييز المدعي من المدعى عليه:

القاعدة التي توصلت إليها والتي أرى أنها تصلح لكل الأزمنة: ((**أن المدعي هو الذي شهدت له القرينة الأضعف، والمدعى عليه من شهدت على صدقه القرينة الأقوى سواء كانت شرعية، عرفية، عقلية، علمية**))، وقد اعتبر المالكية الأصل كبراءة الذمة في الدَّين ، الأصل بقاء ما كان على ما كان...وغيرها في معرفة المدعي، لكنها لا تعدوا كونها قرائن شرعية يُعمد إليها للترجيح وهو ما يوافق قول ابن شاس: "إذا ادعى أحدهما ما يوافق العرف وادعى الآخر ما يخالفه فالأول المدعى عليه والثاني هو المدعي، وكذلك كل من ادعى وفاء ما عليه أو رد ما عليه من غير أمر يصدق دعواه فإنه مدع- الأصل براءة الذمة- [6].

فأمثلة المالكية في الاعتبار مبنية إما على الأصل وإن كان أن الأصل هو قرينة شرعيةأو على القرائن باختلاف أنواعها:

فلو تخاصم رجلان في أبوة ولد، كان المدعى عليه من شهدت له القرينة وهي نسبة الولد للفراش، والمدعى عليه من لم تشهد له هذه القرينة، وهذه القرينة الشرعية هي أصل شرعي[7].

---

[1] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص120.

[2] الأصح: يكون في مقابل الصحيح، إلا أن الأصح مرجح على الآخر بوجه من وجوه الترجيح./ أبو عاصم، مصادر الفقه المالكي، ص197.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص383.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص145.

[5] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص49.

[6] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1075.

[7] قره داغي، عارف علي عارف، مسائل فقهية معاصرة، الجامعة الإسلامية العالمية الماليزية، ط01، 2011م-1432هـ، ص44.

أما لو تخاصما ولم توجد القرينة الشرعية نظر القاضي إلى قرينة أخرى، كأن يضيع رضيع في زلزال ووجده أحدهما وتحقق من أبوته من خلال تحليل الحمض النووي الـ ADN ثم ادعى آخر أنه الأب، كان هذا الثاني هو المدعي والأول المدعى عليه لوجود قرينة علمية تشهد له.

لو رفع رجل دعوى على امرأة اتهمته باغتصابها فالمدعى عليه هو الرجل لأن الأصل – القرينة الشرعية-براءة ذمته والمدعي هو المرأة فوجبت عليها البينة.

أما في حال جهل المدعي من المدعى عليه لغياب القرينة، بدأ بالجالب منهما فإن لم يعرف:

1. وفي النوادر: "رفع القاضي الجلسة حتى يتفقا، فإن أصر أحدهما على الخصومة كان هو الطالب"[1].
2. فإن لم يتفقا قيل للقاضي أن يقرع بينهما[2].
3. قيل: له أن يبدأ بأيّهما شاء على رأي أصبغ وابن عبد الحكم وإن ظهر له أضعفهما بدأ به[3]، ووجه هذا القول أن يبدأ القاضي بمن شاء منهما، وذلك حتى يتبين له ممن أمره بالكلام صورة الدعوى فيفهم عليه ويعرف من كلامه من هو المدعي والمدعى عليه على الاعتبار الثاني الذي به يحكم بينهما، فإذا عرف أضعفهما بعد ذلك توجه لغريمه بالإقرار أو الإنكار.
4. قيل:"يصرفهما للصلح، وقيل: يتحالفان، ويسأل من سكت إن قال خصمه: أنا المدعي"[4].

رابعا: استثناءات معيار التمييز بين المدعي والمدعى عليه.

نبه المالكية أن الأصل في المدعي أنه من ضعف جانبه في الوصول إلى المدعى به لذا احتاج للبينة، بخلاف المدعى عليه الذي قوي موقفه لتمسكه بالأصل فاحتاج لليمين، لكن خولفت قاعدة الدعاوى في خمسة مواطن يقبل فيها قول الطالب بيمينه وليس ببينة[5]:

1. اللعان يقبل فيه قول الزوج لأن العادة أن الرجل ينفي عن زوجه الفواحش، فحيث أقدم على رميها بالفاحشة كانت قرينة قوية على صدقه فخُفِّف عنه عبء الإثبات من البينة –أربعة شهود- إلى اليمين فقط.

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص45.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص59.

[3] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص726.

[4] بهرام، ابن عبد الله الدَّمِيرِيّ، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط01، 1429هـ - 2008م، ج02، ص841.

[5] القرافي، الفروق، ج04، ص76./ القرطبي، تفسير القرطبي، ج01، ص459.

2. قبول قول الأمناء في التلف من غير تفريط، فلو طالبناهم بالبينة لزهد الناس في قبول الأمانات وفي قضاء مصالح بعضهم البعض المبنية على حفظ الأمانة –الوديعة، اللقطة...–.
3. يقبل قول الحاكم في التجريح والتعديل وغيرهما من الأحكام، ولو طولب في كل تجريح وتعديل بالبينة لفاتت المصالح المترتبة على الولاية من تعطيل اصدار الأحكام، وتأخير حقوق الناس...
4. قبول قول الغاصب في التلف مع يمينه لضرورة ألا يُخَلد في الحبس، ثم الأمين قد يكون أمينا من جهة مستحق الأمانة أو من قبل الشرع كالوصي والملتقط، ومن ألقت الريح ثوبا في بيته.
5. القَسَامة يُقبل فيها قول الطالب لترجحه باللَّوث وهو أمارة تغلب على الظن صدق مدعي القتل، كشهادة العدل الواحد على رؤية القتل، أو يرى المقتول يتشحط في دمه.

المطلب الثاني: سماع الجواب.

بعد سماع القاضي لمقال المدعي يتوجه بالسؤال إلى المدعى عليه ليسمع منه جوابه على ما ادعي عليه، وهذا الجواب له حالات سأتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: الجواب بالإقرار.

أولا: تعريف الإقرار.

1. تعريف الإقرار لغة:

الإقرار هو الإذعان للحق والاعتراف به وأقر به أي اعترف، وفي البصائر: الإقرار: إثبات الشيء إما باللسان وإما بالقلب أو بهما جميعا[1].

فمدار الإقرار حول الاعتراف والإذعان بالحق وهو ما يوافق المعنى الشرعي الذي أقره الفقهاء.

2. تعريف الإقرار اصطلاحا:

أ. عرفه ابن عرفة أنه: **"خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه"**[2].

الشرح:

- **خبر**: أخرج به الإنشاء كقول البائع للمشتري: بعتك السيارة بكذا، فيقول المشتري: قبلت، فقوله بعتك السيارة ليس خبرا بل إنشاء لأن البائع أنشأ عقد البيع، أما لو قال حكاية أنه باع سيارته لفان كان خبرا.

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج13، ص395.
[2] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص332.

كقول الزوج لزوجته: طلقتك، فهذا سياقه الإنشاء لأن الزوج أنشأ الطلاق ولم يخبر عنه، أما إن قال: قد طلقت زوجتي بالأمس كان خبرا.

- **يوجب حكم صدقه على قائله فقط**: أخرج به الرواية والشهادة لأنه إذا قال: الصلاة واجبه فذلك خبر أوجب حكم صدقه على مخبره وغيره، وإذا شهد على رجل بحق فإنه أوجب حكم صدقه على غيره فقط وإذا قال في ذمتي دينار فهو خبر أوجب حكم صدقه على المخبر وحده وهو معنى قوله فقط.
- **بلفظه أو لفظ نائبه**: زاد لفظ نائبه ليدخل ما أقر به الوكيل عن موكله كقوله: أقر عنه بمائة، فإنه إقرار[1].

ب. **الإقرار** هو **"الاعتراف بما يوجب حقا للغير على المقر ليحكم بمقتضاه"**[2].

الشرح:

- **الاعتراف**: الإخبار عن أمر ما.
- **بما يوجب حقا**: هذا قيد يُخْرج الإقرار الذي لا يُوجب حقا كالاعتراف بالمشاعر وغيرها.
- **للغير**: يخرج به الاعتراف بما يوجب مصلحة لنفسه كأن يدعي أن له دينا على فلان.
- **على المُقِر**: أي أن يثبت الاعتراف عبء على صاحبه فإن أثبت عبء على غيره كان شهادة.
- **ليحكم بمقتضاه**: أي أن الهدف من هذا الاعتراف ترتيب أثر قضائي وهو اصدار حكم قضائي استنادا عليه.

ثانيا: حكم الإقرار.

الإقرار على النفس: الإقرار حجة على صاحبه وحجة لغريمه وهو ملزم للأدلة السابقة، قال ابن عرفة وغيره: **"**الإقرار بالشيء أقوى من قيام البينة عليه**"**[3].

فمن غير المعقول أن يثبت المرء حقا للغير على نفسه أو يلزم نفسه أمرا سيترتب عليه عقوبة في بدنه أو ماله، وإن فعل فاعلم أنه صادق في قوله إن كان سليما من أي شائبة كالإكراه والسفه...، لذا يلزمه ما أقر به سواء أكان إقرارا كليا أو ببعض ما ادعاه الطالب، ومنه جاء ضابط: **"**من أقر بشيء لزمه**"**[4].

فهو حجة كاملة تامة ملزمة لصاحبها، لا يحتاج ما يعضده لصدوره عمن له الولاية التامة عن نفسه وماله دون أن تحوم حوله شوائب قد تضر به من تهمة واحتمالات قد تتطرق لغيره من الأدلة –الشهادة، الكتابة...–دون أن تمسه[5].

الإقرار على الآخرين: إذا أقر بشيء على الآخرين فهو غير ملزم، وليس حجة قاطعة بل هو من باب الشهادة،

---

[1] ميارة، الإتقان والإحكام، ج02، ص225.

[2] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص90.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص85.

[4] محمد بن عامر، المصدر السابق، ص38.

[5] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان دمشق–سوريا–، ط01، 1402هـ، ص255.

لقاعدة: "أن من أقر على نفسه وعلى غيره لزمه الإقرار على نفسه ولم يلزمه إقرار على غيره ولكنه يكون شاهدا فيه"[1]، ذلك أن المقِرَّ له أهلية كاملة على تصرفاته فهو مالك لها لذا ما شهد به على نفسه ألزم به، أما إقراره على غيره غير مقبول شرعا لعدم امتداد ولايته على غيره[2].

فإن أقر بقتله لشخص معيَّنٍ وأن فلان ساعده، فإقراره يلزمه هو دون صاحبه إلا إن أقر الثاني أو وجدت البينة[3]، ويحمل قوله على كونه شهادة تدعم موقف الخصم.

الفرع الثاني: الجواب بالإنكار.

أولا: تعريف الإنكار.

1. **تعريف الإنكار لغة:** مصدر أنكر ويأتي على عدة معان:

أ. **الجهل:** يقال: أنكره إنكارا، واستنكره وتناكره إذا جهله[4] ومنه قوله تعالى ﴿ وَجَآءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ فَدَخَلُواْ عَلَيْهِ فَعَرَفَهُمْ وَهُمْ لَهُۥ مُنكِرُونَ ﴾ يوسف [58].

ب. **التغيير:** أي جعله بحيث لا يعرف، ومنه قوله تعالى: ﴿ قَالَ نَكِّرُواْ لَهَا عَرْشَهَا ﴾ النمل [42]، وقد نكره فتنكر، أي غيره فتغير إلى مجهول[5].

ج. **الجحود**[6]: وهو "الإنكار مع العلم"[7] ومنه قوله تعالى: ﴿ وَجَحَدُواْ بِهَا وَٱسْتَيْقَنَتْهَآ أَنفُسُهُمْ ظُلْماً وَعُلُوّاً ﴾ النمل [14] "قيل: نكر أبلغ من أنكر، وقيل: نكر بالقلب، وأنكر بالعين، وفي البصائر: وقد يستعمل ذلك منكرا باللسان الإنكار بالقلب، لكن ربما ينكر اللسان الشيء وصورته في القلب حاضرة، ويكون ذلك كاذبا، وعلى هذا قوله تعالى: ﴿ يَعْرِفُونَ نِعْمَتَ ٱللَّهِ ثُمَّ يُنكِرُونَهَا ﴾ النحل [83] "[8].

---

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص207.

[2] مصطفى الزحيلي، المصدر السابق، ص255.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص235.

[4] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج14، ص289.

[5] المصدر نفسه، ج14، ص291-292.

[6] ابن منظور، لسان العرب، ج05، ص233.

[7] الرازي، مختار الصحاح، ص53.

[8] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج14، ص289.

فهذه المعاني من الجحود والجهل بالشيء وحتى معنى التغيير –من باب تغيير دعوى المدعي وعدم قبولها كما هي–، كل منها له أثر في استعمال الفقهاء رحمهم الله تعالى.

2. تعريف الإنكار اصطلاحا:

لم أجد في نطاق بحثي تعريفا للإنكار في الخصومة عند علمائنا المالكية، ويعود ذلك لكونه مفهوما بديهيا معلوم بالضرورة فلا يحتاج لبيان، وقد عرفته بـ: **"نفي المدعى عليه أو نائبه لما ادعي به عليه أو بعضه"**.

الشرح:

أ. **نفي:** لأنه أعم من الجحود إذ الجحود مختص بما علم صاحبه أنه حق فأنكره فهو إنكار مكابرة، أما واقع حال المدعى عليه قد ينكر الدعوى إنكار مكابرة وقد ينكرها إنكار حق، ويبعد عن نفسه ما ادعي عليه وهو المقصود بالنفي لغة[1] فيكون بذلك النفي أشمل فيعم من أنكر إنكار مكابرة أو إنكار حق.

ب. **المدعى عليه أو نائبه:** أقصد به من كان إنكاره مقبولا قضاء ويترتب عليه آثاره، فإما أن يكون المدعى عليه –إن كان حاضرا– أو من يعينه كصاحب الوكالة العامة.

ج. **لما ادعي به عليه أو بعضه:** لا يلزم من الإنكار أن يكون كليا فعلى المدعى عليه الإقرار لصاحب الحق في الجزء الذي يرى أن له حق فيه، وعليه أن ينكر في الجزء الذي يرى ألا حق له فيه.

ثانيا: مشروعية الانكار.

الجواب بالإنكار إحدى طرق الإجابة المقبولة في الخصومة لقوله –صلى الله عليه وسلم–:((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**))[2]، فقد أثبت النبي –صلى الله عليه وسلم– أن لمن أنكر دعوى غريمه أن عليه اليمين، وهذا يلزم منه إثبات حق الإنكار للمدعى عليه.

وما جاء في مخاصمة حضرمي وكندي إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ((**فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق ليحلف، فقال**

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج40، ص116.

[2] سبق تخريجه، ص152.

رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر: «أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما، ليلقين الله وهو عنه معرض»))[1].

فالشـاهد أن الكندي أجاب على مقال الحضـرمي بالإنكار في قوله: "هي أرضـي في يدي أزرعها ليس له فيها حق" فقبل النبي –صلى الله عليه وسلم– هذا الإنكار وبنى عليه حكمه.

ثالثا: حكم الإنكار.

1. إذا ادعى رجل على آخر في حق وكان المدعى عليه يعلم أن للمدعي حقا فلا يجوز له إنكار ذلك للحديث السابق،((**أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما، ليلقين الله وهو عنه معرض**))[2].

أما لو رأى أن ليس للمدعي حقا عليه فله إنكار ذلك دون مواربة وتدليس، لذا في حال أنكر المدعى عليه إنكارا صريحا عمل بمقتضاه[3]، وذلك بإنكار الدعوى وسببها إن ذكر المدعي السبب سواء من بيع أو قرض أو غصب...

فإن لم يذكر المدعي السبب في المقال أمره القاضي ببيانه[4]كأن يقول: لي عليه 1000دج دين من بيع[5]، لأنه ليس كل دعوى توجب للمدعي حقا على المدعى عليه فلو قال لي عليه 1000دج لأنه وعدني بها فإن المدعى عليه غير ملزم بالجواب، وكأن يقول أعطيت المدعى عليه 1000دج ثم تبين أن هذا المال ليس من مال المدعي بل من شـخص ثالث أجنبي وليس للمدعي وكالة باسترداد المال بل هو وسيط فقط، فهنا لا يجب على المطلوب إجابة الدعوى[6].

لو ذكر المدعي سبب الدعوى فأنكر المدعى عليه بقوله: " أنا أحلف أنه لا شيء له عندي من هذا السبب" قال أشـهب لا يجزيه حتى يقول ولا أعلم له شـيئا بوجه من الوجوه، لأن إنكاره هنا هو إنكار جزئي فلو ادعى عليه بـ1000دج دينا وقال المدعى عليه: "ليس له علي 1000دج " لما تناول هذا الإنكار جميع المدعى به فقد يكون عليه دين بقيمة 500دج فقط فيتهرب عن الإجابة عنها لذا يصـرح ولا شـيء بوجه من الوجوه[7]، قال القاضـي أبو الوليد: الظاهر أنه يجزيه لأن الطالب لم يطلب بغير ذلك"[8].

---

[1] رواه مسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، رقم:139، ج01، ص123.

[2] سبق تخريجه، من نفس الصفحة.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص83.

[4] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص211.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص189.

[6] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص34.

[7] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص578.

[8] القرافي، الذخيرة، ج11، ص09.

2. لا يقبل الإنكار إن كان غير جازم كقوله: ما أظن له عندي شيئا[1].

3. لا يعتبر من الإنكار الصـــريح قوله: ربما ليس له علي كذا... [2] فلا بد من الجزم و البيان في الإنكار[3]، أما لو أنكر إنكارا عاما كقوله: "لا حق لك علي"، أو أنكر وجود معاملة بينهما أصـــالة كقوله: "لا معاملة بيني وبينه"، ففيه خلاف في المذهب:

أ. **القول الأول**: المشهور أن الإنكار بصيغة العموم غير مقبولة لأن الجواب يجب أن يكون صريحا على قدر الدعوى فإن أبى كان ممتنعا واعتبر ملدا، وهو قول ابن القاســـم، وما شـــهدت له رواية المذهب عن مالك في يمين الإنكار التي شرطها أن تكون على قدر الدعوى ولا تكون عامة[4]، ولقاعدة: **"لا يلزم من نفي الكل نفي البعض"**[5]، وقال في رواية يحي بعد يمين الذي عليه الحق: "ومن اشـترى منك ثوباً ونقدك الثمن فقبضـته منه ثم جحدته الاقتضـاء، وطلبت يمينه، فأراد هو أن يحلف أنه لا حق لك قبله، فليس له ذلك، قال مالك: ولك أن تحلفه أنه ما اشترى منك سلعة كذا بكذا، لأن هذا يريد أن يورك في اليمين، قال ابن القاسم: يعني بقوله يورك الألغاز"[6].

ومرد هذا القول إلى تجنب الألغاز والتورية والتلبيس فلو كان صادقا في إنكاره لأنكر مباشرة وجه ما ادعي عليه دون تورية، مثاله في دعوى الوديعة له أن ينكر بصيغة: "لم تودعني هذا الشيء" لكن لا يقبل منه قوله: لا يلزمني دفع شيء إليك أو تســـليم شـــيء إليك، لأنه لا يلزمه ذلك بل يلزمه التخلية بين الوديعة والمودع وليس إنكار حق لم يدعه عليه الطالب[7].

ب. **القول الثاني**: إذا أنكر المدعى عليه بقوله: "لا حق لك علي"، فإنكاره مقبول لأن "نفي الأعم يستلزم منه نفي الأخص" وقال به ابن الماجشون ومطرف وابن عبد السلام ورواية عن ابن القاسم[8].

قال ابن الماجشون: إذا حلف: ما لك علي من كل ما تدعيه قليل ولا كثير، فقد برئ[9].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص189.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص83.

[3] الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة – مصر-، ط01، 1332 هـ، ج05، ص238.

[4] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص531./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص189.

[5] القرافي، الذخيرة، ج11، ص10.

[6] ابن يونس، المصدر السابق، ج17، ص531./ خليل، التوضيح، ج08، ص30.

[7] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص578.

[8] الباجي، المنتقى شرح الموطإ، ج05، ص238./ التسولي، البهجة، ج01، ص83.

[9] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص159.

ج. **القول الثالث:** قال به ابن حبيب ويشترك مع القول الثاني في قبول الإنكار بصيغة العموم مع تقييدها إن صدرت ممن عرف تقواه وكان ممن لا يتهم.

قال المازري: واختار ابن حبيب الاستظهار بقرائن الحال، فإذا كان المدعى عليه من أهل الصلاح والفضل والمدعي من أهل التهم ومن يظن به أنه ادعى الباطل، قنع في اليمين بما قاله ابن الماجشون، فيقول: ما لك عندي حق قليل ولا كثير...[1].

والقول الثالث هو من باب الجمع بين القولين السابقين فاشتراط ابن حبيب الصلاح في المدعى عليه هو من باب قطع سبب إنكار مالك لصيغة العموم في الإنكار مع قبول قول ابن الماجشون الذي في طرحه قوة ووجاهة، لذا جمع ابن حبيب بين القولين.

ثمرة الخلاف:

إذا ادعت امرأة على رجل أن في ذمته 1000 درهم نصف صداقها الواجب لها بطلاقها منه قبل الدخول، فقال: "لا حق لها علي" وقبل الحاكم منه، فإن أقامت البينة على ما تدعيه أنه طلقها ولم تقبض منه شيئا وأقام الزوج بينة تشهد بدفع نصف الصداق لها أو بإسقاطها عنه فإن بينته تقبل، لأنه لم يكذبها بإنكاره حين قال: "لاحق لها علي" فكلامه يحتمل إنكار أن الزواج لم يحدث أصلا، وكذا انكار وقوع الطلاق، وكذا أن الطلاق قد وقع لكنه دفع إليها حقها أو أنها أبرأته، لذا تقبل حجته لأنه لم ينكر أصل ادعاء المرأة –وقوع الزواج ثم الطلاق–بل انكاره يحتمل قصد أنه ليس لها حق عليه لأنه قد سدده، لذا الانكار العام الصادر منه لا يتعارض مع بينته.

لذا وجب عليه إنكار الوجه الذي ادعت عليه به كأن ينكر الطلاق أو التزويج أو أن لها عليه ألف درهم نصف صداقها الواجب لها، فإن أقام بينة بعد إنكاره هذا أنه قد دفع لها نصف الصداق لم يقبل منه لأن حجته تعارضت مع إنكاره فلا تقبل منه[2].

إذا أنكر المدعى عليه التعامل مع المدعي أصالة بأن قال: "لا معاملة بيني وبينه" وقُبِل منه، فإن أقام الطالب بينته لم يقبل من المدعى عليه بينة لذلك الحق، لأن إنكاره أصل المعاملة تكذيب لبينته، فلو ادعي عليه بدين فأنكر المعاملة من أصلها وأقام المدعي بينة بالدَّين، ثم أقام المدعى عليه بينة بقضاء الدَّين لم تقبل منه هذه البينة[3].

وهنا قيَّد المالكية رفض البينة إن تعارضت مع جواب المدعى عليه بقيدين:

---

[1] خليل، التوضيح، ج08، ص31./ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص531.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص37.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص151.

- الأول: أن يكون المدعى عليه ممن يعلم أن إنكاره يضره فإن جهل ذلك عذر، فإن أعلمه القاضي بذلك واستمر هو على قوله لم يعذر حينها، نقله الرعيني عن مالك، وابن دينار[1] عن ابن القاسم[2].
- الثاني: أن تكون الدعوى في غير الحدود والعقار فإن كانت فيهما قبلت البينة ولو تعارضت مع إنكاره وهو قول ابن القاسم وابن كنانة، لأن الحدود يتساهل فيها فتدرئ بالشبهات كما لو ادعي عليه أنه قَذَف فأنكر ذلك، فأقام المدعي بينة ثم أقام المدعى عليه بينة أخرى بالعفو فإنها تنفعه، أما الأصول لأن ملكيتها ظاهرة فإن أنكر الحائز ملكيته للعقار ثم قدم بينة أنه اشترى العقار منذ سنتين مثلا فإن بينته مقبولة لتقويتها وترجيحها بظاهر الحال – الحيازة- فكأن الحيازة كانت هي الجواب عن دعوى المدعي أول الأمر فكأنه لم يحصل ما يكذب بينته[3].

فمن الصيغ المقبولة في إنكار المدعى عليه أن يقول[4]:

- لا معاملة بيني وبينه.
- لا شيء له عندي من هذا السبب.
- لا شيء له عندي من هذا السبب ولا أعلم له شيئا بوجه من الوجوه على قول أشهب كما سبق.
- لا يلزمني ما ادعى به ولا شيء منه.

الفرع الثالث: الامتناع عن الجواب.

أولا: حكم الامتناع.

إذا امتنع – نكل-المدعى عليه عن الجواب بإقرار أو انكار خلاف في المذهب[5]:

1. إن سكت المدعى عليه أو امتنع عن الإقرار أو الإنكار كقوله: لا أجيب أو لا أقر ولا أنكر، أو قال: لا أدري، هل علي شيء مما يدعي؟، أو علق على إثبات المدعي أشياء لا تلزمه، أو قال: لا حق له علي، -على قول من لا يعتبره إنكارا-...ويلحق به صيغ الهروب من الجواب كقوله: فليثبت المدعي دعواه، لي مخرج مما يدعيه المدعي، لا

[1] محمد بن إبراهيم بن دينار الجهيني، كنيته أبو عبد الله، وكان فقيها فاضلا له بالعلم رواية وعناية، كان من قدماء أصحاب مالك وكبارهم وشركه في بعض رجاله كابن هرمز، توفي سنة 182هـ.القاضي عياض، ترتيب المدارك، ج03، ص18.

[2] محمد جعيط، المصدر السابق، ص38

[3] المصدر نفسه، ص38

[4] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1077./ القرافي، الذخيرة، ج11، ص10./الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص151.

[5] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص34.

علم لي بما يدعيه هل هو حق أم لا؟، سأتأمل وأفكر...فإن أصر المدعى عليه على قوله عد ممتنعا لأن جوابه لا يحمل في طياته إنكار ولا إقرار[1]، وللمالكية في علاج هذا الوضع حلول تمثلت في الأقوال التالية:

أ. لا يترك المدعى عليه حتى يقر أو ينكر، ويجبر على ذلك بالسجن أولا، فإن تمادى فبالضرب، رواه أشهب عن مالك وقال به ابن الماجشون[2]، فإن تعنت حكم عليه بدون يمين المدعي[3] قال مالك "فيمن كانت بيده دار ادعى رجل أنها لأبيه أو لجده، فسئل من هي بيده فلم يقر ولم ينكر-: أنه يجبر على أن يقر أو ينكر"[4].

ووجه هذا القول أن المطلوب هنا له حكم المماطل الملد عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم -قال: ((**ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته**))[5]، "قال ابن المبارك يحل عرضه يغلظ له، وعقوبته يحبس له"[6]، هذا إن ذكر المدعي السبب فإن نساه أو جهله فالقاضي لا يقضي للطالب بشيء على المدعى عليه حتى يسمي المدعي السبب الذي كان له به الحق، أو يقول: لا أعلم وجهه، ولا أذكره، وهنا لا تتوجه اليمين على الطالب لأنه لا يذكر السبب بل عليه البينة على دعواه فقط قاله أشهب[7].

ب. لا يترك المدعى عليه حتى يقر أو ينكر، ويجبر على ذلك بالسجن أولا، فإن تمادى حكم عليه بغير يمين المدعي من غير ضرب لقول –ابن المواز-: "كل مدعى عليه لا يدفع الدعوى فإنه يحكم عليه بغير يمين"[8]، وأفتى به فقهاء قرطبة[9]، فقد عدل عن قول مالك الأول استحسانا، وذلك إن كان المدعى عليه شاكا وتمادى على شكه، بأن يحلفه القاضي: "أنه ما وقف عن الإنكار أو الإقرار إلا لأنه على غير يقين فيه"[10]، لأن المدعي هنا امتنع عن الإجابة لا لتعمده بل لشكه في حصول ما ادعي عليه به، لذا لا يؤذى بالضرب كالقول الأول حتى يتذكر ولا تتوجه عليه اليمين لأنه ليس ناكلا بل هو متردد، إلا أن تردده أضر بالخصم فيقضى له مباشرة، أما سجن المطلوب

---

[1] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص582-583.

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1075./ ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص34.

[3] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص133.

[4] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5331.

[5] رواه أبو داود في سننه، كتاب: الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم 3628، ج5، ص473.

[6] القرطبي، تفسير القرطبي، ج06، ص353.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص175.

[8] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1076.

[9] خليل، التوضيح، ج08، ص233.

[10] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص175.

أول الأمر راجع إلى الرغبة في التحقق من صدقه والتثبت من ادعائه النسيان والشك، فلو فتح هذا الباب لتساهل الناس فيه و لَادَّعى كل منهم الشك هروبا من اليمين ولكان له انشاب الخصومة من جديد، ومدة السجن بحسب تقدير القاضي وفق الدعوى.

ج. قول: إن أبى عن الجواب لم يجبر على ذلك وعدَّ كالنَّكول فيُقضى للطالب مع يمينه[1]، إذا كانت الدعوى مشبهة وكانت تستحق باليمين مع النكول، لأن نكوله عن الكلام نكول عن اليمين هذا إذا كانت الدعوى فيما تدخله اليمين، وإن كانت الدعوى فيما لا يثبت إلا بالبينة دعا خصمه بها وحكم عليه إن تمادى على ترك الكلام[2]، وهو قول أصبغ، لما روى ابن حبيب عن أصبغ أنه قال: "وإن سكت أو تكلم، فقال: لا أخاصمه إليك، قال له القاضي: إما خاصمت، وإلا أحلفت هذا المدعي على دعواه وحكمت له،..."[3]، فأصبغ لم يصرح بإجبار المدعى عليه على الجواب بالسجن أو الضرب بل حكم باليمين للطالب بعد تنبيه المطلوب على ضرورة الإجابة.

د. قال اللخمي بتخيير المدعي بين أمور ثلاث:

- يقضى للمدعي دون يمين على أنه متى عاد المدعى عليه إلى الإنكار والخصومة، كان ذلك له.
- يقضى للمدعي مع اليمين بعد أن يُعلَم المدعى عليه أنه إن لم يقر أو ينكر حكم عليه، كما يحكم على الناكل-لأن الناكل عن اليمين كالمقر على المعتمد[4]-، ولا ينقض له الحكم بعد ذلك إن أتى بحجة، إلا إن أتى ببينة لم يكن علم بها قبل الحكم.
- للمدعي المطالبة بسجن المدعى عليه حتى يقر أو ينكر، لأنه يقول: "هو يعلم أن حقي حق، وقد يقر إذا سجن فلا أحلف"[5].

2. يستثنى من مسألة امتناع المدعى عليه حالات لا يجبر فيها على الجواب هي:

أ. الوصي والمقدم عن مال اليتيم، فلا يجبران على الإجابة بل يأمر المدعي بإقامة البينة، وعلة ذلك أن إقرارهما لا يفيد وهو واقع موقع الشهادة، فلا فائدة في جبرهما[6].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص190.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر السابق، ج08، ص46./ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1076.

[3] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص46.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص84.

[5] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5331./ ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص484.

[6] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص83.

ب. السفيه فيما ادعي عليه بالغصب والإتلاف واستحقاق شيء من ماله، فلا يجبر على الجواب وليس للمدعي سوى البينة وإلا له اليمين عند رشـــد المدعى عليه، وإن كانت في الجنايات والطلاق يجبر على الجواب ويلحق به السكران[1].

ج. إن قال المدعى عليه: لا أجاوب لأني لســـت على يقين مما ادعي علي به –كان ناســـيا– وحلف بذلك، فعلى المدعي إثبات دعواه دون إجبار للمدعى عليه بالإجابة[2].

د. إن مات صـــاحب الحق، ليس على المدعى عليه أو ورثته الجواب حتى يثبت المدعي موت صـــاحب الحق وأنه من ورثته وكذا عددهم[3].

هـ. إن طلب المطلوب مهلة، إن كانت الدعوى مما يحتاج التفكر والتدبر كالتأكد من حدود العقار المتنازع عليه وغيره فلا يجبر على الإجابة في الحين[4]، ويعطى نسـخة من المقال ليسـاعده على التثبت وقيل يعطى المدعى عليه نسـخة من المقال مطلقا سواء كانت الدعوى بسيطة أو متشعبة لابن الرحال[5].

و. إن طلب المدعى عليه الإعذار لتعيين وكيل له ولو كانت الدعوى بســـيطة على قول ابن الهندي والعمل بخلافه، ويلحق به إن امتنع الوكيل حتى يشـــاور موكله إن لم يكن في وكالته حق الإقرار وإن كانت وكالته عامة أجبر الوكيل على الإجابة في المجلس[6].

المطلب الثالث: الخُلْطَة.

الفرع الأول: تعريف الخُلْطَة.

أولا: تعريف الخلطة لغة.

من الخَلْط، يقال: خَلَطَ الشَّـيْءُ بِالشَّـيْءِ يَخْلِطُه خَلْطاً وخَلَّطَه فاخْتَلَطَ: مَزَجَه واخْتَلَطا، وخالط الشـيء مُخالَطة وخِلاطاً: مازجه، والخِلْطُ: ما خالط الشيء، وجمعه أَخْلاطٌ[7].

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص83.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص191.

[3] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص87.

[4] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص15-16.

[5] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص91.

[6] المصدر نفسه، ج01، ص91.

[7] ابن منظور، لسان العرب، ج07، ص291.

وخلطه تخليطا: مزجه، أعم من أن يكون في المائعات أو غيرها، وقد يمكن التمييز بعد الخلط في مثل الحيوانات والحبوب، قال المرزوقي: أصل الخلط: تداخل أجزاء الشيء بعضها في بعض وإن توسع[1].

الخليط: المخالِط، ويريد به الشريك الذي يخلط ماله بمال شريكه[2]، وهو المشارك في حقوق الملك كالشرب والطريق[3].

الخُلطة: بالضم: الشركة، ولا فرق إذن بين الخليط والشريك، والاختلاف بينهما إنما يقع بسبب اختلاف المحل...[4].

ومن خلال هذه التعريفات اللغوية نجد أن معنى الخُلطة لغة يحوم حول معان عدة منها: المزج بين شيئين سواء كانا مائعين أو غير ذلك، ومعنى التداخل بين أجزاء متعددة أو الجمع بينها، كما يشمل معنى المشاركة المبنية على وجود تعامل وتعاطي بين الشريكين.

لذا فالمعنى اللغوي بمختلف أوجهه له علاقة بمراد فقهائنا المالكية، الذين استعملوه في معنى وجود تعامل سابق بين المدعي والمدعى عليه.

ثانيا: تعريف الخُلْطة اصطلاحا.

لم يعرف المالكية الخلطة –إلا ابن عرفة في حدود علمي–وإن قدموا لها بما يقرِّب فهمنا حولها:

1. قال ابن القاسم في رواية أصبغ عنه، وغيره: "الخلطة أن يبايع إنسان إنسانا بالدَّين مرة، أو يبايعه بالنقد مرارا"، وقال سحنون: "لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء"[5].

فبين الإمامان مفهوم الخلطة باعتبار ما تثبت به، فالأول بالدَّين والمبايعة والثاني بالمبايعة فقط وكلاهما متفق على وجوب أن يكون هناك تعامل مالي بين الطرفين حتى تثبت الخلطة.

2. عرفها القاضي عبد الوهاب نقلا عن شيخه أبو بكر الأبهري أنها: "إذا كانت الدعوى تشبه أن يُدعى بها على مثل المدعى عليه"[6].

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج19، ص257.

[2] المصدر نفسه، ج19، ص263.

[3] الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان–، ط08، 1426 هـ - 2005 م، ص665.

[4] أبو البقاء الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش – محمد المصري، مؤسسة الرسالة بيروت –لبنان–، دط، دت، ص433.

[5] خليل، التوضيح، ج08، ص48.

[6] المصدر نفسه، ج08، ص48./ القرافي، الفروق، ج04، ص81.

3. قال القاضي أبو الحسن بن القصار:" لا بد أن يكون المدعى عليه يشبه أن يعامل المدعي"[1].

علق المازري على مفهومي الأبهري وابن القصـــار بقوله: وهما متقاربان، أحدهما راعى الشـــبهة من جنس المدعى فيه، والآخر راعاها من جهة المدعي والمدعى عليه[2].

4. وفي إكمال المعلم: "قيل: معرفة المعاملة معه والمداينة بشـــاهد واحد وبشـــاهدين، وقيل: يجزئ في ذلك الشـــبهة، وقيل: الخلطة أن يكون للدعوى بينة أن يدعي بها على المدعى عليه، وقيل: أن يكون المدعى عليه يشبهه أن يعامل المدعي"[3].

5. قال ابن حبيب: تفسير الخلطة أن تشهد له بينة أنه كانت بينهما مخالطة وملابسة في حق لا يعلمون له انقضاء[4]، أي أن يكون للمدعي ما يثبت تعامله مع المدعى عليه في حق لازال قائما فإن انقضـــت هذه المعاملة فلا يمكنه أن يبني عليها عند القاضي فتعتبر خلطة قديمة، فابن حبيب من الذين لا يقولون باعتبار الخلطة القديمة.

6. عرفها ابن عرفة: **"حالة تُرْفَعُ بعد توجه الدعوى على المدعى عليه لا لسوء عرضهما"**[5].

شرح التعريف:

حالة: ولم يقل "صـــفة ترفع..."، لما رأى كلام العلماء المتقدمين[6] فيه اضـــطراب واختلاف فبعضـــهم اعتبرها مبايعة أو مداينة والبعض اعتبر المبايعة فقط "ونقل عن البغداديين إنما المعتبر كون الدعوى تُشْـــبِهُ أن يدعي بها المدعي على مثل المدعى عليه، أو أن يُشْبِهَ أن يعامل المدعي المدعى عليه في مثل ما ادعى عليه به"[7]، فلما كان هذا الاضطراب في ضبط أوصـــاف الخلطة رأى رحمه الله تعالى أن تضـــبط بأحوال القرائن المرافقة لها لا بصـــفة معينة فقال: "التحقيق اعتبار قرائن الأحوال في النوازل"[8].

ترفع: ولم يقل توجب، لأن الرفع يكون "بعد توجه الدعوى على المدعى عليه فإن ثبت من حال المدعي وحال المدعى عليه أنه لم يعامل أحدهما صاحبه بوجه فتلك الحالة تَرفع توجه دعوى المدعي على المدعى عليه فلا يترتب عليه لازم

---

[1] القرافي، الفروق، ج04، ص81.

[2] خليل، التوضيح، ج08، ص48.

[3] عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ج05، ص556.

[4] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص478.

[5] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص472.

[6] من هم قبل ابن أبي زيد القيرواني من تلامذة مالك كابن القاسم وسحنون ونظرائهم. الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية، ص156.

[7] المصدر نفسه، ص472-473.

[8] المصدر نفسه، ص472-473.

الدعوى وإذا سلمنا ذلك علمنا سر كونه قال ترفع ولم يقل توجب"[1].

لا لسوء عرضهما: فيخرج السرقة والغصب، فإن الدعوى تتوجه فيهما على المتهم لسوء عرضهما، لأن اتهامهما يقوم مقام الخلطة[2].

الفرع الثاني: حكم الخلطة عند المالكية.

أولا: تحرير محل النزاع:

قد سبق في بيان أقسام الدعوى باعتبار شهادة العرف لها، أنها تنقسم إلى[3]:

القسم الأول: الدعوى المشبهة وهي التي شهد العرف والعادة على صدقها، فتتوجه فيها اليمين على المدعى عليه دون إثبات خلطة، والمالكية فيها على قسمين فهناك من حصرها في ثمان مسائل وهناك من جعل لها ضابط يدل عليها وهم مالكية العراق[4].

القسم الثاني: الدعوى التي شهد العرف على كذبها، فهذه لا تسمع ابتداء.

القسم الثالث: الدعوى التي لا يشهد العرف بصدقها ولا بكذبها، كادعاء رجل دينا على آخر، فهي دعوى مسموعة وعلى المدعي تقديم بينته، فإن عجز هل له استحلاف خصمه-المدعى عليه-[5]؟

وهنا وقع الخلاف في المذهب:

1. فقال مالك وسبقه علي بن أبي طالب والفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وما عليه العمل المدني أن ليس للمدعي يمين المدعى عليه إلا بعد إثبات الخلطة[6].
2. قال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن لبابة[7] والأندلسيون ومتأخروا المالكية باليمين على المدعى عليه دون إثبات

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص473.

[2] النفراوي، الفواكه الدواني، ج02، ص220.

[3] ينظر في الفصل الثاني في أنواع الدعاوى القضائية.

[4] الرصاع، المصدر السابق، ص472.

[5] خليل، التوضيح، ج08، ص47.

[6] سحنون، المدونة، ج04، ص37.

[7] أبو عبد الله محمد بن عمر بن لبابة القرطبي: الفقيه العالم الإمام الحافظ المشاور، روى عن العتبي، ويحيى بن مزين، وغيرهم، ، وعنه اللؤلؤي وابن مسرة وابن ذكوان وخلق كثير، انفرد بالفتوى ودارت عليه الأحكام نحو ستين سنة، توفي سنة 314 هـ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج01، ص129.

الخلطة[1]، وعليه عمل القضاة بمصر لقول ابن عرفة: "وعليه عمل القضاة عندنا"[2].

3. بعض متأخري[3] المالكية كابن عبد البر وابن رحال والتسولي... لم يلغوها تماما بل استثنوا ذوي العلا والمروءة، والرجل المنقبض عن مداخلة الناس ومخالطتهم، والمرأة المُخدَّرَة [4]، ونقل ابن عبد السلام عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها منه المدعى عليه ولا يحكمون بها مباشرة[5]، وذهب أصحاب هذا القول إلى التوسط والعمل بالخلطة على حسب الحال منهم أبو العباس اللؤلؤي[6] واللخمي[7].

أدلة القول الأول:

القرآن:

استدل ابن عبد البر لثبوت الخلطة بقوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ... ﴾ يوسف [26] فكان لابد من اثبات وجود تعامل بين يوسف –عليه السلام–وزوجة العزيز حتى تصدق دعواها وكان القميص هو قرينة على ذلك وقرينة التعامل بين المدعي والمدعى عليه تسمى بالخلطة ولقوله تعالى: ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًاۖ فَصَبْرٌ جَمِيلٌۖ ﴾ يوسف [18]، وقال ابن عباس: "لما أتي يعقوب بقميص يوسف ولم ير فيه خرقا كذبهم وقال: لو أكله السبع لخرق قميصه"[8]، دلت حال القميص على كذب دعوى أبناء سيدنا يعقوب–عليه السلام–، لذا لم يقبلها منهم لدلالة العادة على تمزيق الذئب لضحيته فما بالك بثيابه، فلابد لهم مما ينفي عنهم التهمة حتى يقبل قولهم وهو المقصود عند المالكية بإثبات الخلطة.

---

[1] ابن ناجي، قاسم بن عيسى، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان–، ط01، 1428 هـ - 2007م، ج02، ص350./ عليش، منح الجليل، ج08، ص315.

[2] النفراوي، الفواكه الدواني، ج02، ص221.

[3] يقصد بهم ابن أبي زيد ومن بعده من علماء المالكية. الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية ، ص156.

[4] التسولي، البهجة، ج011، ص55.

[5] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص513.

[6] هو أبو العباس أحمد بن عبد الله اللؤلؤي، روى عنه أبي صالح أيوب بن سليمان ومحمد بن عمر بن لبابة، مات سنة 348هـ، بغية الملتمس، ص184.

[7] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص236./ اللخمي، التبصرة، ج11، ص5479.

[8] الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة– ، ط01، 1424هـ - 2003م، ج04، ص22./ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية –بيروت– لبنان، ط01، 1421هـ – 2000م، ج07، ص122.

وفي رأيي أن اعتبار المالكية لقضايا سيدنا يوسف –عليه السلام–أنها أصل في ثبوت الخلطة من وجهين:

الوجه الأول: أنه مبني على توافق قضايا سيدنا يوسف –عليه السلام–في منطقها مع المنطق الذي تبنى عليه الخلطة، وهو وجود قوي لشبهة الكذب في كلام المدعي مما يقدح في قبولها، فكان لابد مما ينفي هذه الشبهة حتى تقبل، فاشترط المالكية الخلطة حتى لا تسقط الدعوى لقوة جانب التكذيب فيها.

الوجه الثاني: أن قصص سيدنا يوسف –عليه السلام–هي أصل على اعتبار الشبهة والقرائن في الحكم عموما لا على عين الخلطة خصوصا، فلو وجدت الشبهة عند القاضي من كون المدعي ليس له أن يدعي بما ادعى به على المدعى عليه عادة، فهنا أثار الشكوك والشبهة حوله، لذا وجب على القاضي العمل بها واعتبارها للتأكد منها، فأوجب المالكية إثبات الخلطة حتى ترفع الشبهة و يمكنوه من يمين الخصم واستمرار عملية التقاضي، خاصة إن كانت ضد أهل الفضل و ممن يَفتدي يمينه حتى يحفظ مكانته وكرامته بين الناس.

السنة:

عن علي بن أبي طالب–رضي الله عنه –عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر إذا كانت بينهما خلطة**))[1].

قال صاحب التوضيح: "وهذا نص في تصحيح المذهب، وزيادة الدول مقبولة لرجحانه بعمل المدينة"[2].

فاعتبر المالكية الزيادة الواردة في حديث علي بن أبي طالب–رضي الله عنه – على أنها وحي لعدالة الراوي –كرم الله وجهه– خاصة أن هذه الزيادة يسندها العمل المدني وهو حجة قوية عند المالكية.

قال القرافي: وزيادة العدل مقبولة، وقال علي بن أبي طالب –رضي الله عنه –لا يدعي الحاكم على الخصم إلا أن يعلم أن بينهما معاملة، ولم يرو له مخالف فكان إجماعا ولأن عمل المدينة كذلك"[3].

واستدل القرافي من عدة وجوه: من كون الزيادة الواردة في حديث علي –رضي الله عنه–معتبرة لعدالة الراوي فلا يمكن أن ينسب علي –رضي الله عنه–لرسول الله –صلى الله عليه وسلم–ما لم يقله.

أما الوجه الثاني: إذا سلمنا أن تلك الزيادة هي ما فهمه علي –رضي الله عنه– عن النبي –صلى الله عليه وسلم– وحُمل رأيه الآخذ بالخلطة على أنه اجتهاد صحابي فقط، وسلمنا بقول أن الحديث السابق يمنع الخلطة عند إلغاء تلك الزيادة فإن هذا يلزم منه أن اجتهاد علي –رضي الله عنه–قد خالف السنة ونسب إليها ما ليس منها، وهو

---

[1] سبق تخريجه دون زيادة – إذا كانت بينهما خلطة–، ص152.

[2] خليل، التوضيح، ج08، ص48.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص81.

طرح غير سليم من جهة، ومن جهة أخرى هذه الزيادة هي مبنية على ما عرفه علي –رضي الله عنه– من سنة النبي– صلى الله عليه وسلم– خاصة وأنه أقضى وأعلم الصحابة بالقضاء فكان رأيه أرجح في ميزان الترجيح عن غيره.

وليغلق القرافي الباب في هذه المسألة–الوجه الثالث–فقد صرح ألا مخالف لاجتهاد علي–رضي الله عنه–رغم أنه كان خليفة واجتهاداته ليست مما تجهل، فلم يعرف له مخالف وإلا لنقل فدل على الإجماع السكوتي في هذه المسألة وهو حجة وهذا الوجه الثالث.

أما الوجه الرابع: فالخلطة ثابتة بالعمل المدني القديم المتصل بالصحابة خاصة علي بن أبي طالب –رضي الله عنه–فهو ليس من باب الاجتهاد الجديد حادث بعد الصحابة ومعلوم أن العمل القديم وإن كان مبناه على الاجتهاد الصحابي فهو أرقى وأقوى الاجتهاد لخصوصيته، لذا يقدم على غيره خاصة وأن مبناه على تحقيق قاعدة صيانة الأعراض خاصة من السفاء وقليلي المروءة.

كما أن الحديث ورد مجملا "على المدعى عليه اليمين"، والقصد من رواية علي–رضي الله عنه–تفسير أن البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر إذا كان بينهما خلطة، فهو يقضي على المجمل.

رد عليهم: أن الحديث جاء عاما في المدعي والمدعى عليه، فكون المدعي صالحا أو طالحا ادعى على صالح أو طالح لا يصدق مباشرة إلا بالبينة وهذا هو الأصل في المدعي ولو كان الطالب هو أبو بكر الصديق، رغم أن الغالب في الصالح التقي أنه لا يدعي إلا حقا فلا يقدم الغالب على الأصل، فإن عجز فلا يصدق المدعى عليه حتى يحلف فكان هذا هو الأصل في المدعى عليه رغم أن الغالب هو صدقه إن كان صالحا، فلا يقدم الغالب هنا على الأصل في المدعى عليه قياسا على عدم تقديمكم للغالب على الأصل في المدعي.

جواب ذلك: أن تشريع الخلطة من باب سد الذرائع ورعاية المصالح، "إذ لولا اعتبراها لما شاء أحد من أهل الرذالة أن يؤذي أحد من أهل الديانة والحلم والأمانة إلا آذاه بنفس الدعوى الفاجرة وفي ذلك إضرار بالناس وتطرق لإيذائهم"[1]، فإذا قويت المصلحة عضدت الغالب في مقابل الأصل فوجب اعتبار الغالب على الأصل المرجوح.

رد عليهم: أن الحديث السابق جاء دون إثبات الخلطة فهو عام في كل مدعى عليه، واستدلوا بقوله –صلى الله عليه وسلم–: "((**شاهداك أو يمينه**))[2]، ولم يذكر مخالطة، ولأن الحقوق قد تثبت بدون الخلطة فاشتراطها يؤدي إلى ضياع الحقوق، وتختل حكمة الحكام"[3].

جواب ذلك: المقصود من الحديث بيان من عليه البينة، ومن عليه اليمين لا بيان حال من تتوجه عليه، أي ليس الحديث في معرض بيان شروط توجه اليمين على المدعى عليه حتى يستدل به على ابطال الخلطة، والقاعدة "أن

---

[1] ابن بزيزة، روضة المستبين، ج02، ص1362.

[2] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، رقم: 2669، ج03، ص178.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص81.

اللفظ إذا ورد لمعنى لا يحتج به في غيره، لأن المتكلم معرض عن ذلك"، ولهذه القاعدة وقع الرد على أبي حنيفة في استدلاله على وجوب الزكاة في الخضراوات بقوله – عليه السلام –((**مما سقت السماء العشر**))[1]، أن مقصود الحديث بيان الجزء الواجب في الزكاة لا بيان ما تجب فيه الزكاة"[2].

ويجاب عليه بقاعدة: "العام في الأشخاص غير عام في الأحوال والأزمنة والبقاع والمتعلقات"[3]، فالحديث وإن كان عاما في المدعي والمدعى عليه لا يعني تطبيقه في كل الأحوال، فيحمل على الحالة المتفق عليها بين العلماء، والتي فيها خلطة لا تحتاج لإثبات وهي تلك الحالة المجمع عليها وفقط، أما لو حملنا الحديث على بقية الحالات كالمسائل التي تحتاج إلى إثبات الخلطة فيها حتى تتوجه اليمين لناقضنا القاعدة ولكان الحديث عاما في كل الأحوال سواء المجمع والمختلف فيها وهذا غير سليم[4].

أما في قوله –صلى الله عليه وسلم-: "((**شاهداك أو يمينه**))[5]، المقصود من الحديث بيان حصر ببيان ما يختص كل واحد منهما وليس في معرض بيان شروط كل منهما لأنه –صلى الله عليه وسلم- لم يذكر شروط الشاهدين من العدالة وغيرها[6].

أما الاعتراض أن العمل بالخلطة يؤدي إلى تضييع حقوق الناس، يرد عليه أنها تحقق مصلحة راجحة وهي حفظ أعراض الناس فلو فتحنا الباب لتسلط الفسقة والسفهاء على الصالحين والأتقياء وأصحاب المروءة ولتجرؤوا على القضاة والحكام وادعوا عليهم أمورا يقطع بكذبها وهذا أشد[7].

استدلوا أيضا بحديث النبي –صلى الله عليه وسلم-: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**))[8] ذلك أن مالك –رحمه الله تعالى- تنبه لأمر في الحديث عده المالكية مما تميز به عن باقي الأئمة، وهو أن البينة وجدت لإثبات الحق واليمين لرفع التهمة، فاستُمدتا من أصلين: أصل جلب المصلحة وأصل دفع التهمة، لذا فاليمين لا تتوجه لمجرد

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، وبالماء الجاري ولم ير عمر بن عبد العزيز: «في العسل شيئا» رقم: 1483، ج02، ص126.

[2] القرافي، المصدر السابق، ج04، ص81.

[3] المصدر نفسه، ج04، ص81.

[4] المصدر نفسه، ج04، ص82.

[5] سبق تخريجه، ص176.

[6] القرافي، المصدر السابق، ج04، ص82.

[7] المصدر نفسه، ج04، ص82.

[8] سبق تخريجه، ص 152.

الدعوى حتى تتصل بها شبهة وذلك مستمد من قاعدة صيانة الأعراض، فالرجل يدعي على آخر بأمر فيطلب منه اليمين دون وجود شبهة تلزم المدعى عليه أن يدفعها، فعملا بقاعدة حفظ الأعراض أُلزم المدعي بإثبات لطخ وغيره، فإن وجدت الخلطة قويت التهمة، ومن ثبتت عليه التهمة ليس له أن يلوم الآخرين على إساءة الظن به، وهذا ما تنبه عليه عمر بن عبد العزيز لما رأى ابتداء الفساد وذهاب المروءات في زمانه، فألزم الناس إثبات التهمة التي بها تثبت اليمين على المدعى عليه وهو ما يسمى بالخلطة[1].

المعقول:

استدلوا بالمصلحة السابق ذكرها، فلولا "الخلطة لتجرأ السفهاء على ذوي الأقدار بتبذيلهم عند الحاكم بالتحليف، وذلك شاق على ذوي الهيئات، وربما التزموا ما لا يلزمهم من الجمل العظيمة من المال فرارا من الحلف كما فعله عثمان –رضي الله عنه –"[2].

ذلك ((**أن المقداد، استقرض من عثمان بن عفان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: " إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر رضي الله عنه، فقال: إني قد أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم، فقال المقداد: إنما هي أربعة آلاف، فقال المقداد: أحلفه أنها سبعة آلاف، فقال عمر رضي الله عنه: أنصفك "، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك**))[3]، فعثمان رضي الله عنه–افتدى يمينه بالتنازل عن ثلاثة آلاف درهم.

وعن جبير بن مطعم –رضي الله عنه–: ((**أنه فدى يمينه بعشرة آلاف درهم، ثم قال: ورب هذا المسجد ورب هذا القبر لو حلفت لحلفت صادقا وذلك أنه شيء افتديت به يميني**))[4].

قال مالك: "كان القاسم بن محمد يكره لنفسه الخصومة ويتنزه عنها وكان إذا نازعه أحد في شيء قال له: إن كان هذا الشيء لي فهو لك وإن كان لك فلا تحمدني عليه قال: وكان سعيد بن المسيب إذا كان بينه وبين رجل شيء لم يخاصمه وكان يقول الموعد يوم القيامة"[5].

---

[1] ابن العربي، القبس، ص896.

[2] القرافي، الفروق، ج04، ص81.

[3] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: النكول , ورد اليمين، رقم:20740، ج10، ص310.

[4] رواه الدارقطني في سننه، كتاب:في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، رقم: 4597، ج05، ص435.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص185.

أدلة القول الثاني:

- اســـتدلوا بحديث ابن عباس: ((**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**))[1].

وجه الاستدلال أن الحديث عام في كل مدعى عليه فلم يذكر اشتراط الخلطة حتى يؤدي اليمين.

رد عليهم: قال القاضـــي إسماعيل: إن معنى قوله –عليه الســـلام –: ((**البينة على من ادعى، واليمين على المدعى عليه**))[2] أنه لا يقبل قول المدعي فيما يدعيه مع يمينه، وأن المدعى عليه يقبل قوله مع يمينه، وإن لم تقم عليه بينة، لا أنه أراد بذلك العموم في كل من ادعى عليه دعوى أنه يجب عليه اليمين[3]، لذا فمقصـــود الحديث بيان واجب كلا المتداعيين لا نفي الخلطة.

"مقصـــود الحديث بيان من عليه البينة ومن عليه اليمين، لا بيان حال من تتوجه عليه، والقاعدة أن اللفظ إذا ورد لمعنى لا يحتج به في غيره، و على هذا رد المالكية على من أوجب الزكاة في الخضروات بقوله –صلى الله عليه وسلم– ((**فيما سقت السماء العشر**))[4] أن مقصود هذا الحديث بيان الجزء الواجب، لا ما تجب فيه الزكاة"[5]

وقد تم تخصيص هذا الحديث فيما لو ادعى نكاح امرأة، أو ادعت المرأة على الرجل ولا بينة على الدعوى: أنه لا يمين على المنكر[6] رغم أن الحديث جاء عاما لذا فكما تم تخصـيصـــه بهذه المســـألة حفظا لأنســـاب الناس فكذلك تخصصه الخلطة حفظا لكرامة الصالحين وأصحاب المروءة.

احتجوا بما رواه الأشعث بن قيس قال: ((...**كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: شاهداك أو يمينه...**))[7].

فلم يذكر الحديث اشتراط المخالطة على المدعى عليه بل بين النبي –صلى الله عليه وسلم–إن لم تكن للمدعي بينة وهما الشاهدان كان للمدعى عليه اليمين مباشرة.

---

[1] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم: 1711، ج03، ص1336.

[2] رواه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، رقم: 4509، ج05، ص390.

[3] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص289.

[4] سبق تخريجه، ص177.

[5] القرافي، الذخيرة، ج11، ص46.

[6] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص78.

[7] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، رقم: 2669، ج03، ص178.

وبقول النبي –صـــلى الله عليه وســـلم–:((**شـــاهداك أو يمينه**))[1] " فلم يذكر مخالطة ولأن الحقوق قد ثبتت بدون الخلطة فاشتراط الخلطة يؤدي لضياع الحقوق وتختل حكمة الحكام"[2].

رد عليهم: "أن مقصوده بيان الحصر، وبيان ما يختص به منهما لا بيان شرط ذلك، ألا ترى أنه أعرض عن شرط البينة من العدالة وغيرها... "[3].

المعقول: اشتراط الخلطة يؤدي إلى التضييق على الناس وقد تثبت الحقوق بدونها، وإلزام الناس بها يؤدي إلى ضياع حقوقهم، وتختل الحكمة من القضاء[4].

رد عليهم: أن تحصيل مصلحة المدعى عليه أولى من مصلحة المدعي لأن ضرره أشد فهو لا يستطيع التحرز من اليمين إلا بافتدائها بخلاف المدعي الذي يمكنه تحصيل ماله بإثبات شبهة أو خلطة أو لطخ[5].

أدلة القول الثالث:

قال اللخمي: "أرى إن كانت الدعوى من الرجل الصالح، أو ممن يرى أنه لا يدعي باطلا في الغالب، أن تراعى الشـــبهة، وإن كان ممن يظن به الدعاوى أن يثبت الخلطة، وتراعى الشـــبهة من ثلاثة أوجه: من جهة المدعي، والمدعى عليه، والمدعى فيه، فإن أشبه أن يداين هذا المدعي المدعى عليه بمثل، المدعى فيه قدره وجنسه أحلفه..."[6].

والذي يظهر لي أن مرد هذا القول هو إلى ما ذهب إليه مالكية العراق إلى عدم حصر الدعاوى التي لا يشترط فيها الخلطة، بل قيدوها بضـــابط ما "**إن كانت تشـــبه أن يدعى بها على مثل المدعى عليه**"، فمرد هذا إلى تقدير القاضي على حسب حال واختلاف الزمان والظروف، وهو ما قال به اللخمي وغيره و" أكده القاضي عبد الوهاب"[7].

---

[1] سبق تخريجه، ص188.

[2] القرافي، الذخيرة، ج11، ص46.

[3] المصدر نفسه، ج04، ص81.

[4] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص481.

[5] المصدر نفسه، ج17، ص481.

[6] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5479.

[7] المصدر نفسه، ج11، ص5478.

سبب الخلاف:

1. اختلافهم في اعتبار الزيادة الواردة في حديث علي بن أبي طالب – رضي الله عنه-:

فمن اعتبرها قال أن الخلطة واجبة ومن لم يأخذ بها قال ابن نافع: "لا أدري ما الخلطة، ولا أراها، ولا أقول بها، وأرى الأيمان واجبة للمسلمين عامة بعضهم على بعض، لحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم -: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**))[1]"، فلم يعتبر الزيادة الواردة في الحديث.

2. اختلافهم في تقدير قوة المصلحة التي خصص بها مالكية الصدر الأول لعموم الحديث السابق.

فمن قال بها واعتبر أن درء المفسدة كإهانة أصحاب المروءة والشرف أولى من تحصيل مصلحة مدع ليست له حتى شبهة تؤكد صدقه، واشترطوا إثبات الخلطة في كل مداينة لم يشهد العرف لا بكذبها ولا بصدقها، أما من خالفهم لم يعترفوا بالخلطة إلا فيما قويت فيه المصلحة كالدعوى على أصحاب الفضل كما سبق والدعوى على المرأة المُخدَّرَة التي لا تخالط الرجال وغيرها ولم يجعلوها في كل قضية وهم متأخروا المالكية، ولذلك تجد أن تطبيقهم للخلطة قليل ومحدود.

الفرع الثالث: ضابط الخلطة ومسائلها.

أولا: ضابط الخلطة:

1. الخلطة مبنية على وجود تعاما مالي بين الخصمين، لكنهم –رحمهم الله- اختلفوا بأي شيء تضبط به هذه المعاملة حتى تعتبر خلطة التي يبني عليها القاضي أحكامه؟

قال ابن القاسم في رواية أصبغ عنه، وغيره: "الخلطة أن يبايع إنسان إنسانا بالدين مرة، أو يبايعه بالنقد مرارا، وبه قال أصبغ، وقال سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء"[2].

علق اللخمي على قول ابن القاسم قائلا: "يريد – ابن القاسم-أن من داين رجلا مرة، أشبه أن يداينه أخرى، ومن بايع رجلا مرة أشبه أن يداينه أخرى ومن بايع رجلا بالنقد مرارا، أشبه أن يأمنه ويبايعه إلى أجل"[3].

ولعل تحديد المداينة بالمرة الواحدة والبيع بعدة مرات راجع إلى أن البيع الناجز ينهي العلاقة بين المتبايعين في حينه لذا لابد من التكرار حتى تبنى شبهة التواصل بينهما بخلاف الدَّين فإن تأجيل الثمن أو حتى السلعة –السلم-دليل على وجود رابطة ثقة وتواصل بين الطرفين جعلهما يثقان في ذمة بعضهما إلى درجة تأجيل تسلم أحد البدلين سواء كان دينا أو سَلَما.

---

[1] سبق تخريجه، ص152.

[2] خليل، التوضيح، ج08، ص48.

[3] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5478.

فأثبت ابن القاسم أن معيار إثبات الخلطة هو وجود تعامل بالدَّين مرة على الأقل أو أن يتعامل الطرفان بالبيع والشراء مرات عديدة، أما سحنون فقد ربطها بالمبايعة دون المداينة، لذلك اختلف المالكية باختلاف هؤلاء الأئمة.

قال المازري: "ومنهم من أشار إلى إنكار الخلاف في هذا ورأى أن معنى قول ابن القاسم **ســـالفه**، يحتمل أن يريد به السلف الذي بمعنى السلم لا الذي بمعنى القرض، والأظهر أن المداينة تثبت بها الخلطة على أصل هؤلاء قرضا كانت أو بيعا"[1].

يريد المازري رواية أصبغ عن ابن القاسم في العتبية "قيل لابن القاسم: ما الخلطة التي توجب اليمين؟ قال: **يسالفه** ويبايعه ويشتري منه مرارا، فإن تقابضا في ذلك الثمن والسلعة وتفاصلا قبل التفرق فهي خلطة، فأما إن اشترى منه مرة ثم يأتي فيبيعه، فليس له بذلك يمين حتى يبايعه مرارا، وقاله سحنون"[2].

ويعود الخلاف إلى اختلاف الرواية عن مالك، "فإن بايعه بالنقد ولم يقع التناجز، ففي شهادات المدونة: ليست بخلطة، وفي الموازية: أنها خلطة"[3].

وقال مالكية العراق أن ما تنضبط به الخلطة يرجع إلى تقدير القاضي بأن يدعي المدعي بدعوى يشبه أن يدعي بها على المدعى عليه[4].

2. إن أثبت الخلطة بالمبايعة فهل يكفي فيها المرة الواحدة أم يلزمه التكرار؟

اختلفت الرواية عن مالك "ففي سماع عيســـى، من كتاب المديان والتفليس، وقال في هذه الرواية: إن المبايعة الواحدة ليست بخلطة توجب اليمين حتى يبايعه مرة ومرة ومرارا، وفي بعض الكتب مرة ومرة ومرة، وهو صواب الكلام.

وفي رسم الصبرة من سماع يحيى، من كتاب الشهادات ما ظاهره أن المعاملة الواحدة خلطة توجب اليمين"[5].

واختلف المالكية في تفسير الروايتين:

قيل أن رواية يحيى تفسير للأولى، فيكون المعنى فيها أنها قد تضاف إلى معاملة قبلها، فيصير بذلك خلطة.

وقال ابن رشـــد الجد أن كلا الروايتين جواب عن مســـألتين مختلفتين ذلك: أن سماع عيســـى محمول على أنهما تقابضـــا وتناجزا تكرارا ومرارا، بخلاف سماع يحيى محمول على المبايعة بالدَّين فيكفي فيه المرة الواحدة وهذا مما ليس فيه تعارض، لكن محل الخلاف في نظر ابن رشد إن كانت الخلطة مبنية على المبايعة ولم يقع التناجز كأن يشتري منه سلعة

[1] خليل، التوضيح، ج08، ص48.

[2] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص477.

[3] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص512.

[4] خليل، التوضيح، ج08، ص48.

[5] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص290.

لكنه تأخر في دفع الثمن، ففي المدونة أنها ليست بخلطة، وفي كتاب ابن المواز: أنها خلطة، إلا أنه لم يوجب اليمين إذا لم يثبت ما قاله الغائب[1]، فعلى ما في المدونة على الطالب إثبات الخلطة أولا كإثبات تكرر المبايعة وعلى ما في الموازية أنها خلطة لكنها خلطة ضعيفة يُحتاج إلى ما يعضدها.

ثانيا: ما تثبت به الخلطة:

1. إقرار المدعى عليه أو ببينة تشـــهد بها، كأن يحضـــر خط المدعى عليه ويثبت ذلك فهو بمنزلة الإقرار، وبما تثبت به الحقوق من شاهدين أو شاهد وامرأتين[2].
2. قال ابن المواز بثبوت الخلطة بالشـــاهد مع يمين المدعي دون المدعى عليه، والمشـــهور أن الشـــاهد الواحد تثبت به الخلطة دون يمين المدعي[3].
3. تثبت الخلط بشاهد وامرأة، بل بشهادة امرأة واحدة عند ابن كنانة ومروي عن ابن القاسم[4]، لأن المراد إثبات لطخ للدعوى–اللطخ: القرينة المقوية للتهمة، أو هو الأمر الذي ينشـــأ عنه غلبة الظن بوقوع المدعى به[5]، وذلك يحصـــل بالمرأة الواحدة[6] وقيل بالشاهد الواحد فقط[7] لأنها من باب الإخبار وليس الشهادة[8].

ثالثا: في اعتبار الخلطة القديمة:

إذا كانت بين طرفي النزاع خلطة قديمة وانقطعت فهل يصـح للحاكم البناء عليها، خلاف في المذهب فقال أصـبغ وسحنون: حكمها باق، وقال محمد: "لا يحلف إلا بخلطة ثانية، ولو قدر على إثبات خلطة كانت من مائة يوم فعليه إثبات خلطة جديدة"[9]. وقال أشهب: "... وإذا كانت بينهما خلطة فانقطعت، لم يحلف إلا بخلطة مؤتنفة"[10].

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص291.

[2] الباجي، المنتقى شرح الموطإ، ج05، ص226./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص237./ القرافي، الذخيرة، ج11، ص47.

[3] ابن بزيزة، روضة المستبين، ج02، ص1362.

[4] زروق، شهاب الدين أحمد بن أحمد، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان–، ط01، 1427 هـ - 2006 م، ج02، ص836./الدردير، الشرح الكبير،ج04، ص287.

[5] زروق، المصدر نفسه، ج02، ص836./ الدردير، المصدر نفسه، ج04، ص287.

[6] عليش، منح الجليل، ج08، ص316. /ابن بزيزة، روضة المستبين، ج02، ص1362.

[7] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص291.

[8] القرافي، الذخيرة، ج11، ص47.

[9] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص513.

[10] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص478.

وفي رواية أخرى عن أصبغ وسحنون في أحكام ابن زياد أن اليمين لا تجب إلا بخلطة متصلة...[1]وبالتالي إن انقطعت لم تعتبر، وقال ابن حبيب باعتبار الخلطة المتعلقة بحق قائم فإن انقضى ثم أتى ولو بيوم يدعي عليه حقا آخر، لم يحلفه بالخلطة التي كانت[2].

والظاهر من قول ابن القاسم السابق في مفهوم الخلطة على اعتبار الخلطة القديمة في قوله: " الخلطة أن يبايع إنسان إنسانا بالدين مرة أو يبايعه بالنقد مرارا"[3] فقال باعتبار المداينة الواحدة فيما يأتي مستقبلا وبالتالي ستعتبر هذه المداينة خلطة قديمة، وأقر بتكرار المبايعة المرة بعد المرة مما يلزم منه افتراق هذه البياعات ووجود فاصل زمني بينها، فاعتبار التبايع القديم رغم افتراقها يدل على قوله بالخلطة القديمة.

رابعا: مسائل وقضايا الخلطة.

تدخل الخلطة في عدة مسائل منها:

دعاوى المداينات: هبة، صدقة، أعطية، عارية... [4]، ووجه ذلك أن الحديث ورد مجملا "على المدعى عليه اليمين" فحكم العلماء بالخلطة في الأشياء المتعلقة بالذمة استحسانا، وإبقاء ما سواها على أصله، لظاهر الحديث في إيجاب اليمين على المدعى عليه[5].

أما الأشياء المعينة فيقع التداعي فيها من غير خُلطة، وقال بعض المالكية باعتبارها في المعينات لأن الحديث جاء عاما يشمل المعينات وغيرها، كما أن ما روي عن عمر بن عبد العزيز في هذا كله، والفقهاء السبعة، أنهم رأوا الخلطة بين المتداعين مجملا من غير تفصيل[6].

ولا تدخل الخلطة في المستثنيات التي حددها المالكية وهي[7]:

1. الدعوى على الصانع: كالخياط والحياك والصواغ... فتسمع الدعوى عليه وتتوجه عليه اليمين، وإن لم تثبت خلطة

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص291.

[2] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5478.

[3] عليش، منح الجليل، ج08، ص314.

[4] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص124.

[5] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص479.

[6] المصدر نفسه، ج17، ص480.

[7] عليش، منح الجليل، ج08، ص316-317./ النفراوي، الفواكه الدواني، ج02، ص220./القرافي، الذخيرة، ج11، ص47./ الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت – لبنان-، ط02، دت، ج03، ص203.

بينه وبين المدعي، لأن تنصيب نفسه للناس بمنزلة ثبوت الخلطة بينهما ويلحق به التاجر...

2. الدعوى على الشخص المتهم بين الناس ،كأن يدعى عليه بسرقة أو غصب، فتتوجه عليه اليمين لأن التهمة تقوم مقام الخلطة.
3. الغريب أو الضيف، إذا أودع وديعة عند رجل من أهل البلد فادعى أو أُدُّعي عليه فتتوجه اليمين دون خلطة.
4. الدعوى في شيء معين، كثوب بعينه.
5. دعوى الوديعة على من هو أهل لأن يودَع عنده مثل ذلك المال، مع كون المدعي يملك مثل ذلك في جنسه وقدره، وكون المُودع ممن يُودِع مثل ذلك وحصول أمر يوجب الإيداع كالسفر...
6. المسافر إذا ادعى على رفقة أنه دفع مالا لأحدهم.
7. المريض إذا ادعى في مرض موته على غيره بدَيْن.
8. أن يعرض رجل سلعة في السوق للبيع، فيدعي على شخص حاضر أنه اشتراها منه ويختلفان في وقوع الشراء أو الثمن.
9. دعوى الغريبين عن البلد على بعضهما البعض فلا يشترط فيها الخلطة لصعوبة إثباتها.

المبحث الثاني: دفع الدعوى وإجراءات انتهائها.

دفع الدعوى في النظام القضـائي هو آلية أسـاسـية لتحقيق التوازن بين الخصـوم، إذ يمكن المدعى عليه من رد الدعوى أو إبطالها، فتناولت في المطلب الأول والثاني تعريف الدفع ومشروعيته وأنواعه وصوره حتى يحصل القارئ تصورا جيدا حول هذه الآلية، التي بانتهائها ندخل في آخر خطوات حياة الدعوى والمتمثلة في الإعذار وأحكامه من تنظيم للآجال وغيرها وختاما بالتعجيز-المطلب الثالث-لمنع المماطلة وإطالة النزاع وتحقيقا لمبدأ العدل وسرعة الوصول إليه.

المطلب الأول: الدفع وشروطه.

الفرع الأول: تعريف الدفع.

أولا: تعريف الدفع لغة.

دفع: "دفعته دفعا نحيته فاندفع، ودفعت عنه الأذى ودافعت عنه مثل: حاججت ... ودفعت القول **رددته بالحجة**[1]، ويأتي الدفع على معان أخرى منها:

الدرء: يقال: تدارأ القوم: تدافعوا في الخصومة ونحوها[2].

الحماية: "إذا عدي –الدفع– بـــــــ 'عن' اقتضى معنى الحماية كقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يُدَٰفِعُ عَنِ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ﴾ الحج [36] ، وقوله تعالى: ﴿ لَيْسَ لَهُۥ دَافِعٌ ﴾ المعارج [2]، أي حام"[3].

الإزالة بقوة: في لسان العرب: "الدفع: الإزالة بقوة... وتَدافع القوم أي دفع بعضهم بعضا، وتدافعوا الشيء: دفعه كل واحد منهم عن صاحبه"[4].

فمعاني الدفع اللغوية تدور حول التنحية والإزالة الشـديدة، الحماية، الدرء والرد عن الكلام بالحجة وكلها معاني تصب في إبعاد وصرف الشيء عن صاحبه، لذا كانت لهذه المعاني علاقة قوية في استعمال الفقهاء لمصطلح الدفع في القضاء الذي لا يخرج بعمومه عنها.

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص196.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج01، ص71.

[3] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج20، ص553.

[4] ابن منظور، المصدر السابق، ج08، ص87.

ثانيا: تعريف الدفع اصطلاحا.

لم يصرح المالكية –رحمهم الله– في حدود بحثي بتعريف للدَّفع، لبداهة معناه وسهولته فلا يحتاج لبيان، وقد قيل في تعريفه: **"الإتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي"**[1].

فدل هذا التعريف على أن الدفع عبارة عن دعوى يقدمها المدعى عليه لدحض ما ادعاه خصمه، ومنه قول ابن رشد الحفيد: "فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى، وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق"[2] فقوله "فادعى المدعى عليه البراءة " أن يدفع المدعى عليه دعوى المدعي بدعوى أخرى، إلا أنه أوردت صاحبة التعريف مصطلح **الدفع** في تعريفها فلم توفق صاحبه في ذلك.

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: **"دعوى من المدعى عليه يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي"**[3]، نبه هذا التعريف على نوعي الدفع فإما أن يرد المدعى عليه على خصمه برد الخصومة أو بإبطال الدعوى من أساسها، كما أكد على أن الدفع عبارة عن دعوى مقابلة للدعوى الأصلية التي قدمها المدعي، إلا أنه كالأول أورد مصطلح الدفع في التعريف.

عرفه الشيخ علي قراعة: **"دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب خصما عنه يقصد به دفع الخصومة أو إبطال دعوى المدعي"**[4].

يؤخذ عليه أنه لم يذكر الطرف الثالث الذين قد يتضررون بالحكم فلهم حق الدفع.

كما ذكر الشيخ المقصد من الدفع فقال: "يقصد به دفع الخصومة" والأسلم ذكر "رد الخصومة" بدل دفعها فالمعرف لا يذكر في التعريف.

وقد عرفته بـ: **"الرد على دعوى المدعي بأخرى من طرف المتضرر منها، سواء قبل الحكم أم بعده"**.

شرح التعريف:

- **الرد على دعوى المدعي بأخرى**: أي أن المقصود من دعوى الدفع الرد على دعوى المدعي فهي دعوى تبعية في القضية وليست أصلية من حيث النشأة سواء كان الرد قويا أم ضعيفا.
- **من طرف المتضرر منها**: سواء أكان المدعى عليه، وكيله، الشريك، الكفيل لأنه لو حكم على المكفول فإنه

---

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص137

[2] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص256.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج20، ص315.

[4] قراعة علي، الاصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة –مصر–، ط2، 1925م، ص54.

سيتضرر من ذلك،...

- **سواء قبل الحكم أم بعده:** زمن الدفع غير مقيد بما كان قبل الحكم القضائي، لأن لصاحبه أن يقدم دفعه ولو بعد ذلك في حالات وهو ما يسمى بالاستئناف، وما هو إلا شكل من أشكال الدفع كحضور الغائب المحكوم عليه فله استئناف الحكم.

ثالثا: الفرق بين دعوى المدعي ودعوى الدَّفع.

توجد فروق جوهرية بين دعوى المدعي ودعوى الدفع، كما تتفقان في أمور على النحو التالي:

1. أوجه الاتفاق:

أ. أن كلاهما لابد وأن تتوفر فيها شروط الدعوى الصحيحة وإلا بطلت.

ب. أن كلاهما يصح أن يكون القائم بهما صاحب الحق –في نظره–أو ممن ينوب عنه كالوكيل...

2. أوجه الاختلاف:

أ. المقصود من دعوى المدعي تحصيل عين الدعوى بإضافة الحق للمدعي، بخلاف الدفع فالمقصود منه ابطال دعوى المدعي بنفي صحة إضافة الحق له أو درء الخصومة عن المدعى عليه بنفي صحة توجه الخصومة على المطلوب[1].

ب. دعوى المدعي تكون سابقة –أصلية–ودعوى الدفع تكون لاحقة –تبعية–.

الفرع الثاني: مشروعية الدفع وشروطه.

أولا: مشروعية الدفع.

بالقرآن: استدلوا بالآيات الدالة أن لا عذاب الا بعد قطع العذر أمام المحكوم عليه – المدعى عليه –وسماع دفع المدعى عليه فرع عنه حتى لا يكون له حجة أمام حكم عليه القاضي:

قال تعالى:﴿ رُسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا ﴾ النساء [164].

قال تعالى: ﴿ وَلَوْ أَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِۦ لَقَالُوا۟ رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ ءَايَٰتِكَ ﴾ طه [133].

[1] علي بن حسن بن جعفر العتمي، دفع الدعوى في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دط، 1325هـ، ص86.

قال تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ الإسراء [15].

استدلوا بالآيات التي تأمر بالعدل والقسط بين الناس ومن العدل السماع من كلا المتخاصمين حتى يثبت الحق

قال تعالى: ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ۖ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ المائدة [44].

قال تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ ﴾ النساء [57].

قال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ النحل [90].

قال تعالى: ﴿ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ۖ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ الحجرات [9]

وفي قصة سيدنا سليمان –عليه السلام–:

قال تعالى: ﴿ وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ ﴿٢٠﴾ لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَاْذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ ﴾ النمل [20،21] ، بما يدفع عن نفسه التهمة والعذاب.

بالسنة:

استدلوا بالحديث ((**أن النبي –صلى الله عليه وسلم– ابتاع فرسا من أعرابي، واستتبعه ليقبض ثمن فرسه، فأسرع النبي–صلى الله عليه وسلم– وأبطأ الأعرابي، وطفق الرجال يتعرضون للأعرابي، فيسومونه بالفرس، وهم لا يشعرون أن النبي –صلى الله عليه وسلم– ابتاعه حتى زاد بعضهم في السوم على ما ابتاعه به منه، فنادى الأعرابي النبي –صلى الله عليه وسلم– فقال: إن كنت مبتاعا هذا الفرس وإلا بعته، فقام النبي –صلى الله عليه وسلم– حين سمع نداءه، فقال: «أليس قد ابتعته منك؟»، قال: لا والله، ما بعتكه، فقال النبي –صلى الله عليه وسلم–: «قد ابتعته منك»، فطفق الناس يلوذون بالنبي –صلى الله عليه وسلم– وبالأعرابي، وهما يتراجعان، وطفق الأعرابي يقول: هلم شاهدا يشهد أني، قد بعتكه، قال خزيمة بن ثابت: أنا أشهد أنك قد بعته، قال: فأقبل النبي –صلى الله عليه وسلم– على خزيمة فقال: «لم تشهد؟»، قال: بتصديقك يا رسول الله، قال: فجعل رسول الله –صلى الله عليه وسلم– شهادة خزيمة شهادة رجلين**))[1].

[1] رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يقضي به، رقم: 3607، ج05، ص460. صححه الحاكم، المستدرك، ج02، ص21.

فالأعرابي ادعى ملكيته للفرس لكن النبي –صلى الله عليه وسلم–دفع تلك الدعوى بدعوى أخرى مقابلة وهي انتقال ملكية الفرس إليه عن طريق الشراء، فأنكر الاعرابي ذلك فأقام النبي –صلى الله عليه وسلم–بينته وهي شهادة ابن خزيمة[1].

ثالثا: شروط الدفع.

يشترط في دعوى الدفع ما يشترط في صحة الدعوى الأصلية مما سبق بيانه في شروط الدعوى، بالإضافة إلى بعض الشروط لكونها دعوى تبعية وهي[2]:

1. أن تكون مرتبطة بدعوى سابقة لها وهي الدعوى الأصلية التي رفعها المدعي.
2. أن تكون دعوى الدفع جوابا قضائيا بعد أن يسأل القاضي المدعى عليه الإجابة عن دعوى المدعي، فلا يصح من المدعى عليه الكلام إلا بعد سماع ما عند المدعي.
3. أن يكون قبل صدور الحكم القضائي، فإن كان بعده، خلاف في المذهب سيأتي بيانه عند الكلام عن نقض الحكم القضائي.
4. أن تتعارض دعوى الدفع مع الدعوى المدفوعة بحيث لا يمكن الجمع بينهما.
5. ألا يكون الدفع مناقضا لكلام أو دفع سابق.
6. أن يكون الدفع في مجلس القاضي فلا يعتد بما يكون خارجه.

[1] علي بن حسن، دفع الدعوى في الشريعة الإسلامية، ص90.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص201./مسفر بن حسين القحطاني، دفع الدعوى، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد الرياض –المملكة العربية السعودية–، ع30، 1411هـ، ص162-164./ سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص 155/محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص105.

المطلب الثاني: أنواع الدفع وصوره.

الفرع الأول: أنواع الدفع

الدفع عند الفقهاء نوعان:

أولا: دفع الدعوى نفسها: بإبطال دعوى المدعي نفسها، حيث يتعرض فيه لصدق المدعي وكذبه، ويترتب عليه وضع حد نهائي لمطالب المدعي ومنعه من التعرض ثانية للمطلوب[1]، وكالقدح في بينة المدعي، اثبات التناقض في كلام المدعي... كمن ادعت عليه امرأة بمال هو مقدار نصف صداقها الواجب لها بطلاقها منه قبل الدخول، فأقام بينة تثبت دفعه لها نصف الصداق مطلوب، فدفعه هذا قد بين به كذب دعوى طليقته[2].

ثانيا: دفع الخصومة: بأن يدفع عن نفسه الدعوى دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه[3]، كأن يقوم بتوجيه الدعوى إلى غيره مثاله: أن يدعي شخص على آخر في دعوى العين أن عنده سلعة معينة تخصه موجودة عنده، فيدفع المدعى عليه ببينة أن تلك السلعة ليست له بل هي ملك لفلان استأجرها منه أو تركها في حفظه لذا وجدت عنده، فتتوجه الخصومة إلى الطرف الثالث وتنتفي عن المدعى عليه[4]، كالدفع بعدم اختصاص القاضي أو المحكمة للنظر في الدعوى وغير ذلك من النقد المتعلق بالإجراءات الشكلية للدعوى[5].

الفرق بين النوعين[6]:

1. أن الأول يقصد به ابطال الدعوى نفسها فليس للمدعي رفعها مرة أخرى، بخلاف الثاني الذي يقصد به ابطال الخصومة فقط.
2. أن الأول يترتب عليها إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به ومنع المدعي من التعرض ثانية للمدعى عليه، بخلاف الثاني فلا يمنع المدعي من التعرض ثانية للمدعى عليه.

---

[1] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص588.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص104.

[3] محمد نعيم، المصدر السابق، ص588.

[4] محمد جعيط، المصدر السابق، ص106.

[5] دفع الخصومة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية، د. ناصر بن محمد بن مشدي الغامدي، الكتيبات الإسلامية، دط، دت، ص31.

[6] ناصر بن محمد، دفع الخصومة في الفقه الإسلامي، ص30-33// آمنة أرشيد العقيلي، آثار الحكم بالدفع في الفقه الإسلامي والقانون –دراسة مقارنة–، دراسات علوم الشريعة والقانون –جامعة الأردن–، مجلد 40، ع02، 2013م، ص4-7.

3. أن دفع الدعوى نفسها قد تقلب الدعوى على المدعي فيصير مدعا عليه وينقلب معه عبء اثبات الدعوى، كما لو تداعيا عينا فدفع المدعى عليه ببينة أن العين ملكه ولا حق للمدعي فيها فانقلب المدعى عليه إلى مدع والمدعي إلى مدعى عليه، بخلاف دفع الخصومة فلا يقلب الدعوى بل ينهي الخصومة أو يوقفها مؤقتا فقط.
4. أن دفع الدعوى نفسها أعم من حيث السبل والطرق لأنها تتعلق بالحق المدعى به بخلاف دفع الخصومة فهو أقل لتعلقه عادة بالإجراءات الشكلية للدعوى وهي محصورة.

الفرع الثاني: صور الدفع.

أولا: الدفع بإثبات المخرج:

كمن ادعى أن الأرض في ملكه وأقام على ذلك بينة فدفع المدعى عليه حجة الخصم ببينة أخرى تثبت أنه اشتراها منه، أو أبرأه منها أو وهبها له وغير ذلك من أسباب التمليك فهذه البينة تسقط الدعوى إن سلمت من القوادح[1].

ثانيا: الدفع بالاسترعاء بالمعنى الخاص وهو الإيداع –الاستحفاظ-:

كأن يقوم المدعى عليه بإشهاد شهود على أن ما سيعقده من عقود في المستقبل هي عقود غير حقيقية فهي صورية فقط، لأنه مجبر عليها لخوفه من ظالم أو صاحب سلطة أو قرابة يخشاهم وغيرهم.

فإن حاز المدعى عليه ملكا معينا فادعى عليه صاحبه ببينة أنه اشتراه أو استأجره منه، فيدفع المدعى عليه بصك إيداع فيه شهود عدول قبل تاريخ هذا البيع أو الإجارة أنه غير ملتزم بما يعقده على نفسه في المستقبل من بيع وغيره مع ذكر السبب كخوفه من فلان...ومن هنا تُدفع حجة المدعي بهذا الصك لأن المدعي أنشأ عقد البيع أو الإجارة مجبرا فيبطل هذا البيع أو الإجارة ، وهذا خاص في المعاوضات بخلاف التبرعات فليس عليه ذلك والفرق لأن في المعاوضات أخذ العوض فلا يصدق فيما يدعيه من الخوف ونحوه حتى يثبته[2].

ثالثا: الدفع بإنكار الخصومة بينه وبين المدعي:

كأن يثبت أن ما تحت يده هو وديعة لشخص آخر، فتتحول القضية مباشرة على ذلك الشخص وتسقط عن المدعى عليه، وقد سبق بيان هذا، مع وجوب التنبيه أن هذا في الأعيان أما ما في الذمة من الديون فهي حقوق متعلقة

[1] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص131.
[2] التسولي، البهجة، ج01، ص105.

بذات المتهم[1].

ولو تلبس بصفة توجب توجه الخصومة إليه من كونه وكيلا أو وليا أو وصيا على المدعى عليه، فله في هذه الحال الدفع بإثبات سقوط هذه الصفة عنه من وكالة أو ولاية أو وصاية[2].

رابعا: الدفع بالتناقض:

أن يأتي المدعي ببينة فيها من يشهد له بملكيته لسيارة أو أرض مثلا كأن يكون في البينة: شهد فلان وفلان أن فلان – المدعي–قد اشترى سيارة ...، فيدفع المدعى عليه عن نفسه بشهادة لهؤلاء الشهود أنفسهم أن المدعي قد باع تلك السيارة أو الأرض[3].

أن يقيم الدعوى أن الدار الفلانية له من شراء فيقدح المدعى عليه في شهود المدعي، ثم يأتي المدعي ببينة أخرى تشهد أنه ملك الأرض بسبب الميراث، فللمدعى عليه إسقاط هذه البينة كذلك والدعوى بأكملها لوجود تناقض في كلام المدعي... [4].

الفرق بين التناقضين: أن التناقض في الأولى قدح بالكذب في الشاهد إن شهد بما يناقض شهادة في نفس البينة وتقبل من المشهِد –المدعي–بينة أخرى وفي الثانية تكذيب للمُشهِد لكن لا تقبل منه بينة أخرى لأنه كذب بنفسه الدعوى وأقام من أراد أن يشهد له مقام من يشهد عليه.

خامسا: الدفع بالتجريح:

بأن يثبت جرحة مقبولة في شهود خصمه من الكذب أو الفسق أو أكله للربا...وهذا في غير المبرزين في العدالة[5] أو يثبت أن بين الشهود وبين المشهود له قرابة أو زوجية أو مصاهرة، أو يثبت عداوة بينه وبين الشهود[6].

واختلفوا هل على المجرّح أن يقتصر على أقل ما تحصل به الجرحة المانعة؟

1. ألا يزيد عن ذلك وإلا صار غيبة وهي محرمة وبالتالي تصبح جرحة في المجرح نفسه، ولأن التجريح أبيح بقدر

---

[1] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص 592.

[2] المصدر نفسه، ص 592.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص103.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص103.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص144.

[6] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5352.

الحاجة فإن زاد على القدر الذي يحقق به المصلحة صار غيبة، قال به ابن راشد[1]

2. المذهب على ذكر تلك الزيادة وليست من الغيبة، لأن المشهود له قد يجد بعض القوادح التي تبطل هذا الجرحة كالتجريح بتكرر الكذب في شيء معين فيجب أن ذلك كان في شيء جائز الكذب فيه...[2].

سادسا: الدفع بالعداوة:

هي صورة من صور تجريح البينة، كأن يشهد شاهدان بعداوة بين شهود المدعي وبين مدعى عليه فتسقط شريطة كون العداوة دنيوية لا دينية وكونها سابقة على تاريخ أداء الشهادة واتصلت إلى حين أداء الشهادة بهذه العداوة[3].

أو كأن يَشهد عدلان بإقرار المدعي بالعداوة بين شهوده وبين المشهود عليه على الشروط السابقة.

سابعا: الدفع بالاستحالة:

كأن تكون هناك أرض ليست لأحد ومرت عليها العقود جيلا بعد جيل ولا يملكها أحد فيأتي شخص يدعيها لنفسه وأنه اشتراها من مالكها -عن طريق التزوير-، فيقوم عليه جيران الأرض أنها ليست لأحد منذ عقود كثيرة والمدعي حينها لم يولد بعد[4].

ثامنا: الدفع بالإبراء:

كأن يثبت المطلوب أن الطالب قد أبرأه من أي حق له عليه وهو الإبراء العام أو أنه أبرأه من المدعى فيه بإسقاط حقه فيه – ابراء اسقاط-،أو يثبت أنه قد استوفى المدعي من المطلوب الحق وأبرأه إبراء استيفاء[5].

ويصح للمدعي أن يبطل دفع الإبراء بإثبات أن الحق الذي يطلبه لم يكن مما أسقطه عن المدعى عليه في الإبراء الخاص أو أنه نشأ بعد زمن الإبراء العام[6].

---

[1] هو أبو عمر البهلول بن راشد القيرواني، كان من أهل الفضل، العلم، الورع، العبادة والاجتهاد، سمع من مالك وعليه تمذهب،ومن الثوري وعلي بن زياد وابن غانم، وعنه أخذ سحنون، القعنبي وغيرهما كثير، ودون الناس عنه جامعا توفي سنة 183هـ بسبب الجلد الذي تلقاه في محنته. عياض، ترتيب المدارك، ج03، ص87-101.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص133-135

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص104./ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص478.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص105.

[5] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص173.

[6] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص (هـ،ب).

المطلب الثالث: إجراءات انتهاء الدعوى.

الفرع الأول: الإعذار حجيته وحكمه.

أولا: تعريف الإعذار.

1. تعريف الإعذار لغة:

مصدر للعُذْر، وأعذر إعذارا، وأعذرا: أبدى عذرا، يقال: أعذر الرجل، إذا بلغ أقصى الغاية في العذر وفي الحديث: ((**أعذر الله إلى امرئ أخر أجله، حتى بلغه ستين سنة**))[1] أي لم يبق فيه موضعا للاعتذار حيث أمهله طول هذه المدة، ولم يعتذر، ويقال: عَذَّرَ الرجل: لم يثبت له عذر، وأعذر: ثبت له عذر[2].

فمدار الإعذار حول رفع اللوم عمن صـــدر منه الإعذار بعد أن يحذر ويطلب من المعذر إليه تقديم ما يبرء طرفه، ومنه قول العرب قد أَعذر من أَنذر.

2. تعريف الإعذار اصطلاحا:

الإعذار هو **"سؤال الحاكم من توجه عليه الحكم هل له ما يسقطه"**[3].

الشرح:

1. **الحاكم:** القاضي التي يتولى الفصل في الدعوى.
2. **من توجه عليه الحكم:** الخصم الذي ضعف جانبه أمام غريمه.
3. **هل له ما يسقطه:** هل له بينة أو مدفع يقدمه ليدفع عن نفسه الحكم الذي سيتوجه عليه.

ثانيا: حجية الإعذار.

اســـتدلوا على حجية الإعذار بالقرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ الإسراء [15] ، وقوله تعالى أيضـــا: ﴿وَلَوْ أَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِۦ لَقَالُوا۟ رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا فَنَتَّبِعَ ءَايَٰتِكَ مِن قَبْلِ أَن نَّذِلَّ وَنَخْزَىٰ﴾ طه [133].

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «كن في الدنيا كأنك غريب أو عابر سبيل»، رقم: 6419، ج08، ص89.

[2] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج12، ص541.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص98.

ووجه الدلالة أن عذاب الله تعالى لا يكون إلا بعد إعذار الناس وإقامة الحجة عليهم، وكذلك الحكم القضائي ففيه عقاب لأحد الخصمين فوجب إعذاره حتى إذا حكم عليه لم يكن له اعتراض.

وفي قوله تعالى على لسان سيدنا سليمان-عليه السلام-: ﴿ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَاْذْبَحَنَّهُۥٓ أَوْ لَيَأْتِيَنِّى بِسُلْطَٰنٍ مُّبِينٍ ﴾ النمل [21] "فجعل له عذرا إذا أتاه بسلطان مبين"[1].

عمل الصحابة:

في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: "اجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمدا ينتهي إليه فإن أحضر بينته إلى ذلك أخذت له حقه وإلا أوجبت عليه القضاء فإنه أبلغ للعذر وأجلى للعمى"[2].

الاستحسان:

قال ابن فرحون: قد ثبت عنه -صلى الله عليه وسلم -في الموطأ أنه قال: ((**إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه**))[3]، وهذا الحديث هو أم القضايا ولا إعذار فيه...غير أن الإعذار فيما يتحاكم الناس فيه من غير أسباب الديانات استحسان من أئمتنا، وأنا على اتباعهم فيه والأخذ به على بصيرة مستحكمة فيما أوجبوا الإعذار فيه من الحقوق، وألتزم التسليم لما استحسنوه، إذ هم القدوة والهداة[4].

ووجه ذلك حتى يعلم القاضي ما عند المحكوم عليه من بينة مما قد يدفع عن نفسه وليظهرها إن أتى بها، أو يُنْظره أجلا إن أبدى عذرا حتى يأتي بها، ومن جانب آخر إظهار عجز المحكوم عليه أمام خصمه إن لم يأت بشيء فيقيم عليه الحجة أو يحكم عليه مع اللدد إن رأى منه المماطلة[5]، فكل هذه الوجوه لا تكون إلا بالإعذار فشرّع استحسانا لتحقيق مصلحة راجحة.

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص107.

[2] ابن عبد البر، الاستذكار، ج07، ص103.

[3] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، الترغيب في القضاء بالحق ، رقم 587، ج04، ص1040.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص199.

[5] التسولي، البهجة، ج01، ص108.

ثالثا: حكم الإعذار.

يجب على القاضي إعذار المراد الحكم عليه قبل إصدار الحكم ويقيم على ذلك شاهدي عدل[1]، "إن ظن القاضي جهل من يريد الحكم عليه بأن له الطعن، أو ضعفه وأما إن ظن علمه بأن له الطعن وأنه قادر على ذلك لم يجب بل له أن يحكم بدونه"[2]، أو تبين له لدده[3]، "أو أن يكون من أهل الفساد الظاهر أو الزنادقة المشهورين بما ينسب إليهم فلا يعذر إليهم فيما شهد به عليهم... قاعدة مذهب مالك –رحمه الله–في قطع الإعذار عمن استفاضت عليه الشهادات في الظلم"[4].

وشروطه:

1. أن يُشهد القاضي شاهدي عدل على الإعذار[5].
2. لا إعذار في دعوى ناقصة لأن العذر فيها موجود أصلا[6].

الفرع الثاني: حالات الإعذار وإجراءاته.

1. إجراءاته:

قال الإمام مالك –رضي الله عنه –وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتيهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لكما حجة، فإن قالا: لا، حكم بينهما[7].

فالإمام مالك وجه الإعذار لكلا الطرفين لبيان أن الحكم لا يكون دائما متوجها على المدعى عليه، بل قد تقوى حجة المدعى عليه وتضعف حجة المدعي فيتوجه الحكم على المدعي فلابد من الإعذار إليه أيضا، فلما كان مرة يعذر إلى هذا ومرة إلى هذا اختصر في الكلام بتوجه الإعذار على المحكوم عليه[8].

والإعذار لا يكون إلا بعد استتاب القضية لمراحلها وأدلتها ودفاع كل طرف عما يدعيه، وفهم القاضي عنهما وإبانة أقواهما بالدعوى.

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص107.
[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص148.
[3] خليل، التوضيح، ج07، ص438.
[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص198.
[5] التسولي، البهجة، ج01، ص107.
[6] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص196.
[7] عليش، منح الجليل، ج08، ص322.
[8] خليل، التوضيح، ج07، ص438.

فإن أراد الحكم بينهما وجب عليه إعذار الطرف الأضـــعف قبل الحكم عليه، "وذلك بأن يقال له أبقيت لك حجة؟ فإن قال لا حكم عليه، وإن ذكر أن له بينة أجله إليها وإن ذكر أن له بينة بعيدة حكم عليه وكتب في كتاب 'متى أحضرها فهو على حجته'، وإن عجز ولم يدع شيئا حكم عليه"[1].

ويثبت ذلك الإعذار بشاهدي عدل هذا هو المختار عند الفقهاء وبه العمل وفي اختصار المتيطية أنه يجزئ الشاهد الواحد لقوله –صـلى الله عليه وسـلم –((**اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**))[2]، فأرسـل –صـلى الله عليه وسلم– صحابيا واحدا إلى المرأة وأمره برجمها بعد إقرارها وكان هذا مجزئا فيصح في الإعذار[3].

وقيل يثبت الإعذار بمجرد قول القاضي دون الإشهاد على ذلك وهو قول ضعيف، لأن للمحكوم عليه الادعاء أنه حكم عليه دون إعذار فيسقط بذلك الحكم[4].

إذا أعذر القاضي للمحكوم عليه بقوله: أبقيت لك حجة؟، فعليه الإجابة بأحد الحالتين:

- التصـريح بعدم وجود بينة أو مطعن في حجة خصـمه: فعلى القاضـي في هذه الحال أن يحكم عليه مباشـرة مع بيان عجزه عن المدافعة وتسـجيل ذلك في ديوانه وأشـهد عليه[5]، فلا تقبل منه حجة بعد ذلك إلا في حالات قليلة يجوز له استئناف القضية.
- التصريح بوجود بينة أو مطعن له في كلام خصمه: فعلى القاضي في هذه الحال سماع هذه البينة إن كانت حاضرة، فإن كانت غائبة أنظره مدة على قدر إتيانه بها، وهذا ما لم يتبين لدده ومماطلته، فإن تبين ذلك حكم القاضـي عليه بالتعجيز–الحكم بعدم قبول الحجة[6]–[7].

فإن لم يكن مماطلا ضرب له القاضي أجلا غير بعيد بحسب طبيعة البينة إن كانت قريبة، فإن لم يحضرها حكم عليه، وإن كانت بعيدة في بلد آخر "قضـى عليه، ومتى حضـرت بينته كان على حجته ويقوم بها عند هذا القاضـي وعند غيره"[8].

---

[1] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص39.

[2] سبق تخريجه، ص126.

[3] التوزري، عثمان بن مكي الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية –تونس–، ط01، 1339هـ، ج01 ص51.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص107.

[5] ابن غازي، شفاء الغليل، ج02، ص1006.

[6] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص134.

[7] عليش، منح الجليل، ج08، ص326.

[8] خليل، التوضيح، ج07، ص438.

"فإن كان التأجيل في حق المطلوب وأتى بمدفع فيما شهد عليه أو ادعي عليه فسأل الطالب التأجيل أيضا، وزعم أن له مدفعا فيما أتى به المطلوب ضرب له أجلا أيضا وتلوم عليه حتى يتبين عجز أحدهما فينفذ الحكم حينئذ، ويحكم بالتعجيز على من توجه عليه"[1].

فإن كان المحكوم عليه غائبا: لعذر كمرض أو لكونه أنثى -كالمُخدَّرَة -سمع القاضي البينة عليه في غيبته، وعلى القاضي أن يرسل له اثنين فأكثر وله إرسال وثيقة بذلك يخبرانه بإقامة البينة عليه طالبين منه الطعن فيها، والإعذار له إذا كانت غيبته قريبة[2].

"أما الغائب غيبة بعيدة، أو متوسطة كالعشرة الأيام مع الأمن والثلاثة مع الخوف فإنه يقضي عليه، وإذا قدم أعذر له في الشهود بعد تسميتهم له، فإن أبدى فيهم مطعنا وأثبته نقض الحكم وإلا فلا، فإن لم يعذر فيهم بعد قدومه نقض الحكم"[3].

ثانيا: حالات الإعذار.

1. ما يجب فيه الإعذار.

ضابط المحكوم عليه الذي يجب له الإعذار ملخص في قولهم: "كل من قامت عليه بينة بحق عن معاملة أو نحوها، أو دعوى بفساد أو غصب أو تعد فلا بد من الإعذار إليه قبل الحكم عليه، إلا أن يكون من أهل الفساد الظاهر"[4].

يجب الإعذار في كل بينة غير مستفيضة ثبتت عند الحاكم في الأسباب الشرعية القديمة والحديثة، كالموت والنكاحات، والأحباس القديمة الحديثة وفي الضرر يكون بين الزوجين...[5].

2. ما لا إعذار فيه.

أ. أن يكون المحكوم عليه من أهل الفساد الظاهر أو الزنادقة المشهورين بما ينسب إليهم، فلا يعذر إليهم فيما شهد به عليهم[6].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص201.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص148./ المسيلي، نهاية المرام، ص308.

[3] الدسوقي، المصدر نفسه، ج04، ص148.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص198.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص200.

[6] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص159.

ب. ثبوت البينة المستفيضة عند الحاكم في الأسباب الشرعية القديمة والحديثة، كالموت والأنكحة، والأحباس القديمة الحديثة وفي الضرر يكون بين الزوجين والحيازة المستفيضة...[1].

ج. لا إعذار في شهادات من يحضر مجلس الحاكم ويشهد عند القاضي بما وقع فيه من الإقرار والإنكار، لمشاركة القاضي لهم في السماع، فيحكم عليه من غير إعذار في الشهود الحاضرين إذ لو أعذر فيهم للزم الإعذار في نفسه وهو لا يعذر في نفسه[2]، وقال ابن الفخار بوجوب الإعذار، "علل ذلك بأن الحاكم لا يحكم بعلمه ولا بما يقر به بين يديه، وقد ينكشف عند الإعذار إلى المشهود عليه أن الشاهدين غير عدلين أو بينهما وبين المشهود عليه عداوة أو غير ذلك من الوجوه، قال القاضي أبو الأصبغ بن سهل وهذا هو القياس المطرد الصحيح، لكن الاستحسان ما أخذ به أئمة المالكية"[3]، وتفصيل ذلك أن الإعذار في المقالات التي تجري عند الحكام على ثلاثة أوجه:

- أن يجاوب أحد الخصمين صاحبه بجواب كامل محض فتنعقد مقالته ويكتب الشهود على ذلك أسماءهم، ثم أدوا شهادتهم بها عند الحاكم في ذلك المجلس نفسه، فإن أنكر المقر بها بعد ذلك وطلب الإعذار فليس له ذلك لمعرفته بصحة ما شهدوا به عنده قاله ابن زرب[4]، ومثله لابن بطال[5] في أحكامه.
- أن يجاوب أحد الخصمين صاحبه بجواب كامل محض فتنعقد مقالته ويكتب الشهود على ذلك أسماءهم، ثم يشهدون بذلك عند الحاكم بعد أيام من تاريخ تلك المقالة، فللمقر بتلك المقالة إذا أنكرها أن يعذر إليه فيما ثبت عنده.
- أن يشهد شهود أنهم سمعوا فلانا يقر بكذا وكذا عند الحاكم دون أن يعقدوا مقالته، فليأمر الحاكم بعقد تلك المقالة ويكتبوا شهادتهم على ما سمعوا ويشهدوا بها عنده، فإذا ثبت أعذر في ذلك للمشهود عليه، وقال ابن سهل في هذه

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص200.

[2] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص148.

[3] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص196.

[4] أبو بكر محمد بن بقي بن زرب القرطبي: قاضي الجماعة الإمام الحافظ المشاور، سمع من قاسم بن أصبغ ومن في طبقته وبه تفقه جماعة منهم ابن الحذاء وابن مغيث وغيرهما، ألف كتاب الخصال في الفقه مشهور على مذهب مالك عارض به كتاب الخصال لابن كابس الحنفي وهو في غاية الإتقان، تولى القضاء سنة 367 هـ وتوفي سنة 381 هـ. شجرة النور الزكية، ج01، ص149.

[5] أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال القرطبي: يعرف باللجام، الإمام العالم الحافظ المحدث الراوية الفقيه، روى عن ابن أبي صفرة والقنازعي، وغيرهم. أخذ عنه جماعة. ألف شرحه المعروف على البخاري والاعتصام في الحديث، مات سنة 444 هـ أو سنة 449 هـ، شجرة النور الزكية، ج01، ص171.

الحالة: إن كانوا عدولا فلا إعذار في ذلك[1].

د. لا إعذار في الشاهد المبرز في العدالة إلا إن أثبت وجود عداوة أو قرابة للمشهود له[2].

هـ. شهادات من يوجهه الحاكم من أعوانه، أو من يبعث به فيما يخدم القضية كأن يرسله لسماع دعوى أو جواب مخدرة أو مريض أو النظر في العيب أو تقويم المتلفات، لأن قوله ليس بمنزلة الشهادة فكل ما في الأمر أن القاضي استخبره فأخبره، والإعذار إنما هو على الظنون والتهمة للشهود[3].

و. أما الموجه لحيازة عقار ففيه الإعذار، قال ابن الهندي[4]: "وبه جرى العمل، وحمل أن عدم الإعذار إذا كان الذي وجههما هو الحاكم أما لو توجه من غير أمره فيعذر فيه"[5].

ز. مزكي السر ففيه خلاف والمختار عدم الإعذار فيه وبه قال ابن رشد الجد وخالف ذلك بعض فقهاء قرطبة[6].

ح. ويلحق به شهود السر الذين شهدوا على من يخاف عليهم منه لسطوته وقوته كأن يقتلهم أو يضر بهم قاله القاضي ابن بشير[7] خلافا لقول مالك الذي قال بوجوب إعلام المشهود عليه بهم ويعذر فيهم، فقد يكون له ما يدفع به عن نفسه[8].

وابن بشير وإن قال بعدم الإعذار لمن يُخشى منه على البينة، لكنه يقول بوجوب التفتيش الدقيق عن حال الشهود حتى لا يهمل حق المشهود عليه، بل ويتنزل منزلتهم في التثبت من عدالة الشهود حتى يحصِّل المقصود من الإعذار ويضمن الامن على البينة[9].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص196.

[2] عليش، منح الجليل، ج08، ص325.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص110./ ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص160.

[4] أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني: المعروف بابن الهندي الفقيه العالم بالشروط والأحكام الثقة العمدة، أخذ عن أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم، وروى عن ابن أصبغ ووهب بن مسرة وغيرهما، ألف كتابا في الشروط مفيدا جامعا يحتوي على علم كثير عليه اعتماد الموثقين والحكام، توفي سنة 399 هـ. شجرة النور الزكية، ج01، ص151.

[5] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص110.

[6] عليش، منح الجليل، ج08، ص325-326. / ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص160.

[7] هو أبو عبد الله، محمد بن سعيد بن بشير ابن شراحيل، ويقال:إسرافيل المعافري، أصله من جند باجة، وعداده في عرب مصر، رحل إلى المشرق، فلقي مالكا وجالسه وسمع منه الموطأ، وعاد الى الاندلس وتولى القضاء فيها، وكان حسن السيرة، توفي سنة 198هـ. عياض ترتيب المدارك، ج03، ص327-339.

[8] عليش، منح الجليل، ج08، ص326.

[9] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص149.

ط. حكم الحكمين لا إعذار فيه لأنهما يحكمان بما خلص إليه نظرهما، وليس حكمهما بالشهادة القاطعة[1].

ي. من شهدت عليه القرينة القطعية بما ادعي عليه فلا إعذار له: كالمرأة التي فضحت نفسها وتشبثت برجل أنه اعتدى عليه في مكان خال وعليها أثر الاعتداء، فإنها تصدق لقوة القرينة وهي الفضيحة، فالإنسان جبل على ستر نفسه والمرأة في شرفها أشد فإن فضحت أمرها فهو قرينة على قوة صدقها فلا يعذر فيما ادعت عليه، ومن وجد في عراك مع آخر وعليه آثار الدم فإن المجني عليه يصدق في أن ذلك الرجل هو من تسبب له بالجرح[2].

وقد حضر مالك "عند أحد الحكام وهو يضرب – المدعى عليه–بدعوى صبي قد تعلق به وهو يدمي، فضربه الحاكم فيما ادعاه عليه من إصابته له فلم يزل يضرب ومالك جالس عنده حتى ضرب ثلاثمائة سوط وهو ساكت، لا ينكر ذلك مع ما تقدم له من الضرب قبل وصول مالك –رحمه الله –"[3].

ك. لا إعذار في بينات الخصوم إذا أمكن للقاضي الجمع بينها لعدم وجود تعارض[4].

الفرع الثالث: الآجال والتعجيز.

أولا: الآجال.

1. مدة الآجال.

القاعدة أن "من استمهل في إقامة بينة أو لدفعها أمهل بالاجتهاد"[5]، فتقدير المدة فيعود إلى اجتهاد القاضي وتقديره لحال المحكوم عليه من قرب وبعد البينة وقدرته على تحصيلها وكذا مراعاة حال المحكوم له من عدم الإضرار به، وحتى إن قدر مدة معينة فله جمعها أو تقسيمها بحسب ما يراه القاضي كأن يمهله 21 يوما دفعة واحدة أو يضرب له الأجل الأول أسبوعين مثلا، فيسأله بعد انقضائه عن حجته وإلا أمهله أسبوعا آخر تمام الواحد والعشرين، وقد قيد صاحب البهجة هذا التقدير للمجتهدين ذوي العدالة، أما غيرهم فلا يسعهم الخروج عما حدد لهم من الآجال حسب الأقضية[6].

أ. ففي وثائق ابن القاسم الجزيري: "الآجال تختلف باختلاف الشيء المدعى فيه، ففي ما عدا الأصول ثمانية أيام ثم

---

[1] القرافي، الفروق، ج04، ص127.

[2] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص127.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص199.

[4] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص "ق".

[5] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص262. / سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص144.

[6] التسولي، البهجة، ج01، ص96.

ستة ثم أربعة ثم ثلاثة تلوما، وفي الأصول الشهرين والثلاثة، لاسيما إذا ادعى مغيب البينة"[1].

ب. في الأصول والوراثات أجل خمسة عشر يوما، ثم ثمانية أيام ثم أربعة أيام، ثم يتلوم عليه بثلاثة أيام تتمة ثلاثين يوما، قال ابن رشد: والذي مضى عليه عمل الحكام في التأجيل في الأصول ثلاثون يوما يضرب له عشرة أيام ثم عشرة أيام ثم يتلوم له بعشرة[2].

ج. وإن كان الأجل في الإعسار بالصداق فعلى مذهب مالك يؤجل الشهر والشهرين وهو خلاف قول ابن القاسم، وعند قضاة قرطبة يضرب له أحد وعشرون يوما[3].

د. في الديون ثلاثة أيام ونحوها قاله ابن القاسم الجزيري[4]، وفي "مفيد الحكام: لأجل في الأموال خمسة عشر يوما، ثم ثمانية، ثم ثلاثة تلوما، وفي غيرها ثمانية أيام، ثم ستة، ثم أربعة، ثم ثلاثة"[5].

هـ. "الأجل المضروب في إقامة البينة القريبة ما بين خمسة أيام إلى الجمعة"[6].

2. أما الآجال التي لا يدخلها اجتهاد الحاكم[7].

أ. أجل المجنون جنونا حادثا يعزل عن زوجته سنة، فإن صح وإلا فرق بينهما.

ب. أجل المفقود إذا رفعت زوجته أمرها إلى الحاكم يؤجل الحر أربع سنين والعبد سنتين منذ انقطاع خبره بعد البحث.

ج. أجل المولى تمام أربعة أشهر من يوم الحلف على ما هو مذكور في محله بشروطه.

د. الأجل الذي يوقف فيه قسم المال للتعمير.

هـ. الأجل الذي يوقف فيه عقل سن الصبي الذي لم يثغر.

و. الأجل في تأخير قصاص ما سوى النفس حتى يبرأ.

ز. الأجل في تأخير العقل في الخطأ حتى يبرأ.

ح. الأجل في تأخير القصاص في الحر والبرد المفرطين وما أشبه ذلك من تأخير القصاص لمرض الجاني، وتأخير الموالاة

---

[1] خليل، التوضيح، ج07، ص439.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص201./ ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص38.

[3] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص203-204.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص326. / ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص39. / بهرام، الشامل في فقه الإمام مالك، ج02، ص842.

[5] خليل، التوضيح، ج07، ص440.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام،ج01، ص204.

[7] المصدر نفسه، ج01، ص205.

في قطع الأطراف، وتأخير الحامل في استيفاء النفس، وتأخير المرضع إلى أن يوجد من يرضع.

فإذا انقضت المدة وطلب المحكوم عليه التمديد، روى أشهب عن مالك أن يضرب له القاضي أجلا آخر إن كان صادقا مأمونا، أما لو علم أنه يريد الإضرار بخصمه ويماطله فليس له ذلك وحكم عليه[1].

ولا يحتسب اليوم الذي كتب فيه القاضي الأجل، بل يبدأ الحساب من اليوم التالي فإن انقضى الأجل الأول لم يكتب القاضي الأجل الجديد في اليوم الأخير من الأجل الأول بل في اليوم الذي بعده ويبتدأ الأجل الثاني في اليوم الذي يليه وهكذا في كل الآجال[2].

ثانيا: التعجيز.

1. الحكم بالتعجيز.

التعجيز هو **"الحكم بعدم قبول الحجة–بعد الإعذار–لأنه حينئذ يصير المدار في قطع النزاع"**[3].

فإن أقر المحكوم عليه بعدم وجود بينة له حين الإعذار أو انتقضت الآجال التي حددها القاضي ولم يأت بشيء يوجب النظر فيه، حُق للمقضي له سؤال القاضي تعجيز المحكوم عليه حتى تثبت براءته ولا يقوم عليه الخصم في ذلك، وجل على القاضي الاستجابة له فيحكم على الخصم وبثبت عليه العجز عن الإتيان بأي حجة تغير الحكم، فإذا أراد تسجيل ذلك أَعلم القاضي المحكوم عليه أن له اليمين على المحكوم له إن كانت القضية في مال وقد ثبتت الخلطة، وإن كانت القضية في غيرها من طلاق أو نكاح... فلا يمين له[4]، فإن تم ذلك قيد الحكم في سجلاته ونفذ عليه ومنع من الاستئناف إلا في حالات معينة.

لذا فالتعجيز هو إشهاد القاضي على المحكوم عليه أنه لم تبق له حجة بعد الإعذار له إما بإقرار المحكوم عليه بعدم وجود مدفع أو بانتهاء مدة الآجال دون أن تكون له بينة.

2. **الفرق بين الإعذار والتعجيز**: أن الإعذار سؤال الحاكم المشهود عليه أبقيت لك حجة؟ فإن قال: لا أو بقيت أنظره لها، فإن لم يأت بشيء يدخل هنا ما يسمى بالتعجيز بأن يُشهد عليه أنه لم يبق له حجة في الوجه الأول وأنه لم يأت بشيء في الوجه الثاني[5].

---

[1] خليل، التوضيح، ج07، ص439.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص206.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص134.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص210.

[5] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص49.

وفائدة التعجيز أنه متى حصل في قضية، فقد قطع الخصومة فيها بحيث لا تسمع دعوى ولا حجة بعد ذلك ممن تم تعجيزه إلا فيما استثناه العلماء[1].

وتفصيل ذلك: إن أقر المحكوم بالعجز دون طلب آجال، اختلفوا على ثلاثة أقوال[2]:

أ. قيل لا تسمع منه البينة سواء كان طالبا أو مطلوبا وهو قول ابن القاسم في العتبية ومطرف.

ب. قيل تقبل منه البينة مطلقا إذا كان له وجه كنسيانها، أو عدم علمه بها أو غيبتها وهو قول ابن القاسم في المدونة.

ج. إذا عجز المطلوب وقضى عليه القاضي فالحكم يمضي ولا يسمع منه ما أتى به بعد ذلك، وأما إذا عجز الطالب فإن تعجيزه لا يمنع من سماع ما أتى به من البينة بعد ذلك، وقد شهره ابن رشد الجد.

ثمرة الخلاف:

إن جاء المحكوم عليه ببينة بعد التعجيز لعذر كجهله بها أو نسيانه لها فإنه يحلف على ذلك، وله إقامتها سواء كان طالبا أو مطلوبا على مذهب المدونة – مالك وابن القاسم-،لأن القاعدة عندهما: "**العجز لا يُبطل الحق**"[3]، أو كان طالبا لا مطلوبا على ما حكاه ابن رشد الجد[4]، وليس له ذلك أبدا على قول ابن القاسم في العتبية وعلى قول مطرف لا تقبل إلا في المستثنيات: العتق والطلاق والنسب لأن فيها حقوقا متعددة[5].

أما المستثنيات التي لا يجوز التعجيز فيها هي: العتق والطلاق والنسب والحبس والدم، لأنه يتعلق بها حق آخرين من غير من المتداعيين فيها، فالطلاق والعتق يتعلق بهما حق لله –سبحانه–، وفي العتق حق لولاة المعتق ولولاء المعتق، وكذلك النسب يتعلق به حق لمن يلحق نسبه منهم، ويلحق بهم الحبس وطريق العامة وشبه ذلك من منافعهم وكذا الدم، فتعجيز الطالب في هذه المسائل باطل فإن أتى ببينة بعد ذلك فعلى القاضي النظر فيها[6]، هذا في حق المدعي أما المدعى عليه إذا عجزه القاضي في هذه المسائل ولم يأت بشيء فلا يقبل منه أي بينة بعد ذلك على قول الجزيري، وقال علال الأجهوري أن المدعى عليه كالمدعي في هذه المسائل ليس للقاضي تعجيزه فيها، وسبب الخلاف

---

[1] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص45.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص150.

[3] القرافي، الذخيرة، ج10، ص77.

[4] الدسوقي، المصدر السابق، ج04، ص150.

[5] القرافي، المصدر السابق، ج10، ص77./ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص158.

[6] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5334./ عليش، منح الجليل، ج08، ص327.

هل النفي كالإثبات[1]؟

فمن قال أن النفي ليس كالإثبات قال: للقاضـــي تعجيز المدعى عليه لأنه ينفي الدعوى، ومن قال: أن النفي كالإثبات قال ليس للقاضي تعجيز المدعى عليه لأن حاله كحال المثبت للدعوى وهو المدعي فيستوي معه[2].

3. تقييد التعجيز في السجل:

هل يحق للمقضي له مطالبة القاضي بكتابة تعجيز خصمه وتقييده حتى تثبت براءته ولا يقوم عليه بعد ذلك، فعلى ما في المدونة وعلى قول ابن القاسم في العتبية ومطرف فإن للقاضي ذلك سواء أكان المحكوم له هو المدعي أو المدعى عليه، إلا أن قول المدونة لا يمنع من الاستئناف عند وجود عذر، أما مطرف فقد قيدها بالمستثنيات فقط على ما مر، وعلى ماحكاه ابن رشد إن كان المحكوم له هو المدعي كتب له القاضي بتعجيز خصمه، أما إن كان المحكوم عليه هو المدعى عليه فليس للقاضي ذلك وقال به ابن الماجشون[3].

أما كيفية تقييد التعجيز:

لم يعمد الموثقون تقييد التعجيز بشكل منفصل عن الحكم بل يضمنونه في سجلاتهم كقوله: "أشهد القاضي فلان على نفســـه أن فلانا قام عنده وادعى على فلان كذا ... وحضـــر المدعى عليه فســـأله القاضـــي عن ذلك فأنكر ذلك...فكلف القائم الإثبات وأجله في ذلك أجلا بعد أجل...ثم تلوم عليه أجل التلوم المعلوم ولم يأت في خلال ذلك بشيء يوجب له حكما، فسأله المدعى عليه تعجيزه وقطع دعواه عنه، فأجابه القاضي إلى ذلك، وسأل الحاكم المدعي أبقيت لك حجة تحقق دعواك فقال: لا، فاستبان له عجزه فعجزه، وقطع عن المدعى عليه طلبته وتعنيته وسجل بذلك، وأشهد به على نفسه في تاريخ كذا"[4].

أو أن يكتب في سجله "وادعى أن له حجة وقد أنظرناه بالاجتهاد فلم يأت بها فحكمنا بعجزه فلا تسمع له بينة بعد ذلك"[5].

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص150.

[2] المصدر نفسه، ج04، ص150.

[3] القرافي، الذخيرة، ج10، ص77.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص210.

[5] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص150.

الفصل الرابع: وسائل الإثبات الحاسمة وإجراءاتها.

وفيه أربعة مباحث هي:

- **المبحث الأول: الإثبات وضماناته.**
- **المبحث الثاني: الإقرار وإجراءاته.**
- **المبحث الثالث: الشهادة وإجراءاتها.**
- **المبحث الرابع: البينة الخطية الرسمية، وإجراءاتها.**

تمهيـــــد:

الإثبات إحدى ركائز القضـاء التي لابد منها، إذ لا يفصـل في النزاعات إلا بوسـائل شـرعية تكشـف الحقيقة وتجمع بين مصلحة المدعي في إثبات دعواه ومصلحة المدعى عليه في الدفاع عنها

ومن هنا، تناول المبحث الأول مدخلا نظريا حول الإثبات ومشـروعيته وحدود وسـائله، مع بيان المسـائل التي تحتاج إلى إثبات، إضافة إلى الضمانات الإجرائية والموضوعية التي تكفل نزاهة استعمال وسائل الإثبات.

أما المبحثان الثاني والثالث فقد خصـصـا لوسـيلتين حاسمتين هما الإقرار والشـهادة، فالإقرار يعد سـيد الأدلة وحجة قاطعة متى استوفى شروطه، بينما تمثل الشهادة البينة الأكثر شيوعا واستعمالا عند القضاة حتى أن البينة حُملت على الشهادة عند البعض كما سيأتي بيانه فكان لابد من الاهتمام بها وإظهار أحكامها وإجراءات العمل بها.

وخاتمة الوسـائل الحاسمة البينة الكتابية الرسمية التي تأخذ قوتها القضـائية من مُصـدرها، فكانت بذلك ثالث الوسائل الحاسمة التي يعتمدها القاضي في بناء حكمه على الدعوى المعروضة أمامه.

المبحث الأول: الإثبات وضماناته.

الإثبات هو جوهر العملية القضـــائية، فلا يكفي أن يدعي أحد بحق على آخر، بل يجب ترجمة ذلك الادعاء إلى حجة ملموســة يعتمد عليها القاضــي في إصــدار حكمه، فكان لابد أولا وقبل كل شــيء معرفة الإطار النظري للإثبات من حده، مشــروعيته، أهميته وكذا حدود طرقه ووســائله ومن ذلك ما يقبل قوله دون إثبات أصــلا –المطلب الأول-.

وحتى يكون هذا التصـــور النظري متوازنا كان لابد من الحديث –في المطلب الثاني-عن ضـــمانات المالكية لسماع إثباتات الخصوم، سواء أكانت موضوعية متعلقة بسيرة القاضي في تعامله مع الخصوم وأدلتهم، أو إجرائية تتمثل في الإجراءات التي يتبعها القاضي حتى يسهل على الخصوم التقاضي ويضمن حقوقهم.

المطلب الأول: الإثبات، مشروعيته وحدوده.

الفرع الأول: تعريف الإثبات.

أولا: تعريف الإثبات لغة.

الإثبات: "من ثبت الشيء يَثْبُتُ ثُبُوتًا: دام واستقر فهو ثابت، ويتعدى بالهمزة والتضعيف فيقال أَثْبَتَهُ وَثَبَّتَهُ، وثبت الأمر صـــح، وأثبت الكاتب الاســـم كتبه عنده وأثبت فلانا لازمه فلا يكاد يفارقه، والاســـم ثَبَتٌ ومنه قيل للحجة"[1]، "وأثبته إثباتا: إذا عرفه حق المعرفة"[2].

فمدار الإثبات لغة حول معنى الاستقرار والديمومة والمعرفة الصحيحة.

ثانيا: تعريف الإثبات اصطلاحا.

الإثبات ليس من المصطلحات الخاصة بالمذهب المالكي فهو مشترك بين المذاهب وقد استعملوه في اطلاقين:

"الأول: معنى عام وهو إقامة الحجة مطلقا سواء كان ذلك عند التنازع أو قبله.

الثاني: معنى خاص وهو إقامة الحجة أمام القضـــاء بالطرق التي حددتها الشـــريعة على حق أو واقعة تترتب عليه آثار شرعية"[3].

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص80.

[2] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج04، ص473.

[3] عبد الله بن محمد الطيّار وآخرون، الفقه الميسر، مدار الوطن للنشر، الرياض -المملكة العربية السعودية-، ط01، 1432هـ/ 2011م، ج08، ص109.

الشرح[1]:

1. **إقامة الحجة:** أي تقديمها بأن تكون الحجة قائمة وليست معدومة إلى من يراد إقناعه بالأمر، ولا يعني إنشاءها، وهذا الأصل لكن أحيانا يطلب من القاضي معاينة أمر متعلق بالقضية، كالمعاينة مما هو متعلق بالقضية فيساعد على كشف الحجة وإظهارها.
2. **أمام القاضي:** لأنه تترتب عليه آثار من الإلزام بالفعل أو الترك.
3. **الطرق التي حددتها الشريعة:** فلا يجوز إقامة الدليل أمام القاضي على الحق إلا بوسائل محددة في الشريعة فلا تجوز الطرق الملتوية وغير الأخلاقية.
4. **على حق أو واقعة:** هذا القيد يبين محل الإثبات والمقصود بالحق المعنى العام وهو كل ما يثبت للمسلم استيفاؤه، أو مصلحة تحميها الشريعة، والواقعة الشرعية وهي السبب المنشئ للحكم.
5. **تترتب عليها آثار شرعية:** وهو ثمرة الإثبات فلا يصح اثبات أمر لا يترتب عليه أثر من الآثار كإثبات طلوع الشمس.

الفرع الثاني: مشروعية الإثبات وأهميته.

أولا: مشروعية الإثبات.

دلت عديد النصوص الشرعية على مشروعية الإثبات سواء في تقييد الحقوق وتوثيقها أو أثناء التنازع، أما في توثيق الحقوق فتأتي من باب الندب كقوله-صلى الله عليه وسلم-: ((**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**))[2]، فالإعلان مستحب في عقد النكاح والإشهاد من باب أولى[3]، وقد تكون من باب الوجوب كقوله تعالى: ﴿ وَقَالُواْ لَوۡلَا يَأۡتِينَا بِـَٔايَةٖ مِّن رَّبِّهِۦٓۚ أَوَلَمۡ تَأۡتِهِم بَيِّنَةُ مَا فِي ٱلصُّحُفِ ٱلۡأُولَىٰ ﴾ طه [132] في حال لم يأمن الناس بعضهم البعض.

أما في حال التنازع فلا خلاف على وجوبه في حق المدعي[4]، لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**البينة على**

---

[1] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص22.

[2] رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، رقم2383، ج03، ص21.صححه الذهبي، أسنى المطالب، ص326.

[3] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص745.

[4] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج17، ص470.

المدعي واليمين على من أنكر))[1] وقد دلت النصوص الكثيرة على وجوب العمل بالبينة في حل أي نزاع كقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَاتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ النور [4] وقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها**))[2]، وقوله أيضا: ((**بينتك أو يمينه**))[3]، ولضابط: "لا يقضي القاضي إلا ببينة"[4].

ثانيا: شروط الإثبات[5].

1. **أن تسبق الدعوى الإثبات:** والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ ﴾ البقرة [281]، أي إذا دعوا لأدائها أمام المتحاكمين ويلزم منه قيام دعوى قضائية، إلا إن خاف زوال البينة فيقيمها كالشهادة، وقال ابن القاسم بجواز سماع الشهادة قبل الدعوى مطلقا لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها ويخبر بشهادته قبل أن يُسألها**))[6]، وهذا في حق العبد أما حق الله تعالى يجوز فيه الإثبات دون أن تسبقه دعوى لأن الكل مطالب بالحفاظ عليه وعدم التعدي عليه، فإن وقع وجب على كل مسلم إثباته أمام القاضي من باب الحسبة بدليل الحديث السابق.
2. **موافقة الإثبات للدعوى:** الأصل في الإثبات أنه مظهر لصدق صاحبه لكن إن كان مناقضا له كان قادحا من القوادح ومبطلا لقول صاحبه وهذا أحد سبل دفع الدعوى السابق ذكرها –الدفع بالتناقض-.
3. **أن يكون الإثبات منتجا للدعوى:** أي أن يكون له فائدة في إثبات الحق وصدور الحكم وليس لغوا لإطالة القضية.
4. **أن يكون الإثبات في مجلس القضاء:** حتى تترتب عليه آثاره ويلزم القاضي به الخصوم فلا عبرة بالإثباتات خارج المجلس، كما أن بعض البينات تحتاج قبول القاضي وحكمه كتعديل الشهود والتحقق من سلامة الوثائق من التزوير...

---

[1] سبق تخريجه، ص152.

[2] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، رقم 1497، ج02، ص1135.

[3] سبق تخريجه، ص156.

[4] عزيزة عكوش، القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من كتاب اصول الفتيا للإمام ابن حارث الخشني، -رسالة ماجستير- كلية العلوم الإسلامية، 1422هـ-2001م، ص208.

[5] شهرزاد عبد الله، شروط الإثبات ومذاهبه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحضارة الإسلامية-الجزائر-، م20، ع 02، 2019م، ص349-351./ مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ، ص47- 59.

[6] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب: في الشهادات، رقم 588، ج04، ص1042.

5. **أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن.**
6. **أن يوافق الإثبات العقل والشرع أو الحس وظاهر الحال:**
   أ. كأن يقر بأبوته لشخص لا يولد عادة مثله لمثله.
   ب. أن يأتي بشاهد لإثبات زنا المدعى عليه فلا يقبل منه.
   ج. رجل يدعي أبوته لابن معروف نسبه واستفاض العلم بين الناس أنه ابن فلان.
7. **أن يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشـــرع:** فلا يقبل الإثبات بطرق غير مقبولة شـــرعا كالإثبات بعلم القاضي...

ثالثا: أهمية الإثبات.

تتمثل أهمية الإثبات في نقاط عدة أهمها:

1. ردع الناس عن كثرة التداعي بينهم بما يفسـد القضـاء ويخرجه عن مقصـده، فلا يتقدم للنزاع إلا من له شـيء من الأدلة وإلا لأدى إلى الانفلات وادعى أناس دماء رجال وأموالهم كما في الحديث: ((**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**))[1].
2. إعانة وإلزام القاضـي بالعدل في إصـدار الحكم من خلال توفير مختلف الإثباتات من أطراف النزاع، مما يسـمح له بغربلتها ومقارنتها ثم اتخاذ الحكم المناسـب بشـأنها على أسـاس علمي مضـبوط وليس من باب التشـهي لحديث القضاة الثلاثة فذكر ((**رجل عرف الحق فقضى به**))[2] فكيف له معرفة الحق دون إثبات[3].
3. إقناع أطراف النزاع بنزاهة القضـاء وعدالة الأحكام الصـادرة عنه، لأن طرق الإثبات تمثل الأرضـية الموضـوعية المثلى التي ترضي المظلوم وتبهت الظالم وتضمن حياد القاضي وتحفظ حقوق الناس ومصالحهم.

الفرع الثالث: حدود طرق الإثبات.

للمالكية في هذه المسألة رأيان:

أولا: المطلقون لوسائل الإثبات: وعلى رأسهم ابن فرحون الذي يعطي القاضي الحرية في اعتبار طرق الإثبات

---

[1] سبق تخريجه، ص90.

[2] رواه أبو داود في سننه،كتاب الأقضية، باب القاضي يخطئ، رقم:3573، ج05، ص426، قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، المستدرك، رقم: 7013، ج04، ص102.

[3] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص34.

مادامت تكشف وجه القضاء فكل ما يدل على الحق فهو طريق للحكم[1].

واستدلوا بـ:

القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿ لَقَدَ اَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ ﴾ الحديد [24]، وفي قوله تعالى أيضا: ﴿ وَقَالُواْ لَوْلاَ يَاتِينَا بِءَايَةٍ مِّن رَّبِّهِۦٓ أَوَلَمْ تَاتِهِم بَيِّنَةُ مَا فِي اَلصُّحُفِ اَلاُولَىٰ ﴾ طه [132].

"أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره... ولم تأت البينة في القرآن الكريم مرادا بها الشهود وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة"[2].

"قصة يوسف في قد القميص، وإقامة ذلك مقام الشهود، قال ابن الفرس: هذه الآية يحتج بها العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات"[3].

قال الله تعالى: ﴿ تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ ﴾ البقرة [272]، "دل على أن المراد بالسِّيما، حال يظهر على الشخص، حتى إذا رأينا ميتا في دار الإسلام وعليه زنار[4] وهو غير مختون، فإنه لا يدفن في مقابر المسلمين ولا يصلى عليه"[5].

السنة:

استدلوا بقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**))[6]

فالحديث أمر المدعي بالبينة وهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره فلم يحدد النبي –صلى الله عليه وسلم-نوع البينة ولم يحصرها[7].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص240.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص240.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص241.

[4] حزام يشد على وسط الجسم، رجب عبد الجواد إبراهيم وآخرون، المعجم العربي لأسماء الملابس «في ضوء المعاجم والنصوص الموثقة من الجاهلية حتى العصر الحديث»، دار الآفاق العربية، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط01، 1423 هـ - 2002 م، ص424.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص241.

[6] سبق تخريجه، ص152.

[7] عبد اللطيف بعجي، الخبرة المتخصصة وأثرها في مباني الأحكام القضائية –دراسة في مذهب الفقه الإسلامي-، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 01 –الجزائر-، 1438هـ-1439هـ/2017م-2018م، ص37.

"حكم رسول الله –صلى الله عليه وسلم –بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب"[1]، ولم يحصره في الشهادة فقط فالنبي –صلى الله عليه وسلم–جعل القافة سبيل من سبل الإثبات لأنها مجربة وموثوقة وأقيمت مقام الشهادة.

عمل الصحابة:

"روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعبد الله بن مسعود...أنهم كانوا يرون الحد على من وجد منه ريح الخمر"[2]، فلم يقفوا فقط عند الشهادة.

ويلزم من هذا الرأي العمل بعلم القاضي والأخذ بالحيل مع المتقاضين لمعرفة الحقيقة.

ينتقد هذا القول في أنه أطلق العنان في اعتبار أو رفض العمل بطرق الإثبات وفق ما يراه القاضي دون ضبط، فلو احتج أحد بحجة ورأى الحاكم ردها لأنها لا تثبت عنده في حين ثبتت عند غيره، لأدى إلى زعزعت القضاء واتهام أهله بالهوى[3].

ثانيا: المقيدون لوسائل الإثبات: قالوا بتحديد طرق الإثبات وتعيينها وينقسمون إلى:

1–المضيقون: وهم جمهور المذاهب الأخرى فبعضهم حصرها في ثلاثة طرق وهناك من حصرها في ست طرق وآخرون قالوا بسبعة[4].

واستدلوا بقوله –صلى الله عليه وسلم–: ((**بينتك أو يمينه**))[5] وفي رواية أخرى: ((**شاهداك أو يمينه**)) [6]، فدل على أن النبي –صلى الله عليه وسلم–عندما طالب بالبينة المراد بها الأدلة التي حصرتها الشريعة وليس على إطلاقها[7].

المعقول: قالوا أن المصلحة تقتضي حصر نظام الإثبات في وسائل محددة تطمئن إليها النفوس، وألا تعرض أرواحهم وأموالهم للإتلاف من طرف القضاة الظالمين، استنادا إلى أدلة واهية غير مضبوطة[8].

2–الموسعون في تقييدهم: المعتمد عند المالكية، حددها القاضي عبد الوهاب في خمس عشرة حجة: "أربعة شهود رجال بالغون، شاهدان رجلان، شاهد وامرأتان، شاهد ويمين المدعي، شاهد المدعي ونكول المدعى عليه، امرأتان

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص242.

[2] ابن عبد البر، الاستذكار، ج08، ص3.

[3] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ع 58، ص148.

[4] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج01، ص234./ شهرزاد عبد الله، شروط الإثبات ومذاهبه، ص354.

[5] سبق تخريجه، ص156.

[6] سبق تخريجه، ص176.

[7] القره داغي، مسائل فقهية معاصرة، ص21.

[8] عبد اللطيف بعجي، الخبرة المتخصصة، ص 36.

ونكول المدعى عليه، يمين المدعي ونكول المدعى عليه، يمين المدعي مع قوة السبب، امرأتان بانفرادهما، شهادة الصبيان في مواضعها، أيمان الأولياء في الدم مع اللوث، شهادة السماع، كتاب قاض إلى قاض، معرفة العِفاص والوِكاء في اللُّقَطة لأن ذلك كالبينة"[1].

وبلغت عند القرافي سبع عشر بينة: "الشاهدان، الشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين والمرأتان، واليمين والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا، ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان، وشواهدها، واليد"[2].

وقد رأيت أن ما ذكره علماؤنا من وسائل الإثبات لا تخرج عن ما يلي قد أدرجتها في الفصل الرابع من هذه الأطروحة: منها الإقرار، الشهادة بأقسامها، اليمين-اليمين والنكول-، الشاهد ويمين الطالب أدرجت معه الشاهد ونكول المدعى عليه لترابطها-القسامة- اللعان-، البينة الكتابية بأقسامها، القرائن وتندرج تحتها الاستجواب، الخبرة والمعاينة، القافة.

فالمنطق الفقهي الذي أخذ به المالكية في تقييد يد القاضي في اعتبار طرق الإثبات يقابله توسيعهم لسلطته في تقدير الأدلة ومقابلتها فليس دور القاضي التطبيق الجاف للقضاء، بل حسن إعمال الأدلة والنظر في ما يعارضها من قوة وضعف حتى يصل إلى الحكم، فالمرأة عندهم إن شهد عليها أربعة رجال بالزنا فإنها لا تحد إن ظهرت بكورتها[3].

واستدلوا بحديث النبي -صلى الله عليه وسلم-: ((**إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئا، فإنما أقطع له قطعة من النار**))[4]، فالنبي -صلى الله عليه وسلم-كانت له من الفطنة ما أمكنه من بيان الحق دون تقييد ببينة معينة -على قول المطلقين-، بل كان له طلب المعونة من الله تعالى من خلال الوحي لكنه لم يفعل، لتقديمه أصل استقرار القضاء على أصل إيصال الحقوق لأهلها، بدليل ما روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم-قال حين أشير عليه بقتل المنافقين: ((**أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه**))[5] فعلل -صلى الله عليه وسلم-

---

[1] القاضي عبد الوهاب، المعونة،ص1543.

[2] القرافي، الفروق، ج04، ص83.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص319.

[4] رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، رقم:587، ج04، ص1040.

[5] رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما، ج04، ص1998، رقم:2584.

ذلك بالتهمة[1]، فلا بد من تقييد الأدلة حفاظا على القضـاء من التهمة، وإلا انفرد كل قاض بأدلته وتسـاهل فيتهم في عدالته.

ما ينبه عليه أن هذا الرأي منطقه التشريعي مبني على: لزوم تحديد طرق الإثبات مع التوسع في حصرها تماشيا مع إعطاء القاضـي سـلطة تقديرية في اعتبار الأدلة زيادة على التي في المذاهب الأخرى خدمة لأصـل إيصـال الحقوق لأهلها[2]، ما لم تتعارض هذه الأدلة مع أصل استقرار القضاء وانضباطه كعلم القاضي والتحايل على المتخاصمين والتدبير لهما، لذلك اشـترطوا في القاضـي ألا يكون له فرط ذكاء لأن عبقريته تلزمه التوسـع و المخادعة و التحايل في طرق حل القضـايا دون أن يقدر على لجم نفسـه كما كان القاضـي إياس بن معاوية، سـدا لذريعة التهمة فليس كل القضـاة على تلك التقوى مما يهدد استقرار القضاء، مع التنبيه أن فقهاءنا شـجعوا على إعمال الفطنة في كشـف خبايا القضـايا على أقصى ما يفتح الله به على القاضي من الذكاء، لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**اتقوا فراسـة المؤمن فإنه ينظر بنور الله**)) [3]، لكن دون أن يضر بالقضاء كمخادعة الخصوم للوصول للحقيقة[4].

فالمالكية قدموا أصل استقرار القضاء وانضباطه، لكنهم راعوا أصل تحصيل الحقوق لأهلها، لذلك توسعوا إلى أقصى ما أمكن في طرق الإثبات بخلاف المذاهب الأخرى دون الخروج عن ضبط القضاء وضرب مصداقيته عند الناس، فكانوا أوسع المقيدين للأدلة وأضيق المطلقين لها فأخذوا محاسن كلا الرأيين.

كما أن إعمالهم –رحمهم الله–لوسـائل الإثبات ليس على منحى واحد، فقد ضـيقوا في الحدود والجنايات ولم يقبلوا سوى شـهادة رجلين[5]مثلا ووسـعوا في المعاملات وغيرها فعملوا بالشـاهد واليمين وكذا الرجل والمرأتان [6]لأنها مبنية على التوسع والتيسير بل وحتى في الجنايات فتجد نظرة الفقهاء للأدلة في الحدود والقصاص أضيق منها في التعزيرات[7].

سبب الخلاف:

السـبب الأول: هل طرق الإثبات توقيفية تعبدية يجب الوقوف عندها والعمل بما دل عليه النص فقط، أم أنها

---

[1] ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، ج06، ص221.

[2] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج02، ص497.

[3] رواه الترمذي في سننه، كتاب أبواب تفسير القرآن، باب: ومن سورة الحجر، رقم: 3127، ج05، ص298. قال الترمذي: حديث غريب.

[4] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج16، ص301.

[5] القرافي، الفروق، ج04، ص86.

[6] ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص292.

[7] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، ص150.

اجتهادية وتشمل كل ما يحصل به العلم والظن في كشف الواقعة؟

فمن قال أنها توقيفية حصرها في وسائل محددة ومن قال أنها ليست كذلك أطلقها وفق ما فتح الله به على القاض من الفهم والتدبير[1].

السبب الثاني: وسائل الاثبات ينازعها أصلان: أصل استقرار القضاء وانضباطه وأصل إيصال الحقوق لأهلها، فمن قدم الأصل الأول قال بحصر وسائل الإثبات ومن قدم الأصل الثاني لم يحصرها في وسائل معينة، أما المالكية جمعوا كلا الأصلين ما أمكن فعملوا بأصل إيصال الحقوق لأهلها ما لم يتعارض مع أصل استقرار القضاء وانضباطه.

الفرع الرابع: المسائل التي لا تحتاج إلى إثبات.

عمل المالكية على تطبيق قاعدة الدعوى وهي أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر على مختلف القضايا، وكما أن لكل قاعدة استثناءات، قرر المالكية مخالفة قاعدة الدعوى وأخذوا بقول المدعي دون مطالبته بالبينة في مسائل عديدة، ومنها[2]:

1. اللعان يقبل فيه قول الزوج لأن العادة أن الرجل ينفي عن امرأته الفواحش.
2. قبول قول الأمناء لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت المصالح المترتبة على حفظ الأمانات.
3. قبول قول الحكام فيما يدعونه من الجرح والتعديل وغيرهما من الأحكام ليلا تفوت المصالح المترتبة على ولاية الأحكام
4. قبول قول الغاصب مع يمينه في تلف المغصوب للضرورة الخاصة لئلا يخلد في الحبس، ثم الأمين قد يكون أمينا من جهة مستحق الأمانة أو من قبل الشرع كالوصي والملتقط ومن ألقت الريح ثوبا إلى بيته.
5. تصديق الزوج في دعوى الإنفاق على زوجته إن كان حاضرا معها.
6. ادعاء الوصي أنه قبض من غرماء محجوره ما عليهم له.
7. ادعاء الزوجة أو الزوج أنه وطئها.
8. قول الوصي في نفقته على اليتيم وعمارة رَبعه–داره[3]–.
9. ادعاء البائع أنه باع بنقد، وقال المشتري بسلعة.
10. إقرار الخصم لغريمه فلا يحتاج لبنية على صدق إقراره.

---

[1] عبد اللطيف بعجي، الخبرة المتخصصة، ص 38.

[2] القرافي، الذخيرة، ج11، ص41./ عليش، منح الجليل، ج09، ص162./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص389.

[3] الهروي، تهذيب اللغة، ج02، ص223.

11. إقرار الخصم بعدالة شهود غريمه.
12. ادعاء الميت إن قال قبل وفاته إن دمي عند فلان.
13. الغرباء يأتون إلى بلد فإنهم يصدقون في نسبة من معهم من الأبناء إلى بعضهم البعض.
14. قول الحاكم في تجريح وتعديل الشهود.
15. وفي معاقبة المسيء في مجلسه فلا يحتاج كذلك لبينة.

المطلب الثاني: ضمانات سماع وسائل الإثبات.

الفرع الأول: ضمانات موضوعية.

أولا: استقلالية القاضي.

يقصد به "أن يكون القضاة أحرار في البحث عن الحق والعدل دون أن يكون هناك تأثير من سلطة أو ضغط من حاكم أو تدخل من ذوي النفوذ وألا يخافوا في الله لومة لائم"[1].

فهذه الاستقلالية قد كرسها النبي –صلى الله عليه وسلم–لما عين بعض الصحابة في القضاء كمعاذ بن جبل وعلي بن أبي طالب –رضي الله عنهم–من خلال إعطائهم الحرية التامة في الحكم مادام مستندا للكتاب والسنة، ولم يلزمهم بالرجوع إليه بل بالعمل بما أدى إليه اجتهادهم، فكان النبي –صلى الله عليه وسلم– هو رأس السلطة في الدولة لم يتدخل في عمل قضاته فما بالك بأصحاب النفوذ، وعلى هذا النهج سار الصحابة كما في رسالة عمر بن الخطاب إلى معاوية والي الشام: ((**لا إمرة لك عليه – على عبادة بن الصامت، وكان عبادة قاضيا لفلسطين زمن عمر–**))[2].

لهذا اشترط علماؤنا في الحرية أن يكون القاضي خاليا من نفوذ غيره عليه حتى تتحقق قدرته على الوفاء والحكم بما تقتضيه الاستقلال الممنوحة له[3].

وفي هذا قال أشهب: "إن من واجبات القاضي أن يكون مستخفا بتوسطات الولاة في النوازل، وشفاعتهم فيها، وفي إنفاذ الحق عليهم وعلى ذويهم، وليس المراد بذلك أن يكون مستخفا بحقوق الأئمة في تقرير الطاعة العامة"[4].

---

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر –باتنة–الجزائر، 1429هـ-1430هـ/2008م-2009م، ص147.

[2] رواه ابن ماجة في سننه، أبواب السنة، باب تعظيم حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم والتغليظ على من عارضه، رقم: 18، ج01، ص14. حكم الألباني: صحيح.

[3] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج02، ص497.

[4] المصدر نفسه، ج02، ص497-498.

ثانيا: العدل والمساواة.

مما يطمئن الخصوم على مصداقية القضاء في الإسلام أن ديننا راعا التفاصيل الدقيقة في تحقيق العدالة والمساواة فما بالك أن لا تعتبر أدلة الخصوم وحججهم وفي ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: ((**من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده**))[1].

فينبغي على القاضي أن ينصف الخصمين في استماعه بتأن وهدوء حتى يدلي كل فريق بدلوه وألا يرفع صوته على أحدهما مما قد يضعفه أمام الآخر.

وفي رسالة عمر بن الخطاب لمعاوية رضي الله عنهما:((...**أدن الضعيف حتى يجترئ قلبه وينبسط لسانه، وتعاهد الغريب فإن طال حبسه ترك حقه وانطلق إلى أهله...**))[2].

أما إن كان أحد الخصمين ذميا فيه خلاف:

فالمذهب على تحقيق المساواة بينهما دون اعتبار الدِّين، فإن أبى أحدهما فلا ينظر في القضية حتى يذعن إن كان هو الطالب –المدعي–أما لو كان المعترض هو المطلوب فللقاضي سماع المدعي ولم يسمع من المطلوب[3]، وقيل لا يسوى بينهما لما روي عنه –صلى الله عليه وسلم–: ((**لا تساووهم في المجلس**))[4].

واستحسن بعض المالكية منهم اللخمي، المتيطي[5]والقرافي أن يتقدم المسلم بالشيء اليسير على الذمي في المجلس[6].

---

[1] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: آداب القاضي، باب إنصاف الخصمين في المدخل، رقم 20458، ج10، ص229، قال الأرنؤوط: حديث ضعيف.

[2] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص112

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص47.

[4] رواه ابن الجوزي، أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، تحقيق: إرشاد الحق الأثري، إدارة العلوم الأثرية، فيصل آباد، باكستان، ط02، 1401هـ/1981م، كتاب: المرض، حديث فِي عيادة أهل الذمة، رقم: 1460، ج02، ص388. قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يصح.

[5] أبو الحسن علي بن عبد الله بن إبراهيم الأنصاري: يعرف بالمتيطي السبتي الفاسي الإمام المحقق العارف بالشروط وتحرير النوازل لازم بفاس أبا الحجاج المتيطي وبه تفقه وبين يديه تعلّم الشروط ولزم بسبتة القاضي أبا محمد ابن القاضي أبي عبد الله التميمي وكتب للقاضي أبي موسى عمران بن عمران، ألف كتابا كبيرا في الوثائق سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام اعتمده المفتون والحكام واختصره أعلام منهم ابن هارون، توفي سنة 570 هـ. شجرة النور الزكية ، ج01، ص234.

[6] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5329.

ثالثا: حياد القاضي.

قرر المالكية عند كلامهم عن ركن المقضي له ألا يحكم القاضي لمن له علاقة به سواء **علاقة عائلية** لذا اشترطوا أن يكون المقضي له ممن لا تقبل شهادة القاضي له، سواء كان ابنه وإن نزل أو والده و إن علا وكل من تتوجه إليه التهمة من أن يجلب له منفعة أو يدفع عنه ضررا كالزوجة واليتيم الذي في حجره...على اختلاف بينهم على أربعة أقوال قد سبق الحديث عنها، ،أو **علاقة مصلحية** فلا تقبل شهادته ولا حكمه على عدوه أو خصمه لوجود التهمة، بل ولا يجوز له الحكم لنفسه وإن كان له الحق، كل هذا تحقيقا لمبدأ الحياد القضائي الذي يخدم أصل العدالة الذي جاء القضاء لتحقيقه.

وخدمة لأصل الحياد قالوا يجب ألا يتدخل في نصرة أحدهما بسبب انتماء مذهبي أو عرقي أو سياسي وغيرها، واختلف المالكية في الحياد الإيجابي بأن يشد القاضي عضد أحد المتداعيين، إن رأى منه ضعفا وحتى يسرّع عملية التقاضي وليس بسبب الانتماء السابق ذكره وصورة المسألة:

إن لقن أحدهما حجة –حجة الفجور–يبطل بها حقا أو يحق له بها باطلا[1]، كأن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته، ولا يقول لمن له المنفعة: قل له كذا[2] فهذه الحالة اتفقوا على تحريمها[3].

إن نبه أحدهما إلى ما ينفعه وكان ذلك التنبيه من صلاحيات الحاكم مما يخدم التقاضي، كأن يقر أحدهما للآخر بالحق فينبه القاضي المقر له بالإشهاد على هذا الإقرار، فهذا متفق على جوازه[4].

واختلفوا هل له أن يشد عضد أحدهما إن رأى منه خوفا أو ضعفا أو يلقن أحدهما حجة لم ينتبه إليها كأن يقول له القاضي أتشهد على كذا...وكذا فيذكر له بعض الأوجه التي يلزم ذكرها في الشهادة، إلى قولين[5]:

قال مطرف وابن الماجشون: "لا ينبغي للقاضي أن يلقن أحد الخصمين حجة قد عمي عنها لضعفه، بأن يقول له: قل: كذا وكذا، ولا بأس بأن يحتج–القاضي–بذلك هو عنه ويكلم خصمه ويعتد له به، حتى كأنه هو تكلم بذلك واحتج به"[6]، والظاهر أن هذا القول أعمل قاعدة المساواة بين الخصمين "الأصل مراعاة التسوية بين الخصمين في

---

[1] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص103.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص47.

[3] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص181.

[4] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص336.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص47.

[6] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص455.

مجلس القضاء"[1] فلا يلقن أحدهما فيورث التهمة ويشكك في نزاهة القضاء مع مراعاة العدل في الحكم بين الخصوم، فإن رأى من أحدهما ضـــعفا في الحجاج وكان له ما يمكن أن يطالب به أو أنه أغفل وجها من وجوه الدفع كان للقاضـــي التدخل من باب التحري وإظهارا للحجة الخفية عن أحدهما وتأكدا من صدق وقوة الجانب الآخر.

قال أشهب، ابن عبد الحكم، القرافي وشراح خليل...[2] بجواز ذلك لقوله –صلى الله عليه وسلم لماعز: ((**لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت...**))[3]، ولما روي عن النبي –صلى الله عليه وسلم–: ((**من ثبت عيا في خصم منه حتى يفهمها، ثبت الله قدمه يوم تزل الأقدام**))[4]، وفي رواية: ((**من ثبت غبيا في خصومة حتى يفهمها ...**))[5].

فهذا القول رأى أن من العدل طمأنة وتعضيد الخصم الضعيف إن خاف من القاضي أو كان خصمه ذا شأن أو ظن منه الخطأ وذلك حتى يتشجع ويطلب حقه وهو مطمئن ومحمي بقوة القضاء، بالإضافة إلى أن تلقين الحجة هو لكلا الخصمين دون اقتصاره على أحدهما إعمالا لمبدأ العدل، ومن جهة أخرى هو تسريع للقضية وتسهيل لإجراءاتها، فلو حكم القاضي ثم تنبه الخصم على هذه الحجة فله رفعها للحاكم وإن كانت معتبرة أعيد فتح القضية من جديد، لذا تختصر الطريق لذلك قالوا: "لا بأس بتلقينه أحد خصمين حجة شرعية عجز عنها"[6].

قال سحنون: "لا ينبغي أن يشد عضد أحدهما، ولا يلقنه حجة"[7]، والظاهر أن سحنون قد أخذ بمبدأ حياد القاضي في الخصومة فلا يتدخل في أي شيء بما قد يغير مجرى الدعوى أو الحكم.

سبب الخلاف: اختلافهم في فهم أثر الصحابة.

أنه كان بين رجلين خصومة من أصحاب رسول الله –صلى الله عليه وسلم –قريبا من المدينة في أرض لهما حتى ارتفع الشأن بينهما إلى الخليفة، فركب عثمان في ذلك وكانت خصومتهما في زمن عثمان وركب معه رجال فلما ساروا قال رجل: إن عمر قد قضى فيها، فقال عثمان: لا أنظر في أمر قد قضى فيه عمر، ورجع[8].

---

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص124.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص41./ القرافي، الذخيرة، ج10، ص68./ عليش، منح الجليل، ج08، ص433./ الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص181.

[3] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ج08، ص167.

[4] لم أجد له تخريجا.

[5] لم أجد له تخريجا.

[6] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص181.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص41.

[8] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص167.

موضع الخلاف، هو في تلقين أحد الصحابة وتدخله بحجة لصالح أحد الخصمين في قوله: إن عمر قد قضى فيها، أي ليس لعثمان –رضي الله عنه–فسخ حكم قاض آخر خاصة إن كان عمر –رضي الله عنه–، فهي حجة لم ينتبه إليها صاحبها ورغم ذلك قبلها عثمان رضي الله عنه وحكم بها.

أصحاب القول الأول: رأوا أن القاضي وهو الخليفة عثمان رضي الله عنه لم يلقن الحجة لأحد الخصمين بل فعل ذلك أحد مشاوريه أو مساعديه، لذا لا يجوز للقاضي فعل ذلك، لكن له التنبيه عليها في كلامه مع الخصم الآخر استئناسا لقبول عثمان رضي الله عنه الحكم بتنبيه ذلك الصحابي.

أما القول الثاني: أخذوا بالظاهر لأن من نبه وساعد أحد الخصمين ما هو إلا مساعد ومشاور للقاضي ومن مهامه تنبيه القاضي على ما قد يغفل عنه وقد نبه هنا في محضر الخصمين وذكر لأحدهما حجة يستند إليها أمامهما ولم ينكر عثمان رضي الله عنه ذلك فكأنما أقره على فعله.

أما أصحاب القول الثالث: رأوا أن الخليفة لم يلقن أحد الخصمين الحجة وإنما هو أحد مساعديه وكلام هذا الصحابي إنما كان موجها للقاضي وهو عثمان –رضي الله عنه– وليس للخصوم، لتنبيهه وتذكيره أن هذه القضية قد قضى فيها عمر –رضي الله عنه– ولا يجوز فسخها وهو من باب تنبيه القاضي بوجود خلل يلزم منه بطلان الدعوى من الأساس وليس من باب تلقين الحجة لأحد الخصوم، لذا لا يجوز للقاضي تلقين أي منهما أي حجة.

الفرع الثاني: ضمانات إجرائية.

أولا: مجانية القضاء.

ذلك أن صاحب الدعوى ليس عليه دفع مال للقاضي حتى ينظر في دعواه، وهذه الخاصية فرع عن أصل العدالة، فالقاضي وأعوانه لا يأخذون أجرتهم من الناس سدا لذريعة إفساد القضاء ودخول الرشوة والفساد في الجهاز الذي يجب عليه محاربة الفساد وتحقيق الحق، ومن جانب آخر حتى لا يمتنع الفقراء من اللجوء للقضاء بسبب عوزهم وفقرهم.

وقد نص المالكية أن من تعين في حقه القضاء وكان غنيا لم يجز له أخذ العوض حفظا لهيبته وجلاله[1]، بل وذكرنا من قبل على القاضي تجنب الهدايا لما فيها من شبهة المحاباة وتحقيقا لأصل مجانية القضاء، فالقاضي لا يأخذ أي مال كان بسبب مهنته، مما يضمن عدله وحياده في اعتبار أدلة الخصوم لأن لا أحد منه عليه فضل.

ثانيا: علانية الجلسات وسماع الدفوع.

من مميزات القضاء في الإسلام أن جلسات الحكم علنية منذ صدر الإسلام حيث كانت تقام في المسجد وكما

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص33.

هو معلوم يدخله الناس كل وقت، وهذه الميزة لها منافع جمة:

1. السماح للناس بحضور الجلسات فيه زجر لهم وتنبيه من الوقوع في مثل تلك القضايا.
2. تمكين الحاضرين من مراقبة القاضي وردعه عن أي ظلم أو محاباة لأحد أطراف النزاع[1].
3. حرص الإسلام على حضور العلماء في مجالس الحكم حتى يسدوا النصح للقاضي وكذا مراقبته من أي تلاعب بالأحكام مما يخفى على العوام[2].

كما منع المالكية المسَارات بين القاضي والخصوم وألزموه بالجهر في مجلس الحكم حتى يسمع الأطراف بعضهم البعض ويكونوا على بينه من قضائه[3].

كما أوجبت الشريعة الحرية للخصوم في تقديم أدلتهم ودفوعهم دون تقييد من القاضي من خلال:

1. إحضار الخصوم إلى مجلس الحكم فإن تعنت المدعى عليه جيء به جبرا حتى يسمع من كليهما، ويستثنى الغائب فللقاضي أن يحكم عليه بعد الإعذار إن كانت غيبته قريبة، ودون إعذار إن كانت غيبته بعيدة فإن رجع أعذر إليه[4].
2. إعطاء القاضي صلاحية تأجيل جلسة السماع إن طلب أحد الخصوم ذلك ما لم يماطل، فينظره المدة المناسبة عملا بضابط "من استمهل في إقامة بينة أو لدفعها أمهل بالاجتهاد"[5].
3. طمأنة الخصوم وإعطائهم حرية الكلام دون إساءة الأدب والصراخ وغيرها مما يسيء إلى وقار المجلس.
4. إعذار المحكوم عليه –سبق دراسته في الفصل الثلث–حتى يبرء ذمته ولا يبقى ما يدفع به عن نفسه قبل إصدار الحكم.

ثالثا: حبس المدعى عليه.

إذا كانت الدعوى في مال أو في حق في غير الجنايات فهل للمدعي طلب ضمانات كوجود كفيل للمدعى عليه، أو أن يحبس، أو أن يوقف الأمر المدعى فيه كالأموال والحيوان...

قالوا:

---

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي، ص150.

[2] محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة، ص452.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص46.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص148.

[5] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص262. / سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص144.

1. **إن كانت الدعوى فيما يحتاج فيه إلى حضور المدعى عليه،** ينظر:

إن كان للمدعي لطخ كوجود شـــاهد، سماع...وطلب كفيلا حتى يأتي بما يثبت الخلطة، فللقاضـــي تلبية ذلك فيما قرب زمانه الى ثلاثة أيام، وقال أشهب بخمسة أيام إلى أسبوع، ولابن القاسم في المسألة قولان في المدونة[1]، فإن لم يكن لديه لطخ فليس له ذلك، وإن لم يجد المطلوب كفيلا بالنفس حبسـه القاضـي حتى تتم المحاكمة لضـمان حضـوره لمجلس القضاء وتسريعا للقضية، ويستثنى من ذلك إن كان المطلوب مقبلا على سفر قريب يتأتى له الحضور قبل الأجل[2].

إن كان للمدعي لطخ وكانت بينة الخلطة بعيدة فليس له طلب الكفيل من المدعى عليه ولا يمين إن أثبت المدعي الخلطة وكانت بينة دعواه بعيدة أو تحتاج وقتا قد يضر بالمطلوب، فلا يؤخذ من المدعى عليه كفيل وقال أشهب أن له يمين المطلوب[3].

إن أثبت المدعي الخلطة وكانت بينة دعواه قريبة قال ابن القاسم أن له المطالبة بكفيل الوجه فقط، وقال أشهب أن له اليمين فإن أبى فله أخذ الكفيل وقال ســـحنون له طلب إيقاف المدعى فيه كالحيوان، الأموال، العروض ويمنع المدعى عليه من التصرف فيها حتى يتمكن الشهود من التعرف عليها[4].

2. **إن كانت الدعوى في مالا يحتاج إلى حضور المدعى عليه بعينه أو لسؤاله والاستفسار منه.**

يكفي الوكيل فقط كالمحامي فلا يطلب منه الكفيل إطلاقا، عملا بضـابط: "مالا يحتاج إلى حضـوره ليشـهد على عينه فلا يؤخذ منه كفيل به"[5]، ككون الدعوى في دين وللمدعي وثيقة رسمية تثبته ولا يحتاج إلى إقرار المدعى عليه فحضـــوره لن يغير الحكم لذا لا يطلب منه الكفيل من باب أولى.

3. **إن كانت الدعوى في حد،** وطلب المدعي حبس المدعى عليه حتى يحضر البينة وكانت البينة قريبة، قال ابن القاسم: على القاضي منع المدعى عليه من مغادرة البلد ويبقى تحت المراقبة دون حبسه إن كان للمدعي وجه أو لطخ،

---

[1] الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط01، 1428 هـ -2007م، ج08، ص134.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص176./ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض -المملكة العربية السعودية-، ط02، 1400هـ-1980م، ج02، ص932.

[3] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص176./ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص935.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص177./ابن عبد البر، المصدر نفسه، ج02، ص935.

[5] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص177.

فإن قدم المدعي شاهدا عدلا سجن المدعى عليه، فإن أقام المدعي بينته كوجود الشاهدين حبس القاضي المدعى عليه حتى يتأكد من عدالة الشهود[1].

4. **إن كانت الدعوى في قصاص:** قال ابن القاسم وأشهب بسجن المدعى عليه ولا يقبل فيه كفيل إلا في القتل الخطأ، لأن الدية على غيره من عاقلته لضابط: "كل ما كان في الجسد من عقوبة أو قصاص أو قتل لا يكفل فيه"[2]، وخالفهما سحنون وقال بأخذ الكفيل هنا، لأنه يحتاج أن تقع البينة على عينه أنه فعل ذلك فلما كان حضوره ضروري كان لابد فيه من كفيل.

أما إن طلب المدعي حبس المطلوب ولم يكن له وجه وكانت بينته بعيدة أو كان المدعى عليه مقبلا على سفر فلا يحبس لأن فيه إضرار بالمطلوب[3].

رابعا: توقيف المدعى فيه –العُقْلَة–.

وهو متعلق بدعوى العين أما دعوى الذمة فهي تندرج فيما سبق من طلب الكفيل وحبس المدعى عليه، والمدعى فيه هنا ينقسم إلى أقسام هي:

1. **العقار والدّور:**

إن كان للمدعي وجه كوجود شاهد واحد وطلب إيقاف المدعى فيه، ليس للقاضي توقيف المدعى فيه حتى يتأكد من لطخ المدعي[4]، فإن تم ذلك فإنه ينظر:

أ. إن كان القاضي ممن يقضي بالشاهد واليمين قضى له به مع يمين الطالب.

ب. إن كان القاضي لا يقضي بذلك منع المدعى عليه من التصرف فيه تصرفا يُفيته كالبيع والهبة، أو أن يغير من حاله كالبناء والهدم والغرس وحفر عين...على خلاف قول ابن القاسم الذي لا يرى الإيقاف ولا منع المطلوب من التصرف في المدعى فيه ولو بالبيع حتى يأتي المدعي ببينة قاطعة، فالمطلوب لا زال على أصل ملكه وخالفه سحنون ومنع ذلك لأنه من الغرر فكيف يبيع شيئا قد يخرجه القاضي من ملكه إلى غيره وهو الأظهر[5].

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص178.

[2] المصدر نفسه، ج08، ص178.

[3] المصدر نفسه، ج08، ص179.

[4] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص933./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص212.

[5] ابن عبد البر، المصدر نفسه، ج02، ص933./ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص212./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص135.

سبب الخلاف: هل تثبت العقلة بالسبب أم بالسببين:

فمن قال بالسبب: قال بوجوب العقلة بالشاهد الواحد العدل، ومن قال بالسببين قال اشترط وجود شاهدي عدل[1].

ج. إن كان للمدعي بينة الحق أوقف المدعى فيه ومنع من بيده العقار من أي تصرف كان، وتحجز الأرض ويمنع من الغلة كلها ولو كانت الدعوى في جزء من الأرض فقط، وقيل يمنع بقدر الحصة المتنازع فيها، ويؤجل ثلاثة أيام بإخلاء أملاكه إلا ما عسر عليه نقله[2]، وتباع غلة الأرض، ويجمع كراء الدار ويوضع بيد أمين حتى تعطى لمن يستحق الدعوى[3].

فإن لم يأت المدعي بالبينة ترك القاضي توقيف المدعى فيه وتوجهت يمين القضاء على الخصم فإن نكل حلف الطالب مع شاهده واستحق الدعوى[4].

وتكون نفقة المدعى فيه على الذي سيقضي له به القاضي، فإن كانت للأرض ثمار وقد طابت واستحق المدعي الحق كانت له ووجب عليه دفع قيمة العمل للمدعى عليه ما لم يحصدها[5].

2. الحيوان وكل ما يشهد على عينه، كالسيارات وغيرها مما يصعب تغييرها وتبديلها:

إن كان للمدعي وجه وادعى بينة قريبة وقد حددها سحنون من خمسة أيام إلى أسبوع ،كان للقاضي توقيف المدعى فيه بيد أمين مخافة الاستبدال أو تغيير شيء منه، فإن كان له شاهد عدل فقط حلَّف معه المدعي، فإن نكل لم ترد اليمين على المدعى عليه إلا إن كان له علم وكان يتستر[6].

فإن لم يأت المدعي بشيء عند الأجل تلوم له القاضي بأجل آخر فإن لم يأت بشيء ترك الحيوان للمدعى عليه بعد يمينه إن كان يظن أن له علم به فإن أتى المدعي بشيء بعدها حكم له به.

إن كانت البينة بعيدة والأجل فيه مُضِر بالمطلوب لم يجب توقيف المدعى فيه وتوجهت اليمين على المطلوب ولم يلزمه كفيل[7].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص211.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص211.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص –س-

[4] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص932./ ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص211.

[5] ابن عبد البر، المصدر نفسه، ج02، ص932./ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص211.

[6] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص213./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص135.

[7] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص213.

واختلفوا في غلة الحيوان وضمان هلاكه في فترة التوقيف إلى:

أ. "قول أنها للمدعي إن كان له شاهد عدل.

ب. قول لمالك أن النفقة على من يستحق الحيوان والغلة لمن هو بيده لأنه إن هلك كان في ضمانه، وفي العتبية: إن هلك في الوقف وثبت للمستحق كان الهلاك عليه.

ج. أن الغلة للمشتر الأول لأنه كان ضامنا"[1].

د. قول لابن سهل"أن الغلة إنما تكون بالضمان فهي للمطلوب حتى يقضي عليه وضمانها منه قبل ذلك، ولا تكون للطالب إلا إذا كان الضمان منه، ولا يكون الضمان منه إلا بشهادة شاهد عدل وحيازته –الطالب–"[2].

3. **إن كان مما لا يشـــهد على عينه كالمكيل والموزون من الطعام والعروض،** مما لا يمكن تعيينه بذاته لإمكان تغييره وتبديله، فينظر:

أ. **إن كان مما يســـرع إليه الفســـاد كاللحم والفواكه...**: إن كان للمدعي وجه وأبى أن يحلف لوجود البينة فإنه يؤجل أجلا لا يفسد في مثله المدعى فيه، ثم ينظر:

- إن أتى المدعي ببينة حكم القاضي له بها وإلا خلي بين المدعى عليه ومتاعه.
- إن أتى المدعي ببينة واحتاج القاضي زمنا للتحقق منها وخيف فساد المدعى فيه أمر القاضي ببيعه وسلم الثمن بعد ذلك لمن استحق الدعوى.
- إن تم اتلاف المدعى فيه كان ضمانه على المستحق له قبل الحكم وبعده[3].

ب. **إن كان مما لا يسـرع إليه الفسـاد كالحبوب...**: فإنه يبقى بيد المدعى عليه من غير إيقاف لأنه مما لا يشـهد على عينه ومثله يقوم مقامه، فإن أثبت المدعي حقه أخذه[4].

أما إن طلب من المدعى عليه إحضار المدعى به لتشهد البينة عليه فمصاريف ذلك عليه إن ثبت الحق لخصمه لأنه مبطل وقد تســـبب في النزاع، أما إن ثبت الحق له فالمؤنة على المدعي لأنه طالب بحق غير ثابت له شـــرعا وليس للمطلوب المطالبة بتعويضه أجرة تعطيله بسبب احضاره للمدعى به لأن ذلك حق للحاكم ولا تتم.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص213.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص214.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص214./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص136.

[4] الرجراجي، المصدر نفسه، ج08، ص136.

المبحث الثاني: الإقرار وإجراءاته.

يعتبر الإقرار أقوى وسائل الإثبات، لأنه اعتراف صادر من الخصم على نفسه بالدعوى المرفوعة عليه، ولذلك عد سيد الأدلة، وقد اهتم المالكية ببيان مشروعيته باعتباره حجة قاطعة تغني عن سواها، ومن هذا المنطلق، تناول هذا المبحث أركان الإقرار وما يتطلبه من شروط تتعلق بالمقر، والمقَرّ به، والمقَرُّ له، بما يضمن صحة الاعتراف وحجيته- المطلب الأول-.

ثم بحث الإجراءات القضائية المتعلقة بالإقرار داخل المجلس القضائي، من حيث كيفية سماعه وتوثيقه والتثبت من صدوره على وجهه الصحيح، ضمانا لحقوق الخصوم، وضبطا للعملية القضائية.

المطلب الأول: الإقرار مشروعيته، أركانه وشروطه.

قد تكلمت عن تعريف الإقرار وحكمه في الفصل الثاني، لذا سأقتصر على مشروعيته، أركانه وإجراءاته في هذا الفصل.

الفرع الأول: مشروعية الإقرار.

قال تعالى: ﴿ وَإِذَ أَخَذْنَا مِيثَٰقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَآءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴾ البقرة [83]، قال القرطبي: و" أقررتم من الإقرار، أي بهذا الميثاق الذي أخذ عليكم وعلى أوائلكم" –يقصد بني إسرائيل-[1].

فاعتبر رب العزة إقرار بني إسرائيل على أنفسهم وأفحمهم سبحانه بهذا الإقرار وما شهدوا به على أنفسهم، لذا فالإقرار حجة قوية ومعتبرة.

أما كون الإقرار حجة في القضاء فقوله صلى الله عليه وسلم لأنيس في حديث ماعز: ((**واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**))[2] فالنبي صلى الله عليه وسلم لما سمع من الخصمين أراد معرفة جواب المدعى عليها وهي المرأة التي زنت مع الراعي، فلما أقرت أقام عليها الحد، وهو دليل على اعتبار الإقرار كجواب للمدعى عليه.

ولحديث أبي هريرة، أنه: ((**أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد، فناداه، فقال: يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه، فتنحى تلقاء وجهه، فقال له: يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه،**

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج02، ص18.

[2] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم1697، ج03، ص1324.

حتى ثنى ذلك عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: أبك جنون؟ قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اذهبوا به فارجموه))[1]، فالنبي –صلى الله عليه وسلم–أقام الحد على الرجل بناء على اقراره.

الفرع الثاني: أركان الإقرار وشروطه.

وضع المالكية أركانا للإقرار مضبوطة بشروط هي:

أولا: المقر وشروطه[2].

1. البلوغ والعقل: خرج بذلك المجنون والصبي.
2. الطواعية: خرج بها المكره.
3. عدم التهمة: خرج به إقرار المريض لزوجته بمال عليه إلا أن يجيزه الورثة.
4. غير محجور عليه: كالمدين والسفيه –يقبل إقرار السفيه في الجنايات والحدود دون الأموال–.
5. أن يكون جادا غير هازل.
6. ألا يكذبه المقر له.

ثانيا: المقر له وشروطه[3].

1. أن يعين المقر له فخرج بذلك الإقرار بحق لشخص مجهول.
2. أن يكون أهلا للاستحقاق فخرج بذلك الجماد والحيوان.

ثالثا: المقر به وشروطه[4].

1. لا يشترط أن يكون معلوما فإن لم يقبل منه لضاع الحق.
2. أن يكون المقر به في يد المقر حالة الإقرار أو قبله.
3. ألا يكون محالا عقلا أو شرعا كأن يقر الأب أن عليه دينا لابنه الصبي وهذا الابن ليس له كسب ولا ميراث.

---

[1] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم 1691، ج03، ص1318.

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج02، ص836-837./ التسولي، البهجة، ج02، ص524-525./ابن جزي، القوانين الفقهية، ص207.

[3] ابن شاس، المصدر نفسه، ج02، ص836-837./ التسولي، المصدر نفسه، ج02، ص524-525./ابن جزي، المصدر نفسه، ص207.

[4] ابن شاس، المصدر نفسه، ج02، ص836-837./ التسولي، المصدر نفسه، ج02، ص524-525./ابن جزي، المصدر نفسه، ص207.

الفرع الثالث: أنواع الإقرار[1].

أولا: الإقرار البسيط، المجرد، التام: أن يقر الشخص بالحق المدعى به كما هو دون زيادة أو نقصان، كما لو ادعي عليه عينا بأوصاف محددة، فأقر بها كلها كما هي.

ثانيا: الإقرار المركب: أن يقر بالواقعة الأصلية مع اقترانها بواقعة أخرى منفصلة عنها زمانا، كأن يدعي عليه دينا فيقر له بأصل الدين مع كونه قد سدده له أو أنه أبرأه منه.

ثالثا: الإقرار الموصوف، المعدل: ألا يقر الشخص بالحق المدعى به كما هو، بل يعدل في بعض أوصافه، كأن يدعي عليه عينا انتقلت إليه بالإرث فيقر المدعى عليه بالعين وأنها انتقلت للمدعي بالهبة، كأن يدعي عليه دينا قيمته 1000دج فيقر له بدين قيمته 800دج.

الفرق بين الإقرار المركب والموصوف[2]:

الإقرار المركب يضيف واقعة أو دعوى أخرى غير مقترنة بالدعوى الأصلية عند نشوئها بل تكون منفصلة عنها زمانا، كدعوى الدَّين فالمدعى عليه يقر بأصل الدَّين ويقر معه بدعوى أخرى منفصلة عن الدَّين وهي الوفاء به والإبراء منه.

أما الإقرار الموصوف يكون فيه الوصف مقترنا مع وقت نشوء المقر به كالشرط أو الأجل...

كأن يدعي دينا مؤجلا لثلاث سنوات فأقر المدعى عليه بالدَّين المؤجل إلى خمس سنوات، أو ادع دينا منجزا فأقر بدين معلق على شرط.

ثمرة التقسيم:

الإقرار البسيط: سمي كاملا لتوافق إقرار المقر مع دعوى المقرِّ له فهذا الإقرار ليس مجزءا بل تاما.

بخلاف الموصوف والمركب: فيقبلان التجزئة، فقد يقر بأصل الدعوى وينكر أو يضيف وصفا آخر أو يقرنها بدعوى أخرى.

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص402./مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص260-261.

[2] مصطفى الزحيلي، المصدر نفسه، ص261.

المطلب الثاني: إجراءات الإقرار.

أولا: بعد سماع القاضي الدعوى من صاحبها فأول ما يقوم به تقرير المدعى عليه.

ثانيا: فإن أقر المدعى عليه وكان إقراره كاملا وبيّنا إما:

1. باللفظ الصريح: لفلان علي، عندي له، أخذت منه، أعطاني، نعم، أصدقه، أنا مقر به، لست منكرا له، فكل لفظ دل استعماله اللغوي أو العرفي على أنه صريح ألزم[1].
2. الإشارة: تصح من الأخرس ولا تقبل من الناطق[2].
3. الكتابة: للمدعى عليه الإقرار كتابة إن كان غائبا مع الإشهاد على ذلك عند قاضي تلك البلاد ويرسله إلى القاضي الأول، أو يظهر وثيقة يقر فيها بالحق للمدعي، فإنه يلزمه ما أقر به من مال أو حد أو قصاص...[3].

ثالثا: إذا أقر المدعى عليه بأحد الأوجه السابقة أمر القاضي بتقييد إقراره وإشهاد عدلين ويؤرِخ، ثم يحكم عليه بعد الإشهاد دون إعذار وهو المشهور، حتى لا يتمكن المدعى عليه من الجحود بعد ذلك، ولأن الحكمة من الإعذار قطع الحجة لمن سيحكم عليه فهي كذلك في المُقِر فقد قطعها على نفسه بإقراره لذا لا إعذار في إقرار على المشهور، وقال مطرف، ابن الماجشون، أصبغ وسحنون أن للقاضي أن يحكم على المطلوب بعد إقراره مباشرة دون إشهاد[4]، "لأن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقرا به ولذلك قعدوا"[5]، ويحتج له بقوله –صلى الله عليه وسلم –((**اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**))[6]، فالنبي –صلى الله عليه وسلم– لم يقم شاهدي عدل على إقرار المرأة التي زنت بل حكم عليها بعد إقرارها مباشرة، كما أن القاضي مؤتمن على ما يحدث في مجلسه فلا تدخله التهمة من تلبيس أحد الخصوم بإقرار لم يقدم عليه، كما أنه يحكم هنا بعلم حادث مستند على بينة أقامها أحد الخصوم وليس على علم سابق قبل مجلس الحكم لذا لا يحتاج إلى إشهاد لإصدار الحكم.

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج09، ص269-274.

[2] المصدر نفسه، ج09، ص274./الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص399.

[3] القرافي، المصدر نفسه، ج09، ص274./الدسوقي، المصدر نفسه، ج03، ص399.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص186./ محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص107/ الباجي، فصول الأحكام، ص116.

[5] خليل، التوضيح، ج07، ص412.

[6] سبق تخريجه، ص126.

وقول لابن الفخار[1] أن يحكم على المقر بعد الإشهاد عليه والإعذار له في الشهود ويضرب له الأجل[2]، ولعل هذا الرأي مبني على الاحتياط بأن يمهل المقر مدة حتى يتثبت ويتأكد، وألا يعتد بحكم الحاكم المبني على علمه وإن حصَّل في –ذلك العلم–في مجلس الحكم، لذا يُعذر له في الشاهدين قبل الحكم عليه حتى يتأكد من خلوهما من أي قادح كعداوة وغير ذلك، فإن رضي بذلك لزمه عدم الرجوع عن إقراره وألزم بحكم القاضي.

سبب الخلاف:

- هل يقدم القاضي على الحكم بما سمعه ابتداء قبل الإشهاد عليه أم لا؟

فعلى المشهور لا يحكم إلا إذا استمر المقر على اقراره حتى الإشهاد، وعلى القول الثاني يحكم القاضي على المقر قبل الإشهاد ولو أنكر المقر بعد ذلك[3].

- هل للقاضي الحكم بعلمه بما وقع في مجلسه من أدلة الخصوم أم لا؟

فعلى القول المشهور ليس للقاضي الحكم بعلمه بأي شيء من ذلك بل بالبينة الظاهرة–الشهادة–وعلى القول الثاني له ذلك[4].

ثمرة الخلاف: إن حكم القاضي قبل الإشهاد ثم أنكر المطلوب إقراره كان الحكم باطلا على المشهور[5].

رابعا: إن كان إقراره جزئيا: ويقصد به أن يوافق المُقر بما شاء من كلام خصمه ويرد ما بقي أو يُعدِّل عليه، فينظر:

1. الإقرار المركب: يجوز تجزئته على المقر، كدعوى الدَّين يقر فيها بالدَّين ويقر أن المدعي قد أبرأه منه، فالمقر صرح بواقعتين الأولى إقرار فيُلزَم بما أقر به، أما الواقعة الثانية –الإبراء في مثالنا–هي دعوى جديدة فيُلزم بإثباتها لأنه صار مدعيا حينها وينسحب هذا على دعوى البيع، صدقة، المقاصة...، فإن لم يأت ببينة توجهت اليمين على خصمه فإن حلف استحق دعواه، واختلفوا في توجه اليمين في الهبة[6]، فوجه مشروعية الإقرار المركب أنه ليس إقرارا جزئيا بل هو إقرار بواقعتين الأولى موافقة لدعوى المدعي والثانية دعوى أخرى تحتاج للإثبات أو النفي لذا تعامل معاملة

---

[1] أبو عبد الله محمد بن عمر المعروف بابن الفخار، ويعرف بالحافظ، وهو أحد أئمة المالكية بقرطبة، تأثر بالشافعي ثم عدل عن مذهبه وسكن بالمشرق وتفقه هناك ثم عاد لبلده، وله اختصار على النوادر والزيادات، واختصار على المبسوط لإسماعيل القاضي، ، وله رد على أبي محمد ابن أبي زيد، ورد على ابن العطار في وثائقه، توفي سنة 419هـ وقول أنه بسنة 418هـ. عياض، ترتيب المدارك، ج07، ص286.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص186.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص35.

[4] المصدر نفسه، ص35.

[5] المصدر نفسه، ص ""ي"".

[6] الدردير، الشرح الكبير، ج03، ص 402.

الدعوى الأصلية[1].

2. الإقرار الموصوف: كمن ادعت عليه زوجه أنه طلقها، فأقر بالطلاق وادعى أنه كان معلقا على شيء فأنكرت ذلك، قولان في المسألة: قيل يلزمه الطلاق بعد يمينها على ما قاله، لأنه صار مقرا مدعيا وصارت مدعى عليها، وقيل القول قوله فيحلف ويستحق، لأنه مقر على صفة محددة فلا يؤاخذ إلا بها[2]، فالإقرار الموصوف جائز عند المالكية وإن اختلفوا في تطبيقه ليس لاختلافهم في جوازه بل في أوجه المسائل[3]، مثاله: إذا ادعى عليه بمال حالا من بيع فأقر أنه مؤجل فإن كان العرف والعادة جارية بالتأجيل كان القول قول المقر بيمينه، وإن كانت العادة عدم التأجيل أصلا كان القول قول المقَرِّ له بيمينه فمرد المسألة إلى العرف على قول الدسوقي مخالفا قول الدردير الذي أرجعه إلى أنه متى ادعى المُقر أجلا يشبه أن تباع السلعة لمثله بالدَّين كان القول قوله بيمينه دون الرجوع للعرف[4].

خامسا: إن كان الإقرار ضمنيا: فيه خلاف دل عليه لقاعدة **"**مضمن الإقرار هل هو كصريحه أم لا؟**"**[5]

تحرير محل الخلاف: ما كان على سبيل الشكر كقوله فلان جزاه الله عني كل خير فقد أقرضني مالا أو الذم أو الاعتذار كمن قيل له اكرني دارك فقال معتذرا: هي لابني –حتى لا يكريها– لم يعتبروه كالصريح، فلا يجوز للقاضي الحكم به لأنه لم يكن مقصودا للمتكلم، كما أن الناس تعارفوا فيما بينهم على الاعتذار عن ابداء أمر أو ذم أمر لا يعجبهم وكذا بذل الشكر لمن أعانهم، فلو أخذ الناس بكلامهم لأدى إلى التشديد عليهم و لضاقت حالهم[6]، واختلفوا إلى قولين والأصح أنه كالصريح[7]، إن كان التضمن على سبيل الإمهال كمن طالبه الدائن بماله فقال له أمهلني شهرا، فهو إقرار بالدَّين مع طلب المهلة، أو الإنكار كمن أنكر أمانة فأقيمت عليه الحجة فادعى ردها فإنكاره الأول هو إقرار منه ألا وجود لتلك الأمانة أصلا فلا يقبل ادعاؤه بالرد، قولان الأصح أنه كالصريح[8].

هذا في دعاوى الأموال أما في غيرها فاختلفوا إلى:

من قال أنه كالصريح –ابن نافع– قال: أن دلالة التضمن هي دلالة معتبرة ويعمل بها بدليل ذم الله تعالى

---

[1] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص263.

[2] المقري، قواعد الفقه، ص362.

[3] مصطفى الزحيلي، المصدر السابق، ص262.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص404.

[5] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج01، ص455/ الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص366.

[6] المكناسي، مجالس القضاة، ص389.

[7] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص223./ الغرياني، المصدر السابق، ص366

[8] سعاد أوهاب، المصدر نفسه، ص223.

لليهود في تعريضهم بمريم العذراء لقولهم: ﴿ يَٰٓأُخۡتَ هَٰرُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ ٱمۡرَأَ سَوۡءٖ وَمَا كَانَتۡ أُمُّكِ بَغِيّٗا ﴾ مريم [27][1].

1. من قال هو كالصريح في غير الحدود-ابن المواز-قال: لأن الحدود تدرأ بالشبهات[2].
2. قول هو كالصريح –ابن القاسم، ابن كنانة-في غير الأصول والحدود[3].
3. من قال ليس كالصريح-اللخمي-قال: لأنه قد لا يكون مقصودا للمتكلم أصلا بل فهم من كلامه وكان يقصد أمرا آخر[4].

سادسا: إن كان إقراره غير جازم، فيه تفصيل[5]:

1. إن قال بصيغة الشك والتوهم: ربما، لست متيقنا، أشك في كذا... فهذه الألفاظ وغيرها مما يدل على الشك لا تقبل وإقراره باطل.
2. إن قال: له علي كذا، فيما أعلم، فيما أعتقد، فإقراره مقبول لأنه مبني على القطع.
3. واختلفوا في أظن وأرى: فمن اعتبرها-سحنون-قال: لأن الظن الغالب يلحق باليقين في الأحكام، ومن لم يعتبرها- ابن المواز وابن عبد الحكم-قال الإقرار مبني على اليقين لا الظن.
4. لو أقر إقرارا معلقا بشرط كقوله: له علي 20000دج إن كان له شاهدان، فهذا غير معتبر لأن الإقرار إخبار عن المحقَّق والمحقَّق لا يعلق على الشروط.

سابعا: إذا كان إقراره مجملا: فالقول قوله مع يمينه في تفسير ما أقر به، ولا رجوع له على ما أقر به إن كان إقراره لمخلوق[6].

ثامنا: الغلط في الإقرار: إذا ادعى المقر بالغلط في إقراره، كأن يقول هذا المال هو وديعة لفلان وليس للمدعي ثم يقر به للمدعي، تجب على المقر اليمين ويصدق بها ولا فرق بين رجوعه عن جميع إقراره أو بعضه[7].

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج12، ص370./الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص366.

[2] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج12، ص370.

[3] المصدر نفسه، ج12، ص370.

[4] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص223./ المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج01، ص454.

[5] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص403./عليش، منح الجليل، ج06، ص439./ القرافي، الذخيرة، ج09، ص271.

[6] الباجي، فصول الأحكام، ص228.

[7] المكناسي، مجالس القضاة، ص406.

تاسعا: الرجوع عن الإقرار: كأن يحصل منه فعل أو قول يدل على تراجعه عن إقراره كقوله تراجعت أو كذبت...، إن أقر بحق لمخلوق لا يصح رجوعه لتعلق حق المقر له بالمقر به لأنه تناقض والتناقض مسقط لحجة صاحبه إلا إن كان له عذر، وإن أقر بحق الله تعالى كالزنى وشرب الخمر فيُنظر: إن رجع إلى شبهة قُبل منه وإن رجع إلى غير شبهة فيه القولان: يقبل منه وقيل لا يقبل منه والصحيح جواز الرجوع مطلقا ولزمه غرم المال، لقوله –صلى الله عليه وسلم- لماعز ((**لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت...**)) [1] فكان يعرِّض له حتى يتراجع عن إقراره بالزنا، ولأن الرجوع شبهة تقدح في الإقرار كان لزاما درء الحد به[2]، أما ما كان مما لا تدخله الشبهة كالزكاة ، الكفارات، القصاص فلا إلا برضا المقر له[3].

عاشرا: انكار الإقرار: إذا أنكر المقر ما أقر به لم يقبل منه و شهد عليه الشاهدان بما ثبت عنه في الوثيقة والزم به[4]، أما لو أنكر قبل إشهاد الشهود فهل يقبل قول القاضي ويحكم بما علمه من إقرار المقر؟ قال مالك وابن القاسم لا يحكم بعلمه حتى لا يتهم، وقال ابن الماجشون وسحنون: يحكم بعلمه ولذلك جلس ولو كلف البينة لتعطلت مصالح الناس[5].

الحادي عشر: تعدد الإقرار[6]:

1. إن أقر بنفس الحق في موضعين بنفس السبب لزمه حق واحد، فلو أقر بمائة لفلان بمكان وقال كذلك في مكان آخر مع أناس آخرين لزمه مائة فقط.
2. إن أقر بحقين مختلفين في موضعين ألزم بهما، فلو أقر أن عليه ألفا في موضع وألفين في آخر للزمه كلا الإقرارين.
3. إن أقر بحقين لفلان مع تعدد السبب كون الأول بدين والثاني إجارة ألزم بهما.
4. إن أقر بنفس الحق لفلان في موضعين وأشهد كل موضع شهودا مختلفين دون كتابة.

ودون ذكر للسبب قولان: الأول: القول للمقر له مع اليمين، الثاني: القول للمقر مع اليمين وهو الراجح.

الثاني عشر: الجواب بالسكوت: إذا قال له لي عليك مائة فسكت، فيه خلاف كون السكوت إقرارا أم لا؟ وهو ما دل عليه نص قاعدة: "هل حكم السكوت حكم الإقرار؟"[7] "السكوت على الشيء هل هو إقرار به أم لا، وهل هو إذن

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ج08، ص167.

[2] القرطبي، تفسير القرطبي، ج19، ص104./ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص208./، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص53.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي،ص239.

[4] القرافي، الذخيرة، ج10، ص95.

[5] ابن فرحون، المصدر السابق، ج02، ص42.

[6] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص37،/ التسولي، البهجة، ج02، ص533./ابن جزي، القوانين الفقهية، ص208.

[7] عياض، التنبيهات المستنبطة، ج03، ص1404.

فيه أم لا؟"[1] فصيغة الاستفهام تدل على وقوع الخلاف، والأظهر أنه ليس بإقرار[2]، إلا في الحالات التي شهد العرف والعادة أن لا أحد يسكت عليها إلا وهو راض، كمن أشهد أن له على فلان كذا وكذا من المال وكان المشهود عليه حاضرا فلم ينكر ولم يعارض فسكوته هنا إقرار، أو كمن ظهر الحمل على زوجته فسكت عن ذلك عد سكوته إقرارا بحملها منه ولو أنكر بعد ذلك[3].

[1] الغرياني، تطبيقات القواعد الفقهية، ص330.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص403./ الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص225.

[3] الغرياني، المصدر السابق، ص332.

المبحث الثالث: الشهادة وإجراءاتها.

الشهادة من أوسع وسائل الإثبات وأكثرها استعمالا في القضاء الإسلامي، وهي مبنية على نقل الشاهد لما عرفه عن الواقعة أمام القاضي وأساسها صحة ذمة الشاهد وصدقه فيما يدلي به، لذا تناول المالكية أحكام الشهادة وأقسامها، وشروطها لضمان عدالة وصدق صاحبها أمام الشريعة-المطلب الأول-حتى تكون شهادته مقبولة، كما عمد علماؤنا إلى تنظيم إجراءاتها المختلفة والكثيرة حتى يكون سبيل الإثبات بها سبيلا قويما بعيدا عن التلاعب.

المطلب الأول: الشهادة، تعريفها حكمها وأقسامها.

الفرع الأول: تعريف الشهادة، والفرق بينها وبين الإقرار.

أولا: تعريف الشهادة لغة. الشهادة من شَهِد، يقال شَهِد يشْهَد شَهَادة وتأتي على عدة معان منها:

1. **القضـــاء والإعلام** : ومنه: قوله عز وجل: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾ آل عمران [18]، أي أعلم الله عز وجل وبين[1].
2. **القسم والمشاهدة:** كقوله "أشهد بالله لقد كان كذا" فتضمن لفظ أشهد معنى المشاهدة والقسم في الحال فكأنه قال: "أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا الآن أخبر به"[2].
3. **الإخبار:** لأن الشاهد يدلي لغيره بما عاينه[3].
4. **البيان:** يقال: "شهد الشاهد عند الحاكم أي بين ما يعلمه وأظهره"[4].
5. **اليمين:** كقوله تعالى: ﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ النور [6] [5].
6. **الحضـــور والعلم:** ومنه: قوله جل وعز: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾ آل عمران [18]، أي أعلم الله عز وجل وبين، ومنه قوله تعالى ﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ البقرة [184]، أي من كان حاضرا في الشهر مقيما غير مسافر[6].

---

[1] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج03، ص221.
[2] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص325.
[3] المصدر نفسه، ج03، ص240.
[4] ابن منظور، لسان العرب، ج03، ص239.
[5] المصدر نفسه، ج03، ص240.
[6] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص324.

ثانيا: تعريف الشهادة اصطلاحا.

عرفها المالكية بعدة تعريفات تصب في نفس المعنى فهي:

1. جاء عند ابن فرحون: **"إخبار يتعلق بمعين"**، وبقيد التعيين تفارق الرواية[1]، لأن الشـــهادة تتعلق بنقل خبر حول شخص أو واقعة معينة، بخلاف الرواية لا تتعلق بشخص بذاته بل عامة.
2. **"إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه"**[2].

أ. **إخبار حاكم عن علم**: أي إخبار مبني على علم بالواقعة لا عن ظن أو شك.

ب. **ليقضي بمقتضاه**: أنها توجب حكما عند الحاكم ليقضي به[3].

3. الشهادة: **"خبر خاص قصد به ترتيب فصل القضاء عليه"**[4].

أ. **خبر خاص**: أي قصد به طرف أو شخص معين بذاته، لا يكون اخبارا عاما.

ب. **قصد به ترتيب فصل القضاء عليه**: "أن يقصد بإخباره ترتيب حكم قضائي، فخرج بها كأن يكون على سبيل الحكاية أو الشكر...أنها توجب حكما للحاكم بمقتضاها"[5].

4. قالوا الشهادة: **"إخبار بما حصل فيه الترافع وقصد به القضاء وبت الحكم"**[6].

أ. **إخبار**: أن ينقل الشاهد ما عاينه من الوقائع.

ب. **بما حصل فيه الترافع**: أن تتعلق الشهادة بأمر مرفوع إلى القاضي.

ج. **وقصد به القضاء**: أي الغاية من الشهادة هي إعانة القاضي على للوصول للحكم وليس مجرد الإخبار كالرواية.

د. **وبت الحكم**: أي أن الشهادة وسيلة يمكن للقاضي الاعتماد عليها في فصل الحكم.

وهذا التعريف الأخير هو المختار لأنه يميز بين الإخبار المتعلق بالشهادة والإخبار المتعلق بالرواية، كما يحدد معالم أدق للشهادة في كونها متعلقة بدعوى وكونها تؤدى عند القاضي وأن لها أثرا قضائيا متمثلا في ترتب حكم قضائي عليها.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص245.

[2] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص164.

[3] المصدر نفسه، ج04، ص164.

[4] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج01، ص11.

[5] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص161.

[6] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص165.

ثالثا: الفرق بين الإقرار والشهادة.

الإقرار حجة تامة يبنى عليها الحكم القضائي، بخلاف الشهادة فهي ليست حجة تامة بذاتها لاحتمال الخطأ والكذب، لذا يقوم القاضي بالتحقق منها أولا فإن سلمت من القوادح حكم بها وصارت ملزمة، بخلاف الإقرار فإنه إلزام ذاتي ليس للقاضي سوى تقرير صاحبه وتقييده في سجله، فلو أقر شخص أن عليه دين لفلان بقيمة 1000 فإن القاضي يثبت الحكم مباشرة ويلزمه بالأداء، بخلاف لو شهد رجلان على المدعى عليه بدين، فإن شهادتهما غير ملزمة ولا يبني عليها القاضي شيئا حتى يتحقق من عدالتهما وخلو شهادتهما من أي قادح وبعدها يثبت القاضي الحكم ويلزم المدين بالمال بناء على تلك الشهادة.

الإقرار حجة قاصرة على صاحبها فلا تتعدى لغيره، بخلاف الشهادة التي تقتصر على الآخرين فقط ولا تتعدى لصاحبها لأنها مبنية على إدلاء بما يعلمه الشاهد عن غيره فقط.

الفرع الثاني: مشروعية الشهادة وحكمها.

أولا: مشروعية الشهادة.

مشروعية الشهادة أمر معلوم من الدين بالضرورة فهي مجمع عليها بين المسلمين[1] ودل عليها الكتاب والسنة.

من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾ الطلاق [2]:"يعني لا تضيعوها ولا تغيروها، وأتوا بها على وجهها"[2].

قال تعالى: ﴿ وَمَا شَهِدْنَآ إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ يوسف [81] ، "تضمنت هذه الآية جواز الشهادة بأي وجه حصل العلم بها، فإن الشهادة مرتبطة بالعلم عقلا وشرعا، فلا تسمع إلا ممن علم، ولا تقبل إلا منهم، وهذا هو الأصل في الشهادات"[3].

قال تعالى: ﴿ وَلاَ تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ﴾ البقرة [282] ، نهى الشاهد عن أن يضر بكتمان الشهادة، وهو نهي على الوجوب بعدة قرائن منها الوعيد.

قوله تعالى:﴿ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾ البقرة [282]، وموضع النهي هو حيث يَخاف

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج26، ص218.

[2] ابن العربي، أحكام القرآن، ج04، ص283.

[3] القرطبي، تفسير القرطبي ، ج09، ص245.

الشاهد ضياع حق، وقال ابن عباس :"على الشاهد أن يشهد حيثما استشهد، ويخبر حيثما استخبر"[1].

من السنة:

قوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**شاهداك أو يمينه**))[2]، وفي رواية: ((**بينتك أو يمينه**))[3] فدل الحديث على أن الشهدة معتبرة قضاء ويبنى عليها الحكم القضائي بل إن أطلقت البينة دلت على الشهادة بنص الحديث.

وعن ابن عباس –رضي الله عنهما –أن النبي –صلى الله عليه وسلم – ((**قال لرجل: ترى الشمس؟ قال نعم. قال: على مثلها فاشهد، أو دع**))[4].

قال صلى الله عليه وسلم: ((**ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها**))[5].

قال ابن وهب قال مالك:" تفسير هذا الحديث أن الرجل يكون عنده شهادة في الحق لرجل لا يعلمها، فيخبره بشهادته ويرفعها إلى السلطان"[6].

ثانيا: حكم الشهادة وشروطها.

أما حكمها فينقسم لحالتين:

1. **حالة التحمل:** بأن يدعى المرء للشهادة، فالأصل فيه أنه فرض كفاية لقوله تعالى: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾ الطلاق [2]، فالواجب إقامة الشهادة فإن قام بها البعض سقطت عن البقية، إلا أن يتعين عليه بأن لا يوجد غيره في السفر مثلا، ويشترط فيه الضبط واليقظة ومعرفة المشهود عليه[7]، فإن سمع ما تحمله من الأصل مباشرة كسماعه من المشهود عليه أو إقراره، فينظر:

أ. إن وعى ما تحمله جازت له الشهادة به ويلزمه الأداء إذا لم يقم بها غيره، ويشمل هذا الضرب الأعمى لأن الأصل

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج03، ص415.

[2] سبق تخريجه، ص176.

[3] سبق تخريجه، ص156.

[4] رواه الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، في سبل السلام، دار الحديث، دط، دت، كتاب القضاء، باب الشهادة على ما استيقن وبالاستفاضة، رقم 1319، ج02، ص585، ضعفه ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير ، رقم:2636، ج04، ص363..

[5] رواه مالك في الموطأ، كتاب: الأقضية، باب: في الشهادات، رقم: 588، ج04، ص1041.

[6] الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج04، ص08.

[7] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص203-205./الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص390.

عند المالكية: "أن كل من صح منه معرفة المقر والمقر له جاز أن تقبل شهادته بينهما مع العدالة"[1].

ويلحق بالمُـــبصر الأعمى لكفاية معرفة صوت المقر والمقر له وقياسا على جواز وطأ الأعمى لزوجته بمعرفة صوتها، كما يجوز له الحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه[2].

ب. إن لم يَعِ جميع ما شهد به، فينظر[3]:

- إن نسي منه مالا يخل بما تحمل، فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه.
- إن نسي منه ما يخاف أن يخل بما تحمل فلا يشهد به.

ج. فإن حصل له علم بالواقعة دون أن يتم إشهاده، كمن مر على رجل وسمعه يحدث غيره بما فيه إقرار لغيره، قال مالك بألا يشهد بما سمع، وقال ابن القاسم إن وعى ما سمعه أداه، والراجح عند الباجي أن في المسألة قولان لمالك:

- أنه لا يشهد إطلاقا مخافة الاستغفال أو عدم تحرز المقر في كلامه، فيكون إقراره ناقصا أو يخرج مخرج الشكر وغيره.
- إن كان تحمله كاملا ومستوعبا للشهادة ولم يفته ما قد يخل بالمعنى لزمه الأداء، وهذا قول ابن القاسم السابق حمله الباجي على أنه تفسير لرأي مالك[4].

2. **حالة الأداء:** بأن يدعى للإدلاء بما تحمل، فإنها تجب عليه لقوله تعالى: ﴿وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَدَةَ﴾ البقرة [282]، فإما أن يكون حافظا واعيا لما تحمله فيؤديه كما علمه، أو يكون مقيد لما شـــهد به في كتاب عنده حتى يؤدي ما عليه حين يطلب منه فكلاهما جائز[5]، ويشـــترط في حال الأداء شـــروط هي أن يكون عدلا، مســـلما، حرا، عاقلا، بالغا، متيقظا دون فسق أو حجر أو بدعة مع عدم التهمة[6].

أ. **البلوغ:** "فيشترط في كل موضع إلا أن مالكا أجاز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الدماء، خلافا لهم بشرط أن يتفقوا في الشهادة وأن يشهدوا قبل تفرقهم وأن لا يدخل بينهم كبير واختلف في إناثهم"[7].

---

[1] الباجي، المنتقى، ج05، ص197.
[2] المصدر نفسه، ج05، ص197.
[3] المصدر نفسه، ج05، ص197.
[4] المصدر نفسه، ج05، ص198.
[5] المصدر نفسه، ج05، ص199.
[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص245.
[7] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص202.

ب. **التيقض:** "فاحترز به من المغفل فلا تقبل شهادته وإن كان صالحا"[1].

ج. **العدل- دون فسق-:** "الذي يجتنب الذنوب الكبائر ويتحفظ من الصغائر ويحافظ على مروءته فلا تقبل شهادة من وقع في كبيرة كالزنى وشرب الخمر والقذف وكذلك الكذب إن كان متفاحشا وليس به وجه[2]، فإن أقام شهادته رفضت ولو شهد بالحق، لأن : "شهادة غير العدل كالعدم"[3]، إلا إن تاب وظهر صلاحه فتقبل شهادته إلا أن يشهد على أحد بما كان هو قد حُد فيه فلا تقبل شهادته في المشهور"[4]، هذا الأصل أما ما يجب التنبيه عليه أن العدالة وصف يختلف باختلاف الزمان والمكان فعدالة الصحابة لا تساويها عدالة من بعدهم من التابعين، وعدالة أتباع التابعين لا تساويها من بعدهم وهكذا فكل زمان لا يشبه غيره، وإن لم يعتبر كل زمان بأهله فلن يقوم لنا دنيا ولا دين، لذا معيار العدالة متعلق بأهل الزمان وظروفهم وأحوالهم ومواضعهم وإلا تعطلت مصالح الناس لذا لا يجرح في زماننا بما عمت به البلوى كمدخني السجائر في زماننا مثلا، ولذلك قالوا: "عدالة كل زمان معتبرة على حال أهله"[5].

د. **الحجر:** مشهور المذهب أن المولى عليه لا تنفذ أفعاله وإن كان رشيدا في أفعاله، وأن لا تجوز شهادته وإن كان رشيدا في أفعاله، وقال أشهب بخلافه[6] .

هـ. **البدعة:** قال ابن عرفة: "شهادة المبتدع ساقطة لأنه كافر أو فاسق، ابن القصار :ولو كان عن تأويل غلط فيه، ابن الحاجب :ولا يعذر بجهل وتأويل كالخارجي والقدري"[7].

و. **عدم التهمة:** عدم وجود الريبة أو سبب يدعوا إلى الشك في صدق شهادة الشاهد كـ[8]:

- الميل للمشهود له فلا تقبل شهادة الولد لوالديه.
- الميل على المشهود عليه فلا تقبل شهادة العدو على عدوه.
- أن يجر لنفسه منفعة بالشهادة أو يدفع عن نفسه مضرة مثل من شهد على موروثه المحصن بالزنى فيرجم ليرثه.

---

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص202.

[2] المسيلي، نهاية المرام، ص322

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص141.

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص203.

[5] المسيلي، نهاية المرام، ص323

[6] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص162.

[7] المصدر نفسه، ج08، ص162.

[8] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص203.

- الحرص على الشهادة في التحمل أو الأداء أو القبول أو يحلف على شهادته فذلك قادح فيها.
- شهادة السؤال الذين يتكففون الناس لعدم الثقة بهم.
- شـهادة بدوي على قروي فلا تقبل في الأموال وشـبهها مما يمكن الإشـهاد عليها في الحضـر بخلاف ما يطلب به الخلوات كالدماء.

ويستثنى من ذلك العدل المبرز تقبل شهادته لأخيه مالم تظهر التهمة[1].

ثالثا: أقسام الشهادة ومراتبها:

القسم الأول: الشهادة التي توجب الشيء المشهود به دون يمين –المدعى عليه بمجرد الدعوى –[2]، وهي:

1. **أربعة شـهود في الزنا**، والأصـل في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَالَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَاسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ﴾ النسـاء [15]، وقوله عز وجل: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ النور [4] ، وأما الشهادة على الشهادة في الزنا اختلفوا[3]:
   - روى مطرف عن مالك في الواضحة لا يجزئ في ذلك إلا ستة عشر رجلا أربعة على شهادة كل واحد.
   - قال ابن الماجشون يجوز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصيروا ثمانية.
2. **شهادة رجلين عدلين:** فيما سوى الزنا، فيما يختص بجميع البدن من الطلاق والعتق والرشد والسفه وقتل العمد، كتاب القاضي إلى القاضي... والأموال وما يؤول إليها....
3. **شاهد وامرأتان** في الأموال والعقود التي تختص بالأموال، أما العقود التي لا تختص بالأموال لكن مقصودها المال كالوكالة على المال والوصـية بالنظر في مال الموصـى عليه، قال مالك وابن القاسـم وابن وهب يثبت بشـهادة رجل وامرأتين، أما حقوق الأبدان والنكاح والعتق والدماء والجراح... فلا.
4. **شـهادة امرأتين:** فيما لا يطلع عليه الرجال من الاسـتهلال، وما أشـبه ذلك كالولادة والحمل والحيض وعيوب الفرج والرضاع ... وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يفشو ما شهدتا به عند الجيران.
5. **شهادة السماع:** فيما جوز أهل العلم العمل بها فيه.

---

[1] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص75.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص204./ الباجي، المنتقى ج05، ص211./ ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص292

[3] الباجي، المصدر نفسه، ج05، ص212-213./ ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج02، ص292./ابن جزي، المصدر نفسه، ص204.

6. **شاهد واحد:** فيما يبتدئ الحكم فيه بالسؤال وفيما كان علما يؤديه.
7. **ما لا تعتبر فيه العدالة:** وهو شهادة أهل الرفقة بالتوسم وشهادة الصبيان فيما لا يحضره غيرهم غالبا من الجراح والقتل، قال الشيخ أبو القاسم لا تجوز شهادة النساء بعضهم على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال، وقال بعض أصحابنا تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان.

القسم الثاني: الشهادة التي توجب الشيء المشهود به مع اليمين، وهي[1]:

1. شاهد عدل وامرأتان عدلتان في الأموال.
2. شاهد ويمين، امرأتان مع اليمين: في الأموال وما يؤول إليها، كالبيع والشراء، المساقاة، المضاربة، الشركة، الهبة، الخيار، الشفعة، الإجارة، القتل الخطأ، جراح المال...
3. شاهد غير عدل تجب القسامة به على رواية أشهب عن مالك.
4. ما يقوم مقام الشاهد من الرهن وإرخاء الستر ونكول المدعى عليه، معرفة العِفاص والوِكاء[2]، اليد مع مجرد الدعوى، أو مع تكافؤ البينتين وما أشبه ذلك.
5. الشهادة بغالب الظن فيما لا سبيل فيه إلى القطع، كشهادة الأعمى على ما سمعه، شهادة الصبيان...
6. الشهادة على السماع في الولاء على مذهب ابن القاسم.

فهذه الشهادات لا يحكم بها القاضي دون يمين المشهود له، جبرا للنقص الذي يلحقها لأنها توجب بذاتها سببا واحدا للحكم والقاضي لا يحكم إلا بسببين لذا تكمل اليمين السبب الثاني نفيا للتهمة وتقوية للشهادة.

القسم الثالث: الشهادة التي توجب حكما ولا توجب الحق، فإنها على ثلاثة أقسام[3]:

1. شهادة الشهود غير العدول في استحقاق الشيء المعين فإنها توجب توقيفه عند أصبغ.
2. شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتان أنه سرق له مثل ما يدعي أو شاهدين إذا جرحا على اختلاف بينهم في ذلك.
3. شاهد عدل وامرأتان على الطلاق والعتق، فإنها توجب اليمين عند جميعهم، أو على الخلطة، فإنها توجب اليمين عند بعضهم، أو على النكاح، فإنها تسقط الحد أو على دعوى المعروف، فإنها توجب اليمين على المدعى عليه عند من لا يرى القضاء باليمين مع الشاهد، وإذا نكل المدعي عن اليمين مع شاهده.

---

[1] القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط01، 1420هـ-1999م، ج02، ص964./الباجي، المصدر نفسه، ج05، ص212./ ابن جزي، المصدر نفسه، ص204.

[2] العِفاص: الوعاء أو الغلاف الذي تكون فيه اللقطة، الوكاء: الخيط الذي يربط به العِفاص.

[3] ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص293.

المطلب الثاني: إجراءات الشهادة.

أولا: حضور الشهود[1].

1. إذا أعلن أحد الأطراف أن له شـــهودا على ما يدعيه كان لزاما حضـــورهم لمجلس الحكم، وتجب على المشـــهود له نفقاتهم إن كانا من مكان بعيد وغيره.
2. على القاضي تنبيه الشاهد وتحذيره من عاقبة الشهادة بغير الحق بحسب ما يظهر له من حال الشاهد، بأن يذكره بعقاب الله تعالى وعقاب الدنيا إن ثَبُت عليه خلاف ما سيشهد به، وذلك قبل سؤاله عن شهادته.
3. يحق للقاضي تحليف الشاهد ألا يشهد إلا بما علمه ويتحققه خاصة مع فساد أهل الزمان.

ثانيا: سماع الشهود[2].

1. على القاضي تنبيه الحضور ألا يقاطعوا الشاهد عند إدلائه بشهادته حتى ينهي كلامه فإن خالف ذلك أحد أدبه، كما أن عليه طمأنة الشاهد وتهدئته إن رأى منه ذعرا حتى يركز في كلامه.
2. فإن أتم الشاهد كلامه فعلى القاضي النظر[3]:
   أ. إن كانت الشهادة ملائمة للدعوى أمر كاتبه بتقييدها بلفظها.
   ب. إن كانت الشهادة مخالفة للدعوى أو اختلط الشاهد في كلامه ردها القاضي ولم يقيدها الكاتب.
3. يجوز للقاضي توكيل كاتبه إن كان مأمونا في سماع الشهادة وتقييدها ثم تُرفع إليه.
4. يجوز للشهود تقييد شهادتهم مع توقيعها ثم يرفعونها للقاضي إن سمح لهم بذلك، وله أن يأمرهم بالحضور عنده حتى يختبرهم أو يسألهم عن الدعوى أو لوجود التهمة.
5. ليس للقاضي التفرقة بين الشهود إلا لوجود تهمة، لأنه يحق للشهود تذكير بعضهم البعض إن كانوا عدولا كوصف المكان وغيره... لقوله تعالى: ﴿ فَتُذَكِّرَ إِحْدَيٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ البقرة [281].
6. إن نسي الشاهد شيئا فطلب الإرجاء حتى يتذكر، اختلف القول عن مالك وقال بإرجائه إن كان عدلا مبرزا اليوم ونحوه، لأنه أبعد الناس عن المماطلة وغبن الخصوم.
7. إن نسي الشاهد شهادته وذكَّره عدلان بها كما لو أنه قد شهد أمامهما وبعد مدة نسي ما قاله، لم يجز له الاعتماد

---

[1] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص76.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص49./ محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص179.

[3] ابن أبي زيد القيروان، المصدر نفسه، ج08، ص50.

على قولهما لأن الشاهد متعبد ألا يشهد إلا بما علمه.

8. للقاضي سؤال الشهود والاستيضاح منهم، فإن وجد فيهم غلطا ولم يفرق بينهم فليتفرد بهم، ولو طالب الخصم بذلك.

9. يحق للخصوم سؤال الشهود ونقاشهم بأدب.

10. واختلف قول المالكية في الشهادة بمجهول: كأن يشهدوا للمدعي حقا على المدعى عليه لكنهم لا يدرون أو يتذكرون قدره إلى أقوال[1]:

أ. أن الشهادة باطلة لا توجب حكما.

ب. أنها توجب التشديد بالحبس والتضييق، رواية أصبغ عن ابن القاسم.

ج. أن البينة تستنزل إلا ما لا يشك فيه، وهو ما أقر به المشهود عليه للمشهود له.

د. القول قول المغصوب منه –المشهود له–.

هـ. القول قول الغاصب –المشهود عليه–.

و. القول قول الغاصب إلا أن يأتي بما لا يشبه فيكون القول قول المغصوب منه.

ثالثا: تقييد الشهادة.

على القاضي تقييد الشهادة بعد قبولها وملائمتها للدعوى مع ذكر اسم الشاهد ومسكنه وعمله وغيره من المعلومات التي تخصه مع كتابة شهادته بألفاظها، وإن شهد معه آخر بمثله فله أن يقيدهما في نفس الكتاب، ثم يقرأ ما تم تقييده على الشهود فإن اعترض القاضي أو الشهود على شيء صحح وإلا قيدت الشهادة بتاريخها[2].

رابعا: تزكية الشهود.

بعد أداء الشهادة ينظر القاضي في عدالة الشهود، وقد يقبل تعديلهم قبل شهادتهم في حال ما إذا كان الشاهد غائبا أو ميتا فتجوز الشهادة على تعديلهما عند القاضي، فيقيد ذلك التعديل مخافة ضياعه، فإن نقل أحدهم شهادة ذلك الميت قبلت لكون هذا الأخير معدَّلا[3].

ويستثنى من التزكية فشو الأمر المشهود به وانتشاره بين الناس، فالفشو يقوم مقام العدالة عند المالكية فلا تشترط العدالة

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص473-475.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص51.

[3] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص312.

ولا يبحث عنها القاضي كفشو الرضاع وعلم القاصي والداني به، فشهادة المرأة فيه من باب التوثيق لا نقل ما عاينته[1].

إن كان الشاهد مبرز العدالة مشهورا وهو الفائق في الفضل والعدالة متقدم عن غيره من العدول[2] أو مشهورا بفساده فلا يحتاج إلى تزكية عند القاضي[3]، ذلك أن الشهود على مراتب[4]:

1. العدل المبرز في العدالة تقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل فيه التجريح إلا بالعداوة.
2. العدل غير المبرز تقبل شهادته في كل شيء ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها.
3. الذي تتوسم فيه العدالة.
4. الذي لا تتوسم فيه العدالة ولا الجرحة.
5. الذي تتوسم فيه الجرحة فهؤلاء الثلاثة لا تقبل شهادتهم دون تزكية.
6. المعروف بالجرحة فلا تقبل شهادته حتى يزكى، وإنما يزكيه من علم توبته ورجوعه عما جرح به.

لذا فغير المبَرِّز في العدالة، المبَرِّز في الفساد من الناس لا تقبل شهادتهم إلا بتزكية لأن "المسلمين في الشهادة على الجرحة حتى تثبت العدالة"[5] لفساد الزمان بأهله وتغير أحوالهم، فيحق للقاضي تزكية الشاهد بناء على علمه بحاله، أما إن جهل حاله فيسأل أعوانه من المزَكِّين[6]، وهم أصحاب الفطنة وحسن السؤال عن الناس[7]، فيرسل أحدهم ليبحث له عن حال الشاهد ممن خَبِره وعاشره من الناس سواء في عمله، جيرانه والأماكن التي يرتادها وغير ذلك[8]، ويعدل بتزكية رجلين عدلين على ما في المدونة[9] ولا يكتفي بالواحد لأنه قد يسأل من له ضغينة عن الشاهد فيكذب عليه، ورواية ابن القاسم عن مالك في العتبية[10]، وقول أنه يكتفى بالواحد العدل وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المجموعة وقال به ابن

---

[1] المقري، قواعد الفقه، ص519.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص142.

[3] ابن فرحون، المصدر السابق، ج08، ص58.

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص204.

[5] التسولي، البهجة، ج01، ص250.

[6] يشترط في المزكي أن يكون عارفا بالتزكية، أن يكون مطلعا على أحوال المزكي بمجاورته أو مخالطته له، أن يكون ذكرا فلا يجوز تعديل النساء ولا تجريحهن، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص204.

[7] المصدر نفسه، ص204.

[8] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص 450.

[9] سحنون، المدونة، ج04، ص57.

[10] الباجي، المنتقى، ج05، ص194.

رشد[1] لأن العدل لا يكذب على غيره، وهذه العملية تتم في سرية عن الشهود وهو ما يسمى بتعديل السر فلا إعذار فيه لأنه مبني على القطع[2].

أما تعديل العلانية بأن يأتي المشهود له بعدلين يزكيان شاهده يعذر فيه للخصم وله تجريح الشاهد لأن تعديله مبني على الظن[3].

ومذهب مالك أن التزكية لا تكون إلا بلفظ: "هو عدل رضا" وهو مأخوذ من قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ الطلاق [2]، ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ البقرة [281]، ولا يقبل قوله: "نعم العبد، لا أعلم عنه إلا خيرا، تقبل شهادته، أرضاه لي..."[4].

فإن اقتصر على أحد الكلمتين ففي الجلاب رواية أنه لا تجوز إلا باجتماعهم، وقال سحنون:"إن اقتصر على عدل أجزأه" وقاله غيره، قال القاضي أبو بكر :"كل لفظ عبر به عن عدل رضا فإنه يجزئه"، لقوله تعالى:﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ الطلاق [2] ، وأجاز بعض المتأخرين من العلماء الاقتصار على رضا، لقوله عز وجل: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ البقرة [281] [5].

ومعنى رِضًا هو الذي لا يُخدع، ولا يُلبس عليه، ولا يُطمع في غفلته، ولا خدعته[6].

ولا تجوز تزكية الشهود بعضهم لبعض[7]، والأفضل في التزكية الجمع بين السر والعلن، ويجزئ كل منهما إن خلا عن الآخر[8] وقال مطرف، ابن الماجشون وأصبغ أنه لا يكتفى بالعلانية دون السر[9].

أما إن كان الشاهد في منطقة بعيدة وفيها قاض من ولاية عمل الأول –قاضي الجماعة– وجب على القاضي

---

[1] الباجي، المنتقى، ج05، ص194./ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص172.

[2] ابن العربي، المسالك، ج06، ص267.

[3] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص55.

[4] ابن العربي، المصدر السابق، ج06، ص268. /الباجي، المنتقى، ج05، ص194.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص311.

[6] المصدر نفسه، ج01، ص311.

[7] المواق، التاج والاكليل، ج08، ص173.

[8] البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: د.محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط01، 1423 هـ - 2002 م، ج03، ص576./ ابن العربي، المسالك شرح موطأ مالك، ج06، ص268.

[9] الباجي، المنتقى، ج05، ص194.

الأول أن يبعث إلى الثاني يَسْتخبره عن حال هذا الشاهد إن كان هذا القاضي الثاني مأمونا، فإن كان يُخاف منه الجور أو كان الشاهد في ولاية القاضي الأول لكنه من منطقة بعيدة ليس له فيها مزكي ولا قاض، بعث في السر إلى عدول بلدة الشاهد يَسْتخبرهم عن عدالته فإن لم يكن هناك إلا عدل واحد أرسل إليه وعمل بتعديله أو تجريحه[1].

أما إن كان الشاهد في ولاية قاض آخر قالوا يلزمه مراسلة القاضي الثاني إن كان في حق الله نكاح طلاق...لخطورتها، أما حق العبد فلا يلزمه ذلك لأن الواجب على القاضي السؤال عن الشاهد في حدود ولايته[2].

أما إن كان مجهول الحال الذي صعب السؤال عن حاله فمالك وأصحابه قالوا لا تقبل شهادته، وروى ابن حبيب عن مالك، مطرف وابن الماجشون قولهم إن توسموا فيه الخير تقبل شهادته فيما يقع في الأسفار بين المسافرين من المعاملات والتجارات والأكرية...

للضرورة قياسا على جواز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح [3] ويشهد له قوله تعالى: ﴿وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ٱلَّتِى كُنَّا فِيهَا وَٱلْعِيرَ ٱلَّتِىٓ أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ﴾ يوسف [82]، لأنهم كانوا في سفر، ويشهد له قول عمر بن الخطاب: "المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة"[4].

فإن لم يتوسموا فيه ذلك فلا تقبل شهادته لأن: " الأصل أن الناس في الشهادة على الجرحة حتى تثبت العدالة"[5].

إلا لضرورة كقلة العدول كزماننا وقد سئل ابن أبي زيد "عن أهل قرية ليس فيهم عدول...فأجاب: تجوز شهادة أمثالهم، ولو تركوا لأكل بعضهم بعضا"[6]، وأجاز ابن عبد السلام شهادة اللصوص بعضهم على بعض[7]، وروي عن يحي بن عمر من أئمة المالكية أنه أجاز شهادة من لا تعرف عدالته في الشيء اليسير وهو استحسان ومراعاة لقول الليث ومن ذهب مذهبه على أن الشاهد محمول على العدالة بظاهر الإسلام [8].

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص78. ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص283.

[2] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج10، ص79./ ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص283.

[3] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص80-81./ الباجي، المنتقي، ج05، ص194./التسولي، البهجة، ج01، ص145.

[4] رواه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب: كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، رقم: 4471، ج05، ص369.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص263.

[6] المسيلي، نهاية المرام، ص322

[7] المصدر نفسه، ص321

[8] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي ص276/ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص482./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص80.

إذا عجز القاضي عن كشف حال الشاهد كلف المشهود له بتزكيتهم[1].

خامسا: دفع الشهادة.

بعد إتمام الشـهود مقالهم، توجه كلام القاضـي للمشـهود عليه، "قال ابن كنانة في المجموعة: لا ينبغي للحاكم أن يسأل عن الشاهد في التجريح قبل تعديله، ولا يقبل الجرح فيمن لم تثبت عنده عدالته"[2].

1. فإن أقر للمدعي بعدالة شهوده حكم القاضي بشهادتهم، لأن: "الإقرار بالعدالة كالإقرار بالحق"[3].
2. فإن لم يقر بعدالتهم طولب بما يثبت إنكاره، فإن طلب المشـهود عليه التأجيل كان له ذلك، حتى يأتي ببينته أو ما يدفع به عن نفسه بإثبات جرحة أو مانع...
3. فإن قدَّم جُرحة وبيَّنها نظر القاضي فيها، واختلفوا إن قدَّم جُرحة مجملة إلى أقوال:

أ. لا يقبل أن تكون مجملة ولو صـدرت من العدول المبرزين العلماء ولو كانت من الإمام مالك نفسـه وهو ظاهر قول خليل وهو الصواب، لأن كثيرا من أوجه التجريح قد اختلف فيها العلماء فبعضهم يراه جرحا وبعضهم لا يراه .

كما أن التجريح يتعلق به حقان حق الشاهد لانتهاك حرمته وحق المشهود له في إسقاط حقه، فكان من حقهما بيان ما يقع به التجريح إذ قد يكون شاهد التجريح سمع منه كلمة أو رأى منه فعلا له فيه تأويل لا تسقط الشهادة معه[4].

ب. قيل: لا يجب عليه بيان سبب الجرحة وهو لسحنون[5].

ج. قول: لمطرف وابن الماجشـون، إن كان ممن له علم بأوجه التجريح فلا يجب عليه بيان السـبب، وإن تم التجريح ممن ليس له علم بوجوه التجريح وجب بيان السـبب لأن: "من اشـتهر اسمه بالصـلاح ...يحمل على ما عرف به حتى يثبت غير ذلك"[6]، والإثبات لا يكون إلا ببيان السبب وتأكيده.

د. قول: إن كان الشاهد مشهور العدالة وجب بيان سبب الجرحة، فإن كان غير ذلك قبلت مجملة وهو لأشهب[7].

4. أسباب التجريح كثيرة منها: أن يكون الشاهد ممن يعمل بالربا أو يخرج الصلاة عن وقتها ، ممن يجهل أحكام قصر الصلاة والزكاة وهو من أهل السفر والمال، أو ممن يشرب الخمر أو يبيع العنب لمن يعصرها خمرا أو يكثر سماع الغناء

---

[1] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج10، ص79./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص283.

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1023.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص248.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص143.

[5] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5383.

[6] المصدر نفسه، ج11، ص5374.

[7] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1023.

أو يكذب أو يضرب الخط أو يشتغل بالسحر والكهانة أو يترك زوجته تخرج بادية الأطراف من غير عذر له ، يحضر محافل الفساق أو يختلي بالنساء والأطفال أو يتولى أخذ المظالم والرشاوى، يعامل أهل الغصوب أو يشهد بالزور أو يتعرض لأخذ الزكوات، يشتغل بالغيبة والنميمة أو يلقن الفجور للخصوم أو يحلف بالطلاق والعتاق، يقبل الجوائز على عمله، أو يدخل الحمام بغير مئزر، ينتسب إلى غير أبيه أو من أهل العصبية وهي أن يبغض الرجل الرجل لكونه من بني كذا ونحو ذلك، وليس منها من ترك تعاهد القرآن مشتغلا بغيره من الواجب حتى نسيه فلا إثم عليه بخلاف إن تركه استخفافا به، والقوم بينهم فتنة أو بين آبائهم وأجدادهم ثم اصطلحوا فلا يشهد بعضهم على بعض حتى ينقضي قرن الذين شهدوا الفتنة [1].

5. إذا اختلف المجرحون والمعدلون، فينظر:

أ. إن كان المعدلون أكثر أو بينتهم أقوى قدم التعديل على قول والمشهور تقديم التجريح لأن المجرّح علم من حال المجرَّح ما لم يعلمه المزكي[2].

ب. إن تساوت شهادة المعدلين مع المجرحين، وقدم كل منهما بينته، فينظر[3]:

- إن اتفقا في المجلس والزمان كقولهم أنه فعل كذا يوم كذا، وقالت الأخرى لم يفعل قدمت أعدلهما.
- إن كانا في مجلسين متقاربين قضى بالجرح لأنها زادت علما باطنا لم يطلع عليه المعدلون.
- إن كانا في مجلسين متباعدين قضى بآخرهما تاريخا.
- وإن لم يبينوا جهة التجريح، اختلفوا إلى ثلاثة أقوال[4]:
  - يقدم قول أقواهما عدالة، نسبه القرينان[5] لمالك.
  - المجرحون أولى، لابن نافع وسحنون.
  - التعديل أولى، لمطرف وابن وهب.

أما مجهول الحال كمن عُدِّل ثم شهد مرة أخرى بعد زمن وجهلت حاله في ذلك الزمن، فيه نظر[6]:

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص 143-144.

[2] عليش، منح الجليل، ج08، ص410

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص313.

[4] عليش، المصدر السابق، ج08، ص410.

[5] القرينان: أشهب وابن نافع.

[6] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص171./ عليش، المصدر السابق، ج08، ص410.

- إن تكررت تزكيته في عدة قضايا حتى صار مشهورا فلا يسأل عن تعديله.
- إن لم تطل المدة اكتفي بالتزكية الأولى قال به سحنون وعليه العمل وخالف ابن الماجشون.
- إن طال الزمن كالسنة بحث عن عدالته وهو لابن القاسم.
- إن طال الزمن كالسنة ولم يجد من يزكيه قبلت شهادته استحسانا إلا أن يتهم بأمر وهو لابن رشد.

سادسا: زمن التجريح: لا يقبل التجريح إلا قَبل الحكم، أما بعد الحكم فلا ينظر القاضي فيه إلا لعذر[1].

إن أقر المشهود عليه بعدالة الشاهد قبل إدلائه بشهادته، فلما شهد عليه أنكر عليه في حينه وقال: ظننت أنه لا يشهد إلا بالحق، لم تقبل تلك الشهادة، فإن سكت سكوت من قد رضي بما قيل عليه مضت الشهادة[2].

تقبل شهادة الرجل على الغائب أو الميت أنهما قد شهدا على الشاهد بتعديل أو تجريح وهو المعروف بالشهادة على الشهادة[3].

سابعا: رجوع الشاهد عن شهادته.

بعد أن يشك في شهادته أو يخطأ فيها أو أن يكذب فيما أدلى به، فاعترف بذلك عند القاضي بقوله أخطأت في شهادتي، وهُمت في شهادتي، فينظر:

1. إن رجع قبل الحكم بها سقطت شهادته، ولم يلزمه شيء عملا بضابط: " الأصل أن الرجوع عن الشهادة قبل الحكم يسقط الشهادة"[4]، فلا يعتد بها القاضي وتصير ملغاة، فلو رجع أحدهما عن شهادته لم يعتبر ذلك قادحا في شهادة الشاهد الثاني إن استمر على ما أدلى به وتتوجه اليمين على المشهود له في الأموال–الشاهد واليمين–[5].

2. وإن رجع بعد الحكم لم ينقض الحكم، وينظر[6]:

أ. **إن أقر بالعمد**: لزمه ما أتلف بشهادته فإن كانت في مال لزمه غرمه، وإن كانت في دم غرم الدية في الخطأ والعمد وقال أشهب يقتص منه في العمد.

---

[1] عليش، منح الجليل، ج08، ص411.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص248.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص312.

[4] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص300.

[5] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص294.

[6] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص206./الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص502.

وإن كانت الشـــهادة في حد، فإن رجع قبل الحكم حُد وإن رجع بعده حُد أيضـــا، فإن كان الحد رجما اختلف هل تؤخذ منه الدية أو يقتل، وإن كانت في عتق لزمه قيمة العبد لســـيده وإن كانت في طلاق قبل الدخول لزم الشـــاهدين نصف الصداق بخلاف بعد الدخول فلا يلزمهما شيء.

إذا رجع الشـــهود عن العفو في القصـــاص ليس عليهم غرم، كأن يشـــهدا أن المجني عليه عفا عن قاتله قبل موته فإن القاتل يُخْلى سبيله ثم يرجعان عن شهادتهما فلا غرم عليهما، لأنهما لم يفوتا على الولي سوى استحقاق القصاص، وهو لا قيمة له ويؤدبان تعزيرا.

ب. **إن ادعى الغلط**: اختلف هل يلزمه ما لزم المتعمد للكذب أم لا؟ والصحيح أنه يلزمه في الأموال لأنها تضمن في الخطأ.

ثامنا: إن ثبتت التزكية وسلم الشهود من التجريح ولم يوجد للخصم ما يدفع به حكم القاضي استنادا على هذه الشهادة.

المبحث الرابع: البينة الخطية الرسمية، وإجراءاتها.

الحق إن كان موثقا بنقل من عاينه او حضره كان ذلك شهادة، وإن كان مكتوبا ومحفوظا وصادرا من له الحجة عند القاضي سمي بالبينة الخطية الرسمية، وهي لون من ألوان توثيق الحقوق وأقواها لأنها استمدت قوتها من مصدرها ما سلمت من التزوير، فهي حجة مسموعة عند القاضي ولها مكانتها في بناء حكمه، فكان لابد من تعريفها ومعرفة أنواعها وحجيتها-المطلب الأول-، قبل بيان إجراءات العمل بها عند القاضي بمختلف صورها-المطلب الثاني-.

المطلب الأول: البينة الخطية الرسمية، تعريفها وأنواعها.

الفرع الأول: تعريف البينة الخطية الرسمية، وأنواعها.

أولا: تعريف البينة الخطية.

1. **البينة.**

لغة: مشتقة من بان وجمعها بينات وتأتي بمعنى دلالة واضحة عقلية كانت أو محسوسة وفي المحصول: البينة: الحجة الواضحة[1]ومنه قوله تعالى: ﴿ قُلۡ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٖ مِّن رَّبِّي ﴾ الأنعام [58]، "أي دلالة ويقين وحجة وبرهان، لا على هوى، ومنه البينة لأنها تبين الحق وتظهره"[2].

اصطلاحا: لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن حدود المعنى اللغوي لكن الفقهاء اختلفوا في إعماله من حيث التوسعة والتضييق كما في وسائل الإثبات.

فابن فرحون وابن القيم ومن وافقهما اعتبروها: ((**اسم لكل ما يبين الحق ويظهره**))[3].

أما الجمهور كل منهم حصرها في وسائل الإثبات المعتبرة عنده، أما المضيقون منهم فحصروها في الشهادة بالخصوص لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**بينتك أو يمينه**))[4] وفي رواية أخرى: ((**شاهداك أو يمينه**)) [5] فدل على أن المراد بالبينة الشهادة ولكثرة إعمالها في حسم الأقضية عادة لذا حملت البينة عليها[6].

2. **الخطية:**

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج34، ص310.

[2] القرطبي، تفسير القرطبي، ج06، ص438.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص240.

[4] سبق تخريجه، ص156.

[5] سبق تخريجه، ص176.

[6] نبهان سالم مرزق أبو جاموس، البينة الخطية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية بقطاع غزة –رسالة ماجستير-، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية –غزة- فلسطين، 1427هـ-2006م، ص52.

لغـــة: من الخط وجمعه خطوط وأخطاط، والخط "الطريقة المستطيلة في الشيء، أو الطريق الخفيف في السهل"[1]، و"الخط: الكتب بالقلم، خط الشيء يخطه خطا: كتبه بقلم، يقال: هذا خط بني فلان"، أي طريقهم[2].

3. **تعريف البينة الخطية كمصطلح وصفي: "الوثيقة الكتابية التي يعتمد عليها في إثبات الحقوق"**[3].

شرح التعريف:

أ. **الوثيقة:** جنس يشمل جميع الوثائق من الحجة، المحضر، السجل، الصك، الرهن، الكفالة والإشهاد.

ب. **الكتابية:** قيد أخرج به غير المكتوب كالرهن، الكفالة والإشهاد[4].

ج. **يعتمد عليها:** أي أنها معتبرة قضاء فخرج بها أي كتابة ليست لها حجة قضائية.

د. **إثبات الحقوق:** أي أن المقصـــد من البينة الخطية إثبات الحق الذي يدعيه المدعي أو الذي يدفع عنه المدعى عليه حال التنازع.

4- المقصود بالبينات الخطية الرسمية: هي **"الوثائق الصادرة من جهات رسمية لها صفة الإلزام"**[5].

شرح التعريف:

- **الوثيقة:** جنس يشمل جميع الوثائق من الحجة، المحضر، السجل، الصك، الرهن، الكفالة والإشهاد.
- **الصادرة من جهات رسمية:** كالمحاكم، مكتب التوثيق، المصالح الإدارية...فخرج بها الوثائق الصادرة من الجهات غير رسمية، كالوثائق العرفية...
- **لها صـــفة الإلزام:** تظهر هنا ثمرة التفريق بين الوثائق الرسمية وغيرها، ذلك أن الوثائق الرسمية إذا تم احترام شـــروط إصـــدارها كانت حجة قاطعة بما ورد فيها ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير فقط، كشـــهادة الميلاد، عقود الزواج والطلاق، عقود البيع، الرهن، الهبة...الصادرة عن الموثق، أحكام القضاة.

---

[1] فيروزآبادي، القاموس المحيط، ص665.

[2] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج19، ص248./ ابن منظور، لسان العرب، ج07، ص289.

[3] زياد إبراهيم مقداد، نبهان سالم أبو جاموس، البينة الخطية غير الرسمية بين الفقه والقانون-مقال-، مجلة الجامعة الإسلامية، م 15، ع01، ص7.

[4] نبهان سالم، البينة الخطية في الفقه الإسلامي، ص52.

[5] أحمد محمد النيف، البينة القضائية في الفقه الإسلامي-دراسة تطبيقية على القانون المدني، الجنادرية للنشر والتوزيع، ط01، 2013م، ص278.

ثانيا: الألفاظ ذات الصلة.

1. **المحاضر والسجلات:** قال ابن بطال: "المحاضر ما يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرى بينهما وما أظهر كل واحد منهما من حجة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به، والسجلات الكتب التي تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضائه"[1].

لذا فالمحضر يكتب فيها وقائع الدعوى في مجلس القاضي فإن زيد معها حكم القاضي سمي سجلا.

2. **الصَّكُّ:** الكتاب الذي تكتب في المعاملات والأقارير[2].

3. **الحُجَّة:** الكتابة المبينة للواقعة والتي نقلت من السجل وعليها علامة القاضي أعلاها، وخط الشاهدين أسفلها، وتعطى للخصم، وتطلق كذلك على المحضر والسجل والصك[3].

مثاله كتابة سحنون لرجل حكم بتفليسه ما نصه: هذا ما شهد عليه من يسمى في أسفل هذا الكتاب، يشهدون أن القاضي سحنون بن سعيد، أشهدهم، وهو حينئذ قاضي أهل افريقية، وذلك في مجلس قضائه، أنه أنفذ القضاء لفلان بن فلان الفلاني على غرمائة بمحضرهم، وهم فلان بن فلان الفلاني، وفلان، يشهدهم كلهم بتفلسه وعدمه بشهادة فلان، وفلان، شهدا عنده أنهما يخبران ويبطنان أمر فلان هذا، وأنه عديم لا مال له، ولا جدة عنده، فقبل شهادتهما؛ لما صح عنده من عدالتهما، وأنفذ لفلان بن فلان القضاء على غرمائه هؤلاء المسمين بمحضرهم شهادة هذين الشاهدين بعد أن استقصى جميع غرمائه هؤلاء، واستنفذ منافعهم، فلما لم تكن عنده حجة ولا مدفع، أنفذ القضاء له على غرمائه بمحضرهم بتفليسه وعدمه، ومنعهم من مطالبته حتى يحدث الله له، من شهد على إشهاد القاضي فلان بن فلان بجميع ما نص في هذا الكتاب بعد أن قرئ عليه جميعه في مجلس قضائه، فأنفذه لفلان بمحضره، ومحضر غرمائه المسلمين في صدر هذا الكتاب ما نص فيه، وختم عليه بمحضرهم/ جميعا، وذلك في شهر كذا من سنة كذا[4].

4. **السند:** ما يكتب لإثبات الدَّين على المدين[5].

---

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج14، ص135.

[2] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص345.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المصدر السابق، ج24، ص192.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص135.

[5] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص111.

5. **الوثيقة:** تشمل الحجة، المحضر، السجل، السند والصكوك[1]، أما في معناها الخاص فتطلق على كل ما يكتبه الموثق على الوجه المشروع حفظا لحقوق الناس وصيانة لها من التلاعب[2].

الفرع الثاني: أنواع البينة الخطية الرسمية.

تنقسم البينات الخطية باعتبار الجهة المصدرة لها إلى: بينة خطية رسمية، بينة خطية غير رسمية.

وفي هذا الفرع سأتناول أقسام البينة الخطية الرسمية فقط، فتنقسم باعتبار الجهة المصدرة لها إلى:

1. **الديوان العام:** كالنصوص التشريعية والتنظيمية وكل الوثائق المختومة من المصالح الإدارية للدولة من الرئاسة – الدستور، الميزانية السنوية...–إلى أبسط موظف في الدولة في حدود صلاحياته –شهادة الميلاد، بطاقة الإقامة...[3].
2. **ديوان القضاء:** وتتمثل في كل وثيقة صادرة عن القاضي أو أحد عماله أو وكلائه، وتنقسم إلى:

أ. **الوثائق المقيدة في ديوان القاضي:** كالسجلات والمحاضر، والطلاق وتعيين الأوصياء وتقسيم الميراث وتوثيق العقود والحقوق...[4].

ب. **مراسلات القاضي مع غير القضاة:** كالعلماء أو أحد عماله او وكلائه[5]، ومن كتاب ابن سحنون: قال: وكان سحنون يكتب كتب العرفاء إلى أمنائه: بسم الله الرحمن الرحيم، من سحنون بن سعيد إلى فلان بن فلان، سلام عليك، فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو، أما بعد، ألبسنا الله وإياك عافيته، وأبقاها لنا ولك في الدنيا والآخرة برحمته، فإنه أتاني فلان بن فلان، وذكر أن له قبل فلان بن فلان الفلاني الساكن بقرية كذا، دعوى، وأتى بلطخ بينة استوجب بذلك جلبه، فاجمع بينهما، وارفعهما إلي لأجل قريب تضربه يتوافيان فيه عندي، واكتب إلي بذلك، فإن امتنع فلان من الارتفاع، ولد، فارفع كتابي إلى عاملكم، ليقوي أمرك، وينفذ كتابي، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته[6].

ج. **خطابات القضاة فيما بينهم:** وهو **"إخبار قاض قاضيا آخر بما ثبت عنده أو حكم به"**[7]، في مختلف القضايا

---

[1] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص111./ مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص417./أبو إسحاق الغرناطي، الوثائق المختصرة، ص 31.

[2] أبو إسحاق الغرناطي، المصدر نفسه، ص 31.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج24، ص192.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص111.

[5] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص31.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر السابق، ج08، ص134.

[7] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص226.

من تزكية الشهود، إثبات الحجة في ولاية القاضي الثاني، ...وتجوز في كل الحقوق[1]، وهي إما أن تكون:

- **مشافهة بين القضاة:** ولا يكون ذلك إلا أن كان القاضيان من ولاية واحد أو من بلدين متجاورين فإن تخاطبا اعتمد ما حصل لهم من العلم وهو أقوى من مراسلاتهما، فإن تخاطبا كلاهما أو أحدهما خارج ولايته كان المبلِغ في حكم المعزول والمبلَّغ حصل له علم خارج ولايته ولا يجوز له الحكم بعلم حصل له خارج مجلس القضاء[2]، ويتخرج عليها الاتصالات السمعية البصرية الحديثة بين القضاة فهي جائزة ولو تباعدت ولايات اختصاصهم، لأنه مجلس حكمي بما أن كل واحد منهم تكلم من حدود ولايته.
- **بالإشهاد:** بأن يُشهِد القاضي الأول عدلين أنه حكم بكذا أو ثبت عنده كذا، فيُبلغا القاضي الثاني بما شهدا به، أو أن يكتب كتابا ويشهدهما على ما فيه ثم يبلغان القاضي الثاني الكتاب مع الإشهاد على ما فيه، واشترط سحنون أربعة شهود في كتاب القاضي بالزنا[3].
- **بالكتابة:** مع توثيقها بختم القاضي المرسل، أو شاهدي عدل مع تحديد القاضي المرسل إليه أو جعلها عامة لأي قاض وصل إليه الكتاب –وستأتي الإشارة إلى هذا–مع تحديد تاريخ الإرسال... وفائدة هذه الخطابات أن يبني القاضي الثاني على ما وصل إليه من القاضي الأول فإن كتب إليه بتعديل شهود قَبِل بتعديله وعَمل به، وإن كتب إليه أنه أعذر للمدعى عليه ولم يأت بشيء نفَّذ القاضي الثاني الحكم على المحكوم عليه... [4] وهذه الخطابات الكتابية هي محل الدراسة هنا.

الفرع الثالث: مشروعية البينة الخطية وحجيتها.

أولا: مشروعية البينة الخطية.

الكتابة باعتبارها وسيلة لإثبات الحقوق هي حجة مشروعة دلت عليها النصوص الشرعية.

الكتاب:

قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ

[1] المسيلي، نهاية المرام، ص311./ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص30.

[2] محمد جعيط، المصدر السابق، ص226./ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص148./ القرافي، الفروق، ج04، ص40.

[3] محمد جعيط، المصدر نفسه، ص228./ المواق، المصدر نفسه، ج08، ص148.

[4] محمد جعيط، المصدر نفسه، ص232.

ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ البقرة [281].

جاء عند القرطبي: "وفي قوله" فاكتبوه" إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه –الدين–بجميع صفته المبينة له المعربة عنه، للاختلاف المتوهم بين المتعاملين، المعرفة للحاكم ما يحكم به عند ارتفاعهما إليه"[1].

نصت الآية الكريمة على مشروعية الكتابة في توثيق الأموال وحفظ الحقوق حتى إن اختلف الناس كان لهم مرجعا في بيان الحق وكان للقاضي مستندا في الحكم به.

قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ النور [33]، فدلت الآية على مشروعية البينة الخطية حيث كان" السيد وعبده يسجلان عقد تنجيم عوض الحرية بصك يكتبه كاتب بينهما"[2]، لتوثيق ما اتفقا عليه حتى إن وقع خلاف أو إنكار من أحدهما كان هذا الكتاب حجة عليهما.

السنة:

عن ابن عمر عن النبي –صلي الله عليه وسلم–قال: ((**ما حق امرئ مسلم، له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته عنده مكتوبة**)) [3]، دل الحديث على مشروعية الكتابة وكونها حجة في ذاتها لإثبات الحقوق ولو دون إشهاد.

حديث أبي هريرة عن النبي –صلى الله عليه وسلم–في فتح مكة: ((...**ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما يودى وإما يقاد " فقام رجل من أهل اليمن، يقال له أبو شاه، فقال: اكتب لي يا رسول الله. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم**: «**اكتبوا لأبي شاه**» ...))[4]، أمر النبي –صلى الله عليه وسلم– بكتابة الأحكام الصادرة عنه في هذه الخطبة مما دل على مشروعية العمل بالكتابة من القضاة، وأنها حجة معتبرة في مراسلاتهم مع غيرهم حتى تحفظ الأحكام وتطبق إلى من كتبت إليه.

وفي الحديث دعا النبي –صلى الله عليه وسلم– الأنصار ليكتب لهم بالبحرين، فقالوا: ((**لا والله حتى تكتب لإخواننا من قريش بمثلها، فقال: «ذاك لهم ما شاء الله على ذلك»، يقولون له، قال: «فإنكم سترون بعدي أثرة، فاصبروا حتى تلقوني على الحوض**»))[5].

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج03، ص383.

[2] ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج18، ص219.

[3] رواه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب الأمر بالوصية، رقم: 610، ج04، ص1103.

[4] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، رقم:6880، ج09، ص5.

[5] المصدر نفسه، كتاب الجزية، باب ما أقطع النبي صلى الله عليه وسلم من البحرين، وما وعد من مال البحرين والجزية، ولمن يقسم الفيء والجزية، رقم 3163، ج04، ص98.

جاء عند ابن بطال[1]: "أراد –صلى الله عليه وسلم أن تخص الأنصار بهذا الإقطاع، لما كانوا تفضلوا به على المهاجرين، من مشاركتهم في أموالهم، فقالت الأنصار: لا والله حتى تكتبه لإخواننا من قريش –تعنى المهاجرين– بمثلها إمضاء لما وصفهم الله به من الأثرة على أنفسهم"[2]، فالنبي –صلى الله عليه وسلم– أراد تكريم الأنصار على ما بذلوه من مال في إعانة المهاجرين أول الأمر بالمال الذي سيَقْدم عليه من البحرين، فأراد أن يكتب لهم كتابا يكون حجة لهم على كل من سينازعهم على ذلك المال، فدل على أن الكتابة هي حجة معتبرة في أوامر الحاكم وفي القضاء.

ثانيا: حجية البينة الخطية.

عندما تكلم الفقهاء عن حجية البينة الكتابية لم يتكلموا عنها باعتبار أقسامها بل تكلموا عنها مجملة لأنها تشترك في نفس الحكم عموما، إلا أنه ينبغي التفصيل بين البينة الخطية الرسمية والعرفية، فكل وثيقة أو بينة خطية –كتابية–رسمية هي حجة ملزمة إذا تم احترام شروط كتابتها وكانت في دائرة اختصاص كاتبها أو مصدرها بعد التثبت من صحتها، ولا يمكن إنكارها ولا القدح فيها إلا التزوير[3]، وعمدتهم قوله تعالى: ﴿إِنَّهُۥ مِن سُلَيۡمَٰنَ وَإِنَّهُۥ بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ النمل [30]، فرسالة سليمان –عليه السلام–إلى أهل سبأ ما هي إلا كتاب رسمي صادر من نبي ملك إلى مملكة أخرى، وفي قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ البقرة [281]، فهذه الآية الكريمة جاءت في الديون حتى تضبط ولا تضيع ولا تنسى وهي فيما بين الناس ولخطرها جاء القرآن بالتنبيه على حفظها بالكتابة، ومن باب أولى المراسلات الرسمية وكتب القضاة مع غيرهم، فهي أشد لتعلق مصائر الناس بها مما يعين على ضبط حقوقهم وتنظيم شؤونهم وإقامة العدل الذي أمرنا به.

ومراسلات النبي –صلى الله عليه وسلم– لعماله وأصحابه وحتى الملوك في زمانه، كرسالة النبي –صلى الله عليه وسلم–الى عامله الضحاك بن سفيان الكلابي ((**فقال: كتب إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابي، من دية زوجها.**))[4].

---

[1] أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال القرطبي: يعرف باللجام، الإمام العالم الحافظ المحدث الراوية الفقيه، روى عن ابن أبي صفرة والقنازعي، والقاضي يونس وغيرهم، أخذ عنه جماعة، ألف شرحه المعروف على البخاري والاعتصام في الحديث، مات سنة 444 هـ أو سنة 449 هـ، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج01، ص171.

[2] ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف، شرح صحيح البخارى لابن بطال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد – السعودية، الرياض، ط02، 1423هـ - 2003م، ج05، ص339.

[3] عبد الله بن محمد الطيّار وآخرون، الفقه الميسر، ج11، ص25.

[4] رواه مالك في الموطأ، كتاب العقول، باب: ميراث العقل، والتغليظ فيه، رقم:652، ج05، ص1272.

ولحديث أبي هريرة السابق عن النبي –صلى الله عليه وسلم–قال في فتح مكة: ((...**ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما يودى وإما يقاد " فقام رجل من أهل اليمن، يقال له أبو شاه، فقال: اكتب لي يا رسول الله. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «اكتبوا لأبي شاه»** ...))[1].

وكذا زمن الخلفاء الراشدين من بعده فيما قيدوه في دواوينهم كديوان الجند ومراسلاتهم مع عمالهم وقادة جيوشهم، كرسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في القضاء[2]، ومراسلاته مع أبي عبيدة، معاوية وشريح كقوله في رسالة له: "إذا أقر الرجل بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه"[3] وكتاب عثمان بن عفان–رضي الله عنه–إلى عمال الخراج: "أما بعد فإن الله خلق الخلق بالحق، فلا يقبل إلا الحق، خذوا الحق وأعطوا الحق به، والأمانة الأمانة، قوموا عليها، ولا تكونوا أول من يسلبها فتكونوا شركاء من بعدكم إلى ما اكتسبتم والوفاء الوفاء لا تظلموا اليتيم، ولا المعاهد فإن الله خصم لمن ظلمهم"[4]، ومنه كتاب علي بن أبي طالب –رضي الله عنه –إلى عامله في مصر فقال:" ... ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك في نفسك ممن لا تضيق به الأمور ولا تَمحَكُه الخصوم ولا يتمادى في الزَّلة ولا يحصر –أي يضيق صدره– من الفيء إلى الحق إذا عرفه ولا تَشْـرُف نفسه على طمع ولا يكتفي بأدنى فهم دون أقصاه وأوْقَفِهم في الشبهات وأخذهم بالحجج وأقلهم تبرُّمًا بمراجعة الخصم وأصبرهم على تَكَشُّف الأمور وأصْرَمِهِم عند اتضاح الحكم ممن لا يزدهيه إطراء ولا يستمليه إغراء وأولئك قليل"[5].

فما تم تقييده وإصداره عن مصالح الدولة بما فيها ديوان القاضي فهي حجة يعمل بها ما سلمت من التزوير واحترمت فيها شروط كتابتها والجهة المختصة بإصدارها مع نزاهة مصدرها ولذلك أسقط المالكية حجية كتاب الحاكم والقاضي غير العدل لسقوط عدالته، لذا إن سلمت من ذلك كانت حجة ملزمة[6].

---

[1] سبق تخريجه، ص259.

[2] الحجوي، الفكر السامي، ج01، ص296.

[3] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص111.

[4] الحيدر آبادي، محمد حميد الله الهندي، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار النفائس – بيروت–، ط06، 1407هـ، ص529.

[5] محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص116.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص124.

المطلب الثاني: إجراءات البينة الخطية الرسمية.

الفرع الأول: إجراءات البينة الخطية الصادرة عن القاضي–المراسلات–.

أولا: مراسلات القاضي مع أمنائه.

في مراسلات القاضي إلى عماله فإنه يكتفى بمساعده الذي وكله بتلك المراسلات وتكون مقبولة وإن لم يكن عليها خاتمه ويكتفى بمعرفة خطه[1].

أما العمال فإنهم ينفذون ما يأتيهم من القاضي بشهادة من يحمله إليهم وبمعرفه الخاتم، ويجيزون كتب أمنائه – ممن يستشيرهم في تعديل شهود في قرى بعيدة عنه–بمعرفة الخط دون شهود[2].

أما إن بعدت المسافة وخيف التعدي على كتابه فلابد من البينة حينها بشاهدي عدل[3].

"وفي كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إذا كان للقاضي في نواحي عمله رجالٌ يكتب إليهم في أمور الرعية بتنفيذ الأقضية وشبهها فلا بأس أن يقبل الكتاب يأتيه عنهم بالشاهد الواحد، وفي الثقة يجعله ذلك إليهم وبمعرفة الخاتم لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدي، وإذا افترق العملان فلابد من البينة"[4].

وما كتب به القاضي إلى قاضي الجماعة أو الفقيه يسأله عن أمر ويسترشده فيه مما يُرد عليه من الحكومة بين الخصوم، فإن أتاه برسوله أو من يثق به أو عرف خطه وكتابه إليه فليقبله[5]، وكان سحنون لا يقبل كتب قضاته إلا بشاهدي عدل ولا يفتحه إلا بحضورهما[6].

والملاحظ أن المالكية تسامحوا في مراسلات القاضي مع عماله والعلماء بين معرفة الخط، وبين توثيقها بالشهادة العدلية، وهذا راجع إلى بعد وقرب المسافة مما يخاف عليها، وراجع كذلك إلى مدى قابلية الاعتداء على الوثيقة وتزويرها، لذا نجد سحنون اشترط في قبولها شهادة العدلين، أما ما خُفِّف في وسائل التثبت فلأنها مراسلات داخلية في جهاز القضاء والأصل أن القائمين به عدول أمناء لا يخشى منهم مما يخشى من العامة، لذلك قبلوا الخطاب بمجرد معرفة الخط.

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص121./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص26./ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص746.

[2] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج02، ص34./بن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص130./ابن يونس، المصدر نفسه، ج15، ص746.

[3] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص31

[4] المصدر نفسه، ص31.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص34.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص130.

ثانيا: مراسلات القاضي مع غيره من القضاة.

كطلب تزكية، إثبات ملكية وغيرها كالوصايا، كأن يطلب حُجَّة أحد الخصوم إن كان القاضي الثاني قد حكم له في أمر ما، وفي هذا تفصيل:

1. **في التحقق من طلب المدعي، أو طلب القاضي.**

أ. إذا طلب القاضي الأول من الثاني أن يرسل له ما حَكم به على فلان في قضية جرت عنده أو أن يرفع أحد الخصوم أمره –أو وكيله–إلى القاضي الثاني ويطلب منه كتابا يثبت فيه ما حَكم له به، فعلى القاضي الثاني التحقق أولا من سلامة هذا الطلب، فينظر في أقضيته فإن وجد مطلب المدعي في سجل من سجلاته وعرف خطَّه أو خطَّ كاتِبه وعرف ختمه وكان في زمن ولايته أجازه، والأَوْلى أن يجعل على أقضيته وبيناتها وكيلا له – المكشف–فيقبل القاضي قول هذا الوكيل.

فإن وجد القاضي في ديوانه حكما بخطه وهو لا يذكره وكان مضمونا في قمطره[1]–أمانة الضبط في عصرنا–وليس عليه تغيير ولا شطب أخذ به، وإن كان غير ذلك فلا يجوز له إنفاذه إلا بشاهدي عدل[2].

ب. أما إن كانت الدعوى قد فصل فيها قاض سابق ووجد في ديوانه حكما بخط قاض كان قبله، فإنه يعمل به إذا تحقق منه من خلال[3]:

- اطلاعه على سجلات الديوان مع القاضي الذي تولى مكانه قبل تسلمه للقضاء، وكان هذا لقلة القضايا في تلك الفترة.
- فإن تسلم مكان قاض متوفى فإنه لا يعمل بأقضيته إلا ببينة أنها أقضيته وأنها مضبوطة ومصونة ولم يدخلها تغيير.

ج. إن ضاع سجل من ديوان القاضي، فشهد كاتباه على ما فيه، تعين قبول هذه الشهادة، أو أقام المحكوم له شاهدي عدل على الحكم القضائي قبل منهما وأمضاه القاضي، أو أن يدعي أن القاضي قد حكم له بكذا وكان القاضي متذكرا لذلك أمضاه في رواية، وهذا مبني على زمنهم الذي قلت في الأقضية لقلة الناس وبساطة منازعاتهم[4].

---

[1] القمطر: ما يصان فيه الكتب، مرتضى الزبيدي تاج العروس، ج13، ص472.

[2] عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، دط، دت، ج02، ص290./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص199./ نبهان سالم، البينة الخطية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها، ص100.

[3] عليش، منح الجليل، ج02، ص292، ج08، ص366./ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج24، ص198.

[4] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص229./ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المصدر نفسه، ج24، ص197.

2. **في كيفية صياغتها.**

أ. أن يذكر القاضي اسمه واسم القاضي المكتوبُ إليه أو دون تحديد إن كان المطلوب مجهول الإقامة، كأن يكتب إلى من وصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم[1].

ب. أن تكون الصياغة على شكل محضر وحكم بوقائع القضية.

ج. أن تكون الصيغة بلفظ الإعلام: هذا إعلام من القاضي فلان إلى...، أعلم بكذا القاضي فلان...، وغيرها، قال: "اللفظ الذي جرى به العمل في الخطاب يدل على ثلاثة أمور: أحدها: شخص **مُعْلِمٌ** بما ثبت عنده وهو القاضي الكاتب والثاني شخص **مُعْلَمٌ** وهو القاضي المكتوب إليه، ...وبالضرورة أنهما يدلان على أمر ثابت معلوم عند القاضي الكاتب أعلم به القاضي المكتوب إليه"[2]، فإن كتب: "ثبت عندي بينة عادلة أن لفلان على فلان كذا ولم يسمهم رد خطابه"[3].

د. لابد من ذكر اسم الطالب، والمدعى به ووصفه وصفا واضحا، وكذا ذكر اسم المطلوب بما لا يُشتبه معه غيره من اسمه واسم أبيه، وسكناه وصناعته أو تجارته وشهرته، إن كانت له ليتميز بذلك عن غيره، وهذا كان في زمانهم لتشابه البعض في الأسماء أو لتغير بعضهم لكنيته ونسبه أما في زماننا فهو أمر نادر، وأن يذكر المحكوم فيه إن وجد[4].

هـ. أن يكتب تاريخ القضية والبينة وتاريخ الخطاب لاحتمال عزل القاضي الكاتب، لأن خطابه بعد عزله وقبل العلم به ساقط على أحد القولين، وقد يعمل الخصم على تجريح الشهود بجرحة كانت بعد أدائهم للشهادة أمام القاضي المُرسِل[5].

3. **في كيفية توثيق البينة الخطية أو الوثيقة:**

للمالكية في هذه المسالة أقوال:

أ. **الموسعون:**

ما عليه العمل القديم في المدينة، قال ابن نافع عن مالك: "كان من أمر الناس تقديم إجازة الخواتم حتى إن القاضي

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص242./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص113.

[2] ميارة: الإتقان والإحكام، ج01، ص45.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص120.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص27./ محمد الحسن ولد الددو، مخاطبات القضاة في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء – جدة-، دط، دت، ص200-202.

[5] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص120.

ليكتب للرجل الكتاب فما يزيد على ختمه، يستجاز له، حتى اتهم الناس، فصار لا يقبل إلا بشاهدين"[1]، وقاله ابن كنانة ورواية عن أشهب[2].

ما عليه العمل في إفريقية وشرق الأندلس ونصره عليش[3] أن مراسلات القضاة فيما بينهم أو مع قاضي الجماعة أو الفقهاء يستشيرونهم، تقبل برسول ذلك القاضي أو بمعرفة خط القاضي وإلا ضاعت الحقوق وضيق على الناس، قال ابن المناصف[4]: "ولأن المطلوب إنما هو قيام الدليل وثبوته- كتاب القاضي-، على أن ذلك الكتاب كتاب القاضي، فإذا ثبت عند المكتوب إليه أنه كتاب القاضي بمعرفة خطه ثبوتا لا يشك فيه، أشبه الشهادة عليه وقام مقامها" [5]، قالوا قبوله الكتاب بما عرفه من خط القاضي المرسل كقبوله بينة بما عرف من عدالتها، ويشهد لهذا أيضا قبول سحنون لكتب أمنائه بمعرفة الخط فقط دون شهود، وهناك من قيد هذا الرأي بأن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه حال ولاية القاضي الكاتب[6].

وليس هذا من باب قضاء القاضي بعلمه لأن قضاء القاضي بعلمه يكون ممتنعا إن كان مجرد عن الواسطة كعلمه أن لزيد على عمرو 1000دج، وأما إن علمه مستندا على بينة يعرف عدالتها أو بواسطة الخط الذي يعرف عدالة كاتبه، فهذا جائز قضاؤه به لبعد التهمة[7].

فإن شك فلابد من شاهدي عدل، أما حمل الكتاب من أحد الخصوم إلى قاض آخر فلا يُقبل إلا بشاهدي عدل[8]، سوى ما حكاه ابن سهل عن قضاة شرق الأندلس أنهم كانوا يرسلون مع صاحب الحكومة الكتاب مختوما إلى القاضي الثاني، وكانوا ينعتون حامله في الكتاب ويسلمونه إليه مختوما، وقد أَنكر عليهم ذلك أشد الإنكار[9].

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص121.

[2] المصدر نفسه، ج08، ص121./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج13، ص74.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص27-28./ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1026./ عليش، منح الجليل، ج08، ص366-367.

[4] أبو عبد الله محمد بن عيسى بن محمد الأزدي: يعرف بابن المناصف، من أهل قرطبة تفقه بأبي الحجاج الخزرجي قاضي تونس وغيره، له أراجيز في غير ما فن منها المذهبة في العلي والشيات، ومنها الدرة السنية، وكتاب الأنجاد في الجهاد ظهر فيه علمه وأبان فيه عن تقدمه، وكتاب الأحكام والشروط في باب السلم الذي أغفله القاضي أبو محمد عبد الوهاب في التلقين، توفي سنة 620هـ.شجرة النور الزكية، ج01، ص254.

[5] التسولي، البهجة، ج01، ص122.

[6] المصدر نفسه، ج01، ص122 - 127.

[7] المصدر نفسه، ج01، ص122.

[8] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص34./خليل، التوضيح، ج07، ص449./ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص31.

[9] ابن سهل، المصدر نفسه، ص31.

ب. **المضيقون:**

قالوا لا تقبل المراسلات إلا بشاهدي عدل لابن القاسم، ابن الماجشون وزاد أشهب أن يشهدوا أن القاضي قد أشهدهم عليه ولا يضر إن لم يختمه وهو قول ابن وهب، وزاد سحنون أن يشهد أربعة إن كان الكتاب في الزنا كالشهادة على الشهادة، لفساد دين الناس وتغير أحوالهم فتَحْدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، قالوا: التهمة تقوى في انفراد القاضي بمعرفة خط القاضي الآخر فيتهم أنه يحكم حينها بعلمه، حاله حال معرفة القاضي لخط العدلين الميتين أو الغائبين، ولم يوجد من يعرف خطهما غيره فلا يصح حكمه بعلمه وهذا مما لا اختلاف فيه، إذ لا فرق فيما بين خط الشاهد وخط القاضي[1]، وإن شهد الشاهدان أن هذا الكتاب خَطَّه القاضي بيده لم يُقبل قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وخالفهم ابن القاسم ويشترط عدالة الشاهدين عند المكتوب اليه.

واستثنوا: قبول كتب القاضي إلى القاضي في معرفة عدالة شاهد أو أي أمر يستخبره من أمر الخصوم إن عرف خطَّه دون شهود، وكذا كتابه إلى قاضي الجماعة أو إلى فقيه يسأله فجائز إن عرف خطَّه وأتاه به رسوله أو من يثق به[2]، أما لو حمل الكتاب صاحب الدعوى لم يجز إلا بشاهدي عدل[3].

سبب الخلاف: التهمة في إثبات كتاب القاضي، فمن رأى الأمن من تزوير الكتاب تسامح في طريقة الإثبات، ومن أخذ بالتهمة خاصة مع فساد الزمان تشدد في حكمه، قال ابن نافع عن مالك: "كان من أمر الناس تقديم إجازة الخواتم حتى إن القاضي ليكتب للرجل الكتاب فما يزيد على ختمه، يستجاز له، حتى اتهم الناس، فصار لا يقبل إلا بشاهدين."[4].

4. **في كيفية المراسلة.**

بعد إتمام القاضي أو كاتبه كتابة الوثيقة قرأها على شاهدي عدل وهما اللذان سيحملانها إلى القاضي الثاني، ويجوز رجل وامرأتان فيما تشهد فيه النساء[5]، ثم يختم كتابه من خارجه ندبا خوفا من السرقة أو السقوط من الشهود فيزاد فيه، أو ينقص منه وأما الختم الداخلي فهو واجب، لتعارف القضاة على عدم قبول الكتاب غير المختوم من الداخل[6].

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص122./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص160.

[2] خليل، التوضيح، ج07، ص449.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص34.

[4] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج13، ص74./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص121.

[5] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص119.

[6] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص160.

أما إن كان الغريم مجهول البلد، كان على القاضي أن يكتب الحجة دون تقييد ارسالها لقاض معين، حتى يتسنى للطالب أن يقيم هذه الحجة عند أي قاض يجد غريمه داخل ولايته[1]، واختلفوا إن أرسل الكتاب إلى قاض بلد بعينه فوجد المدعي غريمه في بلد آخر غير المرسل إليها، **فهل يرفع هذا الكتاب إلى هذا القاضي؟**

خلاف: رواية أصبغ عن ابن القاسم ألا يقبل القاضي هذا الكتاب لأنه غير معني به، وقال أصبغ بقبوله إذا أثبت المدعي أن هذا الغريم هو المقصود بعينه[2]، واستدل له ابن مناصف بـــ: أن العبرة في كتب القضاة هو تنفيذ ما فيها إذا ثبتت صحتها عن القاضي المستقبل لها، بدليل لو كتب قاض إلى آخر وقد توفي المكتوب إليه أو عزل وولي بعده قاض جديد فإن الواجب على القاضي المعين حديثا إنفاذ ما في الكتاب، لأن العبرة ليس القاضي بعينه وإنما الموضع والجهة السلطوية التي يمثلها التي توجب عليه تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عنه أو عن غيره لعجزه كوجود المحكوم عليه في دائرة ولاية القاضي الثاني[3].

والمخرج من هذا الخلاف أن يطلب الطالب من القاضي مراسلة القاضي السابق ويطلب منه إرسال حكمه في واقعة فلان وغيرها.

5. التحقق من عدالة القاضي الذي فصل في الدعوى.

إن جاء أحد الخصوم بكتاب أو وصل القاضي الثاني خطاب من القاضي السابق وعلم القاضي الثاني أن القاضي السابق غير أهل للقضاء لم يَقبل منه، فإن جاءه أحد الخصوم بكتاب من قضاة الأمصار الجامعة، مثل المدينة، العراق، الشام، فلينفذه، أما قضاة الكور الصغار، فلا ينفذه حتى يسأل عنه العدول وعن حاله[4] وإلا استأنف الدعوى إن كان له ذلك[5].

الفرع الثاني: إجراءات البينة الخطية الرسمية –الكتابة الرسمية–في مجلس الحكم.

أولا: على القاضي التأكد من صحة ولاية القاضي المرسِل وأهليته لأنه شرط في إعمال خطابه، لذا لا تقبل

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص242./ ابن أبي زيد القيرواني، المصدر السابق، ج08، ص113.

[2] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج09، ص243.

[3] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص291.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص123./خليل، التوضيح، ج07، ص450./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1027.

[5] محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج04، ص89.

خطابات القاضي المعزول، الفاسد...[1].

ثانيا: على القاضي التأكد من صحة البينة الكتابية الصادرة عن القاضي الآخر إن كانت مراسلة من قاض آخر بشاهدي عدل، وللمالكية ثلاثة إثباتات: إما بمعرفة ختم القاضي أو خطِّه أو شاهدي عدل، وأقواها الشهود لأن المدونة أخذت بقول الشهود ولو كان الكتاب مختوما بطابع مكسور، بل ولو كان من غير ختم[2]، هذا إن بعث بها القاضي الآخر.

أما إن جاء الطالب بالبينة كان عليه إحضار شاهدي عدل، قد أشهدهما القاضي على ما في الوثيقة.

ويختلف العمل بهذه العلامات على حسب فساد أهل الزمان وصلاحهم والقدرة على محاربة التزوير، لذا ليست العبرة بالشاهدين وغيرهما بل بالتحقق من سلامة الوثيقة من التزوير وصحة نسبتها لمصدرها بأي وسيلة تحقق ذلك، وفي ذلك قال ابن مناصف: "المطلوب إنما هو قيام الدليل وثبوته، على أن ذلك الكتاب كتاب القاضي"[3].

واختلف المالكية في مسائل متعلقة بهذا الإجراء وهي:

1. واختلف قول مالك في قاض كتب كتابا إلى قاض آخر وختمه وأشهد الشهود عليه دون قراءته عليهم:

أ. على رواية الجواز وهو القول الأشهر عند ابن المناصف والصحيح عند ابن عبد السلام لأنهما أديا ما أشهدهما عليه، فالقاضي قد أشهدهما على إقراره بما في الكتاب وأنه منسوب إليه أيا كان ما هو مكتوب، رغم كونها شهادة دون علم تفصيلي إلا أن العلم تارة يقع جملة وتارة يقع تفصيلا[4]، ويستدل له بأن رسول الله –صلى الله عليه وسلم–**دفع كتابا إلى عبد الله بن جحش، وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب، فيتبع ما فيه**[5].

ب. على رواية المنع فهي مبنية على قوله تعالى: ﴿ وَمَا شَهِدْنَآ إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ يوسف [81] ، وإذا لم يقرؤوا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به، فلم تجز شهادتهم[6].

2. واختلفوا إن شهدا على أن هذا الكتاب هو خط القاضي فلان –المرسل–؟

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص128.

[2] سحنون، المدونة، ج04، ص522./ عليش، منح الجليل، ج08، ص366.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص28.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص366./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص124.

[5] رواه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب ما يذكر في المناولة، دون رقم، ج01، ص23.

[6] الرجراجي، المصدر السابق، ج08، ص124./ عليش، المصدر السابق، ج08، ص369./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص26.

قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا ينفذ، بخلاف ابن القاسم الذي أجازه وهو معنى ما في المدونة[1].

3. إذا أحضـــر الطالب حجة قد حكم فيها له قاض بخطه أو خط كاتبه بحق وليس له إلا شـــاهد واحد، وتعذر مراسلة هذا القاضي لسبب من الأسباب ككونه في بلد بعيدة وغيره، فيه تفصيل:

قال ابن رشد الجد: "أما بالشاهد واليمين فلا يثبت بهما كتاب القاضي اتفاقا"[2]، والتحقيق على قول الباجي وغيره، أن الكتاب إن كان في حق مالي فلا ينبغي أن يكون خلاف على جواز الشاهد واليمين هنا، أما إن كان في حق ليس بمال ويؤول إلى مال ففيه الخلاف[3]:

فالقول بالجواز هو لمطرف وأصبغ[4]، ومقابله لابن القاسم وابن الماجشون وابن حبيب وشهره ابن الحاجب، قالوا هو من وجه الشهادة على الشهادة فلا يقبل فيه إلا شاهدي عدل، ويستثنى لابن القاسم قوله في المرأة إن أقامت شاهدا على النكاح بعد موت زوجها، قال: تحلف وترث، وخالف أصله وعلل له خليل أن الضرورة داعية لذلك في النكاح.

وعلى القول الثاني–لابن القاسم وابن الماجشون وابن حبيب وشهره ابن الحاجب–تتوجه اليمين على المدعى عليه فإن نكل فالقولان: **هل ترد اليمين على الطالب؟** وهو الصـــواب وينال بذلك الدعوى أم لا ويحكم على المطلوب بنكوله مباشرة[5]، وانتقد هذا القول لأنه يمنع الشاهد واليمين، ويقبل بالنكول واليمين، وهو أضعف على أصل المذهب، وهو خلاف المدونة فللطالب أن يُحلف المطلوب، فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة[6].

ثالثا: على القاضي التأكد من الحجة التي يحتويها كتاب القاضي الأول خاصة الشهود بالتأكد من عدالتهم إن كان له ذلك، وكأن القاضـي الأول ناب عنه في سماع البينة فقط، فعلى الثاني التعديل والحكم، فإن كانوا في غير بلده اكتفى بتزكية القاضي المرسل[7].

رابعا: يصرح الشاهدان بشهادتهما فيذكران ما قرأه عليهما القاضي مما في الوثيقة قبل ختمها.

خامسـا: لا يفتح القاضـي الكتاب إلا أمام الخصـوم وشـاهدي الوثيقة، درءا لشـبهة التصـرف فيها بعد شـهادة

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص25.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص148.

[3] خليل، التوضيح، ج07، ص554.

[4] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص449.

[5] خليل، المصدر السابق، ج07، ص554./ عليش، منح الجليل، ج08، ص364-365.

[6] خليل، المصدر نفسه، ج07، ص555.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص126./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1027.

الشاهدين أن القاضي المـُرسِل أشهدهم على ما في الكتاب بعدما قرأه عليهم[1].

سادسا: إن وجد القاضي تناقضا بين ما في الكتاب وبين ما شهد به الشاهدان صاحبي الكتاب لم يقبل منهما إن كانت شهادتهما غير مطابقة للدعوى، وإن كانت شهادتهما مطابقة للدعوى قدمت الشهادة[2]، وكذلك لو شهدا بأمر مخالف لما في الكتاب وكان القاضي المرسل أشهدهما على ما أراد منهما تبليغه للقاضي الثاني مشافهة وبعث معهما كتابا دون أن يقرأه عليهما فالعبرة بما شهدا به[3].

سابعا: إن وجد القاضي تناسقا بين شهادة الشاهدين وما في الوثيقة طلب من الخصم دفعها إن كانت تحوي حجة للمدعي، أو نفذ ما فيها إن كانت تحتوي حكما قضائيا من القاضي المرسل[4].

ثامنا: يحق للمدعي مطالبة القاضي بإثبات الحجة على الغائب بعيد الغيبة وأن يرسلها إلى قاضي البلد الذي يقيم فيه الخصم ليحكم عليه بذلك[5].

تاسعا: أنه إذا لم يصل الكتاب حتى مات القاضي المكتوب إليه، أو عُزل، أو مات القاضي المـُرسِل ، أو عُزل، أو ماتا جميعا أو عُزلا، فإن على من وَلِي بموضع المكتوب إليه، أن ينفذ الكتاب وهو المعتمد[6] قال ابن الماجشون: "لأنه لم يقصد به غير المكتوب إليه، وإنما قصد به السلطان المنفذ هو أو غيره"[7]، وقيده ابن عرفة وابن مناصف إن وصل كتاب القاضي قبل موته –القاضي المـُرسل–وعزله وإلا فلا يعمل به[8]، وهذا التقييد مردود لأن القاضي المصدر للكتاب كتابه مقبول لتلبسه بصفة القضاء حين ارساله له ولا يهم إن مات بعدها أو عُزل.

فكل هذه الإجراءات السابقة متعلقة في حال كانت البينة الكتابية تم إحضارها من القاضي الأول لسبب من الأسباب كضياع النسخة التي فيها حكم القاضي التي بحوزة الطالب...وغيرها، أما لو كان الطالب له حجة كتابية كوثيقة شراء قطعة أرض، فله رفعها إلى القاضي مباشرة[9]:

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص130./ ابن الجلاب، التفريع، ج02، ص256.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص160./ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص148.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص228.

[4] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص359.

[5] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص126.

[6] سحنون، المدونة، ج04، ص521./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص127./ التسولي، البهجة، ج01، ص122.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص128.

[8] عليش، منح الجليل، ج08، ص367.

[9] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص290./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص315.

1. إن كانت الوثيقة رسمية على القاضي التحقق من سلامتها وصحتها من خلال علامات الثبوت، الختم، الشهود، فإن ثبتت هذه العلامات عمل بها حفاظا على قاعدة حفظ الحقوق خاصة مع تطاول الأزمنة وفناء البينات، فإن كان شهود الوثيقة متوفين وجهل حالهم عمل بشهادتهم لأن الأصل في الوثائق الرسمية الصحة، مما يلزم منه عدالة شهودها.
2. إن كان شهود الوثيقة لهم القدرة على حضور المجلس كان عليهم ذلك وأدوا شهادتهم، لأن الشهادة أقوى من الكتابة.
3. إن كان الشهود غائبين غيبة بعيدة أو ماتوا، وقد وضعوا خطوطهم في الوثيقة كان على صاحبها إقامة شهود على معرفة ونسبة هذه الخطوط لأصحابها وعلى استمرارية عدالتهم من زمن الكتابة إلى الغيبة أو الوفاة، فإن تم ذلك قبلت وإلا رفضت.
4. إن وقع شطب أو محو وغيرهما في مواضع العدد كالنقود، المساحات، تاريخ...، بطلت الوثيقة إلا إن وجدت بينة تثبت ما تم محوه.

الفصل الخامس: وسائل الإثبات غير الحاسمة وإجراءاتها.

وفيه أربعة مباحث:

- **المبحث الأول: اليمين –يمين الدفع– وإجراءاتها.**
- **المبحث الثاني: اليمين –يمين الإيجاب– وإجراءاتها.**
- **المبحث الثالث: البينة الخطية غير الرسمية، وإجراءاتها.**
- **المبحث الرابع: القرينة، وإجراءاتها.**

تمهيـــــــد:

قد عمدت في هذا الفصـل إلى دراسـة إجراءات وسـائل الإثبات غير الحاسمة وهي التي لا يبنى عليها أصـالة الحكم القضائي بل لا بد مما يعضدها، فبدأت باليمين وإجراءاتها في المبحث الأول وقد ركزت على يمين الدفع باعتبارها إجراء فريدا نص عليه النبي-صـلى الله عليه وسـلم-في حق المدعى عليه لترجيح جانبه إزالة أية شـبهة حوله، بل أنه إن ذكرت اليمين في القضاء توجهت العقول إلى يمين الدفع.

وتمتد يد هذا الفصل إلى نوع آخر من الأيمان وهي يمين الإيجاب في المبحث الثاني، والتي تحوي في طياتها صورا قضائية لابد منها-الشاهد ويمين الطالب، النكول ويمين الطالب، يمين القسامة، يمين اللعان-وهذا التقسيم الثنائي فرضه الموضوع حتى تكون الدراسة منسقة ومثمرة ومنهجية ويكتمل التصور العام حول اليمين في القضاء المالكي.

كما تناول هذا الفصـل موضـوع البينة الكتابية غير الرسمية-العرفية-وما يتصـل بها من حجية وأنواع وإجراءات حتى يحسـن تمييزها عن البينة الكتابية الرسمية، قبل أن تختتم وسـائل الإثبات غير الحاسمة بالقرائن التي تنوعت صـورها وتعددت، وعلى قدر إدراك وتبصر القاضي بها كانت قدرته على الترجيح والوصول إلى الحكم أسرع.

المبحث الأول: اليمين –يمين الدفع–وإجراءاتها.

اليمين هي أول وأهم وسائل الإثبات المكملة في القضاء المالكي، حيث يُلجأ إليها في حال غياب البينة لدى المدعي، فتصبح وسيلة لحسم النزاع حينها لصالح المدعى عليه إن حلف، وقد تكلم علماؤنا –رحمهم الله تعالى–عن مشروعيتها وبينوا أنواعها–المطلب الأول–حتى يكون الناس على بينة من أمرهم فيها.

كما فصلوا –رحمهم الله تعالى–إجراءات العمل بها خاصة يمين الدفع –المطلب الثاني–وضبطوا أحكامها بما يحافظ على ميزان العدل.

المطلب الأول: مدخل حول اليمين، تعريفها، مشروعيتها وحكمها.

الفرع الأول: تعريف اليمين وأنواعها.

أولا: تعريف اليمين.

1. **تعريف اليمين لغة:** ج أَيْمُنٌ وأَيْمانٌ وأيامِنُ وأيامينُ، وهو مشتق من اليُمْنِ وتصغير اليمين يُمَيّن وتأتي على عدة معان:

أ. بمعنى اليمين: ضد اليسار قال تعالى ﴿ عَنِ ٱلْيَمِينِ وَعَنِ ٱلشِّمَالِ عِزِينَ ﴾ المعارج [37]، بالتشديد بلا هاء، وقوله في الحديث: ((**إنه كان يحب التيمن في جميع أمره ما استطاع**))[1]، والتيمن الابتداء في الأفعال باليد اليمنى والرجل اليمنى والجانب الأيمن[2].

ب. بمعنى العهد والميثاق: ﴿ وَإِن نَّكَثُوٓاْ أَيْمَٰنَهُم مِّنۢ بَعْدِ عَهْدِهِمْ ﴾ التوبة [12]، وتأتي بمعنى المنزلة الحسنة قال الأصمعي: "هو عندنا باليمين أي بمنزلة حسنة"[3].

ج. وبمعنى القوة والبركة، قال تعالى: ﴿ وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ ﴿٤٤﴾ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾ الحاقة [44، 45] "قال الزجاج: أي بالقدرة، وقيل: باليد اليمنى"[4].

د. وسمي الحلف يمينا "قيل: إنما سميت بذلك لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه"[5].

---

[1] لم أجد الحديث بهذا اللفظ ويشهد له ما رواه البخاري في صحيحه، كتاب: الوضوء، باب التيمن في الوضوء والغسل، رقم: 168، ج01، ص45،((كان النبي صلى الله عليه وسلم «يعجبه التيمن، في تنعله، وترجله، وطهوره، وفي شأنه كله)).

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص458.

[3] الرازي، مختار الصحاح، ص350./ فيروزآبادي، القاموس المحيط، ص1241.

[4] ابن منظور، المصدر السابق، ج13، ص461.

[5] الرازي، مختار الصحاح، ص350.

2. **تعريف اليمين اصـــطلاحا:** من المالكية من لم يقدم لليمين تعريفا لأنه مصـــطلح معلوم عند الناس قال ابن عبد السلام: **"**لا يحتاج إلى تعريف برسم ولا حد لاشتراك الخاصة والعامة في معرفته**"**[1]، إلا أن بعض علماءنا قدموا له عدة تعريفات متنوعة منها ما ذكره:

أ. ابن راشد قال: **"الحلف بمعظم تأكيدا لدعواه أو لما عزم على فعله أو تركه"**[2].

الشرح[3]:

- **الحلف بمعظم:** الذات الإلهية أو بصفة من صفاته العلية.
- **تأكيدا لدعواه:** أي تأكيدا لأيمانه السابقة ويشمل اليمين القضائية.
- **لما عزم على فعله أو تركه:** سواء كان عملا أو قولا مثل: والله لأفعل كذا والله سأقرأ الكتاب الفلاني، والترك مثل والله لن أسافر أو والله لن أكلم فلانا، سواء كانت مسندة للحاضر أو المستقبل.

ب. قال أبو بكر بن العربي: **"ربط العقد بالامتناع والترك أو بالإقدام على فعل بمعنى معظم حقيقة أو اعتقادا"**[4].

الشرح[5]:

- **ربط:** المراد به التقييد.
- **العقد:** المراد به النية والعزم.
- **بالامتناع والترك:** كقوله والله لا أدخل من هذا الباب، فقد حلف أن يمتنع عن الدخول من ذلك الباب بالتحديد.
- **بالإقدام:** أي بالإقبال كقوله والله لأدخلن من هذا الباب.
- **على فعل:** ويشمل الأفعال والأقوال–فعل اللسان–: كقوله والله لن أذهب إلى فلان، والله لن أنصح فلان.
- **بمعنى معظم حقيقة:** والله ما فعلت كذا، فالمعظم حقيقة هو الله تعالى.

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج03، ص259.

[2] المصدر نفسه، ج03، ص260.

[3] التوزري، عثمان بن المكي الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط01، 1339 هـ، ج01، ص137.

[4] ابن العربي، أحكام القرآن، ج02، ص148.

[5] ابن العربي، المصدر نفسه، ج02، ص 148/حقيقة اليمين عند المالكية د، محمد مهدي لخضر بن ناصر، مجلة الإحياء، جامعة باتنة01 –الحاج لخضر–، الجزائر، م33، ع33، أكتوبر 2023، ص7.

- **أو اعتقادا:** كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق، والطلاق معظم عنده ودليله قوله –صلى الله عليه وسلم :((**من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت**))[1]، فسمى الحالف بغير الله حالف.

ج. جاء عند خليل: **''اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته''**[2].

الشرح[3]:

- **تحقيق:** أي تأكيد وجعل الشيء محققا ومقررا.
- **مالم يجب:** فيشمل الأمور الممكنة كقوله: والله لأدخلن الدار تأكيد على فعل الدخول، وكذا الأمور الممتنعة، كقوله والله لا أدخل هذه الدار، تأكيد على امتناع الدخول.
- **بذكر اسم الله أو صفته:** فلا تنعقد اليمين إلا باسم الله تعالى أو صفته، لأن الشرع خصص هذا المعنى بأن يكون المعظم ذاتا صفة لله تعالى، فاحترز بذلك عن اليمين بغيرهما، فإنها لا تسمى يمينا شرعا ولا تنعقد بغير الله تعالى.

الفرع الثاني: أنواع اليمين في القضاء.

أولا: باعتبار وجوب اليمين.

1. **اليمين الواجبة:** التي تتوجه بحكم الحاكم أو مُحكِّم على طالب أو مطلوب أو عليهما مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما لا بمجرد طلب الخصم تحليفه وهي: يمين الدم وتشمل يمين القَسامة وتحليف القاتل الولي على العفو، يمين اللعان، يمين التهمة، يمين القضاء/الاستحقاق، يمين الدفع–الإنكار–، يمين الرد، اليمين المتممة وهي اليمين مع الشاهد، يمين الشاهد، المحكوم عليه إن ادعى ايجاده لبينة لم يعلم بها فإن القاضي يحلفه[4]، وهي:

- **يمين القسامة:** حلف خمسين يمينا أو جُزْأَها على إثبات الدم[5].
- **يمين اللِّعان:** حلف زوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه وأوجب نكولها الحد بحكم

---

[1] رواه مالك في الموطأ، كتاب النذور، باب جامع الأيمان، رقم1749، ج03، ص685.

[2] خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط01، 1426هـ - 2005م، ص82.

[3] بهرام، تاج الدين بن عبد الله الدميري، تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي، تحقيق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب. د. حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط01، 1434هـ-2013م، ج02، ص356.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص239-253/ اللخمي، التبصرة، ج11، ص5351./ ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص196.

[5] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص484.

قضائي[1].

- **يمين التهمة:** التي تتوجه لرد دعوى غير محققة على المدعى عليه[2]، ولا تنقلب اليمين على الطالب بنكول صاحبها في القول المشهور[3].
- **يمين القضاء:** تتوجه على كل مدع على ميت أو غائب أو يتيم أو حبس أو المساكين أو على وجه من وجوه البر أو على بيت المال وعلى مستحق الحيوان ولا يتم الحكم إلا بها، أنه ما أبرأه ولا استوفى منه ولا اعتاض ولا أحال ولا احتال ولا وكل على الاقتضاء منه كله ولا بعضه وتسمى يمين الاستبراء أو استظهار[4]، وكذا يمين الاستحقاق أنه ما باع ولا وهب، وتكون في حق الورثة يحلفون على ميراثهم أنه ما خرج عن ملك مورثهم بوجه من الوجوه كلها، وأن ملك جميعهم يعني الورثة، باق عليه إلى حين يمينهم[5].
- **يمين الرَّد:** هي اليمين التي تتوجه على المدعي بعد نكول المدعى عليه عن اليمين فإن حلف استحق الدعوى[6].
- **اليمين المتمِّمَة:** هي اليمين التي يأتي بها المدعي ليتمم نصاب شاهده –الشاهد واليمين–[7].
- **يمين الشاهد:** هي اليمين التي يوجهها القاضي على الشاهد حتى يتأكد من صدقه[8].
- **اليمين المجَـبِـرّة:** في حال تساوي بينات الخصوم ووجدت قرينة رجحت أحدهما كالحيازة أو العرف على اعتبار أنه كالشاهد أو زيادة العدالة على من يقول بها...،تتوجه اليمين عليه لِـجَبر النقص اللاحق بالقرينة، لأن القاضي لا يحكم لأحد إلا بسببين، فكانت هذه اليمين تَجبَر نصاب القرينة فتصيران بمقام السببين[9].

2. **يمين غير واجبة:** هي التي تتوجه بطلب من أحد المتداعيين ولا يلزم القاضي الخصم بأدائها، ولا يترتب عن نكول صاحبها خسارته للدعوى، كأن يعرض المدعي على خصمه اليمين ويقول له احلف واستحق الدعوى، فالمدعى

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص210.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ذ

[3] التوزري، توضيح الأحكام، ج01، ص143.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص372.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص332.

[6] القرافي، الذخيرة، ج05، ص95./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج02، ص291.

[7] ابن عبد البر، الاستذكار، ج07، ص116.

[8] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص76.

[9] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص141.

عليه غير ملزم بهذه اليمين فإن رفضها لا يقضى للمدعي بشيء[1]، ويلحق بها يمين الرغبة.

يمين الرغبة: "من له ديون مؤجلة فأراد سفرا ووكل وكيلا على اقتضائها، وسأل القاضي أن يمكنه من الحلف على بقاء تلك الديون في ذمم المدينين، مكن من ذلك على ما جرى عليه العمل التونسي"[2].

ثمرة التقسيم: اليمين الواجبة تقطع بها الحقوق ويبنى عليها الحكم القضائي، وهي مُلْزمة قضاء ليس لمن توجهت عليه أن يرفضها ويترتب عنها ثلاث نتائج إما الحلف واستحقاق الحق، أو النكول فتتوجه اليمين مباشرة إلى خصمه فإن أداها استحق الدعوى، أو أن ينكل عنها فيغرم ويستحق خصمه الدعوى مباشرة وهذا بحسب نوع اليمين -كما سيأتي بيانه-.

بخلاف اليمين غير الواجبة، لمن توجهت عليه رفضها وعدم الانصياع لها ولا يترتب عن ذلك أي ضرر.

ثانيا: باعتبار الإنكار والإثبات:

1. **يمين الانكار-الدَّفع-:** اليمين المتوجهة لرد دعوى محققة إذا عجز المدعي عن استظهار البينة، فلا تتوجه إلى المدعى عليه إلا بطلب من المدعي، ولا يترتب عن نكول صاحبها استحقاق خصمه للدعوى مباشرة[3]، وهي يمين ثابتة بحق المدعى عليه بغرض دفع الدعوى لقوله -صلى الله عليه وسلم-: ((**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**))[4]، فأول القضاء أن يطالب المدعي بالبينة، فإن لم يجد حلف المدعى عليه- على تفصيل سيأتي ذكره- ليدفع عن نفسه ويبطل قول غريمه.
2. **يمين الإيجاب -الإثبات-:** وهي اللعان، القسامة، القضاء، اليمين مع الشاهد، يمين الطالب ونكول المطلوب، -سيأتي بيانها-، وهذه الأيمان صادرة عن المدعي لإثبات صدق دعواه كل بحسب حالاتها وظروفها[5].

ثمرة التقسيم:

- يمين الدَّفع صادرة عن المنكر للدعوى تأتي لنفي أي شبهة نشأت حوله بسبب هذه الدعوى وحسما لأي شك.
- يمين الإيجاب العادة أنها تصدر من المدعي ليقوي طرفه خاصة إن ضعفت بينته كاليمين مع الشاهد أو لم يجد ما

---

[1] ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص196.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: أ، ب

[3] المصدر نفسه، ص: غ.

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم: 1711، ج03، ص1336.

[5] مجمع الفقه الإسلامي الدولي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية أبو ظبي-الإمارات العربية المتحدة-، ط01، 1434هـ-2013م، ج25، ص372.

يثبت به موقفه كاللعان، القسامة، يمين الطالب ونكول المطلوب.

ثالثا: باعتبار انقلابها على الخصم[1]:

1. **اليمين التي تنقلب على الخصم عند النكول عنها:** القسامة، اليمين مع الشاهد، يمين الدفع-الإنكار-، اليمين المجبِّرة.
2. **اليمين التي لا تنقلب على الخصم عند النكول عنها:** يمين التهمة، يمين القضاء/ الاستحقاق، اللعان، يمين الشاهد.

ثمرة الخلاف: تمييز اليمين التي تنقلب على الخصم في حال نكول صاحبها فإن حلف استحق الدعوى وإن نكل هو الآخر خسر الدعوى، بخلاف اليمين التي لا تنقلب على الخصم عند نكول صاحبها حيث يغرم الناكل ويخسر الدعوى مباشرة.

الفرع الثالث: مشروعية اليمين وحكمها.

أولا: مشروعية اليمين.

اليمين مشروعة وهي معلومة من الدِّين بالضرورة، دلت عليها النصوص القرآنية:

1. قال تعالى: ﴿ لاَ يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِاللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ...وَاحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ ﴾ المائدة [91].
2. قال تعالى: ﴿ وَلاَ تَجْعَلُواْ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ ﴾ البقرة [222].
3. قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَناً قَلِيلًا أُوْلَٰئِكَ لاَ خَلَٰقَ لَهُمْ فِي ٱلآخِرَةِ ﴾ آل عمران [76].

ومن السنة:

1. قوله -صلى الله عليه وسلم-: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**))[2] فدل الحديث أن من وسائل فض النزاع في القضاء اليمين وتتوجه على المدعى عليه المنكر ما نسب إليه.
2. عن ابن عباس، أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: ((**يعني لرجل حلفه: "احلف بالله الذي لا إله إلا هو، ما له**

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص250.

[2] سبق تخريجه، ص152.

عندك شيء" يعني للمدعي))[1]، دل الحديث على مشروعية اليمين في القضاء وأنها متوجهة المدعى عليه بصيغة "احلف بالله الذي لا إله إلا هو...".

3. قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم-: ((**من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار**))[2]، دل الحديث على عظيم إثم اليمين الكاذبة خاصة إن تم تعضيدها وتوكيدها عند منبر النبي –صلى الله عليه وسلم-حيث ضمن له النبي –صلى الله عليه وسلم-مقعدا في النار، وكل هذا مبني على مشروعية اليمين فلو لم تكن مشروعة لما ترتب عليها هذا الوعيد.

ثانيا: حكم اليمين في القضاء.

اليمين تُبطل الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعي بينة، وتتوجه في كل الحقوق كالإقرار وهو المترجم في قولهم: "كل ما يصح فيه الإقرار تتوجه فيه اليمين"[3]، وتكون كذلك في الحدود إن تعلق بها حق مالي كالسرقة[4].

ولا تصح إلا بالله تعالى أو صفة من صفاته وإن كانت بغير ذلك فهي باطلة[5]، ولا تتوجه اليمين على المدعى عليه إلا إن لم يكن للمدعي بينة:

فإن كانت الدعوى في مال وجبت اليمين على المدعى عليه.

إن كانت الدعوى لا تثبت إلا بعدلين كالقتل، النسب...فلا تجب اليمين على المدعى عليه، إلا مع شاهد للمدعي مما يثير شبهة قوية حول كذب المدعى عليه، فيحلف المدعى عليه لرد تلك الشهادة وإسقاط تلك الشبهة[6]، بدليل ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي –صلى الله عليه وسلم- قال: ((**إذا ادعت المرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل، استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد**...))[7] إلا في دعوى النكاح وغيرها –سيأتي ذكرها-فشاهد المدعي فيها كالعدم، لأن الغالب في النكاح الشهرة فشهادة الواحد فيه ريبة، لذا

---

[1] رواه أبو داود في سننه، كتاب اليمين، باب كيف اليمين، رقم3620، ج03، ص311. قال الأرنؤوط: إسناده ضعيف.

[2] رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب ما جاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم، رقم: 590، ج04، ص1052.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص87.

[4] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص297.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج04، ص262-263.

[6] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص255./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص151.

[7] رواه ابن ماجه في سننه، أبواب الطلاق، باب الرجل يجحد الطلاق، ج03، ص196.قال الأرنؤوط: إسناده ضعيف

لا تطلب اليمين من المدعى عليه لرد شهادة الشاهد[1].

ويستثنى من ذلك تحليف المطلوب في الغصب والسرقة لأن المال يثبت بالشاهد واليمين فتتوجه اليمين على المدعى عليه، وتحليف المتهم بالقذف أنه لم يقذف المدعي إن شهدت البينة على منازعة أو تشاجر بينهما فقامت قرينة الشجار مقام الشاهد، ودعوى القاتل عفو الولي عنه، فيحلف الولي بمجردها رغم أن العفو لا يثبت إلا بعدلين[2].

وليس للمطلوب تحليف الطالب إلا في حالات[3]:

- يُحلف المدعي إن أقر المدعى عليه بالحق وادعى الإعسار وأن الطالب عالم بعسره.
- للمدعى عليه تحليف المدعي على علمه بفسق شهوده.
- للمدعى عليه تحليف المدعي أنه عفا عنه في القصاص.
- تحليف المدعي أنه لم يحلِّف المدعى عليه.

تحرم اليمين على من توجهت عليه إلا إن حصل له ظن غالب على صدقه، كوجود قرينة تعضد هذا الظن إن تردد، كوجود سجل قيَّد فيه حقوق الناس عليه أو وثيقة عليها خط، أو أن ينبهه من يثق به إن نسي أو قرينة حال من نكول خصم وهذا في حال ردت اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه، وغير ذلك، وقيل: لا يحلف إلا على ما يتيقنه[4].

ويحلف المدعى عليه على البت إن ادعى لنفسه أو لمورثه كقوله والله الذي لا إله إلا هو لا حق له فيما يدعيه علي، أو نفي عن نفسه كقوله والله الذي لا إله الا هو ما سرقت منه ...، وتكون على نفي العلم إن نفى عن غيره كقوله والله الذي لا إله إلا هو لا أعلم إعساره[5]، وهو المترجم في ضابط: "يحلف الحالف على فعل نفسه قطعا وعلى فعل غيره علما"[6].

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص152.

[2] عليش، منح الجليل، ج08، ص335./الدسوقي، المصدر السابق، ج04، ص151.

[3] عليش، المصدر نفسه، ج08، ص335./الدسوقي، المصدر نفسه، ج04، ص151.

[4] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1080.

[5] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ث.

[6] عبد الوهاب، أبو محمد ابن علي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط01، 1425هـ-2004م، ج02، ص215.

المطلب الثاني: إجراءات يمين الدفع، القضاء والشبهة.

تكلمت هنا عن إجراءات اليمين العامة وبالخصوص يمين الدفع كما سبق وإن ذكرت في تمهيد هذا الفصل كما أدرجت بعض الإجراءات المتعلقة بيمين القضاء ويمين الشبهة لبساطتها.

الفرع الأول: إجراءات يمين الدفع.

يمين الدفع هي أهم يمين في الدعوى القضائية لذا وجب الابتداء بها ومعرفة إجراءاتها القضائية، وهو ما كان في النقاط التالية:

1. عند انكار المدعى عليه للحق ولم يأت المدعي بحجة أو تم اسقاطها أو كانت بينته بعيدة[1]، توجهت اليمين إلى المدعى عليه وذلك بطلب من المدعي-قاله المازري-، فإن لم يطالب بها عد تنازلا منه عن الدعوى[2].
2. يَلزم المدعى عليه اليمين مباشرة إن كانت الدعوى في مال أو ما يؤول إليه[3]، وكانت الدعوى مشبهة –دون خُلطة- ، فإن كانت الدعوى مما لا يشهد العرف بكذبها ولا تصديقها وجب على المدعي إثبات الخُلطة قبل توجه اليمين على المدعى عليه[4].
3. لا تتوجه اليمين على المدعى عليه إلا بوجود شاهد للمدعي حتى يثير شبهة قوية حول كذب المدعى عليه إن كانت الدعوى فيما لا تثبت إلا بعدلين سواء كانت في حقوق العباد كالقتل، النسب...[5]، أو حقوق الله تعالى من الحدود والعبادات لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا**))[6] إلا إن تعلق بها حق مالي كالمال في السرقة[7]، وعموما المالكية لا يعملون بها في ثلاثة عشر مسألة: "العتاق، النكاح، الطلاق، الولاء، الأحباس، الوصايا لغير المعين، هلال رمضان، ذي الحجة، الموت، القذف، الإيصاء-الوصية-، نقل الشهادة وترشيد السفيه"[8].
4. لا بد من حضور المَحْلوف له أو وكيله لتقاضي اليمين، فإن تغيب وكَّل القاضي من يقتضيها إذا ثبت عنده تغيبه

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص346.

[2] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص131/ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص233.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ع/ ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص233.

[4] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص609.

[5] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص:ع.

[6] رواه ابن ماجه في سننه، كتاب: أبواب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، رقم:2545، ج03، ص579. ضعفه ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام، ص460.

[7] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص296-297.

[8] القرافي، الذخيرة، ج11، ص51.

لمبرر مقبول[1].

5. يجب أن يكون التحليف بحضره الخصم أو وكيله[2].

6. يحق لمن ينوب عن المدعي "وكيل، وصـــي، ولي" أن يطلب اليمين، أما الإنابة في الحلف فلا، إلا إن كان أعمى، أخرس، أصم فيحلف عنه من ينوب عنه ولي أو وصي[3].

7. لا توجه اليمين إلى المدعى عليه حتى تثبت الخلطة بين الخصـــوم إذا كانت الدعوى مما تدخلها الخلطة، من خلال إقرار الخصم أو الشاهدان، الشاهد واليمين أما شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة خلاف[4] كما سبق ذكره.

8. إذا تعذر حضـور المدعى عليه للحلف كالمريض أو الشـريفة مما يؤدي حضـورها إلى ابتذالها فيبعث القاضـي إليها عدلين لتحليفها وهو المعتمد[5]، وفي المرأة المُخدَّرَة خلاف[6]:

أ. قال ابن كنانة في المرأة التي لا تخرج أنها تحلف في بيتها إن ادعي عليها، وتخرج لليمين إن كانت تستحق حقا.

ب. وقال عيسى عن ابن القاسم ذلك سواء، وتحلف فيما لها وعليها في المسجد، إلا أن يكون الشيء التافه فتحلف في بيتها.

9. إذا سأل المدعى عليه الحاكم أن ينظره في يمينه فَعَل ما لم يكن فيه ضرر ولا لدد[7]، إلا أن يطلب خصمه التعجيل، بل لو أراد المدعي تأجيل اليمين وطالب المدعى عليه التعجيل قُدمت، وأوجب القاضي التعجيل لمن طلب منهما[8].

10. يصح افتداء اليمين والصلح عنها لقوله صلى الله عليه وسلم: ((**ذبوا عن أعراضكم بأموالكم**))[9]، ولا يحلف المنكر بعده أبدا لأن المدعي أسقط حقه في الخصومة[10].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص223.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص241.

[3] هاني علي يحيى شرف، القضاء باليمين وبعض أحكامه، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة-مصر-، ع102، ص163.

[4] القرافي، الذخيرة، ج11، ص49.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص242- 243./ الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص131.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص222.

[7] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص925.

[8] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص130.

[9] رواه الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي، دط، دت، رقم: 3426، ج01، ص644. حكم الالباني: صحيح

[10] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص925./ هاني علي يحيى شرف، القضاء باليمين وبعض أحكامه، ص165.

11. أما في صفة اليمين فلا يكون الحلف إلا بالله تعالى لقوله صلى الله عليه وسلم: ((**إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفا، فليحلف بالله، أو ليصمت**))[1]، وصفته أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو على المشهور، ويجوز القسم بصفة من صفاته الذاتية سبحانه كقوله: وعزة الله، وكذا القسم بالرضا والغضب والكلام والرحمة من صفات الأفعال عند أكثرهم[2].

وتكون اليمين على البت في النفي والإثبات فيما ينسبه لنفسه، أما ما ينسبه لغيره فعلى البت في الإثبات كأن يقول: "لمورثي على فلان دين"، وعلى البت بالعلم في النفي كحلفه أنه "لا يعلم على مورثه شيئا"[3]، وتكون على نية وقصد القاضي فلا تفيد تورية الحالف ولا استثناؤه[4].

ويحلف قائما لأنه أبلغ في الشرح والزجر[5] وقال ابن الماجشون باستقبال القبلة لقوله –صل الله عليه وسلم-: ((...**وأشرف المجالس ما استقبل به القبلة**...))[6]، "لأن ذلك أردع له وأزجر، ولأن استقبال القبلة يعظمها المسلمون ما لا يعظمون"[7] الانحراف عنها وقيل ليس عليه استقبال القبلة، وحكى ابن حبيب أن الوقوف يختص بالحلف في المساجد، وأما في غيرها فيكونون قعودا، وحكى ابن عبدوس عن أشهب أن القيام في الأيمان هو في اللِّعان والقسامة دون سائر الحقوق[8].

واليمين تكون على ما يدعيه الطالب لا على ما يريده المطلوب، وقال أشهب وابن الماجشون: "أن يحلف بالله ما له عندي شيء مما يدعيه"[9].

12. تصح اليمين في كل وقت إلا في القسامة واللعان فيحلف بعد صلاة العصر[10].

---

[1] رواه مالك في الموطأ، كتاب النذور، باب جامع الأيمان، رقم: 467، ج03، ص685.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج04، ص400.

[3] ابن جزي، القوانين الفقهي، ص202.

[4] ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص485.

[5] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1587.

[6] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: جماع أبواب الوليمة، باب ما جاء في تستير المنازل، رقم: 14588، ج07، ص444.قال البيهقي: لم يثبت في ذلك إسناد.

[7] عبد الوهاب، المصدر السابق، ص1587.

[8] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص218./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1079.

[9] الباجي، فصول الأحكام، ص131.

[10] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص202.

13. يجب على القاضي تغليظ اليمين فيما عظم خطره، ويكون على أوجه:

تغليظ باللفظ: يزاد في ربع دينار ذهبي (1.0625 غ) "عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم" وزيد في القسامة "عالم الغيب والشهادة" من غير الرحمن الرحيم قيل وبه العمل[1]، وفي اللعان "أشهد بعلم الله" وهذا مما يجوز ولا أنه لا يجوز غيره[2]، **تغليظ بالزمن:** كبعد العصر وبعد كل صلاة يجتمع لها الناس، وبين الأذان والإقامة، وتكون في النهار إلا لأهل الستر من النساء يحلفن في المسجد ليلا[3]، **تغليظ بالمكان:** لأهل مكة بين الركن والمقام، وعند منبر رسول الله عند أهل المدينة، وفي منابر بقية المساجد خلاف والأصح لا يكون الا عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط[4]، ومن حلف عند المنبر فليقل رب هذا المنبر، [5]وفي المساجد، **تغليظ للهيئة:** أن يكون قائما مستقبلا القبلة، وكل هذا يكون فيما عظم خطره كالنكاح والطلاق واللعان والوكالة وفي ربع دينار[6]، فإن أبى المدعى عليه ذلك عد ناكلا[7].

أما الكفار فيحلفون بالله على قول مالك فعن مسروق ((كان يحلِّف أهل الكتاب ويقول قال تعالى ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ المائدة [51]، وأنزل تعالى: ﴿أَلَّا تُشۡرِكُواْ بِهِۦ شَيۡـٔٗا﴾ الأنعام [152]))[8] لذا لا يجوز لهم الحلف بكفرهم، وقد ينكر بعض الكفار ذلك لأنهم لا يحلفون بما يحلف به المسلم، وليس عليهم الخروج عن دينهم لليمين[9]، ونسب لمالك أنه يزاد على الكتابي والذي أنزل التوراة أو والذي أنزل الإنجيل قال به ابن عبد البر[10]، فهذا القول حسن يخرجنا من النزاع معهم، ويحلفون فيما يعظمون من كنائسهم وبيعهم وأماكن عباداتهم[11].

14. يحق للمدعى عليه إن توجهت عليه اليمين إلزام خصمه أنه قد أسقط كل بينة له ما علم منها وما لم يعلم، فإن

---

[1] بهرام، الشامل في فقه مالك، ج02، ص875.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص217.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص218./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1078.

[4] الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص241.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص218.

[6] الكشناوي، المصدر السابق، ج03، ص240./ سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي،ص307-308.

[7] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص-خ-.

[8] سحنون، المدونة، ج04، ص56-57.

[9] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص217.

[10] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص925.

[11] الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص240.

قبل بذلك لم يكن له إقامة أي دليل بعد يمين المدعى عليه[1].

15. "إذا ادعى الطالب أن بينته غائبة، وأراد أن يستحلف المدعى عليه، وأن يكون على بينته إذا قدمت، فإن زعم أن البينة بموضع قريب، وأن يقيمها في اليومين والثلاثة أُخرت اليمين، فإن أحضر البينة، وإلا كان عليه أن يحلف له على ترك البينة وإسقاطها، وإن زعم أن بينته بموضع بعيد حلف المدعى عليه، وكان على بينته يقيمها إذا حضرت"[2].

16. إذا كان للمدعي بينة حاضرة وكان عالما بها قادرا عليها فعدل عنها وطلب يمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها بعد ذلك، قولان في المذهب[3]:

أ. أن له إقامتها: لأنها بينة لا تقطعها اليمين، ذلك أنه لو كانت هذه البينة غائبة وحلف المدعى عليه اليمين فإن القاضي يسمع هذه البينة الغائبة.

ب. ليس له إقامتها: لقوله –صلى الله عليه وسلم –: ((**شاهداك أو يمينه**))[4] فجعل النبي –صلى الله عليه وسلم– للمدعي الخيرة بين أمرين إما بينته أو اليمين فإن استوف إحداهما لم تكن له الأخرى، كما أن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضا بها فلم يكن له نقض موجبها.

17. "إن المدعي إذا استحلف المدعى عليه على دعواه، ثم وجد المدعي شاهدا واحدا فلا يحلف معه، لأن المدعى عليه قد برئ من الدعوى بيمينه، فلا يكتفى بشاهد ويمين في إبطالها، ولا يثبت حقه إلا بشاهدين، وقيل يحلف معه"[5].

18. إن حلف المدعى عليه برأت ذمته واستحق بذلك الدعوى[6].

19. تُقيد اليمين بشاهدين ويجزي الواحد، حتى يكون حجة على الحالف إن أنكر فيما بعد[7].

20. تكون اليمين على نية القاضي وقصده، فلا تصح تورية الحالف ولا ينفعه قول: إن شاء الله، بحيث لا يسمع

---

[1] الحطاب، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط01، 1404 هـ - 1984 م، ص217.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص346.

[3] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1581.

[4] سبق تخريجه، ص176.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص345.

[6] القرافي، الذخيرة، ج11، ص56.

[7] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص202.

القاضي أو أن يقول حلفت على نية كذا وليس على ما طلبه القاضي[1].

21. اليمين تقطع الخصـــومة إن كانت للمدعي بينة ولم يقدمها، فإن طالب بتقديمها بعد يمين المدعى عليه لم تُقبل، أما إن وجدها بعد ذلك أو تذكرها، حلفه القاضي أنه ما علم بها أو نسيها حين استحلاف خصمه، ثم يسمعها منه وهو المشهور[2]، وقال مطرف وابن الماجشون ورواية أشهب وابن عبد الحكم عن مالك بقبولها مطلقا سواء علم بوجودها أو لم يعلم بحجة أن يقول: "ظننت أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين"[3].

الفرع الثاني: إجراءات يمين القضاء ويمين الشُّبهة.

أولا: يمين القضاء.

1. إذا كانت الدعوى على ميت أو غائب غيبة بعيدة، في دَيْن أو في معناه كالنفقة وأثبت المدعي حقه توجهت إليه يمين تسمى يمين القضاء[4]، فيحلف أنه "ما قبض الدَّين منه، ولا من أحد يشبهه واستحق بذلك الدعوى"[5]، أما المدعي يأخذ حقه من وكيل الغائب إن وُجد، فإن قَدِم هذا الأخير يحق له إثبات براءته، فإن كان كذلك اســـتعاد ماله، فإن بِيع شيء منه ولم يتغير المبيع نُقِض البيع وحُق له استعادة المبيع وإلا استحق الثمن على الراجح[6].
2. تتوجه يمين القضاء في الدعوى إضافة إلى ما سبق في الإجراء الأول على "صغير أو مسكين أو مسجد استحسانا أيضا، ومنها المتوجهة في استحقاق غير العقار"[7].
3. تقوم يمين القضـاء مقام الإعذار ذلك لتعذر توجيهه لطرف المدعى عليه، فلا يكون إلا للحاضـر الصـحيح المالك أمر نفسه فخرج بذلك الغائب، الميت، السفيه، الصغير...[8].
4. لا تتوجه يمين القضاء على الطالب إلا بعد أن يُثبت حقه في الدعوى[9].
5. لا تجتمع يمين القضاء مع اليمين المتممة للنصاب لوجود الشاهد[10].

---

[1] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1080.

[2] الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص241-242.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص345.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص251.

[5] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص165.

[6] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص253.

[7] المصدر نفسه، ج01، ص248.

[8] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص199.

[9] المصدر نفسه، ص199.

[10] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ظ.

6. يجوز الصلح عن يمين القضاء من الوصي أو وكيله إن فُوض له ذلك بعد إذن القاضي[1].

7. إذا كان الدَّين لميت على ميت توجهت يمين القضاء على وارثي الطالب، أنهم لا يعلمون أن مورثهم قبضه ويحلف الكبار والزوجة دون الصغار[2].

8. اختلف في يمين القضاء على السفيه فمعظم الأندلسيين يسقطونها لأنه لو نكل عنها لم يستحق الطالب بنكوله حقا وأوجبها جماعة[3].

9. على القول بتوجه يمين القضاء على غير الرشيد يُعجل الحق وتؤخر اليمين إلى الرشد، فإذا رشد طولب بالحلف فإن حلف بقي الشيء بيده وإن نكل رد الحق إلى من أخذ منه"[4].

10. من حلف يمين القضاء لا تتوجه عليه مرة ثانية ولا يطالب بإعادتها ولو مر عليها زمن طويل[5].

11. تسقط يمين القضاء إن ثبت الحق، كإقرار من المدعى عليه بالحق للمدعي، كمن أقر أن عليه عينا أو دينا لفلان بقيمة كذا فإن الدائن يستحق ذلك المال دون يمين القضاء[6].

12. اختلفوا في توجه يمين القضاء في الرِّباع-الدور-والعقار بين قولين: وقال مالك ومعظم الأندلسيين بعدم توجهها، لأنها مما يحتاط فيه الناس بالكتابة عادة فلا يدخلها الاحتمال الذي من أجله شرعت يمين القضاء[7].

13. قال بعض متأخري المالكية: لا تتوجه يمين القضاء –الاستحقاق-على من استحق شيئا من آخر أخذه من غصبا إن أثبت ذلك[8]، لأن يمين القضاء المقصد منها إزالة أي احتمال لأحقية المحكوم عليه في المحكوم فيه أما الغاصب فإنه ظالم ليس له حق في المحكوم فيه.

14. إن نكل الطالب عن يمين القضاء/ الاستحقاق، غَرم ولا تنقلب على خصمه لأنها تُلحق بيمين التهمة لطروء الشك في صدق صاحبها[9].

---

[1] التسولي، البهجة، ج01، ص252.

[2] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص86.

[3] القرافي، الذخيرة، ج11، ص62.

[4] المصدر نفسه، ج11، ص62./ محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: غ.

[5] التوزري، توضيح الاحكام، ج01، ص145.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص334.

[7] المصدر نفسه، ج01، ص332./ عياض، التنبيهات المستنبطة، ج03، ص1663.

[8] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص333./ عليش، منح الجليل، ج07، ص138.

[9] التسولي، المصدر نفسه، ج01، ص250.

ثانيا: إجراءات يمين التُّهمة.

1. تتوجه يمين التُّهمة على المدعى عليه في الدعوى غير المحققة[1]، إن قويت التهمة، فإن نكل غَرم على المشهور وقيل يسجن أبدا حتى يحلف وقيل تنقلب على المدعي، وإن ضعفت التهمة فلا، كإتِّهام صاحب الفضل والخير بالسرقة[2].
2. يشترط لتوجه يمين التهمة أن تتقرر بلفظ يقتضيها كقوله: أشك فيك أو أتهمك، وألا تَثْبت العدواة بين المتداعيين حتى لا يقصد باليمين إضرار خصمه وإحراجه، وألا تكون للمدعي بينة، وأن يكون المدعى عليه ممن يتهم بذلك[3].
3. لا يحلف المتهم بما ضاع أو سُرق إلا بعد أن يحلف المدعي أنه قد ضاع الشيء المدعى ضياعه أو سُرق، في حال انكار المتهم أن يكون قد ضاع للمتَّهِم ذلك شيء أو سُرق، وهو ما يسمى **بقلب اليمين**، فيمين التهمة لا ترد على الطالب عند نكول صاحبها هذا هو الأصل، لكن يجوز للمتَّهَم أن يقول للطالب: "لا أحلف حتى تحلف على ما ذكرت"، لكن دون أن تنقلب على الوجه الذي توجهت به كقول المطلوب للطالب في السرقة: "احلف أني قد سرقتها وأغرمها لك"، فهذا القلب لا يصح، لكن يقلبها على غير ذلك الوجه كقوله: "احلف أنه ضاع لك ما تدعيه وأنك تتهمني به فإن فعلت فأنا أغرمها لك"، وفي دعوى رد العيب يقول: احلف أنك اتهمتني باستخدام الدَّابة بعد علمي بعيبها وأسقط عنك الرد، وهكذا[4].
4. على القاضي أن يبين للمدعى عليه ما يترتب على نكوله في دعوى التهمة قبل الحلف[5].
5. "إن نكل المتهم-المدعى عليه-عن اليمين غرم بمجرد نكوله ولا يطلب المدعي بالحلف على ما ادعى"[6]، لأن "الأصل عند المالكية النكول عن أيمان التهم يوجب الغرامة "[7]
6. "لا تعجل يمين الانكار ويمين التهمة على السفيه حتى يرشد"[8].

---

[1] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ذ.

[2] التسولي، البهجة، ج01، ص249-250.

[3] محمد جعيط، المصدر السابق، ص: ظ./ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص340.

[4] التسولي، المصدر السابق، ج01، ص249-250.

[5] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص340.

[6] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص: ظ.

[7] المازي، شرح التلقين، ج03، ص181.

[8] محمد جعيط، المصدر السابق، ص: ش.

المبحث الثاني: اليمين –يمين الإيجاب–وإجراءاتها.

إلى جانب يمين الدفع بحث المالكية صـــورا أخرى تتعلق باليمين كالنكول ويمين الطالب المبني على امتناع من توجهت عليه اليمين أول الأمر، والشاهد واليمين، في حال كان لأحد الخصوم شاهد واحد فقط، وكذا الأيمان الخاصة المتعلقة بمسائل معينة وهي القسامة واللعان، مفصلين إجراءات وأحكام كل منها ومبينين أن وسائل الإثبات هي مكملة لبعضها البعض.

المطلب الأول: النكول ويمين الطالب، واجراءاتهما.

الفرع الأول: النكول، تعريفه وحجيته.

أولا: تعريف النكول.

1. تعريف النكول لغة:

من نَكَلَ، بمعنى نكص ورجع، يقال نكل عن شيء أي رجع عنه، أو عدو قاومه، أو شهادة أراد أداءها، أو يمين وجبت عليه.

ويأتي بمعنى الجبن، يقال: نكل عن الأمر يَنْكُلُ عَنْهُ نُكُولاً: إذا جَبُنَ عنه[1].

ويأتي بمعنى الانصراف: يقال: نَكَّلَه عن الشَّيء: صرفه عنه[2].

2. تعريف النكول اصطلاحا:

النكول: "امتناع من وجبت عليه أو له يمين"[3]، ســواء كان بتصــريح كقوله: أنا ناكل، أو يقول له القاضــي: احلف، فيقول: لا أحلف، أو بســكوته ســكوتا يدل على الامتناع، أو أن يلد ويتمادى على عدم اليمين ويدخل في النكول المدعي والمدعى عليه وليس خاصا بأحدهما دون الآخر[4].

ثانيا: حجية النكول ويمين الطالب.

إن توجهت اليمين على المدعى عليه ونكل عنها هل يحكم بالدعوى للمدعي مباشرة أم لا؟

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج31، ص33.

[2] ابن منظور، لسان العرب، ج11، ص677.

[3] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص472.

[4] المصدر نفسه، ص472.

1.تحرير محل النزاع:

قالوا إن كانت الدعوى دعوى تهمة فإنه يؤخذ بنكول المدعى عليه دون رد اليمين، وقول لمالك بردها على المدعي وقول يسجن أبدا حتى يحلف[1]، أما دعوى التحقيق اختلفوا إلى:

2.الأقوال وأدلتها:

أ. يقضـــى بنكول المدعى عليه دون رد اليمين على المدعي إذا لم تكن الدعوى مشـــبهة عرفا وهو لمحمد بن الحكم[2]، بدليل قوله –صـــلى الله عليه وســـلم-: ((**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**))[3] واليمين في الحديث جاءت عامة تفيد الاســـتغراق، لذا اقتصـــرت اليمين على جهة المدعى عليه فقط دون المدعي ولا يمكن ردها على الطالب بحال، لذا يحكم بنكول المدعى عليه مباشرة.

وللحديث: ((**شاهداك أو يمينه**))[4] ذلك " أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تُحقق عليه الدعوى، قالوا: وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعي فهو خلاف للنص، لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه"[5].

ب. لا يقضـــى بالنكول بل ترد اليمين على المدعي وهو ما عليه عمل أهل المدينة وهو قول مالك وأصـــحابه[6]، وقول لمالك بردها سواء في دعوى التهمة أو في غيرها[7].

ج. لا يقضى بالنكول ولا باليمين وهو قول من رأى حبس وتأديب الخصم حتى يجيب بإقرار أو انكار، لقوله – صلى الله عليه وسلم-لأحد الصحابة في خصومته مع آخر: ((**''شاهداك أو يمينه ''فقلت له: إنه إذا يحلف ولا يبالي، فقال النبي صـلى الله عليه وسـلم: ''من حلف على يمين يسـتحق بها مالا، وهو فيها فاجر لقي الله عز وجل وهو عليه غضبان''**))[8]، فالنبي –صلى الله عليه وسلم-كلف المدعي بالبينة لإثبات دعواه والمدعى عليه باليمين

---

[1] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص252./ الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص318.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص164.

[3] سبق تخريجه، ص90.

[4] سبق تخريجه، ص185.

[5] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص252.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص162./ ابن رشد الحفيد، المصدر نفسه، ج04، ص252./ الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص318.

[7] ابن رشد الحفيد، المصدر نفسه، ج04، ص252.

[8] سبق تخريجه، ص172.

للتأكد من إنكاره ولم يتطرق إلى النكول ولا إلى رد اليمين[1].

استدل المالكية فيما عليه العمل عندهم في هذه المسألة بـ: قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَأْتُوا۟ بِٱلشَّهَٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ أَوْ يَخَافُوٓا۟ أَن تُرَدَّ أَيْمَٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَٰنِهِمْ﴾ المائدة [110].

دلت الآية الكريمة "على رد الأيمان بعد الأيمان الأولى ولا يحلف مرة ثانية بعد اليمين الأولى إلا برد اليمين وهو تحويل لليمين من موضع إلى موضع آخر يخالفه، وكذلك اليمين المردودة تحول من المدعى عليه إلى المدعي"[2]

ولا يمين بعد يمين إلا ما ذكرناه غير أن ظاهره يقتضي يمينا بعد يمين وهو خلاف الإجماع فيتعين حمله على يمين بعد رد يمين

السنة: عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم: ((**رد اليمين على طالب الحق**))[3]، فالنبي – صلى الله عليه وسلم–لم يقض بالنكول بل جعله سببا لرد اليمين على الطالب لفصل الخصومة.

وعمدتهم حديث القسامة لما رد رسول الله–صلى الله عليه وسلم– اليمين على اليهود حين نكل الأنصار عنها: ((...**فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إما أن يدوا–اليهود–صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب»، فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك، فكتبوا: إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟» فقالوا: لا، قال: «أفتحلف لكم يهود؟» قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده**...))[4]، ففي الحديث قد رد النبي –صلى الله عليه وسلم– اليمين على المدعي لما نكل المدعى عليه[5].

عمل الصحابة: أن المقداد استقرض من عثمان بن عفان –رضي الله عنه– سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: " إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر –رضي الله عنه–، فقال: إني قد أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم، فقال المقداد: إنما هي أربعة آلاف، فقال المقداد: أحلفه أنها سبعة آلاف، فقال عمر رضي الله عنه: أنصفك "، فأبى أن

---

[1] ابن عبد البر، الاستذكار، ج07، ص116.

[2] القرافي، الذخيرة، ج11، ص77./ هاني علي يحي شرف، القضاء باليمين وبعض أحكامه، ع102، ص22.

[3] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: النكول ورد اليمين، رقم: 20739، ج10، ص310.ضعفه ابن حجر العسقلاني، بلوغ المرام، رقم:1416، ص522.

[4] رواه مالك في الموطأ، كتاب القسامة، تبدئة أهل الدم في القسامة، رقم: 655، ج05، ص1290.

[5] ابن عبد البر، التمهيد، ج23، ص222.

يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك"[1] فالمقداد وهو المدعى عليه لم يحلف بل ردها على عثمان وأقره عمر على ذلك فدل على جواز رد اليمين على المدعي عند نكول المدعى عليه.

المعقول: "اليمين في الأصول تتوجه على أقوى المتداعيين سببا، وفي هذا الموضع أقواهما سببا المدعي، لأنه قوي سببه بنكول المدعى عليه، فوجب اليمين من جهته"[2].

"لأن البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه في البغي –أحد المتداعيين ظالم- ولو امتنع المدعي من إقامة البينة لم يحكم عليه بشـــيء فكذلك المدعى عليه إذا امتنع من اليمين لم يحكم عليه، لأن المدعي إذا امتنع من البينة كان للمدعى عليه إقامتها ، وكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين يكون للآخر –إقامة اليمين-"[3].

لو امتنع المدعي من إقامة البينة لم يُحكم عليه بشـــيء، بل تَوجه عبء الإثبات على المدعى عليه الذي بدوره إن امتنع عن اليمين لم يُحكم عليه بشيء، لذا مما هو مقرر في الشرع لو قعد المدعي عن البينة انتقل حق إقامتها إلى المدعى عليه، وهو كذلك مع المدعى عليه لو قعد عن اليمين انتقل حق أدائها إلى المدعي.

سبب الخلاف: هل يعد النكول إقرارا بدعوى الخصم أم لا؟

- فمن قال يُعمل بالنكول مباشرة دون يمين المدعي قال أنه إقرار.
- ومن قال يُعمل بالنكول مع يمين المدعي قال النكول يثير شـــبهة قوية على صـــدق المدعي، فوجب التحقق منها بيمين الطالب.
- ومن قال لا يُعتد بالنكول قال النكول ليس إقرارا ولا يثير شبهة ولا يشير إلى صدق المدعي.

الفرع الثاني: إجراءات النكول ويمين الطالب.

1. إذا امتنع المدعى عليه عن اليمين وهو ما يســـمى بالنكول، فلا يُقضـــى للمدعي بل ترد عليه اليمين، فإن حلف استحق الدعوى وإن أبى سقط حقه الذي يدعيه[4].
2. يثبت نكول المدعى عليه بقوله: "لا أحلف" وشَـــبَهه أو يتمادى على الامتناع فيُنَبهه القاضـــي ويبين له حكم النكول، فإن امتنع حكم بالنكول ولو تراجع المدعى عليه بعد ذلك لم يقبل منه ذلك[5]، واختلف هل له أن يتراجع

---

[1] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: النكول، ورد اليمين، ج10، ص310، صححه البيهقي.

[2] عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص967.

[3] القرافي، الذخيرة، ج11، ص77.

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص199.

[5] ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص485.

عن نكوله قبل توجه اليمين إلى المدعي؟ قولان وظاهر المدونة أن له ذلك[1].

3. إذا قال الخصم للمدعي إن حلفت على صدق دعواك سلَّمت لك، فحلف المدعي قبل منه وليس للخصم الرجوع عن ذلك وإن لم يحلف لا يعد نكولا لأن اليمين هنا ليست بواجبة[2].

4. لو كان المدعي لا شاهد له وطلب يمين المدعى عليه فنكل عن اليمين، فرجعت اليمين على المدعي فحلف وأخذ، ثم إن المدعى عليه وجد البينة على براءته من ذلك الحق فإنه يبرأ، ويرجع إلى ما أُخذ منه فيأخذه[3].

5. إن نكل المدعي عن اليمين المردودة سقط حقه إلا إن وجد بينة بعد نكوله، فله تقديمها أمام القاضي ولا يمنعه من ذلك نكوله الأول[4].

6. إن وجد المدعي شاهدا بعد يمين خصمه لم تُقبل يمينه مع شاهده لأنها أضعف من يمين المدعى عليه وقيل تُقبل[5].

7. تسقط اليمين والنكول في حال وجد المدعى عليه –الغائب...–بينة، فإن القاضي ينظر فيها ويعيد إليه الحق إن أخذه المدعي[6].

8. إن كان المدعي سفيها فنكل المدعى عليه عن اليمين فهل تُرد على السفيه أم لا؟ القولان، فمن قال بالمنع رد قوله إلى أن نكول السفيه لا يوجب شيئا، ومن قال بالجواز وصوبه القاضي عياض قالوا يحلف ويستحق حقه، فإن نكل هو الآخر فهو على حقه، متى شاء أن يحلف حَلف واستحق الدعوى، كما لو كان له شاهد ولم يحلف معه فإنه على حقه[7].

9. **حالة خاصة:** إن تساو الخصمان في الدعوى لتساوي بيناتهما و العجز عن الترجيح أو لعدم الدليل لكليهما مع عدم ترجح المدعي منهما لانعدام وجود سبب يقوي جهة أحدهما فإن اليمين تتوجه لكليهما، لأنهما صارا مدعى ومدعى عليه لأن كل واحد منهما صار مدعيا ومدعى عليه لتساويهما في الدعوى[8]، فإن نكل أحدهما عن اليمين حُكم بالمدعى به للحالف وإن نكلا تُركت القضية على حالها ولم يقسم المدعى به بينهما، ووجه هذا القول أن كلا

---

[1] الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص216.

[2] المصدر نفسه، ص214.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص346.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص346.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص345.

[6] المصدر نفسه، ج01، ص346.

[7] عياض، التنبيهات المستنبطة، ج03، ص1622./ القرافي، الذخيرة، ج11، ص62.

[8] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص200.

الطرفين أكد أحقيته بالبينة والقاعدة أن اليمين تتوجه لمن قوي سببه وهذا الأصل، لكن عند تساوي الأدلة قد تساوت أسبابهما وصار كلاهما مدعي ومدعى عليه لذا عرضت الأيمان عليهما حتى يترجح أحدهما باليمين فتقوى حجته وينكل الآخر فتضعف بينته فلما نكلا، كلاهما قد أضعف حجته فتُركا على ما كانا عليه[1]،-وسيأتي بيانه في تساوي الأدلة في الفصل الأخير-.

المطلب الثاني: الشاهد ويمين الطالب، واجراءاتهما.

الفرع الأول: مشروعية وحجية الشاهد ويمين الطالب.

أولا: مشروعية الشاهد ويمين الطالب.

تكون الشهادة كاملة ويَحكم بها القاضي بحضور شاهدي عدل، لكن قد يحدث ويُجرَّح أحدهما أو أن يكون للمدعي شاهد واحد على حقه، أو أن يشهد له امرأتان فقط، فقال علماؤنا له أن يُقيم بيمينه مقام الشاهد الثاني على تفصيل في مجال إعمالها –القول الأول فيما سيأتي-[2].

واستدلوا بـ:

السنة: إجماع أهل المدينة على نقل العمل بالشاهد واليمين عن النبي -صلى الله عليه وسلم -وعن الخلفاء بعده[3]، قال يحيى، قال مالك: "مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد، يحلف صاحب الحق مع شاهده، ويستحق حقه، فإن نكل وأبى أن يحلف، أحلف المطلوب، فإن حلف سقط عنه ذلك الحق، وإن أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه"[4].

عن ابن عباس، ((**أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد**))[5].

حديث أبي هريرة: ((**أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد الواحد**))[6].

---

[1] الشنقيطي، محمد عبد الله بن محمد، تعارض البينات في الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة-، الجمعية العلمية القضائية السعودية الرياض، ط03، 1442هـ، ص201/الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص223./ القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1565-1569.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهي، ص199.

[3] ابن العربي، المسالك، ج06، ص294.

[4] مالك، الموطأ، ج04، ص1045.

[5] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم 1712، ج03، ص1337.

[6] رواه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد، رقم:1343، ج03، ص619.قال الترمذي: حديث حسن غريب.

القياس: كما يجوز للمدعى عليه العمل بما جاز للمدعي من إثبات وهي البينة حتى يسقط دعوى خصمه، جاز للمدعي العمل بما جاز للمدعى عليه وهي اليمين حتى يثبت دعواه[1].

"أن من انتقلت إليه اليمين من خصمه فنكل عنها وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما"[2].

عمل الصحابة: إجماع أهل المدينة على نقل العمل بالشاهد واليمين عن الخلفاء الراشدين[3].

المعقول: "الأصول أن اليمين يكون في جنبة أقوى المتداعيين سببا، والمدعي قد قوَّى سببه بالشاهد فكانت اليمين في جنبته، ولأنه أحد المتداعيين فجاز أن يُثبت اليمين في جنبته كالمدعى عليه"[4].

القول الثاني: قال يحي بن يحي الليثي بعدم مشروعية الشاهد واليمين[5]، واتبعه في ذلك الكثير من قضاة الأندلس منهم قاضي الجماعة ابن بشير الأندلسي[6] الذي ثبت عنه أنه لم يحكم بها إلا مرة واحدة[7]، ويستدل لهذا الرأي بقوله تعالى: ﴿ وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ البقرة [281]، ذلك أن الآية الكريمة اقتصرت على ذكر صورتين فقط للشهادة، شهادة الرجلين، والرجل والمرأتين، الاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر[8].

ويرد عليه أن هذا المفهوم قد عورض بمنطوق حديث ابن عباس: ((أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم–قضى بيمين وشاهد))[9]، وإن تعارض المفهوم والمنطوق قدم المنطوق[10].

القول الثالث: قال ابن لبابة بالتوقف لما وجد من اختلاف بين رأي مالك ورأي الأندلسيين[11].

---

[1] عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص965.

[2] الباجي، المنتقى، ج05، ص214.

[3] ابن العربي، المسالك، ج06، ص294.

[4] عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص965.

[5] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص199.

[6] أبو عبد الله محمد بن بشير بن شراحيل المعافري، أصله من جند باجة من عرب مصر، طلب العلم عند شيوخ قرطبة، ثم رحل إلى المشرق فحج ولقي الإمام مالك وجالسه وروى عنه الموطأ، كما طلب العلم بمصر ثم انصرف إلى الأندلس، فعمل كاتبا للقاضي ثم ولاه الأمير الحكم منصب القضاء، فظل في منصبه محمود السيرة إلى وفاته سنة 198هـ. ترتيب المدارك ، ج03، ص327.

[7] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص326.

[8] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص406.

[9] سبق تخريجه، ص295.

[10] محمد رأفت عثمان، المصدر السابق، ص406.

[11] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص326.

ثانيا: حجية الشاهد ويمين الطالب.

يجوز العمل بالشـاهد واليمين، أو المرأتين واليمين قال مالك: "يجوز، لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد" [1]، في الأموال وما يؤول إليها، كالبيع والشراء، المساقاة، المضاربة، الشركة، الهبة، الخيار، الشفعة، الإجارة، جراح المال...[2]، ولا يدخل في الحدود، الأنكحة والطلاق، القتل العمد... قال مالك: "وإنما يكون ذلك في الأموال خاصـة، ولا يقع ذلك في شيء من الحدود، ولا في نكاح، ولا في طلاق، ولا في عتاقة ولا في سرقة، ولا في فرية"[3].

يجوز الشـاهد واليمين في النكاح إن كان يؤول إلى مال فلو أقامت المرأة شـاهدا على النكاح بعد موت زوجها، فإنها تحلف وترث[4]، وقال ابن الماجشون لا يثبت بالشاهد واليمين إن كانت الوصية ثلث المال[5].

قال ابن القاسم باليمين مع الشاهد في جرح العمد والخطأ، يقتص في العمد، ويأخذ الدِّية في الخطأ[6].

لذا إن كانت الدعوى في مال أو ما يؤول إليها حلف المدعي مع شاهده، فإن نكل انقلبت اليمين على المدعى عليه، فإن حلف برئ وإن نكل قضى عليه[7].

الفرع الثاني: إجراءات الشاهد ويمين الطالب.

أولا: إن كان المشهود له غير مولى عليه –المدعي–:

1. يحلف المدعي مع شـاهده ويسـتحق بذلك دعواه، فإن نكل الطالب حلف المطلوب وقُضِـي له، فإن لم يحلف المطلوب قُضِي عليه لنكوله وهو ما يسمى بالشاهد ونكول المدعى عليه[8]، قال مالك: "فإن نكل وأبى أن يحلف، أُحلف المطلوب، فإن حلف سـقط عنه ذلك الحق، وإن أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصـاحبه"[9]، قالوا لأن "النكول مع الشاهد هو أقوى من اليمين مع الشاهد لكونه من جهة المطلوب" [10]، ولم ترد اليمين على المدعي لأنه قد نكل في أول الأمر عن اليمين، فردت بذلك على المدعى عليه فلما نكل هذا الأخير سقط حقه[11].

---

[1] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص252.

[2] عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص964./ القرافي، الذخيرة، ج11، ص59.

[3] مالك، الموطأ، ج04، ص1045.

[4] خليل، التوضيح، ج07، ص554.

[5] القرافي، الذخيرة، ج11، ص59.

[6] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج10، ص141.

[7] ابن جزي، القوانين الفقهي، ص199.

[8] الباجي، المنتقى، ج05، ص209.

[9] مالك، الموطأ، ج04، ص1045.

[10] القرافي، الذخيرة، ج11، ص56.

[11] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص163.

2. إذا لم يحلف المدعي مع شـاهده ورد اليمين على المدعى عليه، ثم تراجع وأراد أن يحلف مع شـاهده قبل أن يحلف المدعى عليه، لم يكن له ذلك، ويحلف المدعى عليه ويَبْرأ، لأنه قد حصـل النكول منه فلم يكن له أن يحلف بعده، وبنكوله نقل اليمين إلى جنبة المدعى عليه وأنشأ له حقا في اليمين ليس له أن ينقله عنه بغير رضاه، وهو كذلك في نكول المدعى عليه على السواء[1].

3. ولو ادعى المدعي وجود شـاهد ثان بعد نكوله –المدعي– ويمين المطلوب، لم يُنظر له فيه ولم يضـم هذا الثاني إلى الأول، لأن شهادة الأول قد بَطُلت بنكول الطالب ويمين المطلوب، إلا إن حلف أن لا علم سابق له به[2]، وهنا هل للطالب أن يحلف مع هذا الثاني، وهل يحلف المطلوب مرة ثانية؟

خلاف في المذهب[3]:

أ. إن أتى بشاهد ثان استؤنف له الحكم وهو قول ابن القاسم في الموازية، واختلف إن نكل هل يحلف المطلوب ثانية؟

ب. إن أتى بشاهدين قضى له بهما، وإن أتى بشاهد أضيف إلى الأول، وأخذ حقه بلا يمين، وهو رواية ابن الماجشون عن مالك، وانتقد ابن كنانة هذه الرواية وقال: وهو وهم، وقد كان –مالك– يقول: لا يضم إلى الأول.

ج. أن نكوله أولا قطع لحقه، فلا يكون له شـيء، وإن أتى بشـاهدين غير الأول، وهو قول ابن القاسـم وابن كنانة في المبسوط.

د. إن جاء بشاهدين غير الأول قضى له بهما، وإن أتى بشاهد واحد لم يقض له بيمينه شيء، لأنها أضعف من يمين المدعى عليه إلا بوجود شاهدين، لأن يمين الدفع عندهم أقوى من الشاهد واليمين وقيل تقبل حكاه ابن رشد.

4. حالة خاصـة: في حال توجه يمين الدفع على المدعى عليه ولم يكن للمدعي شـاهد، قال بعض أصـحاب مالك إن وجد المدعي شاهدا بعد يمين–الدفع–خصمه لم تُقبل يمينه مع شاهده، لأنها أضعف من يمين المدعى عليه إلا بوجود شاهدين، لأن يمين الدفع عندهم أقوى من الشاهد واليمين وقيل تُقبل[4].

ثانيا: إن كان المشهود له – المدعي– مُوَلى عليه، فيه تفصيل:

1.إن كان المولى عليه صغيرا وانفرد بالحق:

أ. قُبل شاهده واسْتُحْلف المشهود عليه على المشهور، لأن الصبي ليس من أهل اليمين فتنتقل على المطلوب فإن نكل

---

[1] القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص967.

[2] القرافي، الذخيرة، ج11، ص 62.

[3] خليل، التوضيح، ج07، ص556-557./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص345.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1ج01، ص 345.

المطلوب أُخذ منه الحق، فإن بلغ الصبي حلف ومضى، فإن نكل هو الآخر رَدَّ الحق للمطلوب[1].

ب. فإن حلف المطلوب أبقى الحق عنده سواء كان ثابتا في الذمة أم معَيَّنا، إلى أن يبلغ الصبي فيحَلف على ما شَهد له به الشـاهد على البتِّ وعلى العلم بما يشـهد، وإلا لم يجز له ذلك وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه[2]، فإن كان المدعى عليه غائبا زاد في يمينه أن حقه عليه باق وما عنده به رهن ولا وثيقة، فيسـتحق الدعوى بتحصـيل ما في الذمة أو تحصيل المعيَّن إن كان باقيا، فإن فات فقيمته يوم الحكم للصبي إن كان سبب الفوات من الذي هو في يده أو من أجنبي، فإن كان بسبب جائحة فلا شيء عليه إلا أن يكون غاصبا أو متعديا[3].

ج. فإن نكل الصـبي بعد البلوغ فالمشـهور عدم رد اليمين على المطلوب، لأن يمينه-المطلوب-قد سـبقت ولأنها يمين استحقاق-القضاء-وهي يمين لا يُقبل فيها التكرار، ولذلك رُجِّحت يمين الصبي بعد الرشد على يمين المطلوب لأن يمين المدعي مع شاهده أقوى من يمين القضاء -الاستحقاق-لأن الأولى ثابتة بالسنة والثانية بالاستحسان[4]، وقول أنه لابد للمطلوب أن يحلف يمينا ثانية بعد نكول الطالب، لأن الأصـل في يمين المطلوب أنها تتوقف على نكول المدعي مع شـاهده لما كانت يمين الصـبي غير معتبره، فلما نكل بعد البلوغ كان نكوله معتبرا وترتب عليه يمين المطلوب حتى يبرئ، فإن نكل هو كذلك قضى عليه القاضي بنكوله[5].

ووجاهة القول المشـهور تتمثل في أنه يُرجى نكول المطلوب حتى يثبت الحق للصـبي والسـفيه، ونكوله أولا هو نقل لليمين إلى جهة الصـبي، وهو بمنزلة أن تجب اليمين على المدعى عليه فينكل فترد اليمين على المدعي فإن نكل قضـى للمدعى عليه بالحق.

ولو قالوا بوجوب اليمين على الصبي أولا لعُلِّقت حتى البلوغ، فلو نكل بعد البلوغ ثبت الحق للمدعى عليه حينها وقد أخر عليه استحقاق الدعوى إلى زوال مانع الصغر والسفه وفيه غبن له[6].

قول على ما فهمه الباجي من قول مالك في الموازية أن يوقف للصـغير حقه حتى يحتلم ثم يحلف، لأن الصـغير ليس من أهل اليمين لصغره وهذا مانع يرجى زواله كالمغمى عليه، وقال به سحنون إن كانت الدعوى في ميراث[7].

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج11، ص65.

[2] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص82.

[3] المصدر نفسه، ج08، ص80./ الباجي، المنتقى، ج05، ص210.

[4] الباجي، المنتقى، ج05، ص209.

[5] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص81.

[6] الباجي، المصدر السابق، ج05، ص210.

[7] المصدر نفسه،ج08، ص79./ خليل، التوضيح، ج07، ص558.

2.إن كان المولى عليه كبيرا: قالوا السـفيه يحلف مع شـاهده، "لأن له وازعا دينيا ولأنه جالب بيمينه لا دافع مالا والسفه إنما يقدح في الدفع"[1]، ذلك:"أن السفيه كالرشيد لا كالصبي على المشهور"[2]، فإن نكل حلف المطلوب وبرئ، وإن نكل المطلوب هو الآخر غرم ولا تعود اليمين على السفيه الناكل إذا رَشُد، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم، لأنه ممن يلزمه الحدود والطلاق فكان له أن يحلف، ويستحق كالرشيد[3].

وروى ابن حبيب عن مطرف بتحليف المطلوب وتأخير يمين السفيه حتى يرشد، لأن نكوله هنا لا يوجب شيئا، وله نفس حكم القول المشهور -السابق ذكره-في الصبي حتى يبلغ[4]، على اعتبار السفيه كالصبي لا كالرشيد، فإن أبى أن يحلف لم يكن له على المطلوب يمين، وهي رواية ابن حبيب عن مطرف، وهو الصحيح على قول الرجراجي[5].

وقيل بأن اليمين ترد على المطلوب[6]، ووجه هذا القول "من لم يحلف في دفع حق عن نفسه، فإنه لا يحلف في استحقاقه كالصغير"[7].

ثالثا: إن كان المشهود له – المدعي– غير معيَّن:

1. غير معين ولا يحاط بعددهم: كأن يشهد بوقف لمساكين، في سبيل الله...فلا يحلف المدعي مع شاهده ولا يستحق بها حقا، لأنه لم يتعين مستحق لهذا الحق حتى يحلف مع الشاهد لأنه كل من يحلف مع شاهده يجوز له الخروج عن هذا الحق، ولا يحلف في الحقوق إلا من يستحق بيمينه القبض والملك ويطلب منه الحق إن نكل قاله ابن القاسم وأشهب[8].

2. غير معين لكن يحاط بهم: كقول الشاهد: حبَّست هذه الأرض على أولاد زيد، قال ابن المواز ونسبه إلى أصحاب المذهب ألا تصح اليمين مع الشاهد هنا، وروى ابن الماجشون عن مالك إذا حلف الرجل منهم نُفِّذت الصدقة لهم ولغيرهم[9].

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج11، ص62.

[2] خليل، التوضيح، ج07، ص555.

[3] الباجي، المنتقى، ج05، ص210.

[4] المصدر نفسه،ج05، ص210.

[5] أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي، الإمام الفقيه الحافظ، لقي بالمشرق الجزولي، وأخذ عنه كثير من أهل المشرق، وهو صاحب منهاج التحصيل في شرح المدونة، لخص فيه ما وقع للأئمة من التأويلات، توفي سنة 633هـ، التنبكتي، أبو العباس أحمد بابا بن أحمد ، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس – ليبيا-، ط02، 2000م، ص316.

[6] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص82.

[7] المصدر نفسه، ج08، ص83.

[8] المصدر نفسه، ج08، ص83.

[9] الباجي، المصدر السابق، ج05، ص211.

رابعا: إذا كانت الدعوى فيما لا تدخله اليمين مع الشاهد هل يعمل بالنكول ويمين المدعي؟

فيه نظر:

1. إن كان الحكم في حق غير مالي أو ما يؤول إليه كالطلاق...فالمشهور وهو لابن القاسم وابن الماجشون ألا تقبل اليمين مع الشاهد، بل عليه استحلاف المطلوب فإن حلف استحق الدعوى.

وإن نكل لزمه الحق بعد يمين الطالب وقيل دون يمين -على الخلاف السابق ذكره-، وانتقد هذا القول لأنه يمنع الشاهد واليمين، ويقبل بالنكول واليمين، وهو أضعف على أصل المذهب[1].

2. إن كانت الدعوى في النكاح لم يحلف المدعى عليه وكان الشاهد كالعدم[2]، لأن الغالب في النكاح الشهرة فشهادة الواحد فيه ريبة، لذا لا تطلب اليمين من المدعى عليه لرد شهادة الشاهد -كما سبق ذكره- أن اليمين لا تتوجه على المدعى عليه في الدعوى التي لا تثبت إلا بعدلين إلا بشبهة كشاهد واحد يستثنى هنا دعوى النكاح[3].

المطلب الثالث: أيمان القسامة واللعان.

الفرع الأول: القسامة وإجراءاتها.

أولا: القسامة.

1. يمين القسامة: تكون في حالة ما وجد قتيل لا يعلم قاتله فيدعي أولياؤه الدم على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم ويكون معهم لوث يقوي دعواهم، ويَثْبت بالقسامة القود العمد والدِّية في الخطأ، ولا يقتل بالقسامة إلا واحد[4]، لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**تسمون قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يمينا فيسلم إليكم**))[5].
2. ما تجب به القسامة: قتل الحر المسلم في محل اللوث، فلا قسامة في العبد، الذمي، ولا عند غياب اللوث[6].
3. لا تثبت القسامة للمجني عليه إلا لمن له ورثة من نسب أو ولاء[7].
4. أولياء الدَّم: هم عصبة المجني عليه من الذكور وترتيبهم كترتيب ولاية النكاح، الأبناء، الأب، الإخوة، أبناء الإخوة،

---

[1] خليل، التوضيح، ج07، ص555.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص199.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص152.

[4] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1342.

[5] رواه أحمد في مسنده، مسند المدنيين، رقم 6096، ج26، ص20.قال الأرنؤوط: حديث صحيح.

[6] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج10، ص.140

[7] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1136.

الجد لأب، الأعمام ويقدم الشقيق ممن ذكر على من هو من جهة الأب ويستثنى الأخ لأم، الجد لأم، الخال، الزوج لأنهم ليسوا من العصبة[1]، ولا دخل للنساء معهم في العفو لأن ولاية الدم مستحقة بالنصرة وهم لسن من أهلها، إلا إذا لم يكن معهن عاصب ذكر مساو لهن أو أقرب منهن للميت[2]وهذا في القتل العمد، أما في القتل الخطأ فولاة الدم هم كل ورثته من الرجال والنساء، لأنها مبنية على استحقاق الميراث من الدية الثابتة بالقسامة فيدخل فيها ورثته كلهم[3].

5. صفة القسامة: أول ما يجب على القاضي التحقق من وجود اللَّوث وهو "أمارة تجعل مدعي القتل يغلب على الظن صدقه"[4]،كقول المجني عليه في العمد "دمي عند فلان" قبل وفاته، ولو اتهم أصلح أهل زمانه –على أن يشهد على اقراره عدلان، شاهد مع يمين ولاة الدم[5]– على أن يكون المجني عليه مسلما بالغا حرا سواء كان عدلا أو فاسقا ذكرا أو أنثى[6]، لقصة قتيل بني إسرائيل ولأن" المعروف من طبع الناس عند حضور الموت الإنابة والتوبة والندم على ما سلف من العمل السيئ، لقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلْمَوْتُ قَالَ إِنِّى تُبْتُ ٱلْـَٰٔنَ ﴾ النساء [18] "[7]، أما في الخطأ لابد من شاهدين على إقرار الضحية، لأن "قوله في الخطأ جار مجرى الشهادة لأنه شاهد على العاقلة والشاهد لا يَنقل عنه إلا اثنان، بخلاف العمد، فإن المنقول عنه إنما طلب حقا لنفسه وهو القصاص"[8].

أو يأتي أهل القتيل بقرينة كإيجاد المقتول في أرض المتهم وكانت بينهما خصومة، أو وجود شاهد عدل على جريمة القتل أو إيجاد القاتل عند جثة الضحية وبيده آلة القتل، ...أما شهادة النفر غير العدول كالصبيان أو شهادة النساء في القسامة **فيها خلاف:** روى ابن وهب أن شهادة النساء لوث، وذكر محمد عن ابن القاسم أن شهادة المرأتين لوث دون شهادة المرأة الواحدة، أما شهادة النفر غير العدول على القتل –على قول–أنه لوث لأن الغالب من حال الجماعة التي ظاهرها الإسلام والحرية أنهم لا يشهدون الزور في الدم.

وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن من اللَّوث اللَّفيف من السواد، والنساء والصبيان يحضرون ذلك،

---

[1] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج4، ص493-563، 565.

[2] المصدر نفسه، ج4، ص496.

[3] عبد الوهاب، المعونة، ص1344.

[4] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1131.

[5] عليش، منح الجليل، ج09، ص170./الغرياني، مدونة الفقه المالكي،ج04، ص 565.

[6] عبد الوهاب، المعونة، ص1342.

[7] الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج04، ص333.

[8] عليش، منح الجليل، ج09، ص170.

وقول شهادة النساء وشهادة غير العدول ليست لوث...[1].

تكون شهادة العدل الواحد على إقرار المقتول أن فلانا جرحه أو ضربه عمدا لوثا بعد حلف الولاة يمينا واحدة، ويستحقون القوَد، ويَفْترق هذا المثال عن الذي قبله بأنه لا يُكتفى في هذا بشاهد واحد على إقرار المقتول بجرحه من قبل فلان خطأ، ولا بد من شاهدين في الخطأ، لأن قوله في الخطأ جار مجرى الشهادة كما سبق، لأنه شاهد للعاقلة والشاهد لا ينقل عنه إلا اثنان، بخلاف العمد فإن المنقول عنه إنما طلب حقا لنفسه وهو القصاص.

ثانيا: إجراءات القسامة إن كانت في القتل العمد.

1. يبدأ القاضي بتحليف ولاة الدم العصبة ثم الموالي[2]،يحلفون خمسين يمينا متوالية على البت في وقت واحد "أقسم بالله الذي لا إله إلا هو لَمِن ضربه مات، لقد قتله..."[3]، لحديث محيصة وحويصة:((...**فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن :أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟...**))[4].

وللحديث: ((**البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة**))[5]، فاستثنى النبي–صلى الله عليه وسلم– اليمين وجعلها في جنب المدعي.

عمل أهل المدينة واتفاقهم على توجه اليمين على ولاة الدم قبل ولاة المتهم[6].

أما إن اتهمت جماعة بالقتل، فهل يُقْسم على واحد أو على جماعة؟ ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يُقسم إلا على واحد، لأن القصاص لا يكون إلا على أحدهم، فلا معنى ليمين القسامة على من لا يُقتل.

وقال أشهب: إن شاؤوا أقسموا على واحد، أو على اثنين، أو على جميعهم، ولا يقتلون إلا واحدا لأن اليمين تكون على قدر الدعوى، ولا يجوز أن تكون في بعضها، فإذا وجب القصاص بها كان لهم تعيين من يقتص منه، لأن القسامة قد تناولته، فيقول الحالف: أقسم بالله الذي لا إله إلا هو لَمِن ضربهم مات...[7].

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج04، ص309./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1131./ عبد الوهاب، المعونة،ص1348./ ابن العربي، المسالك، ج07، ص15.

[2] عليش، منح الجليل، ج09، ص182.

[3] النفراوي، الفواكه الدواني، ج02، ص1/ 79./الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص293.

[4] سبق تخريجه، ص306.

[5] رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب الديات، باب القسامة، رقم 3103، ج03، ص257. قال ابن حجر: حديث غريب، موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر، ج02، ص328.

[6] النفراوي، الفواكه الدواني، ج02، ص179.

[7] ابن العربي، المسالك، ج07، ص14.

2. وهنا أمران يجب التنبيه عليهما:

أحدهما: كيف يحلف ولاة الدم على أمر نعلم أنهم لا يعلمونه؟، بل ويبني القاضـــي حكمه على أيمانهم ونعلم أن أصحابها كانوا غائبين عن حادثة القتل؟

قال محققو المذهب أن اليمين لا تقف على علم قطعي بل تقف على الأمارة، بخلاف أصـل الشـهادة فإنها موقوفة على العلم، لذا يكفي في اليمين الأمارة وقرائن الحال لتحصيل الظن، ولذلك قال النبي –صلى الله عليه وسلم–في نازلة خيبر، وقد علم مغيب حويصة ومحيصة وعبد الرحمن عنها وعدم علمهم بها ((**أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟**))[1].

ثانيهما: الأصـل في اليمين أن تتوجه على المدعى عليه لكن حكم النبي –صـلى الله عليه وسـلم–باليمين لولي الدم وهو المدعي فما الفرق بين القسامة ويمين الحقوق؟

قال مالك: "أن الرجل إذا داين الرجل اســتثبت عليه في حق، وأن الرجل إذا أراد قتل الرجل لم يقتله في جماعة من الناس، وإنما يلتمس الخلوة، قال :فلو لم تكن القســـامة إلا فيما تثبت فيه البينة، ولو عمل فيها كما يعمل في الحقوق، هلكت الدماء، واجترأ الناس عليها إذا عرفوا القضاء فيها، ولكن إنما جعلت القسامة إلى ولاة المقتول يبدؤون بها ليكف الناس عن الدم، وليحذر القاتل أن يؤخذ في مثل ذلك بقول المقتول"[2].

ويعضـــد كلام الإمام مالك المعقول: ذلك أنه كانت بين الأنصـــار واليهود عداوة لذا بدأ النبي –صـــلى الله عليه وسـلم–بأيمان ولاة الدم وجعل العداوة سـببا تُقوَّى به دعواهم لأنه لطخ، ومن سـنته أن من قوي سـببه في دعواه وجبت تبدئته باليمين فلما كان المدعى عليه أقوى سببا توجهت له اليمين في دعاوى الحقوق، وهو كذلك في القسـامة قد قوي سبب دعوى ولاة الدم فتوجهت اليمين إليهم[3].

فإن كانوا خمسـين رجلا كلف كل واحد منهم يمينا يحلفون بالله الذي لا إله إلا هو أن فلانا قتله أو مات من ضـربه إن كان عاش ، وإن كانوا أقل من ذلك فلا يجزئ في اليمين إلا الرجلان فأكثر، لقوله –صـــلى الله عليه وســـلم–: ((**أتحلفون وتسـتحقون دم صـاحبكم**))[4] فقد عرض النبي –صـلى الله عليه وسـلم– الأيمان على جماعة وأقل الجماعة اثنان فيكتفى بحلفهما، لأن أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث إقامة البينة فلما لم يكف في البينة شـــهادة واحدة فكذلك

[1] رواه مالك في الموطأ، كتاب القسامة، تبدئة أهل الدم في القسامة، رقم: 655، ج05، ص1291.

[2] مالك، الموطأ، ج05، ص1295.

[3] ابن عبد البر، التمهيد، ج23، ص205.

[4] سبق تخريجه، ص303.

الحال في الأيمان، فيكررون الأيمان متوالية حتى يبلغوا الخمسين[1]، فإن وجد رجل وصبي حلف الرجل خمسة وعشرين يمينا في حضور الصبي ولا ينتظر إلى بلوغ الصبي مخافة وفاة الكبير، فإذا بلغ الصبي حلف نصيبه الباقي واقتص من الجاني مالم يعف عنه[2].

3. إن تمت الأيمان استحقوا الدم ولهم أن يعفوا بعد ذلك إلى الدية.

4. متعلقات العفو عن القصاص:

أ. لا يحق للنساء الوارثات عدا الأخت لأم، الزوجة طلب القصاص أو العفو إذا لم يكن معهن عاصب ذكر مساو لهن أو أقرب منهن للميت[3].

ب. الأصل عند مالك في القصاص العقوبة وليس العفو لأن ثبوت الدم يلزم منه القصاص لا العفو لقوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾ البقرة [178]، ولم يقل رب العزة كتب عليكم العفو، وثمرته لو اختلفت العصبة والنساء في العفو بعد يمين القسامة قدم قول القائل بالقود منهما، وهو المترجم في قولهم: "من أراد القود أولى ممن تركه"[4]، وفي قولهم: "من أخذ بالقود أحق ممن ترك من النساء والعصبة إذا ثبت الدم ووجب القتل"[5].

ج. إن عفا أحد ولاة الدم ممن له العفو قبل اليمين بطل الدم، فلا قصاص ولا دية لأن الحق لا يثبت إلا بالقسامة وهم لم يحلفوا، فإن عفا بعد اليمين سقط القصاص دون الدية لأن المال يتجزأ بخلاف الدم[6].

د. إن رجع أحد ولاة الدم ممن له العفو عن يمينه وبرئ المتهم بطل الدم، فلا قصاص ولا دية وترد إن أخذت[7].

هـ. إن رجع أحد ولاة الدم عن يمينه بعد القصاص فله حكم الراجع عن شهادته، فتجب عليه الدية[8].

و. عفو المجني عليه عمدا عن الجاني: له العفو عن دمه وعن كل ماله على الجاني، لقوله تعالى: ﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج04، ص308./النفراوي، الفواكه الدواني، ج02، ص179./ القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1345.

[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص561.

[3] المصدر نفسه، ج04، ص496.

[4] ابن العربي، المسالك، ج07، ص17.

[5] الحطاب، مواهب الجليل، ج04، ص310.

[6] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص564.

[7] المصدر نفسه، ج04، ص564.

[8] المصدر نفسه، ج04، ص564.

فَهُوَ كَفَّارَةٌ ﴾ المائدة [47] ، وعن الحسن: "إن كان عمدا فهو جائز وليس في الثلث"[1].

ز. إن ادعى الجاني عفو الولي عنه، توجهت اليمين على الولي، فإن حلف قتل الجاني قصاصا، فإن نكل ردت اليمين على الجاني مدعي العفو فإن حلف برئ وإن نكل اقتص منه[2].

5. متعلقات نكول ولاة الدم[3]:

أ. إن نكل أحد ولاة الدم ممن ليس له العفو وهم العصبة الأبعد مع وجود الأقرب، لم يسقط القصاص وردت اليمين على غيره.

ب. إن نكل أحد ولاة الدم ممن له العفو وهم العصبة الأقرب مع من يساويه في الدرجة، سقط القصاص وردت اليمين على المدعى عليه.

ج. إن لم يكن للمجني عليه رجال وله نساء أو له عاصب واحد فقط، تحولت اليمين على المدعى عليه.

د. إن نكل ولاة الدم عن اليمين ردت على المدعى عليه، فإن حلف برئ.

6. حالات القسامة وردها على جهة المدعى عليه فينظر:

أ. إن كان المدعى عليه معينا يحلف خمسين ((**فتبرئكم يهود بخمسين يمينا**))[4]، ويُضرب مائة ويُحبس سنة لأن العقوبة ثبتت باللوث وفي الحديث: ((**أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم، برجل قتل فجلده رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة، ونفاه سنة، ومحاسهمه من المسلمين، ولم يقده به**))[5]، وإن نكل سُجن أبدا حتى يحلف أو يموت وقال القاضي عبد الوهاب إن طال سجنه أخلي سبيله، ورواية إن لم يحلف تلزمه الدية في ماله[6]،

قال ابن الماجشون: "إنما السجن استبراء وكشف عن أمره ويضرب أدبا "[7].

ب. إن كان المدعى عليه غير معين لكن اللوث موجه لجهة معينة كقبيلة، قرية، حي... وكان أهل تلك المنطقة لا

---

[1] ابن عبد البر، الاستذكار، ج08، ص58.

[2] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص265.

[3] مالك، الموطأ، ج05، ص1295./ الحطاب، مواهب الجليل، ج04، ص309./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1135.

[4] رواه مالك في الموطأ، كتاب القسامة، باب تبدئة أهل الدم في القسامة، رقم:656، ج05، ص1293.

[5] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الجراح، باب ما روي فيمن قتل عبده أو مثل به، رقم: 15954، ج08، ص66.ضعفه البيهقي.

[6] عليش، منح الجليل، ج09، ص157./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1137./ابن العربي، المسالك، ج07، ص16.

[7] عليش، منح الجليل، ج09، ص159.

يخالطهم غيرهم كالقرية المعزولة كان مقتله عندهم لوثا يستحق أولياؤه الدية بالقسامة[1].

ج. إن كان المدعى عليه جماعة بعينهم لم يقتل منهم بالقسامة إلا واحد، فإن تحقق منهم القاتل قتل قصاصا وعوقب البقية بـ100 سوط وحبس عام، لأن العقوبة ثبتت باللوث، فإن لم يتحققوا القاتل منهم، حلف كل واحد من المتهمين خمسون يمينا على نفسه بالبراءة، وتلزمهم الدية في أموالهم لأن القتل كان عمدا[2]، قال أشهب :"لهم أن يقسموا على الجماعة، ثم يقتلوا واحدا منهم يختارونه، ثم يضرب كل واحد ممن بقي مائه سوط ويحبس سنة "[3].

د. فإن نكل ولاة الدم عن هذه الجماعة، حلف كل واحد من المتهمين خمسين يمينا على نفسه بالبراءة، فمن نكل منهم سجن أبدا حتى يحلف لأنه لو تحقق من براءته لحلف[4].

هـ. إذا اقتتلت جماعتان أو قبيلتان فوُجد بينهما قتيل ففي المذهب روايتان: إحداهما إن وجود القتيل بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله ويقتلونه، والرواية الثانية أنه لا قسامة فيه، بل تثبت الدية على القبيلة أو الجماعة الأخرى، وإن كان القتيل ليس منهما بل من قبيلة أخرى مثلا وقتل بسبب صراعهما ثبتت الدية على كلى القبيلتين أو الجماعتين[5].

ثالثا: إجراءات القسامة إن كانت في القتل الخطأ.

1. يحلف كل وارث في القتل الخطأ أيمانه مجتمعة ثم يحلف الذي بعده وهكذا على قدر نصابه، بخلاف العمد لا يحلف أيمانه مجتمعة بل يحلف هذا يمين ثم يحلف الآخر يمين وهكذا فتقسم اليمين بحسب الرؤوس، فإن نكل ممن له العفو سقطت أيمان من سبقه وتم العفو، بخلاف الخطأ فإن الناكل يُسقط نصيبه من الميراث دون البقية[6].
2. يحلف الحاضرون من الورثة جميع الأيمان حتى يستحقوا أنصبتهم، لأن العاقلة لا يلزمها شيء من الدية إلا بعد ثبوت الدم، وهو لا يثبت إلا بعد حلف جميعها، حتى لو كان هناك غائب أو صـــبي من الورثة فإنهم يحلفون كل الأيمان خمسون يمينا ويستحقون أنصبتهم لضابط: "أن الشخص لا يحلف ليستحق غيره"[7]، أما الغائب والصبي فإنه يُنتظر

---

[1] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص571.

[2] المصدر نفسه، ج04، ص472./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1135.

[3] ابن شاس، المصدر نفسه، ج03، ص1135.

[4] الغرياني، المصدر السابق، ج04، ص564.

[5] عبد الوهاب، المعونة، ص1344.

[6] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص562.

[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص294.

حضوره أو بلوغه فيحلف أيمانه ويستحق نصابه[1].

3. لا يحمل الورثة ولا ينوبون عن بعضهم شيئا في أيمان الخطأ لأنه مال، ولا يحمل أحد فيه اليمين عن غيره كالديون، إلا إن كان في الأيمان كسر، فتقسم اليمين على أكثرهم حقا فيها، مثاله: لو كان على أحدهم نصفها، وعلى الآخر ثلثها، وعلى الآخر سدسها، أجبرت بقية الأيمان على صاحب النصف[2].
4. تصح اليمين في القسامة من النساء في القتل الخطأ لأنها تؤول إلى المال وهي الدية.
5. يحلف ولاة الدم خمسين يمينا تكون على قدر ميراثهم من الدية، ولو لم يكن له ورثة إلا النساء صحت منهن اليمين فيحلفن ويأخذن الدية.
6. إن لم يكن له وارث إلا رجل أو امرأة حَلفت خمسين يمينا وأخذت نصيبها من الدية وسقط الباقي عن الجاني، ولا يتحول المال إلى بيت المال لأن بيت المال يرث من لا وارث له، لأن متولي بيت المال لو حَلَف إنما يحلف ليحوز لغيره وهو بيت المال والضابط "أن الشخص لا يحلف ليستحق غيره"[3].
7. متعلقات العفو عن الدية.

أ. عفو المجني عليه في القتل الخطأ: إن عفا المجني عليه في الخطأ عن الجاني قبل موته، قبل منه ذلك ونفذ في ثلث الدية لو لم يترك شيئا، لأنه تبرع في مرض الموت فأخذ حكم الوصية، ولو ترك شيئا أسقطت الدية من ثلث التركة بحسب الحال، مثاله: لو ترك لورثته 2000 و قيمة الدِّية 1000 صارت تركته 3000، فيتم إسقاط الدية من ثلث التركة وفي مثالنا هذا قيمة ثلث التركة هي 1000 لذا الدية يسعها الثلث فإنها تَسقط عن الجاني، وفي مثال آخر: إن ترك لورثته 500 و كانت قيمة الدية 1000، فصارت تركته بقيمة 1500، وبالتالي يَسقط عن الجاني الثلث أي 500 وبالتالي تبقى على الجاني الـ500 الأخرى وهكذا[4].

ب. عفو المجني عليه في الجرح: له العفو والمصالحة عن جرحه عمدا وخطأ، فإن مات فأولياؤه بالخيار بين إمضاء عفوه أو الصلح ولهم القسامة لأن المجني عليه عفا أو صالح عن جرحه لا عن نفسه[5].

8. متعلقات نكول ولاة الدم.

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص294./ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص561.
[2] ابن العربي، المسالك، ج07، ص20.
[3] الدسوقي، المصدر السابق، ج04، ص294.
[4] المصدر نفسه، ج04، ص499-500.
[5] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص501.

أ. من نكل من ولاة الدم عن اليمين لم يستحق الميراث، ولو رجع عن يمينه بعد الحلف وبرئ المتهم فغيره يستحق نصيب هذا الناكل من الدية بعد أن يحلفوا مقدار ما ينوبه من الأيمان أي مقدار أيمان الراجع عن اليمين[1].

ب. إن نكل كل ولاة الدم عن القسامة في الخطأ أو نكل بعضهم وحلف البعض، ردت الأيمان على عاقلة المتهم يحلفون أنه لم يقتل الضحية، فإن حلفوا جميعا سقطت الدية، فإن نكل بعضهم دُفع ما لزمه من الدية لأولياء المقتول إن نكلوا جميعا، أو لمن حلف منهم فقط في الصورة الثانية ولم يلزمهم نصيب من نكل[2].

ج. إن وجبت اليمين على جهة الجاني في القتل الخطأ، فإنها تتوجه على عاقلة الجاني فإن لم تكن له عاقلة وجبت عليه وحده.

د. تجب الدية إن لم يكن للقاتل الخطأ مال ولا عصبة ولا ولاء من بيت المال، لأن قتل الخطأ مبني على المواساة والتحمل على القاتل[3].

هـ. إن كان المتهم في القتل الخطأ جماعة من الناس، حلف الأولياء على جميعهم واستحقوا الدية وتقسم على عواقل هذه الجماعة[4].

رابعا: اختلاف ولاة الدم هل هي في القتل العمد أم الخطأ.

1. إن أقر القتيل أن فلانا قتله خطأ فاتفق ولاة الدم وقالوا أن القاتل قتله عمدا، أو العكس بطل حقهم فلا قسامة ولا قصاص ولا دية ولو رجعوا إلى قول الميت، لأنهم يُكَذِّبون أنفسهم بذلك[5].

2. إن أقر القتيل أن فلانا قتله دون تبيين هل هو خطأ أم عمد، فيُنظر[6]:

أ. إن كان المختلفون من نفس الدرجة كالبنين أو الإخوة الذكور فقط[7]:

- إن اتفقوا قُبل منهم واستحقوا القسامة.
- إن اختلفوا فقال بعضهم :عمدا، وقال بعضهم :خطأ، ثبت حكم الخطأ.
- لو قال أحدهم :قتله عمدا وقال غيرهم: لا علم لنا، بمن قتله، أو نكلوا على اليمين، سقط حقهم من القسامة

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج04، ص311. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1135./ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص565.

[2] الغرياني، المصدر نفسه، ج04، ص565./ عليش، منح الجليل، ج09، ص181.

[3] الحطاب، المصدر السابق، ج06، ص415./ ابن العربي، المسالك، ج07، ص21.

[4] الغرياني، المصدر السابق، ج04، ص562.

[5] عليش، المصدر السابق، ج09، ص165./ ابن شاس، المصدر السابق، ص1135.

[6] عليش، المصدر نفسه، ج09، ص165.

[7] المصدر نفسه، ج09، ص164./ابن شاس، المصدر السابق، ج03، ص1135./ ابن العربي، المصدر السابق، ج07، ص13.

وردت على المدعى عليه، وقال ابن عبد الحكم: إذا اختلفا سقطت دعواهم.

- لو قال بعضـــهم: قتله خطأ، وقال بعضـــهم :لا علم لنا، بمن قتله، أو نكَلوا عن اليمين، حلف مدَّعُو الخطأ، واستحقوا أنصبتهم من الدِّية، ولا شيء للآخرين.

ب. إن كان المختلفون من نفس الدرجة كالبنين مع البنات أو الإخوة مع الأخوات: ان اختلفوا في العمد والخطأ فالقول للعصبة الذكور.

ج. إن كان المختلفون ليســوا من نفس الدرجة بين العصــبة الأقارب مع الأباعد: كاختلاف الإخوة مع الأعمام فالقول للإخوة.

د. إن كان المختلفون ليسوا من نفس الدرجة، كالبنت والعصبة الأباعد كالأعمام:

"فإن ادعى العصــبة العمد والبنت الخطأ فهَدْر لا قســامة ولا قود ولا دية لأنه إن كان عمدا فذلك للعصــبة، ولم يثبت الميت لهم ذلك، وإن كان خطأ فالدية، ولم يثبت أنه خطأ ويحلف المدعى عليه خمسين يمينا ما قتله عمدا ويحرز دمه.

وإن ادعى العصــبة الخطأ والبنت العمد يحلف العصــبة ويأخذون نصــيبهم من الدية، ولا يعتبر قول البنت لأنه لا يَحلف في العمد أقل من رجلين عصبة ... فإن حلف الجميع فلهم دية خطأ تقسم بينهم" [1].

الفرع الثاني: اللعان وإجراءاته.

أولا: ما يجب به اللعان.

1. ادعاء الزوج رؤية زوجته وهي تزني وأنه لم يقربها بعد ذلك.
2. أن ينفي الزوج حمل زوجته مع استبراء سابق في زواجهما، وأقل الاستبراء حيضة واحدة للتأكد من خلو رحم زوجته من حمل سابق[2].

ثانيا: مكان اللعان: يكون اللعان في المسجد الجامع بحضور أربع شهود على الأقل[3].

ثالثا: زمن اللعان: يكون اللعان في أي ساعة شاءها القاضي، ويُندب بعد الصلوات المفروضة وبعد العصر[4].

رابعا: كيفية اللعان.

إن ادعى الزوج رؤية زوجته وهي تزني صراحة أو نفى حملها منه، فعلى القاضي النظر في:

---

[1] عليش، منح الجليل، ج09، ص166.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج05، ص457.

[3] المصدر نفسه، ج05، ص464./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص396.

[4] المواق، المصدر السابق، ج05، ص464.

1.التحقق من صحة دعوى اللعان:

أ. أن يكون القذف صريحا كأن يقول رأيتها تزني مع رجل، ولا يقبل التعريض كقوله رأيتها نائمة مع آخر، رأيتها في فراش مع رجل، أو يقول ولدت لي طفلا لا يشبهني...، فإن لم يصرح لم يصح منه اللعان، وأدب دون إقامة حد القذف لأن القذف يقصد منه التشنيع والأذى، أما الرجل مع زوجته لا يتأتى منه ذلك لأنه يحرص على صيانة شرفه[1].

ب. أن تكون الدعوى مبنية على اليقين كالمشاهدة للبصير أو الحس، اللمس، الإخبار القطعي للأعمى، فلا يقبل منه الظن وما دونه، فإن قال: أظن أن زوجتي زنت أو أشك، فلا يقبل منه[2].

ج. إن كان اللعان اتهاما بالزنا فلابد من:

- أن تكون الحادثة واقعة زمن قيام العلاقة الزوجية أو في العدة، لأنها قبل النكاح وبعد العدة ليست زوجا له، ويعد قاذفا حينها[3].
- أن يرفع الدعوى زمن قيام العلاقة الزوجية أو أثناء العدة إن اتهمها بالزنا[4].
- ألا يطأ زوجته بعد حادثة الزنا وإلا رفضت الدعوى[5].
- إن حدد الشخص الذي زنى مع امرأته ثبت له حق اللعان وحُد ذلك الشخص[6].

د. إن كان اللعان لنفي الحمل فلابد من:

- عليه التعجيل باللعان إن نفى حملها منه بعد إقامة شهادة امرأتين على ثبوت حملها[7].
- إن تأخر عن رفع الدعوى في نفي الحمل من غير عذر أو حصل منه وطء لزوجته بعد رؤيته للحمل امتنع لِعَانُه وأُلحق به الولد وبقيت امرأته على الزوجية[8].

2.نظر القاضي فيما اعتمد عليه الزوج في اللعان.

جاء في المدونة: "وجل رواة مالك على أن اللعان لا يكون إلا بأحد وجهين، إما برؤية لا مسيس بعدها، أو ينفي

---

[1] الدردير، الشرح الكبير، ج02، ص458.
[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج02، ص458.
[3] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج03، ص59.
[4] الدسوقي، المصدر السابق، ج02، ص458.
[5] المصدر نفسه، ج02، ص458.
[6] المواق، التاج والإكليل، ج05، ص462.
[7] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص397.
[8] الدسوقي، المصدر السابق، ج02، ص459.

حملا يدعي قبله استبراء وإما قاذف لا يدعي هذا فإنه يحد"[1]، فلا بد للزوج من وجه يقدمه بين يدي القاضي حتى يصح منه اللعان وإلا عد قاذفا.

أ. الاتهام بالزنا: أن يعتمد على المشاهدة إن كان بصيرا فإن رأى زوجته تزني مع آخر فلا يطالب بأربعة شهود وشهادته تقوم مقامهم، فإن كان أعمى اعتمد على الحس، اللمس، الإخبار القطعي[2].

ب. نفي النسب: يثبت نفي النسب من نفي الحمل أو نفي الولد بأمور منها:

- عدم الوطء بعد الاستبراء بالحيض: بأن تلد المرأة بعد ستة أشهر فأكثر من آخر حيضة لها دون أن يقربها زوجها، وفي الحديث عن ابن عباس: ((**أن رسول الله ﷺ لاعن بين العجلاني وامرأته، قال: وكانت حبلى، فقال: والله ما قربتها منذ عفَّرنا قال: والعفر: أن يسقى النخل بعد أن يترك من السقي، بعد الإبار بشهرين**))[3].
- عدم الوطء بعد الاستبراء بالولادة، بأن تأتي الزوجة بعد الولادة بولد آخر لستة أشهر فأكثر دون أن يقربها زوجها[4].
- الولادة بعد الوطء بمدة لا يليق فيها الولد بالزوج، كمن تزوج بامرأة وبعد خمسة أشهر وضعت[5].
- اتفاق الزوجين على نفي الولد: فإن أقرت الزوجة ادعاء الزوج لم تلاعن المرأة لو لاعنها زوجها لأنها مقرة وتحد، إلا إن أثبتت الإكراه أو وطء شبهة، وفائدة لعان الزوج هنا هو نفي الولد عنه فإن لم يلاعن أُلحق الولد به[6].

3. فإن تم ذلك، فعلى القاضي اتباع مايلي[7]:

- ينبه القاضي الزوجين حول خطورة اللعان ويخوفهما خصوصا عند الخامسة، عن ابن عباس: ((**أن هلال بن أمية قذف امرأته، فجاء فشهد، والنبي ﷺ يقول : إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟**))[8].
- لابد من حضور أربعة عدول على الأقل ليشهدوا على اللعان.
- يبدأ الزوج في اللعان فيَشهد أربع شهادات يقول في الرؤية: أشهد بالله لرأيتها تزني، أو أشهد بالله الذي لا إله إلا

---

[1] سحنون، المدونة الكبرى، ج02، ص.360

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي ، ج02، ص458.

[3] أصله عند البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، رقم:5259، ج07، ص42.

[4] الدسوقي، المصدر السابق،ج02، ص460.

[5] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج03، ص64.

[6] المصدر نفسه، ج03، ص64.

[7] المواق، التاج والإكليل، ج05، ص 463-467./ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج03، ص57./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص 395-396./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج02، ص458.

[8] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب: يبدأ الرجل بالتلاعن، رقم:5307، ج07، ص53.

هو، إني لمن الصادقين لرأيتها تزني زنا كالمرود في المكحلة، وفي نفي الحمل: أشهد بالله لزنت أو أشهد بالله ما هذا الحمل مني وإني لمن الصادقين، وفي الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين أو إن كنت كَذَّبْتُهَا أو كَذَبْتُهَا.

- وتقول المرأة في الرؤية: أشهد بالله ما رآني أزني، أو أشهد بالله الذي لا إله إلا هو إنه لمن الكاذبين، وما رآني أزني، وفي الحمل: أشهد بالله ما زنيت، وأن هذا الحمل منه، وأجزأها إن قالت أشهد بالله لقد كذب علي فيما رماني به أربع مرات، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين.
- وتقول إن ادعت الغصب: أشهد بالله ما زنيت ولقد غلبت على نفسي، أو أشهد بالله الذي لا إله إلا هو، ما زنيت ولا أطعت وتقول في الخامسة إن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين.
- إن نكلت المرأة عن اللعان حُدَّت حد الزنا، وإن نكل الزوج حُدَّ حد القذف.
- إن نكلت المرأة عن اللعان بعد لعان الزوج ثم أرادت أن ترجع إلى اللعان فالأظهر من الخلاف في ذلك أن لها أن ترجع وتلتعن، لأن نكول المرأة كالإقرار بالزنا، ولها أن ترجع.
- إذا نكل الزوج عن اللعان ثم أراد أن يرجع إليه، الصحيح أنه لا يمكنه ذلك لأن نكوله كالإقرار بالقذف وليس له أن يرجع.
- الأخرس يلاعن بما يُفهم عنه من إشارة أو كتابة وكذلك يُعلم قذفه.
- لو بدأت المرأة اللعان ففي لزوم إعادتها قولان.
- من شهد على زوجته بالزنا مع ثلاثة شهود، لاعن وحُد الثلاثة إن لا عنت هي الأخرى، فإن نكلت حُدت.
- يكفي لعان واحد عن ولد أو أكثر.
- إن لاعنها بالزنا ثم ولدت لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية فإن الولد لا يُنسب إليه بذلك اللعان إذا لم تكن بحمل ظاهر وقت الرؤية.
- إن لاعنها بالزنا ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية لحق الولد به إلا إن لاعن مرة أخرى على نفي الولد.

خامسا: ما يعد قذفا وليس لعانا [1].

1. إن قذفها بالزنا ولا يدَّعي رؤية ولا نفي حمل فإنه يحد ولا يلاعن.
2. إن قذف مطلقته أثناء العدة، أنه رآها تزني فلا يُحد لأن له حق حفظ نسله قاله ابن القاسم، وأما إن ادعى أنه رآها تزني بعد انقضاء عدتها فإنه قاذف ويُحد، وكذا أيضا إذا قال رأيتها تزني قبل أن أطلقها فإنه يُحد.

[1] المواق، التاج والإكليل، ج05، ص458- 470 - 463./ الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج03، ص57.

3. إذا وقعت الفُرقة بين المتلاعنين ثم أكذب الرجل نفسه لحق به الولد وحُد.
4. من المدونة: من قال رأيت فلانا يزني بامرأتي لاعن وحُد فلان.
5. إذا ظهر الحمل وعلم به ولم يدَّعه لنفسه ولم ينفه منه لشهر ثم نفاه بعد ذلك لم يُقبل قوله، وضُرب الحد إن كانت زوجته حرة مسلمة لأنه صار قاذفا.
6. الذي يتزوج امرأة فلم يبن بها حتى أتت بولد لستة أشهر من يوم تزوجت فأقر به الزوج وقال لم أطأها منذ تزوجتها فهذا يُحد ويلحق به الولد.

تنبيه: ثمرة اللعان: إن لاعن الرجل زوجته ترتب عليه سقوط الحد عنه وانتفاء النسب ووجوب حد الزنا عليها، فإن لاعنت هي الأخرى: سقط الحد عنها لأن: "اللعان حجة تسقط عن صاحبها الحد"[1] وفرّق بينهما وتأبدت الحرمة[2].

[1] المقري، قواعد الفقه، ص370.

[2] سحنون، المدونة الكبرى، ج02، ص360.

المبحث الثالث: البينة الخطية غير الرسمية، وإجراءاتها.

اعتنى المالكية عناية خاصة بالبينة الخطية غير الرسمية، لأنها وسيلة إثبات مهمة في تعاملات الناس خصوصا في غياب الوثائق الرسمية، فبينوا أنواعها وفصلوا في مدى حجيتها أمام القضاء، بحسب حالاتها فقد ترقى أن تكون حجة وقد لا-المطلب الأول-.

كما اهتموا بإجراءات تقديم هذا النوع من الوثائق في مجلس الحكم، وكيفية تعامل القاضي معها، مراعاة لما تعارف عليه الناس وجعلوه حجة فيما بينهم من جهة، وحماية لحق الخصوم في إسقاطها وإبطالها-المطلب الثاني-.

المطلب الأول: البينة الخطية غير الرسمية، وأنواعها وحكمها.

الفرع الأول: تعريف البينة الخطية غير الرسمية، وأنواعها.

أولا: تعريف البينة الخطية غير الرسمية.

لقد تم في مبحث البينة الخطية الرسمية تعريف كل من مصطلح البينة الخطية باعتباره مركبا وصفيا، وهنا سأقتصر على تعريف البينة الخطية غير الرسمية مباشرة.

1. **البينة الخطية غير الرسمية** هي "التي يكتبها الناس فيما بينهم دون أن توثق لدى الجهات الحكومية"[1]، فهي وثائق صادرة عن الناس بصفتهم العادية وليس الوظيفية الرسمية ودون تقييدها والإشهاد عليها عند المصالح الرسمية، كدفاتر التجار، وتوثيق الحقوق فيما بينهم...

2. **الفرق بين البينة الرسمية وغير الرسمية-العرفية-:**

مما سبق بيانه من التعريفات السابقة يظهر لنا جليا الفرق بين البينة الرسمية والعرفية، ذلك أن البينة الرسمية لا يحق لمن أثبتت عليه حقا إنكارها ولا جحودها ولا الطعن فيها إلا باستثناء التزوير، فهي ملزمة وحجة عليه، بخلاف البينة غير الرسمية فله إنكارها والطعن فيها، لأنها في أحسن حالاتها هي بمثابة توثيق لإقراره بالحق للآخرين وقد يَرْجع عنه[2].

ثانيا: أنواع البينة الخطية غير الرسمية -العرفية-.

اختلفت أنواع البينة الخطية غير الرسمية عند المالكية وتعددت إلى:

---

[1] داود أحمد محمد علي، أصول المحاكمات الشرعية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ط01، 2004م، ج02، ص537.

[2] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، ص118.

1.البينات الكتابية المتضمنة للشهادة.

الأصل أن المرء يدلي بشهادته عند القاضي، لكن قد يحدث أن يكتب أحد شهادته لظرف من الظروف في أمر ما لإثبات حق له أو لغيره دون تقييد رسمي، وهذه الشهادات الخطية على أنواع[1]:

أ. شهادة خط المُقر على نفسه وهي البينة الخطية المتضمنة لإقرار الكاتب على نفسه.

ب. الشهادة على خط الشاهد الميت والغائب وهي البينة الخطية المتضمنة لشهادة الكاتب الميت، أو فَقْد أو جهلت إقامته أو غاب غيبة بعيدة.

ج. شهادة الشاهد على خط نفسه وهي البينة الخطية المتضمنة لشهادة الكاتب لآخر فيشهد على خطه من يعرفه.

2.دفاتر التجار والحرفيين وأصحاب الصناعة وغيرهم: ممن يقيد في دفاتره الحقوق المالية التي له والتي عليه حفظا لها من الضياع والنسيان[2].

3.وصية المُـــورِّث: إن وُجِدت له وثيقة أو كتب في دفتره الحقوق التي له والتي عليه وعُرف خطه، فما كتبه يعد إقرارا منه[3].

4.الرسائل: اعتبر المالكية ما يقيده الناس من الحقوق والالتزامات من خلال مراسلاتهم فيما بينهم ضربا من ضروب البينة الخطية العرفية لتعارف الناس على الأخذ بما ثبت فيها منذ القدم، فقد تواطؤوا عليها ورضـــوا بها رفعا للمشـــقة وحفظا للحقوق[4].

الفرع الثاني: حجية البينة الخطية غير الرسمية–العرفية–.

أولا: البينات الخطية المتضمنة للشهادة.

قد سبق الكلام في أنواع البينات الخطية أن بعضها متضمن للشهادة وذلك بأن يكتب أحد شهادته في أمر ما لإثبات حق له أو لغيره دون تقييد رسمي، فهل يصح العمل بهذه الكتابة وهل يصح إثباتها من خلال الشهادة على معرفة خط صاحبها؟

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص451./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص442./ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص223.

[2] نبهان سالم، البينة الخطية في الفقه الإسلامي، ص124.

[3] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص447.

[4] المصدر نفسه، ج02، ص51-52.

1. تحرير أقوال المسألة إجمالا:

أ. تصور المسألة:

اختلف المالكية في هذه المسألة وهي المعروفة عندهم بالشهادة على الخط على أربعة أقوال، مجمولة في قولين: قول بالجواز –اختلف أصحابه إلى ثلاثة أقوال– وقول بالتحريم:

القول بالجواز: وهو الصحيح قال به ابن القاسم ورواه عن مالك، وقال به ابن الماجشون، وأكثر أصحاب مالك[1] إن كانت المعرفة مبنية على غالب الظن من شخص فطن له معرفة تامة بصاحب الخط، ولا تجوز إلا فيما يجوز اليمين مع الشاهد[2].

وقال ابن راشد أنها تجوز في جميع الحقوق، وقال ابن أبي زمنين على ما جرى عليه العمل في وقته، أنها لا تجوز إلا في الأحباس خاصة لفشوِّها واشتهار الأحباس عادة بين الناس فعضدت الشهادة على الخط بشهادة السماع[3]، ولعل هذا الاختلاف فيما تدخله الشهادة على الخط راجع إلى مدى قوة سلامة الخطوط من التزوير ولشبهة الخطأ في معرفة الخط ونسبته لصاحبه.

القول بالتحريم: ابن عبد الحكم، ابن المواز وهو قول قائم من "المدونة" من باب نقل الشهادة[4].

ب. أدلة هذه الأقوال:

- استدل المجوزون للشهادة على الخط بـ:

عمل الصحابة: قالوا: **"**أن عثمان بن عفان وعليا بن أبي طالب وطلحة والزبير وغيرهم – رضوان الله تعالى عليهم أجمعين –، قد شهدوا في كتاب مروان بن الحكم، الذي كتبه على لسان عثمان بن عفان، في محمد بن أبي بكر الصديق ، أنه بخط مروان، ومن ذلك تولد على عثمان ما تولد، وهو أول حادث حدث من جهة الشهادة على الخط، فلو كانت الشهادة لا تجوز عليه، لم يشهد بها أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – لا سيما في التَّبَطُّن في الدماء**"**[5].

واستدلوا بكتاب عبد الله بن عمر بن الخطاب، الذي يحوي بيعته إلى عبد الملك بن مروان، دون أن يُشهد عليه،

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات ، ج08، ص261/ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص444.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص264.

[3] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص443.

[4] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص439./ابن أبي زيد القيرواني، المصدر السابق، ج08، ص261./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص93.

[5] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص443-444.

فلو لم يكن خطه حجة لما اعتبرها عبد الملك[1].

القياس: قالوا الشهادة على الخط جائزة قياسا على الشهادة على الأشخاص، للعلة الجامعة وهي امكانية التمييز بين الخطوط وبين الأشخاص مع إمكانية الاشتباه فيهما كذلك[2].

قياسا على القافة وإلحاق النسب بسبب الشبه، فكذلك في الخط بسبب الشبه بين خط الشخص والخط الموجود في الوثيقة[3].

المعقول: وقال ابن راشد: "الشهادة على الخط حصل فيها حاسة البصر وحاسة العقل، فالبصر رأى خطا فانطبع في الحاسة الخيالية، والعقل قابل صورته بصورة ذلك الخط، يعني خط الرجل الذي رآه يكتب غير مرة، حتى انطبعت صورة خطه في مرآته، فإذا قابل العقل تلك الصورة بالصورة التي رآه يكتبها، قال هذا خط فلان"[4].

- استدل المانعون للشهادة على الخط بـ:

القياس: كما لا تجوز الشهادة على شهادته إذا سمعها منه غيره ولم يشهده عليها، كذلك لا يجوز له أن يشهد إذا رأى شهادة غيره بخط يده في وثيقة بحق لفلان على فلان حتى يشهده هذا الشاهد على خطه وإلا فلا[5].

سد الذرائع: "أن الناس قد دخلوا وأحدثوا من الفجور والضرب على الخطوط ما لا يخفى، قال محمد بن عبد الحكم: وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي، ورأى مالك ألا تجوز"[6].

المعقول: "الشاهد لم ير هذا الخط حين كتبه كاتبه، فاعتماده في الشهادة إنما هو على ظن حصل في ذهنه، أن الذي رآه الآن هو من نوع الذي كان رأى ذلك الكاتب يكتبه، وجعل هذا مدركا للشهادة في غاية الضعف" [7]، والأبعد منه أن يشهد على خط من لم يره يكتب ولم يجمعه معه زمان ولا مكان بل يعتمد على كثرة مشاهدة خط ينسب إليه[8].

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص444.

[2] المصدر نفسه،ج01، ص440./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص260.

[3] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص440.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص440.

[5] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص440.

[6] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص 94.

[7] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص440.

[8] المصدر نفسه، ج01، ص440.

ج. **سبب الخلاف:**

السبب الأول: تشابه الخطوط، فالمانعون قالوا حتى العقلاء يغلطون وتتشابه عليهم، والمجوزون قالوا أن التشابه نادر ويمكن التمييز[1].

السبب الثاني: إمكانية التزوير خاصة مع فساد ذمم الناس لذلك تم منعها، أما من جوزها قال أن منعها يؤدي إلى اسقاط حقوق الناس خاصة إن تم التحقق من الخط.

2. تحرير أقوال من رأى مشروعية الشهادة على الخط تفصيلا:

أما من قال بالجواز فقد اختلفوا على مشروعية الشهادة على الخط بحسب أقسامه الثلاثة، وهي[2]:

- تجوز شهادة خط المُقر على نفسه.
- تجوز شهادة خط المُقر على نفسه والشهادة على خط الشاهد الميت والغائب.
- تجوز شهادة خط المُـــقر على نفسه وعلى خط الشاهد الميت والغائب وشهادة الشاهد على خط نفسه في الوثيقة إذا علم أنه خطه ولم يذكر الموطن.

وفيما يلي تفصيل هذه الأقوال:

أ.الشـهادة على البينة الخطية المتضـمنة لإقرار الكاتب على نفسـه: إذا كتب شـخص على نفسـه ذكر حق بخطه ثم جحد فشهد على خطه عدلان، فالمذهب على قولين:

أحدهما المنع: لما أحدث الناس من التزوير وهم القائلون بعدم جواز الشـهادة على الخط بالكلية، والآخر الجواز: فحكى ابن المواز الإجماع في المذهب[3]، وهذا الإجماع محمول على اتفاق كل المجوزين للشـــهادة على الخط، وهو المترجم في قولهم في ضابط "الشهادة على خط المقر كالشهادة على إقراره"[4]، فهي حجة عندهم سواء أشهد على إقراره الكتابي هذا أم لا وهو المعتمد، ولم يخالفهم إلا القائلون بإسقاط الشهادة على الخط بالكلية[5].

ب.الشهادة على خط الشاهد الميت والغائب.

إن كتب شخص شهادته ثم مات، أو فُقِد أو جُهِلَت إقامته أو غاب غيبة بعيدة، فهل تجوز الشهادة على خطه؟

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص440.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص451./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص442./ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص223.

[3] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج09، ص439./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص94-95.

[4] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج10، ص389.

[5] المصدر نفسه، ج09، ص439./الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص192.

المذهب في هذه المسألة على قولين قائمين من "المدونة"، والمشهور أنها حجة ولا يجوز في ذلك أقل من شاهدين، ويحلف الطالب مع شهادتهما، ويستحق حقه، وهي رواية ابن القاسم، وابن وهب عن مالك في "العتبية"، و"الموازية"، ووجهه أن اندراس البينات ضرورة دعت إلى العمل بها، والقول بمنعها ذريعة إلى إبطال الحقوق وإتلاف أموال الناس[1].

قال ابن المواز بعدم الجواز، فجعل الشهادة على الخط كالشهادة على الشهادة دون أن يُشهده على قوله، فقد لا يتحقق ما يقوله، فكذلك الكتابة[2]، ولا ينبغي للرجل أن يكتب شهادته حتى يتحقق من شهادته وممن أشهده، مخافة أن يموت أو يغيب فيأتي من يَشهد على خطه، فأشبه ذلك من سمع رجلا يؤدي شهادته عند الحاكم، فإنه يتحقق منها فتقبل شهادة غيره عليه بما سمع منه، وإن لم يُشهده عليها[3].

ج.البينة الخطية المتضمنة لشهادة الكاتب لغيره.

تقبل شهادة الشاهد على خط نفسه إذا علم أنه خطه وتذكر الوثيقة والشهادة، واختلفوا في حالتين:

- اختلف قولهم في حال علم الكاتب أنه خطه وتذكر بعض تلك الشهادة أو ما يدل على أكثرها من الوثيقة:

- قال ابن حبيب، ابن الماجشون، ابن عبد الحكم، ابن وهب: أن يشهد بما فيها، وينتفع بها المشهود له لاحتياج الناس لذلك وحفظا لمصالحهم.

- قال ابن القاسم وأصبغ ألا يشهد بما فيها حتى يتذكرها ويوقن بها لقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ يوسف [81][4].

- اختلف قولهم كذلك إذا علم أنه خطه ونسي شهادته لطول زمانها أو غيره، على أقوال:

- رواية مطرف عن مالك وبها قال ابن وهب وابن عبد الحكم وقول سحنون في "العتبية"، إن وجد الوثيقة سليمة من المحو وغيره وعرف خطه فعليه أن يشهد بما فيها، وينتفع بها المشهود له وهو القول الأول لمالك وصوَّبه خليل في التوضيح لأن العدول عن ذلك يؤدي إلى ضياع الحقوق، فإن كان في الكتاب محو فلا يشهد[5].

---

[1] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص93-94./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص441.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص180.

[3] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص440./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1046.

[4] الباجي، المنتقى، ج05، ص199.

[5] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص265-267./ ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج09، ص440. / خليل، التوضيح، ج07، ص536./الرجراجي، المصدر السابق، ج08، ص91.

- رواية ابن وهب وابن القاسم ألا يشهد ولا يرفعها للقاضي حتى يذكر الشهادة ويوقن بها، وهو قول ابن القاسم، وأصبغ وغيرهم من أصحاب مالك في "العتبية" و"الموازية" و"الواضحة" وهو القول الثاني الذي عدل إليه مالك على قول مطرف، لقوله تعالى ﴿ وَمَا شَهِدْنَآ إِلاَّ بِمَا عَلِمْنَا ﴾ يوسف [81][1].
- رواية أشهب عن مالك أن يخبر القاضي بما يعرف حتى لو قال أنه لا يذكر منها شيئا، لأن الحاكم له أن يجتهد في قبولها[2]، فيقول: هذه شهادتي بخط يدي ولا أذكرها...أو أرى كتابا يشبه كتابي ولست أذكر شهادتي ولا متى كتبتها..."[3] وقد رجحها بعضهم "لقوله تعالى ﴿ وَلاَ تَسْئَمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦ ﴾ البقرة [281] ، إلى قوله تعالى: ﴿ وَأَدْنَىٰٓ أَلاَّ تَرْتَابُوٓاْ ﴾ البقرة [281]، أي لا تشكوا وقد علم تعالى أن الناس ينسُون فلهذا أمر بالكتب"[4]، حتى ان نسوا أو شكوا في ضبطهم ذكرتهم الكتابة.
- التفصيل بين أن يكون بخط يده، أو بخط غيره، فإن كان الكتاب بخط غيره: فلا يشهد، فإن كان جميع الكتاب بخط يده، وأثبت خطه، ولم يستنكر في الكتاب محوا، ولا بترا ولا إلحاقا: فشهادته جائزة، وإن لم يرفع الشهادة، وهو قول ابن نافع في "المجموعة"[5]، وقال ابن كنانة أن يشهد بما فيها وينتفع بها المشهود له إن كان هو كاتبها[6].
- ما نسبه الباجي لابن نافع[7]، إن كانت الكتابة في كاغد لم يجز له أن يشهد، وإن كانت في رق جاز له أن يشهد، قال: يريد والله أعلم: إذا كانت الشهادة في بطن الرق ولم تكن على ظهره، لأن البشر في ظهره أخفى منه في الكاغد[8].
- ذكر الجد قولا إن كان ذكر الحق والشهادة بخطه جاز أن يشهد، وإن لم يكن له بخطه إلا الشهادة لم يشهد[9].

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص265-267./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل،ج09، ص440./ خليل، التوضيح، ج07، ص536./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص91. / ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص450.

[2] ابن فرحون، ، المصدر نفسه، ج01، ص451.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص179.

[4] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص451.

[5] الرجراجي، المصدر السابق، ج08، ص91.

[6] الباجي، فصول الأحكام، ص 134.

[7] المصدر نفسه، ص134.

[8] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج09، ص441.

[9] المصدر نفسه، ج09، ص441.

ثانيا: دفاتر التجار والحرفيين وأصحاب الصناعة وغيرهم.

اعتد المالكية بما يقيده التجار وأصحاب الحرف والصناعات في دفاترهم من حقوق مالية، لأن العادة جرت على ذلك حفظا للحقوق من الضياع والنسيان، فقال المالكية أن كل ما يقيدونه من حقوق مالية على أنفسهم فهو حجة عليهم لأنه بمثابة إقرار كتابي، فدل العقل والعادة على أن المرء لا يثبت على نفسه إلا ما كان حقا لذا يؤخذ عليهم ما كتبوه[1]، كأن يكتب لي على فلان 100 ألف دج وقد دفع منها 50 ألف دج فهذا إقرار بتخلية ذمة المدين من النصف، ومن شروط اعتبار هذه الدفاتر منظمة وبخط التاجر وإلا فلا تعتبر حجة عليه[2].

أما ما يقيدونه من حقوق لهم على الآخرين فلا يعتد به لأن الكتابة كاللفظ فلو صرح أن له حقا على فلان فلا يُعتبر قوله حجة بل عليه بالدليل فكذلك الكتابة[3]، لقوله –صلى الله عليه وسلم-:((**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم...**))[4].

ثالثا: كتابة المورث–الوصية–.

إذا كتب المورث وثيقة أو في دفتره حقا من الحقوق له أو عليه وعُرف خطه، فما كتبه من حقوق على نفسه فهو حجة أما ماله على الناس فلا يعتد به كدفاتر التجار تماما، إلا أنه يحق للورثة ابتداء دعوى ضد من كتب المورث حقه عليهم استنادا على خطه وحلفوا على البت" أنه لحق وما علمناه اقتضى منه شيئا"[5]، أما الوصية فإنه يعمل بها إن أشهد عليها وأمر بتنفيذها وإلا لم تنفذ لاحتمال رجوعه عنها[6].

رابعا: كتابة الرسائل.

قال المالكية بحجية الرسائل في إثبات الحقوق والمعاملات وإن لم يُشهد عليها، ومستندهم العرف والعادة لأن الناس قد تواطؤوا عليها ورضوا بها رفعا للمشقة وحفظا للحقوق، ولقاعدة "الكتاب كالخطاب"[7]، فلو بعث برسالة إلى آخر أقر بخطه له بحق أو غيره كوكالة، هبة، طلاق...تعتبر هذه الرسالة وثيقة إثبات عرفية ويمكن إقامتها أمام القاضي بأن

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص447.

[2] عبد الله أحمد فروان، المحررات وحجيتها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، مجلة الدراسات الاجتماعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء–اليمن–، ع 12، 2001م، ص161.

[3] نبهان سالم، البينة الخطية في الفقه الإسلامي، ص124.

[4] سبق تخريجه، ص90.

[5] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص447.

[6] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص450.

[7] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص335.

يقر بما فيها أو يشهد على خطه عدلان...[1]، على أن تكون الرسالة واضحة معلومة المصدر والوجهة، والتاريخ...، فهي حجة في كل الحقوق عدا الحدود لأنها تدرأ بالشبهات[2]، بل حتى في زماننا يمكن التأكد من صحة المرسل من خلال الحوالة حيث يتم تسجيل معلومات المرسل وزمن الإرسال والجهة المرسل إليها وكل ما يثبت صحة نسبة الرسالة إلى مرسلها.

المطلب الثاني: إجراءات البينة الخطية غير الرسمية –العرفية–في مجلس الحكم.

هذه الإجراءات تشمل كل الكتابات العرفية التي كُتبت بمحضر من الشهود على أمر، أو أقر فيها الكاتب بخطه بحق على نفسه لغيره، أو شهد فيها بحق لشخص على آخر.

1. إن كانت البينة الكتابية كتبها آخر غير الخصم وتضمنت شهادة المُقر، فلابد من شهادة عدلين أن هذا الكاتب عدل حين الكتابة أو قبلها مع استمرارية عدالته[3].
2. ضرورة إحضار الوثيقة عند الأداء على المعتمد، فإن ضاعت فلا تصح شهادة الشهود إلا إن علما وأدركا ما فيها على قول صاحب المعيار[4].
3. عرض الوثيقة على المدعى عليه، فإن أقر أُخذ بإقراره وأخذ المقر له الحق، فإن أنكر المطلوب[5]، فيه تفصيل:

أ. الحالة الأول: إن تم الإشهاد على الوثيقة: على المدعي أن يأتي بمن تم إشهاده على ما في الوثيقة، فيقيمان شهادتهما عليه.

فإذا لم يجد المدعي الشاهدين ولم يجد ما يُثبت به صحة الوثيقة، أمر القاضي المختصين بالمقارنة بين الخطوط سواء بين ما كتبه صاحب الخط من أوراق سابقة أو أن يُجبر على الكتابة ويُطَوِّل فيها تطويلا حتى لا يمكنه تغيير خطه، فإن تشابهت الخطوط اعتمد القاضي الوثيقة وإلا فلا[6].

ب. الحالة الثانية: إن لم يتم الإشهاد على الوثيقة: على المدعي أن يأتي بشاهدي عدل لهما معرفة تامة بخط كاتب

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص51-52.

[2] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية،ص335.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص193.

[4] المصدر نفسه، ج04، ص 192.

[5] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص94.

[6] سعاد أوهاب، المصدر السابق، ص323 /خليل، التوضيح، ج07، ص534./ نبهان سالم، البينة الخطية في الفقه الإسلامي، ص124-125.

الوثيقة إن لم يكن هناك شهود على ما في الوثيقة، ويشترط فيهما الفطنة ولهما معرفة تامة بخط المشهود عليه وإلا لم تُقبل[1]، قال مالك: "ذلك عندي بمنزلة ما لو أقر ثم جحد وشهد عليه رجلان بإقراره، فأرى أن يغرم"[2]، فأقيم خطه مقام إقراره، سواء كان هذا الكاتب خصمه أو شخصا آخر، غائبا، ميتا أو حاضرا.

4. أن يحلف الطالب يمين القضاء مع شاهديه إن كان صاحب الخط ميتا أو غائبا غيبة بعيدة، وليتثبت القاضي في ذلك وليتريث[3].

5. إن كان صاحب الخط حاضرا فلا يحتاج المدعي مع الشاهدين ليمين القضاء على الأصح، لأن شهادة العدلين شهادة كاملة كالشهادة على لفظ المقر، ورواية عن مالك بوجوبها[4]، "لأن خطه أقيم مقام شاهد عليه، ولأن الشاهدين على خطه لم يشهدا على لفظه، وإنما شهدا بما يدل على لفظه، فصار خطه كشاهد قام عليه، فنقل عنه هذه الشهادة شاهدان" [5] لذا وجبت اليمين لتقوم مقام الشاهد الثاني.

سبب الخلاف الأول: شهادة العدلين على خطه هل هي شهادة تامة فلا تحتاج إلى اليمين كما لو شهد على إقراره، أو هي بعض الشهادة كالنقل[6].

والفرق بين النقل والشهادة: الشهادة على الإقرار مبنية على تحقق المقر مما يُقر به على حسب ما هو عليه، لعلمه أنه سيُشْهِد عليه، بخلاف النقل فإنه لن يحترز وقد لا يورد الأمر على ما هو عليه، فينقل عنه الآخرون على خلاف ما هو عليه الأمر في الواقع، لذلك قالوا إذا لم يأذن في النقل عنه يمنع النقل حينها[7].

سبب الخلاف الثاني: أن خط المقر يقوم مقام الإقرار أم الشهادة، فمن حمله على الإقرار قال لا حاجة ليمين الطالب، ومن حمله على الشهادة أوجب اليمين مع الشاهدين[8].

6. إن كان للمدعي شاهد واحد فقط له معرفة بالخط –صاحب الخط – عضد شاهده بيمينين يمين مع الشاهد على

---

[1] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص290.

[2] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص438.

[3] ابن فرحون تبصرة الحكام، ج01، ص443./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص264.

[4] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص446 -447./ ابن أبي زيد القيرواني، المصدر نفسه، ج08، ص260./ خليل، التوضيح، ج07، ص531./ ابن الجلاب، التفريع، ج02، ص256.

[5] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص447.

[6] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص95./ ابن الجلاب، المصدر السابق، ج02، ص256.

[7] الرجراجي، المصدر نفسه، ج08، ص94.

[8] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص447.

الخط فتصيران بمقام شاهد عدل واحد ، ويمين قضاء ليكمل بها نصاب الحجة، فتصير بذلك مقام شاهدي عدل ويصح الحلف بيمينين في حق واحد لأنها ثبتت على جهتين لا على جهة واحدة، ووجه هذا القول: "أنها شهادة على ما يثبت به إقرار المقر بالمال، فأشبهت الشهادة على لفظه"[1]، فشهادة الشاهد بأن الخط هو لفلان محمولة على أنه إثبات بأن فلان قد أقر بالمال كتابة، فأشبهت الشهادة على لفظه لأن الكتابة قامت مقام اللفظ.

ورواية بعدم اليمين وبإسقاط هذه الحجة، ووجه هذه الرواية أنها "شهادة لا تتناول الإقرار، وإنما تتناول معنى يجري إليه كالشهادة على الوكالة في المال، والشهادة على الشهادة"[2]، لأن هذا الشاهد لا يشهد على إقرار صاحب الخط، بل بما يدل على إقراره، كالشهادة على الوكالة في المال فالشاهد لا يشهد أن الوكيل استلم المال، بل يشهد بثبوت الوكالة ويفهم منها صحة استلام الوكيل لذلك المال، وكالشهادة على الشهادة، فالشاهد الثاني لا يشهد على الحادثة نفسها، بل بما سمعه من الشاهد الأصلي فكانت شهادته تدل على الواقعة بطريق غير مباشرة ولا تدل عليها بذاتها.

7. إن لم يكن للمدعي أي شاهد على الخط –صاحب الخط – طلب من القاضي الاستعانة بخبراء يقارنون بين خطوط الوثيقة سواء بما كتبه سابقا في أوراق أخرى أو يُجبر على الكتابة ويطَوِّل فيها تطويلا حتى لا يُغَير خطه على قول اللخمي وهو الراجح، ومنع ذلك الصائغ لأنه لا يَلزم الخصم إحضار بينة تشهد عليه، وقال اللخمي أن خط المدعى عليه صادر عنه بإقراره، والعدول يقابلون ما سيكتبه بما أحضره المدعي حتى يثبتوا بذلك صدقه من غيره[3].

8. إذا لم يعرف القاضي عدالة الميت أو الغائب صاحب الخط –المدعى عليه–أمر الشاهدين بالشهادة على عدالته من زمن كتابة الوثيقة إلى وفاته أو غيبته[4].

9. إن كان للوثيقة شهودا وأنكروا شهادتهم وكانوا قد كتبوا بخطوطهم تلك الشهادة كان للطالب أن يأتي بشاهدين على خط كل منهما بمثل التفصيل السابق على قول –ابن رشد–أن هذه الوثيقة مقبولة قضاء، وعلى قول آخر أنها ساقطة لا يحتج بها إطلاقا، وهو نتيجة للخلاف حول شهادة الكاتب لحق الآخرين[5].

10. يحتاج الشاهد على الخط أن يُضَمن في شهادته أن المشهود على خطه يعرف من عليه الحق، وإلا لم تقبل

---

[1] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص96.

[2] المصدر نفسه، ج08، ص96.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص323./ نبهان سالم، البينة الخطية في الفقه الإسلامي، ص124-125./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص448./ خليل، التوضيح، ج07، ص533.

[4] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص445.

[5] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص447./ ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص345.

شهادته لتساهل الناس[1].

11. إن وقع شطب أو محو وغيرهما في مواضع العدد كالنقود، المساحات، تاريخ...، بطلت الوثيقة إلا إن وجدت بينة تثبت ما تم محوه[2].

12. يجوز تقييد الشهادة على خط الميت أو الغائب حتى وإن لم تكن هناك دعوى[3].

[1] خليل، التوضيح، ج07، ص535./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1046.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص315.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص445./سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية،ص326.

المبحث الرابع: القرينة، وإجراءاتها.

القرائن القضائية من وسائل الإثبات غير الحاسمة عموما فهي علامات مرتبطة بالقضية، وعلى الخصوم القاضي تتبعها والاستفادة منها في الحكم، بل كلما زاد استيعاب القاضي لها وتبصر بها زادت خبرتها القضائية وقويت، لذلك بين المالكية أقسامها ومشروعية العمل بكل قسم منها-المطلب الأول-، كما فصلوا في حقيقة ما يتصل بها كالفراسة، قول أهل الخبرة، القيافة، المعاينة-المطلب الثاني-، مما يسهل ضبط إجراءات العمل بها ويضمن التوازن والتوفيق بينها وبين وسائل الإثبات الأخرى.

المطلب الأول: القرينة، تعريفها، أقسامها وحكمها.

الفرع الأول: تعريف القرينة وأقسامها.

أولا: تعريف القرينة.

1. **تعريف القرينة لغة:** ج قرائن والقرينة: على وزن فعيلة بمعنى مفعولة من الاقتران، وقد اقترن الشيئان وتقارنا وجاؤوا قُرَانى أي مقترنين، وتأتي بمعنى [1]:

أ. المصاحبة: ومنه القرين وهو المصاحب، والقرينة هي الزوجة وتطلق على نفس الإنسان، كأنهما قد تقارنا.

ب. الوصل: ومنه وقرنت الشيء بالشيء: وصلته.

ج. الجمع: ومنه قرنت البعيرين أقرنهما قرنا: جمعتهما في حبل واحد.

معنى القرينة لغة يدور حول المصاحبة والجمع والوصل والتي لها علاقة وطيدة بالمعنى الاصطلاحي الذي يحوم حول مصاحبة الأمارة للشيء بما تدل عليه.

2. **تعريف القرينة اصطلاحا:** لم يسطر المالكية في تعريف القرينة حدا معينا – في حدود بحثي-لكن أشاروا إليها من خلال إعمالهم للفظ الأمارة والعلامة، في كتبهم "إعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه"[2]، لأنهم عدُّوها من الأدلة غير المستقلة التي يُبنى عليها الحكم مباشرة، بل هي خادمة ومقوية لأدلة الإثبات الأخرى[3]، ويرجع ذلك لأنها من البديهيات والتي لا اختلاف يُطلب ذكره بين المعنى اللغوي والاستعمال الشرعي، فهي الأمر الذي له صلة ومصاحبة بالشيء المطلوب فمن خلالها نتوصل إليه، لذلك لم يتطرقوا إلى تعريفها.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص336./ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج05، ص77.

[2] القرافي، الفروق، ج04، ص168.

[3] قره داغي، مسائل فقهية معاصرة، ص19.

وقد عرفها الجرجاني: **"ما يدل على المراد من غير كونه صريحا"**[1].

وقد عرفها مصـــطفى الزرقا: **"هي كل أمارة ظاهرة تقارن شـــيئا خفيا فتدل عليه"**[2]، كالدخان قرينة على وجود حريق في مكان ما.

ثانيا: أقسام القرائن.

1. **تقسيم القرائن باعتبار قوتها:**

أ. **القطعية:** التي لا تحتمل غير المعنى الذي دلت عليه فتقوم هذه القرينة مقام البينة[3]، كحمل المرأة دون زوج[4]، كوجود رائحة الخمر في فيّ الشخص[5]، ثلاثة أطهار قرينة على براءة رحم المطلقة من الحمل[6].

إن ولدت المرأة قبل ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج كانت مدة الحمل قرينة على انتفاء الولد عن زوجها ولا ينسب له[7].

ب. **الأغلبية:** وتنقسم إلى:

- **الظنية المرجحة:** التي لا تورث حكما بذاتها لكنها تعتبر دليلا مرجحا لأدلة الإثبات الأخرى[8]، مثل اختلاف الزوجين في متاع البيت فإن لم توجد بينة يقضـــى لكل منهما بما يتملكه أمثالهما عادة، رغم أن أحدهما قد يكون مالكا لما سيحكم به للآخر عرفا[9].
- **الظنية التي تورث الشـــبهة:** فهي التي لا تورث حكما بذاتها وتكون مرجوحة بالمقارنة مع غيرها، لكنها تورث الشبهة، وتوقع الاحتمال والشك في الواقعة، كإثبات الخلطة، كإثبات اللوث في القسامة....

---

[1] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط01، 1424هـ - 2003م، ص173.

[2] المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط9، 1968م، ج02، ص918.

[3] النفراوي، الفواكه الدواني، ج01، ص405.

[4] مالك، الموطأ، ج05، ص1208.

[5] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص353.

[6] رضوان عبيدات، أجمد أبو شنب، حجية القرائن القانونية البسيطة في الإثبات بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة دراسات، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، مجلد 40، ع01، 2013م، ص03.

[7] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج03، ص65.

[8] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص332 – 333/ رضوان عبيدات، أجمد أبو شنب، حجية القرائن القانونية البسيطة في الإثبات، ص11/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج08، ص6128.

[9] التسولي، البهجة، ج01، ص477.

ج. **ملغاة:** هي القرينة المرجوحة التي لا أثر لها في الحكم ولا يعمل بها، كاختلاف النجار والدباغ في الجلود فقرينة حرفة النجارة مرجوحة ولا تقوى على قرينة الدباغة لذا تُلحق الجلود بالدباغ[1].

2. باعتبار مصدرها:

أ. **شرعية:** هي المنصوص عليها في الكتاب والسنة كصمت البِكر في الزواج قرينة على رضاها، ثلاثة أطهار قرينة على براءة رحم المطلقة من الحمل، وكالقيافة في إثبات النسب، واللَّوث في إثبات القسامة وغيرها[2].

ب. **عقلية:** المبنية على المنطق العقلي واعتبار الأحوال، كأن يقيئ الرجل خمرا فهو قرينة على شربه لها، كالحمل من غير زوج، قال ابن فرحون: "قال أصحابنا: إذا رأينا رجلا مذبوحا في دار والدم يجري، وليس في الدار أحد ورأينا رجلا قد خرج من عنده في حالة منكرة، علمنا أنه الذي قتله، وكان لوثا يوجب القسامة والقود للقرينة الظاهرة"[3].

ج. **عرفية:** المبنية على ما تعارف عليه الناس في أحوالهم وتصرفاتهم كرفض الدعاوى التي يشهد العرف بكذبها مثل سكوت المحوز عليه فيما له يتصرف فيه غيره تصرف المالك الدهر الطويل دون أي مانع يمنعه من الاعتراض، فسكوته قرينة على إقراره بأن لا حق له في ذلك الشيء[4]، لقاعدة: "السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان"[5]، فلو رفع دعوى يطالب باسترداد ملكه لرفضت.

د. **علمية:** وهي القرائن المبنية على التقنيات المعاصرة كتحاليل الدم والـ ADN، بصمات الأصابع، الكلب البوليسي، التسجيل الصوتي والصور، الطب الشرعي، وغيره كثير.

ثالثا: أمثلة عن القرائن.

رَدُّ أبي بكر على من أنكر تولي عمر للخلافة من بعده قال: أقول لربي ولَّيت عليهم خيرهم[6]، لما رأى من سيرته في نفسه ومع غيره، وما خبره منه في حياته وصلاحه وحزمه وتقواه التي تُلجم بأسه إلا في موضعها، فكانت معرفة أبي بكر بالصحابة وما هم مقبلون عليه ومعرفته بعمر بن الخطاب قرائن جعلته يقدم الفاروق لخلافة المسلمين.

---

[1] القرافي، الفروق، ج04، ص75./عبد اللطيف بعجي، مدى حجية الإقرار الناتج عن وسائل التحقيق الحديثة–دراسة مقارنة في القضاء الإسلامي والتشريعات الحديثة–، مجلة النوازل الفقهية القانونية، جامعة باتنة –الجزائر–، ع01، 2017م، ص225.

[2] رضوان عبيدات، أجمد أبو شنب، حجية القرائن القانونية البسيطة في الإثبات، ص03.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص125.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص229.

[5] محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق–سوريا، ط01، 1427 هـ - 2006م، ج01، ص160.

[6] ابن العربي، أحكام القرآن، ج03، ص45.

عن ابن عباس قال: وردت على عمر بن الخطاب واردة قام منها وقعد وتغير وتربد-تغير وجهه-..... فقال عمر لشريح: حدث أبا حسن بالذي حدثتنا به فقال شريح: كنت في مجلس الحكم فأتى هذا الرجل فذكر أن رجلا أودعه امرأتين حرة مهيرة، وأم ولد فقال له: أنفق عليهما حتى أقدم فلما كان في هذه الليلة وضعتا جميعا إحداهما ابنا والأخرى بنتا وكلتاهما تدَّعي الابن وتنتفي من البنت من أجل الميراث، فقال له: بم قضيت بينهما؟ فقال شريح: لو كان عندي ما أقضي به بينهما لم آتكم بهما، فأخذ علي تبنة من الأرض فرفعها فقال: إن القضاء في هذا أيسر من هذه، ثم دعا بقدح فقال لإحدى المرأتين احلبي فحلبت فوزنه ثم قال للأخرى احلبي فحلبت فوزنه فوجده على النصف من لبن الأولى فقال لها: خذي أنت ابنتك وقال للأخرى: خذي أنت ابنك، ثم قال لشريح: أما علمت أن لبن الجارية على النصف من لبن الغلام وأن ميراثها نصف ميراثه وأن عقلها نصف عقله وأن شهادتها نصف شهادته وإن ديتها نصف ديته وهي على النصف في كل شيء، فأُعجب به عمر إعجابا شديدا ثم قال: أبا حسن لا أبقاني الله لشدة لست لها ولا في بلد لست فيه[1].

ما حكي في زمن المعتضد أنه هرب قاتل واندس بين الناس فلم يعرف، فمر المعتضد على الناس يضع يده على قلب كل واحد منهم، واحدا بعد واحد فيجده ساكنا، حتى وضع يده على فؤاد ذلك الغلام، فإذا به يخفق خفقا شديدا، فركضه برجله، واستقره فأقر فقتله[2].

جاء رجلان إلى إياس بن معاوية، يختصمان في قطيفتين: إحداهما حمراء، والأخرى خضراء، فقال أحدهما: دخلت الحوض لأغتسل، ووضعت قطيفتي، ثم جاء هذا، فوضع قطيفته تحت قطيفتي، ثم دخل فاغتسل، فخرج قبلي، وأخذ قطيفتي فمضى بها، ثم خرجت فتبعته، فزعم أنها قطيفته، فقال: ألك بينة؟ قال: لا، قال: ائتوني بمشط، فأتي بمشط، فسرح رأس هذا، ورأس هذا، فخرج من رأس أحدهما صوف أحمر، ومن رأس الآخر صوف أخضر، فقضى بالحمراء للذي خرج من رأسه الصوف الأحمر، وبالخضراء للذي خرج من رأسه الصوف الأخضر[3].

---

[1] المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق: بكري حياني – صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط05، 1401هـ/1981م، ج05، ص830.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج34، ص105.

[3] ابن القيم، الطرق الحكمية، ج01، ص82.

الفرع الثاني: مشروعية القرينة وحجيتها.

أولا: مشروعية القرينة.

استدل المالكية على مشروعية العمل بالقرينة بنصوص كثيرة منها:

قوله تعالى: ﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾ يوسف [18]، قال عبد الرحمان الثعالبي: "روي أنهم أخذوا سَخلة أو جديا، فذبحوه، ولطخوا به قميص يوسف، وقالوا ليعقوب: هذا قميصه، فأخذه وبكى ثم تأمله، فلم ير خرقا، ولا أثر ناب فاستدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان الذئب حليما يأكل يوسف، ولا يخرق قميصه قص هذا القصص ابن عباس وغيره، وأجمعوا على أنه استدل على كذبهم بصحة القميص"[1].

وبقوله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ﴾ البقرة [272]، "دل على أن المراد بالسِّيما، حال يظهر على الشخص، حتى إذا رأينا ميتا في دار الإسلام وعليه زنار وهو غير مختون، فإنه لا يدفن في مقابر المسلمين ولا يصلى عليه ويقدم ذلك على حكم الدار في قول أكثر العلماء"[2].

من السنة:

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال: ((**لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن**"، **قالوا: "يا رسول الله وكيف إذنها؟ " قال: "إذنها صماتها". أو قال: "أن تسكت**"))[3]، فاعتبر النبي –صلى الله عليه وسلم– صمت البكر قرينة على رضاها بالزواج.

عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((**كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود عليه السلام فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها فقضى به للصغرى**))[4].

فعمد سيدنا سليمان عليه السلام إلى قرينة الشفقة التي جُبلت عليها الأمهات في بيان الصادقة منهما، فتنازل الصغرى للكبرى عن الطفل حتى تنقذه قرينة قوية على صدقها وكذب الأخرى، فدل على مشروعية العمل بالقرينة في

---

[1] عبد الرحمان الثعالبي، أبو زيد ابن محمد بن مخلوف، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق: الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي –بيروت–، ط01، 1418هـ، ج03، ص314.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص241.

[3] رواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم: 1419، ج02، ص1036.

[4] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابنا، رقم:6769، ج08، ص156.

القضاء لأن شرع من قبلنا هو شرع لنا مالم يرد الناسخ.

عمل الصـــحابة: "حكم عمر – رضـــي الله عنه – برجم المرأة إذا ظهر بها حمل، وليس لها زوج، وجعل ذلك يقوم مقام البينة في أنها زانية، وكذلك إذا قاء الخمر وغير ذلك"[1].

ثانيا: حجية القرينة.

القرينة حجيتها معتبرة عند المالكية في كل أبواب الفقه حتى في الحدود والقصـــاص، مع اعتبار قوة دلالتها على الحكم ومدى قوة ما يعارضها[2] وفق التفصيل التالي:

1.القطعية: التي لا تحتمل غير المعنى الذي دلت عليه فتقوم هذه القرينة مقام البينة[3]، فهي حجة يُعمل بها في بناء الحكم القضـائي في كل القضـايا حتى في الحدود والقصـاص[4]، لأن البينة تتناول الواقعة المجهولة مباشـرة، أما القرينة فتدل عليها دلالة يستنبط منها حكمٌ لهذه الواقعة المجهولة[5]، مثاله لو قيل للشاهد هل رأيت زيدا يسرق مال عمرو، فقال نعم رأيته بعيني، كانت هاته الشهادة كاشفة لحقيقة واقعة السرقة كشفا مباشرا لا يحتاج لاستنباط، أما لو وجدنا رجلا حاملا سكينا عليها دم وبجنبه رجل غارق في دمه وليس معه غيره، هنا لا أحد شهد على القتل وهي البينة المباشرة، لكن واقع الحال يستنبط منه القاضي أن حامل السكين هو القاتل.

2.الأغلبية: وتنقسم إلى.

أ. **الظنية المرجِّحَة:** التي لا تورث حكما بذاتها لكنها تُعتبر دليلا مُرجِّحا لأدلة الإثبات الأخرى، ويُؤخذ بها إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها ولم يوجد دليل آخر ولا يُستقل بها في الحدود والقصاص وإلا صارت قطعية [6]، كطلاق الفار فتطليق الرجل لزوجته في فراش الموت يورث التهمة أنه يريد حرمانها من الميراث، وقد يطلقها لخلاف حقيقي وقع في فترة حياته الأخيرة، لكن تقدم قرينة التهمة على احتمالية وجود خلاف بينهما ويتم توريثها.

ب. **الظنية التي تورث الشبهة:** فهي مرجوحة بالمقارنة مع غيرها لكن لها أثر في الحكم لأنها تورث الشبهة، لحديث عائشة، أنها قالت: **"اختصم سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد، الولد**

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص242.

[2] المصدر نفسه، ج02، ص121.

[3] النفراوي، الفواكه الدواني، ج01، ص405.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص125.

[5] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، ص127.

[6] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي، ص332 – 333/رضوان عبيدات، أجمد أبو شنب، حجية القرائن القانونية البسيطة في الإثبات، ص11/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج08، 6128.

للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة»، قالت: فلم ير سودة قط"،[1] ففراش الزوجية قرينة على ثبوت نسب الولد للزوج وهي مقدمة على بقية القرائن كالقافة والبصمة الوراثية وغيرها، لكن في نفس الحديث: ((**واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة**))، فالنبي –صلى الله عليه وسلم– أمر زوجته سودة بالاحتجاب عن ابن وليدة زمعة رغم حكمه –صلى الله عليه وسلم– أنه ابن زمعة وبالتالي هو أخوها والمرأة لا تحتجب من أخيها، لكن الشبه الظاهر بين هذا الولد وبين عتبة أورث شبهة الأبوة البيولوجية فاعتبر النبي –صلى الله عليه وسلم– ذلك الشبه في حكمه وأمر سودة بالاحتجاب، فقرينة الشَّبه لم يرجحها النبي –صلى الله عليه وسلم– لكنه اعتبرها في حكمه لما لها من الأثر.

3.ملغاة: هذا النوع من القرائن لا يُحكم به وله حكم العدم، عن ابن عباس قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم: ((**لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة، فقد ظهر منها الريبة في منطقها، وهيئتها، ومن يدخل عليها**))[2] فقرينة مخالطة المرأة للرجال شبهة ضعيفة لا يبنى عليها في اتهامها بالزنى، وكأن يأتي صاحب الدار ببنَّاء ليقوم له بعمل في المنزل ثم يدعي صـاحب الدار أن أدوات البناء ملكه لقرينة أنها في منزله، فهذه القرينة وهمية ملغاة أمام القرينة العرفية أن الأدوات عادة ما تكون من ملك صاحب المهنة، ويلحق بها القرائن غير شرعية كالإقرار بالتنويم المغناطيسي[3] ، التحليل التخديري[4]، جهاز كشف الكذب[5]...[6].

المطلب الثاني: ما له علاقة بالقرينة.

الفرع الأول: الفراسة والتوسُّم.

أولا: تعريف الفراسة والتوسُّم.

1.لغة: الفِراسة، من التَّفَرُّس، وهو التوسُّم، يقال تفرس فيه الشيء، إذا توسمه، وفي الحديث: «اتقوا فراسة المؤمن، فإنه ينظر بنور الله»، وقال ابن القطاع: الفراسة بالعين: إدراك الباطن، وجيد الفِراسة والتفرُّس، أي جيد النظر مُصيبه.

---

[1] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، وتوقي الشبهات، رقم:1457، ج02، ص1080.

[2] سبق تخريجه، ص211.

[3] افتعال حالة نوم غير طبيعية تتغير فيها الحالة النفسية والجسمية للنائم ويتغير خلالها اداؤه العقلي... منور الشملي، التنويم المغناطيس ، بحث ضمن مجموعة أبحاث بعنوان: استخدام الوسائل النفسية في الكشف عن الجريمة ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، السعودية، دط، 1408هـ، ص171.

[4] يتم تخدير الشخص لـ20دقيقة لكن قدرة الادراك تبقى سليمة مما يجعله اكثر قابلية للايحاء، عبد اللطيف بعجي، مدى حجية الإقرار الناتج عن وسائل التحقيق الحديثة، ص225.

[5] جهاز يسجل ضغط الشرايين وحركة التنفس وافرازات العرق لشخص خاضع للاستجواب،محمد زكي أبو عامر، الاثبات في المواد الجنائية، الفنية للنشر والتوزيع –القاهرة– مصر ،دط، دت، ص122.

[6] عبد اللطيف بعجي، مدى حجية الإقرار الناتج عن وسائل التحقيق الحديثة، ص225.

والْفَرَاسَـةُ والْفُرُوسَـةُ والْفُرُوسِـيَّةُ كلها مصـدر قولك: رجل فارس على الخيل، أي الحذق بركوب الخيل وأمرها وركضها والثبات عليها[1].

ومنه قوله تعالى: ﴿ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴾ الحجر [75] ، وقال مقاتل وابن زيد: للمتوسمين للمتفكرين، الضحاك: للنظارين، وقال قتادة: للمعتبرين، وقال أبو عبيدة: للمتبصرين[2].

فالمعنى اللغوي للفراسة والتوسُّم يدور التفكر والنظر الدقيق، الحذاقة وإدراك خفايا الأمر وبواطنه.

2.اصطلاحا:

أ. **الفراسة:** الاستدلال بالخَلق على الخَلق فيما لا يتعدى المتفطنون إلى غير ذلك من الصيغ والأغراض[3]، وفي موضع آخر قال: الاستدلال بالخَلق على الخَلق، وذلك يكون بجودة القريحة، وحدة الخاطر، وصفاء الفكر[4].

الشـــــرح: أي استنتاج الهيئة الباطنة للخَلق استنادا على ملامح وصورة الهيئة الظاهرة، وهذه الملكة لا يمتلكها إلا أهل الفطنة والعقل الذين يتوصلون إليها من خلال عدة أغراض، لذا الفطنة هي جهد عقلي يتتبع الهيئات وعدة أسباب للوصول للنتيجة.

ب. **التوسُّم:** "العلامة التي يُستدل بها على مطلوب غيرها"[5]، أي هي الأمارة التي يستعان بها للوصول إلى الأمر المراد بلوغه.

وهو "النظر في وَسْمِ-علامة-المعنَى، فيستدلُّ به على المعنى"[6]، أي النظر في العلامة والأثر الذي يتركه المعنى، للوصل إلى المعنى ذاته.

وكلا المعنيين الاصطلاحين يصبان في نفس القالب، وهو إعمال العقل بالتدبر في الأمارات والعلامات للوصول من خلالها إلى أمر خفي.

3.مثالـــه:

أ. روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه –: أنه دخل عليه قوم من مذحج فيهم الأشتر، فصعد عمر فيه النظر

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج16، ص328./الرازي، مختار الصحاح، ص237.

[2] القرطبي، تفسير القرطبي، ج10، ص43.

[3] ابن العربي، أحكام القرآن، ج03، ص45.

[4] المصدر نفسه، ج03، ص106.

[5] المصدر نفسه، ج03، ص106.

[6] الثعالبي، تفسير الثعالبي، ج03، ص405.

وصـوبه وقال: أيهم هذا؟ فقالوا: مالك بن الحارث، فقال: ما له قاتله الله أني لأرى للمسـلمين منه يوما عصـيبا، فكان منه في الفتنة ما كان[1].

ب. ما روي من فراسـة عبد الله بن عمر –رضـي الله عنهما– في الحسـين بن علي –رضـي الله عنهما– لما ودَّعه قال: "أستودعك الله من قتيل"، ومع الحسين –رضي الله عنه–كُتب أهل العراق تناشده الحضور لنصرته، فكانت فراسة ابن عمر أصدق من كتبهم[2].

ج. يحكى أن الشـافعي ومحمد بن الحسـن كانا جالسـين بفناء الكعبة، ودخل رجل على باب المسـجد، فقال أحدهما: أراه نجارا، وقال الآخر: بل حدادا، فتبادر من حضـر إلى الرجل فسـألوه، فقال لهم: كنت نجارا، وأنا الآن حداد، وهذه زيادة على العادة[3].

ثانيا: حكم العمل بالفراسة والتوسُّم في القضاء.

دل على مشروعية الفراسة قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ﴾ الحجر [75]، وقال –عليه الصلاة والسـلام –: ((**اتقوا فراسـة المؤمن فإنه ينظر بنور الله**))[4] وقال –عليه الصـلاة والسـلام –: ((**إن لله عبادا يعرفون الناس بالتوسم**))[5].

وبما أن الفراسـة والتوسُّـم مبنية على تتبع العلامات التي لا ينتبه لها الناس عادة للوصـول لأمور خفية إلا على أصحاب العقول، لذا هي عمل عقلي استنتاجي يحتاج الفطنة وصفاء النفس، وهي صفة محمودة في المؤمن لكنها غير ذلك في القضـاء، لأن الحكم مبني على الأدلة الظاهرة والملموسـة التي يدركها الناس عامتُهم وليسـت مقتصـرة على خاصـتهم، فالقاضـي قد يتوسـم الظالم من المتداعيين وقد يصـح ظنه ورغم ذلك لا يصـح له الحكم بتوسمه بل لابد من البينة، وإلا اختل ميزان القضاء وحكم القضاة بالتخمين والظن باسم الفراسة واتُّهموا في عدالتهم وضاعت الحقوق[6]، كما أن التفرس هو عمل ظني قد يخطئ ويصيب لذا لم يجزه علماؤنا إلا في حالات مخصـوصـة للضـرورة كما سـبق ذكره في

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج10، ص44.

[2] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، جماع أبواب الترغيب في النكاح وغير ذلك، باب ما جاء في معانقة الرجل الرجل، إذا لم تكن مؤدية إلى تحريك شهوة، رقم: 13574 ج07، ص161.

[3] ابن العربي، أحكام القرآن، ج03، ص106.

[4] رواه الترمذي في سننه، أبواب تفسير القرآن، باب ومن سورة الحجر، رقم: 3127، ج05، ص298.حكم الالباني ضعيف.

[5] رواه الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض–المملكة العربية السعودية–، ط01، 1415هـ–1995م، رقم: 1693ن ج04، ص267. حكم الألباني: حسن.

[6] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص132.

تزكية الشهود.

ثالثا: الفرق بين الفراسة –التوسُّم–، القرينة[1].

أ. القرينة علامة ظاهرة مشاهدة بالعيان، كمن يرى رجلا مكشوف الرأس وليس ذلك من عادته يعدو وراء آخر هاربا وبيد الهارب عمامة وعلى رأسه عمامة، فهذه قرينة مشاهَدة بالعين الحسية ودلالتها كما يقول العلماء واضحة على أن العمامة للرجل مكشوف الرأس، ولا يقال عمن يرى هذه العلامة ويستنتج هذا الحكم إنه متفرس.

ب. أن رؤية القرينة لا تتطلب مواصفات معينة في الرائي، كصدق الإيمان وصفاء الفكر وحّدة الذكاء، وذلك لأن خطوات الاستنتاج فيها ظاهرة واضحة، حتى أن الدقيق منها كتلك التي تقوم على التجارب العلمية لها أسسها وضوابطها وقانونها الذي يسهل الاطلاع عليه ومعرفته، أما الفراسة فهي تتطلب مواصفات معينة في المتفرّس، صدق إيمان أو حّدة ذكاء وصفاء فكر، وذلك لأن خطوات الاستنتاج فيها مستترة خفية.

ج. يمكن أن تقام البيّنة على وقوع القرينة ويتأكد القاضي من ثبوتها ففي المثال المتقدّم قد يشهد اثنان أو أكثر على رؤية الواقعة، أما الفراسة فلا يتوفر فيها ذلك، فلا يستطيع أحد الشهادة عليها وإن صحّ وقوعها على قلب اثنين أو أكثر فتلك حالة نادرة.

د. القرينة قد تصلح دليلا لبناء الأحكام القضائية ومستندا للقاضي في فصل النزاع، أما الفراسة فلا يصح الحكم بها.

الفرع الثاني: أهل الخبرة–أهل المعرفة–.

أولا: تعريف الخبرة.

1.تعريف الخبرة لغة: من الخَبَر وهو النبأ، ورجل خابِرٌ وخَبيرٌ وخَبِرٌ أي عالم[2]، وخبرت الأمر أخبره إذا عرفته على حقيقته ومنه قوله تعالى: ﴿فَسْئَلْ بِهِۦ خَبِيراً﴾ الفرقان [59]، أي اسأل عنه خبيرا يَخْبُرُ، والخابر: المختَبر المجرب ورجل خابر وخبير: عالم بالخبر، والخِبْرُ والخُبْرُ والخِبْرَةُ والخُبْرَةُ والمِخْبَرَةُ والمِخْبُرَةُ، كله: العلم بالشيء، يقال: من أين خَبَرْتَ هذا الأمر أي من أين علمت؟ وقولهم: لأخبرن خُبْرَكَ أي لأعلمن علمك، يقال: صدَّق الخَبَرَ الخُبْرُ، والخِبْرَةُ: الاختبارُ[3].

فمدار الخبرة حول معنى النبأ والعلم بالشيء، واختباره، لذا فالخبرة لغة مبنية على المعرفة بالشيء بعد اختباره.

---

[1] عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، ص127./ الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص132./ ابن العربي، أحكام القرآن، ج03، ص106.

[2] فيروزآبادي، القاموس المحيط، ص382.

[3] ابن منظور، لسان العرب، ج04، ص226.

2.تعريف الخبرة اصطلاحا:

أ. جاء في الذخيرة: **"الخبرة هي إدراك الأشياء الخفية"**[1].

الشرح: هذا التعريف جاء عاما يشمل الخبرة في الحياة عموما وليس خاصا بالجانب القضائي، وعُرِّفت الخبرة هنا من خلال المقصد منها وهي معرفة الأمور الخفية، لكن لم يشر إلى كيفية ذلك مما يوهم أن الخبرة قرينة للفِراسة وهي ليست كذلك، لأنها مبنية على العلم والتجربة المتكررة في موضوع ما بخلاف الفراسة.

ب. هي: **"رأي المختصين في أمر متنازع فيه بطلب من القاضي"**[2].

الشرح: عرِّفت الخبرة هنا كوسيلة من وسائل الإثبات القضائي، يلجأ إليها القاضي لمعرفة رأي أهل المعرفة بالأمر الذي يسأل عنه، الطب، الهندسة، التجارة...، كما بين التعريف أن اللجوء لرأي أهل الخبرة لا يكون إلا بطلب من القاضي.

ثانيا: حكم العمل بقول أهل الخبرة في القضاء.

دلت العديد النصوص على مشروعية العمل بالخبرة منها:

قوله تعالى:﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَآءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ المائدة [97]

قال علماؤنا:" يقيم المتلف رجلين عدلين فقيهين بما يحتاج إليه في ذلك، فينظران فيما أصاب، ويحكمان عليه بما رأياه في ذلك، فما حكما عليه لزمه"[3]، فأسندت الآية الكريمة الحكم إلى رأي عدلين لهما علم وخبرة في التقدير.

وبحديث عائشة، قالت: ((**دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا، فقال: " يا عائشة، ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي، فرأى أسامة وزيدا، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض**))[4].

دل سرور النبي –صلى الله عليه وسلم–على إقراره لقول القائف في إثباته لنسب أسامة لزيد من خلال خبرته في هذا الأمر.

وفي حديث عتاب بن أسيد: ((**أن النبي –صلى الله عليه وسلم –كان يبعث على الناس من يخرص عليهم**

[1] القرافي، الذخيرة، ج05، ص392.

[2] عبد اللطيف بعجي، الخبرة المتخصصة، ص 16.

[3] ابن العربي، أحكام القرآن، ج02، ص185.

[4] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، رقم:1459، ج02، ص1082.

كرومهم وثمارهم))[1]، فالنبي –صلى الله عليه وسلم–استعان بمن له خبرة في التخريص لتقدير زكاة الثمار مما دل على مشروعية استعانة الحاكم برأي أهل الخبرة لأن الزكاة من أعمال الدولة.

وقد أقر علماؤنا –رحمهم الله–استعانة القاضي برأي أهل المعرفة فيما عرض عليه، ومن ذلك قولهم: "يرجع إلى أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات وعيوب الثياب، ...والنساء في عيوب الفرج، وفي عيوب الجسد مما لا يطلع عليه الرجال، ويرجع إلى أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار، وكذلك يرجع إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره أو في الطرقات وأنواع ذلك"[2].

ثالثا: علاقة قول أهل الخبرة بالقرينة.

1. قول أهل الخبرة هو لون من ألوان القرائن ذلك أنه مستند على خبرة مبنية على تتبع علامات وأدلة فنية كالطبيب الشرعي، المهندس...، وتستنبط منها نتائج تعين القاضي على الوصول إلى الحكم، كتقرير الطبيب الشرعي أن سبب الوفاة هو الخنق فهو قرينة على وجود القتل العمد في الجريمة.
2. القرينة في عمومها هي أمارات وعلامات ملموسة تكون في القضية يلتمسها القاضي للوصول إلى الحكم، أما قول أهل الخبرة فهو تقرير راجح في تقدير مصدره وله قوته في التأثير على حكم القاضي.
3. القرينة تختلف درجات قوتها بين القطعية والظنية والوهمية بخلاف قول أهل الخبرة فهو قرينة قوية عند القاضي خاصة إن صدر من خبيرين.
4. القرينة تساعد القاضي على فهم ملابسات القضية، أما قول أهل الخبرة فيرفع عنه الجهل حول أمر ليس له فيه تقدير سليم.
5. القرينة عادة يستنبطها القاضي من ملابسات الدعوى، أما قول أهل الخبرة فهو قرينة تم كشفها من أهل المعرفة.

الفرع الثالث: القيافة.

أولا: تعريف القيافة.

1. **تعريف القيافة لغة:** يقال: قَافَ الأَثر قِيَافَة واقْتَافَه اقْتِيَافاً وقَافَه يَقُوفُه قَوْفاً وتَقَوَّفُه تتَبَّعه، والقائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه[3].

---

[1] رواه ابن ماجه في سننه، أبواب الزكاة، باب خرص النخل والعنب، رقم:1819، ج03، ص34، قال الأرنؤوط: صحيح، يُخرص: إذا حزر ويقدر كمية ما على النخلة من الرطب تمرا ويقدر كمية ما على الكرمة من العنب زبيبا.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص85.

[3] ابن منظور، لسان العرب، ج09، ص293.

2. **تعريف القيافة اصطلاحا:**

لا يختلف المعنى الاصـــطلاحي عن المعنى اللغوي، وحقيقتها: "اقتفاء الشـــبهة لتخايل الخِلقة"[1]، أي تتبع العلامات المشتبهة في الخِلقة التي قد تدل على وجود علاقة بين المتشابهين.

ثانيا: حكم العمل بالقيافة في القضاء.

دل على مشروعية القيافة حديث عائشة السابق، قالت: ((**دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسـرورا، فقال: يا عائشـة، ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي، فرأى أسـامة وزيدا، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض**))[2].

فسرور النبي –صلى الله عليه وسلم–بقول القائف دل على مشروعية الأخذ بقوله في إلحاق النسب، فمشهور المالكية أن يعمل بها في إثبات النســـب في غير الحرائر إن اختلف عليها اثنان، ذلك أن الأمة يمكن أن تكون فراشـــا لسيدين لصحة الاشتراك في الأمة، والزوجة لا يصح أن تكون فراشا لزوجين [3].

ثالثا: علاقة القيافة بالقرينة.

1. القيافة هي لون من ألوان القرينة الشـــرعية لأنها مبنية على تتبع علامات الشـــبه والتحقق منها اســـتنادا على دقة الملاحظة وكثرة التجارب[4].
2. القيافة ملحقة بقول أهل الخبرة فهي خاصة بموضوع محدد، لذا هي قرينة شرعية خاصة متعلقة بالنسب.
3. تقوم القيافة على تقرير عدل خبير بها يســتفيد القاضـــي من خبرته، أما القرينة فهي تشـــمل كذلك الأمارات التي يستنبطها القاضي بفكره دون الاستعانة بخبير.

الفرع الرابع: المعاينة.

1. **تعريف المعاينة لغة:** من العين: أي النظر، وقد عاينه معاينة وعيانا، ورأيت فلانا عيانا أي مواجهة، قال ابن سيده: ولقيه عيانا أي معاينة، ورآه عيانا: لم يشك في رؤيته إياه، وتعينت الشيء: أبصرته[5].

---

[1] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج05، ص354.

[2] سبق تخريجه، ص337.

[3] الرجراجي، المصدر السابق، ج05، ص357.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص136.

[5] ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص302.

يقال: لا أطلب أثرا بعد عين أي لا أترك الشيء وأنا أعاينه وأطلب أثره بعد أن يغيب عني[1].

فمعنى المعاينة لغة يصب في معنى الإبصار والمواجهة، والتيقن من رؤية الشيء.

2. **تعريف المعاينة اصطلاحا:** أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر[2].

فالقاضي قد يضطر إلى التحقق من الدعوى من خلال إبصارها والتيقن منها بنفسه أو اعتمادا على أحد أمنائه، فما ينقله له أمينه عمل به، عملا بقاعدة: "الصفة تقوم مقام المعاينة"، لأن العلم يقع بحاسة السمع والشم والذوق كما يقع بحاسة العين[3].

ثانيا: حكم المعاينة في القضاء.

المعاينة جائزة وقد يحدث للقاضي ما يجبره على الانتقال إلى خارج مجلس القضاء ليعاين المدعى به ويتحقق من دعوى وحجة الخصوم، ينطبق كذلك في الحسبة حيث يرى القاضي أو من ينوب عنه من المحتسبين منكرا أو غشا فإنه يعمل بما عاينه ويحكم بموجبه[4].

فعن عبد الله بن جعفر-وكيل علي بن أبي طالب-: نازعني طلحة في ظفير[5]كان بين ضيعتين: ضيعة لعلي وضيعة لطلحة، وكان علي يحب أن يثبت الظفير وكان طلحة يحب أن يزال، قال: فتنازعنا الخصومة بين يدي عثمان وهو خليفة، فقال لنا: إذا كان غدا ركبنا في الناس معكما حتى أقف على الظفير فأحكم بينكما معاينة.

قال عبد الله: فركب معنا من المهاجرين والأنصار، وكان معنا معاوية كان جاء زائرا فتنازعنا الخصومة في الطريق، فقال معاوية: لو كان منكرًا لأزاله عمر، قال: فوالله ما خرج كلامه حسنا حتى توجه الحكم لي، ثم وقف عثمان والناس معه على الظفير، فقال: يا هؤلاء، أخبرونا أكان هذا أيام عمر؟ قال: قلنا: نعم، قال: فدعونا كما كان أيام عمر، قال: فانصرفنا[6].

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج35، ص461.

[2] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص590.

[3] ابن بطال، شرح صحيح البخارى، ج06، ص275.

[4] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص453.

[5] حاجز فاصل بين أرضين.

[6] لم أجد له تخريجا، ورواه ابن القاسم عن مالك في المدونة بلفظ آخر. المدونة، ج01، ص350./قال ابن سهل: وإن كان في هذه الحكاية بعض الخلاف، فإن المعنى المقصود منها متفق عليه وهو ركب القاضي مع الثقات في الأمر المشكل. الإعلام بنوازل الأحكام، ص455.

فدلت هذه الواقعة على وجوب المعاينة إن لزم الأمر حتى يكون القاضي على بينة من أمره.

ثالثا: علاقة المعاينة بالقرينة.

1. المعاينة وسيلة يستند إليها القاضي للتحقق من أدلة الخصوم والقرائن المحيطة بالقضية.
2. المعاينة وسيلة أخرى لاستنباط قرائن جديدة لم يتنبه إليها القاضي، فلو عاين القاضي محل النزاع قد يخرج بقرائن حسية غابت عنه تعينه في الحكم، كما في قصة عثمان –رضي الله عنه– لما عاين الأرض وجد أن الظفير باق على أصله، مما دل أن عمر –القاضي السابق–قد حكم على بقائه وليس على إزالته، فلم ينقضه.

المطلب الثالث: إجراءات العمل بالقرينة.

أولا: على القاضي التمعن في مناحي القضية المعروضة أمامه بتتبع التفاصيل وملابسات القضية وتحليل ما قدمه المتداعيان بعد سؤالهما واستفسارهما عما أشكل من كلامهما.

ثانيا: استخراج القرائن والأمارات الموجودة في القضية من طرف القاضي أو مشاوريه وهذا راجع إلى مدى نباهة المتولي للقضية وسعة خبرته.

ثالثا: استعانة القاضي بأعوانه في كشف خبايا القضية وطلب رأي أهل الخبرة كالطبيب الشرعي، الشرطة، الخبير العقاري... بحسب نوع الدعوى[1].

رابعا: التحقق من سلامة هذه القرائن، من خلال:

1. التحقيق الميداني ومعاينة المدعى به وأدلة الخصوم، مثاله ادعى رجل ضياع ناقة وجدها عند آخر وادعى أنها ناقته نتجت عنده منذ سبع سنين وضاعت منه منذ سنة وله بذلك بينة — بينة سبب الملك–فأجاب واضع اليد بأنه اشتراها منذ تسع سنين من رجل، أمر القاضي بحضور البائع والناقة بالمجلس، فأنكر البائع معرفة الناقة، فإنه يحكم للمدعي مع بينته[2].
2. التحقق من سلامة الاستنتاج والربط بين هذه القرينة وما تدل عليه من الأمر المجهول الذي نبحث عنه بما يتطابق مع العقل ويريح الضمير، فعن ((مالك أنه بلغه، أن عثمان بن عفان أتي بامرأة قد ولدت في ستة أشهر، فأمر بها أن ترجم، فقال له علي بن أبي طالب: ليس ذلك عليها، إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ الأحقاف [14]، وقال: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ البقرة [231] فالحمل

[1] القره داغي، مسائل فقهية معاصرة، ص31.

[2] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص307.

يكون ستة أشهر، فلا رجم عليها...))[1].

3. التحقق من سلامتها من التزوير والاختلاق: وقال جعفر بن محمد: ((أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار كانت تهواه، فلما لم يساعدها احتالت عليه، فأخذت بيضة فألقت صفرتها، وصبت البياض على ثوبها وبين فخذيها، ثم جاءت إلى عمر صارخة، فقالت: هذا الرجل غلبني على نفسي، وفضحني في أهلي، وهذا أثر فعاله، فسأل عمر النساء فقلن له: إن ببدنها وثوبها أثر المني، فهمّ بعقوبة الشاب فجعل يستغيث، ويقول: يا أمير المؤمنين، تثبت في أمري، فو الله ما أتيت فاحشة ولا هممت بها، فقد راودتني عن نفسي فاعتصمت، فقال عمر: يا أبا الحسن ما ترى في أمرهما، فنظر علي إلى ما على الثوب، ثم دعا بماء حار شديد الغليان، فصُبَّ على الثوب فجمد ذلك البياض، ثم أخذه واشتمه وذاقه، فعرف طعم البيض وزجر المرأة، فاعترفت))[2]، فعلي-رضي الله عنه- قد عمد إلى التحقق من سلامة القرينة من التزوير حتى إن حكموا حكموا بحق.

4. كذا الاطلاع على تقارير الخبراء ممن كلفهم بالقضية كالطبيب الشرعي...[3]، أما في اعتبار عدد أهل الخبرة، وكذا العمل حين اختلافهم، فينظر:

أ.العدد الذي يعتد به في الأخذ بقول أهل الخبرة، فيه تفصيل:

- اتفقوا على اشتراط رأي العدلين في الحدود، كتقويم العرض المسروق، هل بلغت قيمته النصاب أو لا؟
- واختلفوا في غيرها، فقالوا يكفي الواحد في التقويم لأن التقويم من باب الإخبار، ولأنه إعلام بالقيمة لا من باب الشهادة على الراجح وهو قول مالك، وفي رواية أخرى لابد من الإثنين في كل شيء[4].

سبب الخلاف: هل قول أهل الخبرة هو من باب الشهادة أم الرواية أو الحكم؟

فمن شبهه بالشهادة اشترط فيه التعدد لأنه إلزام لمعين، فلو قال قيمة السلعة كذا فقد أَلزم غيره به، ومن ألحقه بالرواية اكتفى بقول الواحد منهم لأنه ينقل خبرا عن أمر كان له فيه تقدير كمن يروي عن واقعة معينة، ومن ألحقه بالحكم قال إن تقديره حاسم للنزاع، لأن القاضي سيضعه في موضع التنفيذ فصار قوله كالحكم فيقبل فيه قول الواحد إلا في الحدود فيقبل فيه الاثنان درءا للشبهة.

- أما في القاسم الذي يقسم التركة بين الورثة أو المال بين الشركاء، قال مالك يكفي فيه الواحد والاثنان أحسن،

---

[1] رواه مالك في الموطأ، كتاب الرجم والحدود، باب ما جاء في الرجم، دون ترقيم، ج05، ص1204.

[2] ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد - مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، ط01، 1428هـ، ج01، ص120.

[3] سليمان إبراهيم عزب، وسائل الاثبات المعاصرة في النظام القضائي الإسلامي-فحوصات الطب الشرعي-ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح-فلسطين-، 2019م، ص60.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص260.

وقال غيره لابد من الاثنين، وله نفس سبب الخلاف السابق إلا أنهم قالوا الأظهر يكفي فيه الواحد لأن المـــُـــقسم نائب عن الحاكم في التقسيم[1].

ب.إن اختلف أهل الخبرة في استنتاجاتهم وآرائهم، فإنه ينظر:

- في الحدود: إذا اختلف اثنان رُجِّح بالثالث، وإذا اختلف أربعة، اثنان منهم قالا برأي وآخران قالا برأي آخر، رُجح بآخر[2].
- في التخريص: إذا اختلف الخراصون قدم قول أعلمهم[3].

سبب الخلاف: عموما يلحق تعارض آراء الخبراء بتعارض البينات وهو فرع عن الاختلاف في الشهادة: هل العبرة بزياد العدد أم بزيادة العدالة –وفي مسألتنا بزياد المعرفة–؟

فمن قدم قول الأعرف قال لأن الخبرة يلزم منها زيادة معرفة بالأمر المراد كشفه، فإن تساووا في المعرفة عمل بقول الأعدل فإن تكافؤوا في العدالة سقطت هذه المعاينة[4]، قال بعضهم تسقط آراؤهم عند التعارض ذكره المتيطي عن الموازية وابن مزين وغيرهما لأن كلا الرأيين مكذب للآخر[5].

ومن قدم قول الأكثر قال لأن الأفهام تتباين بين الناس والكثرة مظنة الصواب، إلا أنهم قالوا تسقط آراء الخبراء إن تعارضت وكان عدد كل طرف كثيرا، لأنها كثرة لا تفيد معنى زائدا فكلاهما يلزم من كثرته القطع بما توصل إليه[6].

خامسا: بعد التحقق من صحة هذه القرينة وجب على القاضي تحديد درجة قوتها ومدى تأثيرها على سير القضية ويرجع هذا إلى سلطة القاضي التقديرية قال ابن القاسم في القسامة: "يكشف عن حال المقتول وجِراحه وموضعه، وحالة القتل، وهل كان بينهما عداوة، فيستدل بذلك حتى يُظهر أمره، فيقسموا عليه–القسامة–"[7]، وكما لو تنازع المدين مع من دفع عنه المال، فقام الدافع يطالب بالمال وقال المدفوع عنه إنما دفعتَه عني على وجه الإحسان، فالأصل يقدم قول الدافع إلا لقرينة تدل على كذبه، كما لو دفع عن الميت المفلس وسكت عن ورثته، فلما طرئ للميت مال طالبهم بالدَّين فلا يصدق حينها[8].

وهذه السلطة تتمثل في التمييز بين كون القرينة قطعية، ظنية، ضعيفة أو وهمية، من خلال جمعها مع بقية القرائن

---

[1] عليش، منح الجليل، ج07، ص255.

[2] سحنون، المدونة الكبرى، ج04، ص545.

[3] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج19، ص26.

[4] الصاوي، حاشية الصاوي، ج03، ص180.

[5] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج05، ص498.

[6] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص228.

[7] ابن عرفة، المصدر السابق، ج10، ص147.

[8] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص98.

وأدلة الإثبات الأخرى المعروضة أمام القاضي إن وجدت، فينظر:

1. إن كانت القرينة قطعية أخذ بها القاضي في بناء حكمه، كتعدد الضربات على الضحية يدل على العمد[1]، وكاختلاط رضَّع في المستشفى بسبب حريق أو فيضان أو حرب فاختلف في أحد الرضع رجلان كل يدعي الأبوة فيحكم لمن تَوافق حمضه النووي الـ ADN مع حمض الصغير ويحكم له، وكذا في حال ظهور الحمل على زوجته وقام برعايتها والقيام على شؤون الحمل ومتابعتها طبيا كان ذلك قرينة على إقراره بأبوته لذلك الحمل فلو لاعنها بعد ذلك لم يُقبل منه وحُدَّ حد القذف إلا لوجود عذر[2].
2. إن كانت القرينة ظنية عمل بها كمرجحات لأدلة الخصوم، أو كشبهة لابد من اعتبارها في الحكم، كحديث قتل أبي جهل ((... **فابتدراه فضرباه بسيفيهما حتى قتلاه، ثم انصرفا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأخبراه، فقال: «أيكما قتله؟» فقال كل واحد منهما: أنا قتلت، فقال: «هل مسحتما سيفيكما؟» قالا: لا، فنظر في السيفين، فقال: «كلاكما قتله»، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح**))[3]، لما نظر النبي –صلى الله عليه وسلم–لقرينة الدم في السيف وجد كلا السيفين قد استعمل في قتل عدو الله، أما تخصيصه بمعاذ لأنه ترجح في نظره –صلى الله عليه وسلم–أن معاذا هو الذي أجهز عليه لعمق الضربة أو لوجود أثر الطعام على السيف[4].
3. إن كانت وهمية لم يعتبرها وألغاها من القضية كما سبق بيانه.

سادسا: إذا تقررت القرينة لدى القاضي تم إعفاء صاحبها من عبء الإثبات، وتوجه إلى الطرف الآخر مباشرة[5]، كحيازة شيء ما فهي قرينة على التملك فعلى الطرف الآخر إثبات عكس ذلك.

سابعا: تقديم الخصم لدفعه لهذه القرائن بتكذيبها أو تقديم عذر شرعي يُسقطها أو بينة أخرى وما أشبه ذلك مما يدل على صدقه[6].

ثامنا: النظر في دفع الخصوم ومدى قوته في إسقاط القرائن وأدلة الطرف الآخر ثم الحكم في القضية بعد الإعذار للمحكوم عليه.

---

[1] عليش، منح الجليل، ج09، ص165.

[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج03، ص57.

[3] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، رقم: 1752، ج03، ص1372.

[4] عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ج06، ص66.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص241.

[6] الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج04، ص240.

الفصل السادس: إجراءات الفصل في الدعوى القضائية.

وفيه ثلاثة مباحث هي:

- **المبحث الأول: الإجراءات القضـــائية عند تعارض الأدلة، تســـاويها وغيابها.**
- **المبحث الثاني: الحكم في القضية.**
- **المبحث الثالث: إجراءات نقض الحكم وتنفيذه.**

تمهيـــــد:

آخر وأهم مراحل إجراءات التقاضي، هي فصل الدعوى، لأن كلا طرفي النزاع سيحصد ما زرعه أثناء عملية التقاضي السابقة، ومن هنا كان لابد من بيان إجراءات النظر في أدلة الخصوم سواء بالجمع أو الترجيح، خاصة عند تساوي البينات والعجز عن الترجيح، فإذا أتم القاضي هذه الخطوات كان له إصدار حكمه وفق إجراءات محددة سواء أصدر حكمه في حضور الخصوم أو في غياب أحدهم.

وفي هذا الإطار بيَّن المالكية طرق رفع النزاع دون اللجوء للحكم القضائي كإسقاط الدعوى، الصلح...وبينوا أثر التقادم في استمرارية الحق في الخصومة من عدمه.

وضمانا لتحقيق العدالة أقر المالكية بضرورة السماح للخصوم باستئناف الحكم، سواء عند القاضي نفسه أو عند غيره ما توفرت الدواعي، للوصول إلى حكم نهائي في الدعوى الذي بدوره يوضع مباشرة على سكة التنفيذ من الحاكم، لأن الحكم القضائي ثمرة التقاضي والتنفيذ لبُّه.

المبحث الأول: الإجراءات القضائية عند تعارض الأدلة، تساويها وغيابها.

أعقد المراحل التي يواجهها القاضـــي أثناء نظره في الدعوى هي الحكم في تعارض بينات الخصـــوم، لذا أولى المالكية أهمية بالغة في تبيان الجانب النظري للتعارض وشـــروطه، وكذا جانبه التطبيقي المتمثل في المنهج العملي لرفع التعارض من خلال مسلك الجمع، ثم مسلك الترجيح، وانتهاء بتساقط الأدلة وبيان كيفية النظر عند تساوي البينات والعجز عن الترجيح.

المطلب الأول: تعارض الأدلة وتساويها.

الفرع الأول: تعريف التعارض.

أولا: تعريف التعارض لغة: التعارض مشتق من "عَرَضَ" وهو يأتي على معان عديدة منها:

1. **المنـــــع:** يقال: "اعترض الشيء صار عارضا كالخشبة المعترضة في النهر. يقال: اعترض الشيء، دون الشيء أي حال دونه"[1].

قال تعالى: ﴿ وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ ﴾ البقرة [222]، أي "لا تجعلوا اليمين بالله قوة لأنفســـكم، وعدة في الامتناع من البر"[2].

2. **التقابل:** يقال: "عارض الكتاب معارضـــة وعراضـــا: قابله بكتاب آخر، وفي الحديث: ((**أن جبريل كان يعارضـــه بالقرآن كل عام مرة، وإنه عارضـــه به في العام مرتين...**))[3]، قال ابن الأثير: أي كان يدارســـه جميع ما نزل من القرآن من المعارضة المقابلة "[4].
3. **العدول والمجانبة:** يقال: عارضه أي جانبه وعدل عنه[5].
4. **المساواة:** يقال: "عارضته بمثل ما صنع، إذا أتيت إليه بمثل ما أتي إليك...واعترض فلان عِرْضي، إذا قابله وساواه في الحسب"[6].

مما تقدم تكون المعاني اللغوية للتعارض خادمة للمعنى الاصـــطلاحي الذي لا يخرج عن معنى منع البينة لنفوذ غيرها

---

[1] الرازي، مختار الصحاح، ص205.

[2] القرطبي، تفسير القرطبي، ج03، ص98.

[3] رواه مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب فضائل فاطمة بنت النبي عليها الصلاة والسلام، رقم: 2450، ج04، ص1905.

[4] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج18، ص419/ ابن منظور، لسان العرب، ج07، ص167.

[5] الرازي، مختار الصحاح، ص205.

[6] الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي،إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج01، ص272.

فهي تقابلها وتساويها وتجانب مقتضى ما دلت عليه البينة الأخرى.

ثانيا: تعريف التعارض اصطلاحا: المقصود بالمعنى الاصطلاحي هنا هو المعنى الفقهي لا الأصولي لأن الفقهاء يتناولون أدلة الخصوم بينما الأصوليون يتعاملون مع أدلة الأحكام، بالإضافة إلى أن التعارض بين الخصوم حقيقي بخلاف التعارض الأصولي فهو ظاهري لاستحالة تعارض نصوص الوحي، كما أن أدلة الخصوم غير ناسخة لبعضها بخلاف ما في الأصول.

1- عرفه ابن عرفة بـ: **''اشتمال كل منهما –البينتان–على ما ينافي الأخرى''**[1].

شرح التعريف:

"معناه أن كل بينة اجتمع فيها ما دلت به على منافاة الأخرى إما صريحا أو ضمنا بحيث لا يمكن الجمع بينهما، كما إذا شهد شاهدان بأن فلانا طلق زينب في وقت كذا في ساعة كذا، وشهد شاهدان بأنه إنما طلق فاطمة في وقت كذا في الوقت المذكور، فكل منهما قد كذب صاحبه في شهادته"[2].

2- جاء في التوضيح: **''التعارض بين البينتين: التقابل بينهما على وجه يمنع كلًّا منهما صاحبه''**[3].

شرح التعريف:

أي أن كل بينة تدل على نقيض ما دلت عليه الأخرى بما لا يمكن اجتماعهما لأن كلا منهما دلت على ابطال الأخرى.

يُفهم مما سبق أن التعارض المقصود عند علمائنا ليس ذلك التعارض الظاهري الذي يمكن رفعه باجتهاد القاضي، فأيُّما أدلة قدمها الخصوم لا يحكم بتعارضها مباشرة وإن كان ظاهر الأمر هو هذا، فكل من الخصوم يدفع عن رأيه ويريد إبطال دعوى غيره ويلزم منه التعارض، لكن إن وقع وأمكن للحاكم رفع هذا التضارب بين البينات دل ذلك أن التعارض هنا هو ظاهري فقط، أما التعارض الحقيقي يبدأ حين العجز عن التوفيق بين بينات الخصوم وهو المقصود عند المالكية، وإن تجوزوا وتساهلوا في توظيف المصطلح من حيث التطبيق فشمل التعارض الظاهري والتعارض الحقيقي.

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص465.

[2] المصدر نفسه، ص465-466.

[3] خليل، التوضيح، ج08، ص03.

الفرع الثاني: شروط التعارض.

أولا: اتحاد محل الحكم في البينتين المتعارضتين: بأن تدل كلا البينتين على نفس المحل بعينه كسيارة بعينها أو مسكن بعينه[1].

ثانيا: اتحاد زمان البينتين المتعارضتين: بأن تشهد إحداهما أن هذه الأرض ملك لأحمد الآن وتشهد الأخرى أن هذه الأرض ملك لخالد الآن، فإن اختلف الزمان فلا تعارض كأن تشهد البينة الثانية أن هذه الأرض كانت لخالد فيما مضى[2].

ثالثا: اتحاد البينتان المتعارضتان في القوة: كتعارض شهادة عدلين مع شهادة آخرين بنفس العدالة، أما إن اختلفتا في القوة فلا تعارض كاختلاف شهادة العدول مع الشاهد واليمين فيقدم العدلان ولو كان الشاهد أعدل أهل زمانه لأن بعض علماء المذهب لا يرون اليمين مع الشاهد[3].

رابعا: حجية كل من البينتين المتعارضتين: بحيث لو انفردت إحداهما لحُكم لصاحبها كشهادة الشاهدين بحق لزيد وعارضهما عدلان آخران بأن هذا الحق لعمرو، ولا يقع التعارض بين بينتين ناقصتين ولا بينة كاملة مع ناقصة[4] لذا تم ضبط ما يقع فيه التعارض في قولهم "يقع التعارض في الشرع بين الدليلين، والبينتين، والأصلين، والظاهرين، والأصل والظاهر"[5].

المطلب الثاني: منهج المالكية في رفع التعارض.

قال المالكية عند تطرقهم لتعارض الأدلة بسلوك مسلك الجمع ما أمكن، ثم الترجيح ما أمكن، ثم بتساقط الأدلة عند العجز عن الترجيح، قال ابن شاس: "ومهما أمكن الجمع بينهما جمع، وإن تناقضتا وأمكن الترجيح رجعنا إليه، وإن استوتا تساقطتا"[6].

---

[1] حمزة حسن الأمين، التعارض والترجيح بين البينات القضائية، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، ع 16، 1429هـ-2008م، ص10.

[2] خالد قرقور، قواعد الاثبات في الشريعة الإسلامية، ص 264.

[3] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات،ص805./ الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص220./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص379.

[4] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص57

[5] القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط01، 1393 هـ - 1973م، ص453.

[6] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1085.

الفرع الأول: الجمع وطرقه.

أولا: تعريف الجمع.

1. **تعريف الجمع لغة:** مصدر جَمَعَ و"جمع الشيء عن تفرقة يجمعه جمعا وجمعه وأجمعه فاجتمع واجتمع، وهي مضارعة، وكذلك تجمع واستجمع والمجموع: الذي جمع من هاهنا وهاهنا وإن لم يجعل كالشيء الواحد، واستجمع السيل: اجتمع من كل موضع، وجمعت الشيء إذا جئت به من هاهنا وهاهنا، وتجمع القوم: اجتمعوا أيضا من هاهنا وهاهنا"[1]، والجمع "تأليف المتفرق"[2]، و"ضَمُّ الشيء بتقريب بعضه من بعض"[3]، و"الجمع أيضا اسم لجماعة الناس"[4].

ويأتي بمعنى العزم يقال: "أجمع الأمر إذا عزم عليه"[5].

2.تعريف الجمع اصـــطلاحا: هو "التوفيق بين مدلولات الحجج المتعارضـــة في الظاهر بوجه من الوجوه بحيث يزول التعارض ويمكن العمل بالحجج كلها"[6].

شـرح التعريف: يقصـد بالجمع البحث عن أوجه التوافق بين الحجج المتعارضـة والتأليف بينها ولو بوجه واحد على الأقل.

ثانيا: حجية تقديم الجمع وشروطه.

1. **حجية تقديم الجمع.**

قال المالكية بتقديم مســـلك الجمع بين الأدلة، قال القرافي: "إذا تعارض دليلان فالعمل بكل واحد منهما من وجه أولى من العمل بأحدهما دون الآخر"[7].

استدلوا على تقديمهم للجمع بـ:

قالوا إن إعمال الأدلة أولى من إهمالها، فلو أمكن العمل بهاتين البينتين ثم أخذ بإحداها وأسقطت البينة الأخرى ولم يعمل بها لكان فيه ظلم لصاحبها[8].

---

[1] ابن منظور، ابن منظور، لسان العرب، ج08، ص53.

[2] فيروزآبادي، القاموس المحيط، ص710.

[3] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج20، ص451.

[4] الرازي، مختار الصحاح، ص61.

[5] المصدر نفسه، ص61.

[6] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص145.

[7] القرافي، القرافي، الذخيرة، ج01، ص135.

[8] حمزة حسن الأمين، التعارض والترجيح بين البينات القضائية، ص18.

احتمال وقوع الخطأ في الترجيح أكثر من احتمال وقوعه فيما لو دفع التعارض بالجمع، ذلك لأن الترجيح يقوم على مرجحات ظنية لهذا يتقدم الجمع عليه[1].

الجمع بين الأدلة أقرب إلى الكمال وأبعد عن النقص لأن الجمع يجعل الأدلة متوافقة بأن توزع على أفرادها بحسب تنوعها، وفي ذلك إزالة للاختلاف المؤدي إلى النقص، بخلاف الترجيح أو التساقط وهي كلها تؤدي إلى ترك أحد الدَّليلين أو كليهما[2].

2. شروط الجمع.

إضافة إلى شروط التعارض السابقة التي تمنع من الترجيح هناك شروط أخرى إن توفرت رجحت الجمع وهي:

أ. "ألا يكون التعارض على سبيل التناقض والتضاد بحيث لا يمكن الجمع بينهما.

ب. ألا يؤدي الجمع إلى ابطال أحدهما بالكلية"[3].

ثالثا: كيفية الجمع وطرقه.

1. **كيفية الجمع:** ذهب المالكية إلى الأخذ بالجمع بين الأدلة المتعارضة ما أمكن[4]، فإمكانية الجمع بين أمرين دليل على اشتراكهما في بعض الأوجه فلا يجوز تجاوزه إلى غيره لضابط **"**الجمع دليل الاشتراك**"**[5]:

أ. فلو تم للقاضي أن يعمل بكلا البينتين من كل وجه لزمه ذلك.

ب. فإن تعذر الجمع الكلي وكان بالإمكان الجمع ولو جزئيا فيما اتفقت البينات عليه، لزمه ذلك.

ج. نص المالكية على بعض طرق الجمع وقد توجد طرق أخرى غير منصوص عليها، لأن الجمع وحتى الترجيح هو ملكة يهبها الله تعالى للقاضي يفتح له بها من الطرق ما لن نجده في كتب الفقه ويستدل لهم بـ: قصة الرجل الذي قتل تسعة وتسعين نفسا فلما اختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب: ((...**فقالت ملائكة الرحمة: جاء تائبا مقبلا بقلبه إلى الله، وقالت ملائكة العذاب: إنه لم يعمل خيرا قط، فأتاهم ملك في صورة آدمي، فجعلوه بينهم، فقال: قيسوا ما بين الأرضين، فإلى أيتهما كان أدنى فهو له، فقاسوه فوجدوه أدنى إلى الأرض التي أراد،**

---

[1] عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة، منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث وأثره في الفقه الإسلامي، دار النفائس، دط، دت، ص117

[2] المصدر نفسه، ص118.

[3] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص147

[4] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص304.

[5] المقري، قواعد الفقه، ص404

فقبضته ملائكة الرحمة))[1]، فالله تعالى بعث ملكا ليحكم بين ملائكته بما لم يخطر على بالهم وهو كذلك في الجمع بين الأدلة يكون بحسب ما فتحه الله تعالى على عبده، وكأن الفهم هو أحد جند الله تعالى يرسله لعباده.

2. **طرق الجمع:**

أ. **الجمع بالتخصيص:** قد تكون احدى البينات عامة والأخرى خاصة فيتم تخصيص الأولى بالثانية[2]، مثال: شهدت بينة للزوج أنه يملك كل متاع المنزل وشـــهدت البينة الأخرى أن زوجته قد اشـــترت آلات المطبخ، فيجمع بينهما بالتخصيص فيكون للزوجة آلات المطبخ وللزوج بقية المتاع.

ب. **الجمع بالتقييد:** تحمل البينة المطلقة على البينة المقيدة، مثال: أن تشهد بينة أن زيدا قتل رجلا وشهدت الأخرى أن زيدا قتل رجلا من بني فلان، واتفقت البينتان في الزمان والمكان والأوصـــاف فيعمل بكلا الحجتين[3]، ويحكم على زيد بجريمة واحدة أنه قتل رجلا من بني فلان وليس بجريمتين.

ج. **الجمع باختلاف المحل**[4]: كأن تدل بينة أن الزوج طلق زوجته الأولى وتشـــهد البينة الأخرى أنه طلق زوجته الثانية، فهذا تعارض ظاهري يرفع بالجمع بينهما ويحكم بطلاق الزوجتين.

د. **الجمع باختلاف الحال:** أن تشـهد البينة لأحدهما بالملك وتشـهد الأخرى للآخر بالحوز فقط فيعمل بهما معا لأن الحوز قد يكون عن ملك أو غيره فتحمل كل واحدة منهما على حالها[5].

هـ. **الجمع بالتوزيع:** لو تداعيا في دار مثلا فادعى أحدهما جميعها، وادعى الآخر نصفها وتساوت البينتان واشترك المتداعيان في حيازة الدار، فعلى قول مالك ومن تابعه تقسم الدار بينهما أثلاثا، لمدعي الكل سهمان ولمدعي النصف سهم[6].

ولو تداعيا ثوبا بأيديهما فقال أحدهما: لي نصـفه، والنصـف الثاني لزيد، وقال الآخر لي نصـفه، ونصـفه لزيد ولا شيء لك فيه: قسم بينهما لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصيب الآخر الذي قد حازه فلا يكون للمقر له شيء[7].

---

[1] رواه مسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب قبول توبة القاتل وإن كثر قتله، رقم: 2766، ج04، ص2118.

[2] خالد قرقور، قواعد الاثبات في الشريعة، ص276

[3] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص151

[4] خالد قرقور، المصدر السابق، ص276

[5] محمد عبد الله الشنقيطي، المصدر السابق، ص152/ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص221.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص378.

[7] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1573.

الفرع الثاني: الترجيح وطرقه.

أولا: تعريف الترجيح وشروطه:

1. **تعريف الترجيح لغة:** مصدر رَجَحَ، والاسم الرجحان إذا زاد وزنه[1]، ويأتي بمعنى[2]:

أ. **الميلان،** يقال: رَجَح الشيء يَرْجحُ رُجُوحاً ورُجْحَاناً ورَجَحاناً، أي مال.

ب. **التثقيل،** يقال: أرجح الميزان أي أثقله حتى مال.

ج. **التغليب،** يقال: ترجح الرأي عنده أي غلب على أمره.

د. **التذبذب،** يقال: ترجح بين شيئين أي تذبذب.

2. **تعريف الترجيح اصطلاحا[3]:**

أ. عرفه ابن الحاجب بقوله: **''اقتران الأمارة بما تقوى به على معارضها''**[4].

شرح التعريف:

- **اقتران:** أي وجود وصف للدليل الذي يقع به الترجيح.
- **الأمارة:** إنما ذكرها لإخراج الدليل القطعي ولا ما هو أعم منهما لأنه لا تعارض بين ظني والقطعي[5]، فالترجيح لا يكون إلا بين الأدلة الظنية لأن الأمارة لا تدل على الدليل القطعي.
- **بما تقوى به على معارضها:** أي أن على المجتهد الكشف عن ذلك الوصف المتعلق بالدليل وبه يقع الترجيح.

ب. عرفه محمد الأمين الشنقيطي بقوله: **''تقوية أحد الدليلين المتعارضين''**[6].

---

[1] الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص219.

[2] الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت- ، ط04، 1407 هـ - 1987 م، ج01، ص364./ مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج06، ص383-384./ الفيومي، المصباح المنير، ج01، ص219.

[3] التعريفات الواردة هي تعريفات أصولية استفدت منها لأنني لم أجد تعريفا للترجيح في القضاء في حدود بحثي.

[4] شمس الدين الأصفهاني، أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط01، 1406هـ / 1986م، ج03، ص370.

[5] ابن أمير حاج، شمس الدين محمد بن محمد، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ط02، 1403هـ - 1983م، ج03، ص16.

[6] محمد الأمين الشنقيطي، بن محمد المختار، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، -المدينة المنورة-، ط05، 2001 م ، ص 492

شرح التعريف:

دل التعريف على أن الترجيح يكون بين دليلين لا يمكن الجمع بينهما لأن التعارض يبدأ عند العجز عن الجمع، من خلال نظر الحاكم في جوانب قوة كل منهما أو النظر فيما يدعم أحدهما على الآخر بمرجح تابع وهو مرجح خارجي كتعارض الخصوم في ملكية عين فإنه يرجح بالحيازة لأنها تابعة للتملك، وهذا هو مقصوده بالتقوية.

3. شروط الترجيح:

أ. وجود مزية من وصف تابع بإحدى البينتين المتعارضتين[1].

ب. استحالة الجمع بين البينتين المتعارضتين[2].

ج. ذكر القرافي أن مذهب المالكية لا يحكم بأعدل البينتين -الترجيح-إلا في الأموال خاصة [3] وهذا الشرط هو متعلق بإحدى طرق الترجيح وهي الزيادة في عدالة الشهود[4]، وقد ذكرته هنا من باب التنبيه فقد يظن البعض أنه شامل لكل المرجحات وهذا غير سليم كما وقع لصاحب مقال التعارض والترجيح بين البينات القضائية[5]، لذا هذا الشرط ليس عاما عند المالكية.

ثانيا: طرق الترجيح.

إذا عجز القاضي عن الجمع بين الأدلة عمد إلى الترجيح بينها وتقديم أقواهما، لذلك قالوا: "إن البينتين إذا حُفظتا معا وتناقضتا قُدمت الأعدلية، وإن حفظت واحدة و لم تحفظ الأخرى من حُفِظ قدم"[6]، من خلال اتباع طرق عديدة منها:

1.الترجيح بسبب الملك: أن تَذكر إحدى البينتين سبب الملك من بيع، زراعة، هبة، بناء... بخلاف البينة الأخرى التي تثبت الملك مطلقا عن السبب فتُرجح الأولى، وقيل بتقديم بينة الملك وهو لسحنون[7].

2.الترجيح بالحيازة: إن تنازع شخصان في دار وتساوت البينتان وكان أحد المتداعيين حائزا على الدار ترجحت

---

[1] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص256.

[2] مصطفى الزحيلي، وسائل الاثبات، ص804.

[3] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص204.

[4] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص306.

[5] حمزة حسن الأمين، التعارض والترجيح بين البينات القضائية، ص23

[6] المسيلي، نهاية المرام، ص339.

[7] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص 69/ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص253.

جهته بالحيازة مع اليمين، لأنه مدعى عليه وقد قال –صلى الله عليه وسلم–((**اليمين على المدعى عليه**))[1]، وقول بغير يمين لأشهب في غير المدونة[2]، فإن نكل ردت اليمين على المدعي فإن نكل بقيت الدار بيد الحائز[3].

فإن شهدت إحدى البينات أن هذه الدار كانت بحيازة صاحب هذه الحجة بالأمس رغم أن الدار بحيازة خصمه اليوم قال أشهب لا يحكم بها له –الأول–، وخالفه التونسي قال: أن ثبوت سبق الحيازة يرجح صاحبه – الحائز الأول– لأن " الأصل أن كل من سبقت يده على شيء لا يخرج من يده إلا بيقين"[4].

3.ترجيح الملك على الحيازة: تقدم بينة من أثبت الملك على بينة من أثبت الحيازة فقط لأن الحوز قد يكون عن ملك أو غيره، لأن "الحوز لا ينفع مع علم المالك الأصلي"[5]، فلو أثبت المدعي ملكه للمدعى به بسبب من الأسباب كالميراث طولب المدعى عليه –الحائز–ببينته، فإن أثبت الحيازة فقط دون إثبات الملك لم يلتفت إليه وحكم للمدعي.

ويجدر التنبيه إلى أن سبب الملك نوعان[6]:

سبب لا يمكن تكراره كنتاج الدواب فلا تنتج الدابة إلا مرة عن نفس الولادة، فان اختصموا في دابة فلا يمكن أن تنتج عند كلا الخصمين بل عند أحدهما... فهذا النوع مقدم على الحيازة لأن السبب قوي ولا يعقل تكرره.

سبب يمكن تكراره، كالغرس ونسج الثياب، ...فيمكن أن يحدث أن كلا الخصمين غرس المدعى به أو نسجه لكن على فترتين مختلفتين، فهذا النوع قد يتأرجح مع الحيازة بحسب الدعوى.

4.ترجيح القرينة الظنية إن سلمت من المعارض على الحيازة: فعن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((**بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب، فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام، فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى**))[7].

فحكم سليمان –عليه السلام–بالابن للصغرى لترجيحه قرينة خوفها وجزعها من فكرة تقطيع ابنها بينما بقيت

---

[1] سبق تخريجه، ص179.

[2] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1569./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص140.

[3] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص43.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص546.

[5] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات ص152/ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص221–223.

[6] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1566.

[7] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب بيان اختلاف المجتهدين، رقم: 1720، ج03، ص1344.

المرأة الكبرى هادئة على الحيازة، ذلك أن داوود –عليه السلام–حكم في القضاء الأول أن الابن للكبرى لوجوده في حيازتها مع خلو كلا المرأة من البينة[1].

5.الترجيح بالتاريخ: وله حالتان:

الأولى: إن تم توقيت إحدى البينات المتعارضة قدمت على الأخرى، فلو أقام بينة بالملك وأقام الآخر بينة أخرى على الملك مع بيان التاريخ قدم قول الثاني على الأول لأن صاحبه أدق في الإثبات[2].

الثانية: أن يتم توقيت كلا البينتين، قدم قول من وُقِّتت بينته الوقت الأول دون من بعده، كأن تشهد بينة أنه ملك المحل منذ أربعة أشهر، وشهدت البينة الأخرى للآخر أنه ملك المحل منذ أسبوع قدمت الأولى على الثانية[3]، لأن الأول قد أثبت أقدمية ملكه مع استمرارية ذلك، بخلاف الثاني الذي أثبت الملك بعدما سبقه غيره للمدعى به والأصل هنا بقاء ما ثبت أولا حتى يوجد دليل على زواله.

6.ترجيح بينة سبب الملك على سابقة التاريخ: إذا ضاعت لرجل ناقة ثم وجدها عند رجل وادعى أنها ناقته نتجت عنده منذ سبع سنين وضاعت منه منذ سنة وله بذلك بينة – بينة سبب الملك–، فأجاب واضع اليد بأنه اشتراها منذ تسع سنين من رجل، أمر القاضي بحضور البائع والناقة بالمجلس، فإن أنكر البائع معرفة الناقة سقط سبب المدعى عليه وهو الشراء ولم يبق له سوى سابقة التاريخ التي يدعيها في مقابل قيام سبب المدعي، هنا تقدم بينة المدعي لأن–ضابط– "بينة السبب تُقدم على سابقة التاريخ"[4]، لأن السبب أقوى دلالة على ثبوت الملك من التاريخ بحيث لو شهدت بينة أن زيد كان يملك سيارة في ربيع الأول من السنة الماضية وأتى آخر ببينة على شرائه لتلك السيارة من زيد الشهر الماضي، فهنا تقدم بينة السبب لأنها دلت على انتقال الملك من زيد إلى المشتري بخلاف زيد الذي أثبت امتلاكه للسيارة في زمن مضى دون استصحاب ذلك الملك ودون ذكر سبب الملك.

7.ترجيح البينة المفصلة على البينة المجملة: إذا شهدت بينة أن عمرو أوصى بكذا لزيد وشهدت بينة أخرى أن عمرو أوصى بكذا مع ذكر زمان الوصية ومكانها وحيثياتها قدمت الثانية على الأولى[5].

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج11، ص313.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص44.

[3] عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص983.

[4] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص307.

[5] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص 72.

8.ترجيح بينة الأصالة على البينة الفرعية:

أ. "تقدم بينة السفه على بينة الرشد لأن الأصل في الناس السفه.

ب. تقدم بينة اليَسار على بينة العسر لأنه الغالب.

ج. تقدم بينة الجُرحة على بينة العدالة لأنها الأصل.

د. إذا شهدت إحدى البينتين أنه أوصى وهو صحيح والأخرى أنه أوصى وهو موسوس قدمت بينة الصحة لأنها الأصل"[1].

هـ. اختلاف المتبايعين في العيب فالقول قول المشتري وجعل له الخيار، "لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون مفرطا في أنه لم يستعلم العيب، ويعلم به المشتري، أو يكون علمه فدلس به على المشتري"[2].

و. إذا ادعى الوكيل أنه تصرف كما أمره الموكل فنفى الموكل ذلك، فالقول قول الوكيل لأن الأصل في الوكيل الأمانة[3].

ز. اختلاف المتبايعان في وقوع العقد، صدق المنكر مع اليمين لأن الأصل عدم العقد[4].

ح. اختلاف المتبايعان في صحة العقد وفساده، صُدق من يدعي الصحة مع اليمين لأن الأصل في عقود المسلمين الصحة إلا إن اختلفا في الثمن بالزيادة أو النقصان أو كان العقد مما يخفى على الناس شروطه كالصرف والمغارسة فيُصَدق مدعي الفساد[5].

ط. اختلاف المدين مع من دفع عنه المال، فقام الدافع يطالب بالمال وقال المدفوع عنه إنما دفعته عني على وجه الإحسان، فالأصل يقدم قول الدافع، لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده إلا أن تقوم قرينة تدل على كذبه، كما لو دفع عن الميت المفلس وسكت عن ورثته، فلما طرأ للميت مال طالبهم بالدين فلا يصدق حينها[6].

ي. إن أقام المحكوم عليه بينة على أنه لم يكن قد علم بها، وقال خصمه أنه قد أقامها، قدم الأول لأن الأصل في البينة عدم سماعها حتى يعلم أنها شهدت[7].

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص221.

[2] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج03، ص198.

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص384.

[4] أحمد دريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، دار الهدى –عين مليلة–الجزائر، دط، دت، ص 202.

[5] أحمد دريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، ص 202-203.

[6] الحطاب، مواهب الجليل، ج05، ص98.

[7] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5351.

ك. اختلاف المتبايعان في قبض الثمن فالقول قول البائع، لأن الأصل بقاء الثمن عند المشتري وكذلك في قبض السلعة فالقول قول البائع، لأن الأصل بقاء السلعة عند البائع إلا إن وجد عرف بخلاف الأصلين عمل به، كالجزار لا يقطع اللحم حتى يقبض الثمن فيصدق المشتري مع اليمين[1].

9.الزيادة في العدالة: المشهور الترجيح بزيادة العدالة مع تحليف من زادت عدالته ودليلهم: "أن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهي مبنية على الاجتهاد فكانت الزيادة فيها مطلوبة لأنها أبلغ في التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به"[2].

واستدلوا أيضا بقياس الأولى، ذلك أن الخبر يقع الترجيح فيه بصفة العدالة فمن كان أعدل كان خبره أوثق فكان هذا في الشهادة أولى لأنها أقوى، فلا تقبل شهادة العبد أو المرأة منفردة بخلاف الخبر فإنه يقبل[3].

والزيادة في العدالة خاصة في الأموال وما يؤول إليها، لأنها بمنزلة الشاهد الواحد على المشهور فلا تدخل في الحدود والنكاح والطلاق والعتق والتجريح، وقيل يتعدى إلى غير الأموال باعتبارها بمنزلة الشاهدين فيتعدى إلى كل ما يثبت به شهادة العدلين[4] وروي عن مالك ألا يرجح بها[5].

ثمرته: أن الشاهدان مقدمان على الشاهد والمرأتان إن تساووا في العدالة، وبعدم الترجيح حكى ابن شاس عن ابن القاسم لتكافئهما في العدالة[6]، أما إن كانت عدالة الشاهد أقوى من عدالة الشاهدين قدمت شهادته مع المرأتين على شهادة الرجلين اتفاقا، وشمل كذلك إن كانت المرأتان أعدل من الشاهدين[7].

فإن تساوت عدالة الشاهد مع عدالة الشاهدين، اختلفوا إلى قولين[8]:

أحدهما: إذا تساوت العدالة: إن حلف صاحب الشاهد كافأ بشاهده ويمينه شاهدي الآخر، وكذلك الشاهد والمرأتين يكافئان الشاهدين إذا استووا في العدالة، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أن الشاهد واليمين، والرجل والمرأتان لا يعارض بهما شهادة الشاهدين، وهو قول أشهب، ومطرف وابن

---

[1] أحمد دريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، ص211.

[2] عبد الوهاب، المعونة، ص1568.

[3] المصدر نفسه، ص1568.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص220./ محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص69

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص379.

[6] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص256.

[7] الدسوقي، المصدر السابق، ج04، ص221.

[8] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص142./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص228.

الماجشون على ما حكاه ابن حبيب في الواضحة ولو كان الشاهد أعدل أهل زمانه وهو الأظهر.

سبب الخلاف: هل المسألة من باب الترجيح أو ذلك من باب التجريح؟

جعله أشهب من باب التجريح، والتجريح لا يقع بشاهد ويمين، ولا بشاهد وامرأتين، إذ لا مداخل لشهادتين في ذلك باتفاق المذهب في ذلك، وابن القاسم يجعله من باب الترجيح، وهو أقرب إلى النظر عند الرجراجي[1].

وإن كان قبلت عدالة الطرفين فهل يرجح بينهما بالنظر إلى قوة عدالة من عدلهما أو أعرف بوجوهها؟

قال ابن القاسم وابن الماجشون وهو المشهور بعدم اعتباره كمرجح وقال مطرف وروى مثله عن مالك أنه مرجح لأنها تفيد زيادة غلبة الظن بصحة عدالة الشهود مما يرجحهم على غيرهم[2].

10.الزيادة في العدد: المشهور عدم الترجيح بزيادة العدد لأن "القصد من القضاء قطع النزاع ومزيد العدالة أقوى في التعدد من زيادة العدد إذ كل واحد من الخصمين يمكنه زيادة عدد الشهود بخلاف العدالة"[3] ويستثنى من ذلك إن كان العدد جمعا يستحيل تواطؤهم على الكذب، فتعد مرجحا لأنها أفادت العلم وهو قول ابن القاسم وهو المشهور[4].

أما ما حكاه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون على اعتبار العدد ذلك عند تكافؤ العدالة وقوة الحجة كما وجهه ابن عبد السلام، فإن لم تتساو في القوة فلا عبرة بزيادة العدالة، مثلا الشاهدان مقدمان على الشاهد واليمين ولو كان الشاهد أعدل أهل زمانه وهو الأظهر لقوة حجية شهادة الشاهدين، ولأن بعض العلماء لا يرى الشاهد واليمين وروي عن ابن القاسم تقديم الشاهد الأعدل مع اليمين[5]، فإن كانت الكثرة في الطرفين سقط اعتبار العدد لأنه لا فائدة منه[6].

وهناك قول بعدم اعتبار الترجيح بزيادة العدالة ولا بزيادة العدد، لأن الشاهدان العدلان إن وجدا تحصلت الشهادة بهما إن لم يوجد غيرهما بعارضهما، فهما ومن هو أعدل وأكثر منهما عددا في تحقيق البينة سواء فقد أحقا لمن شَهِدا له ما أحقه من هو أعدل منهما وأكثر عددا وهو قول المخزومي، قال ابن حبيب: ولو أخذ أحد بهذا ما أخطأ[7]،

---

[1] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص142.

[2] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج10، ص72./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1087./ محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص69.

[3] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص306.

[4] المصدر نفسه، ج04، ص306.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص379./ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج10، ص228.

[6] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1085.

[7] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج10، ص228.

ومما يقوّي هذا الرأي أن الشرع طلب شهادة عدلين، فقد قيد الصفة والعدد حتى تقوم الحجة، والترجيح بزيادة العدالة طعن في العدل المخالف وزيادة العدد لا عبرة به إن زاد على ما قيده الشرع.

سبب الخلاف:

هل العبرة في التكافؤ المعتبر، في العدد أو في الصفة على قولين[1]:

- أن التكافؤ المعتبر هو في الصفات دون العدد، حتى أن الشاهدين يقابلان مائة شاهد، وهو قول ابن القاسم في المدونة.
- أن التكافؤ المعتبر هو في العدد لا في الصفة، وهو قول البعض في بعض نسخ المدونة، وهو قول منصوص.

11.الترجيح بالعادة والعرف: الأخذ بالعادة والعرف مما تميز به المالكية لكثرة رجوعهم إليه في تفسير الأيمان والعقود ومدلولات الألفاظ... وكذا عند التداعي والخصام مع فقد البينات أو تعادلها عملا بقاعدة: "العرف كالشرط"[2] "العرف أصل يرجع إليه في التخاصم إذا لم يكن هناك ما هو أولى منه"[3]، مثاله:

يقبل قول الزوج في الإنفاق على زوجته إذا كان مقيما معها، وادعت هي غير ذلك لشهادة العرف له[4].

إذا ادعى البائع أنه باع بالنقود، وقال المشتري بل بسلعة فالقول قول البائع لتعارف الناس على التبايع بالنقود وليس السلع[5].

اختلاف المتبايعان هل البيع على الخيار أم البت؟ فمن قال بالبت صدق لأنه الغالب على تصرفات الناس[6].

إذا كان الرجل يساعده أحد أبنائه في عمل ثم مات الرجل وطالب هذا الابن بمال من التركة نظير العمل وعارضه بقية إخوته، فيُرجع إلى العرف فإن كانت مساعدة الابن لأبيه في عمل مبني على المسامحة فهو تبرع لا يَختص الابن بعد موت الأب بشيء، وإلا وإن كان العرف بخلاف ذلك فله المطالبة بأجرة بحسب عمله يقدره أهل الخبرة[7].

إلا أن المالكية اختلفوا في العادة إذا شهدت لأحد المتنازعين، فهل تكون دلالتها كالشاهد الواحد، فلا يحكم له

---

[1] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص 140-141.

[2] محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج03، ص541.

[3] عبد الوهاب، الإشراف، ج02، ص585.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص383.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص384.

[6] أحمد دريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك، ص211.

[7] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص159.

من غير يمين، أو تكون في حكم الشاهدين، ويحكم بها من غير يمين[1] وهو ما يفسر الاستفهام في صياغة قاعدة: "العادة هل هي كالشاهد، أو كالشاهدين؟"[2] مثاله: عند اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدَّين يُحكم لمن شهد له الرهن بيمينه، وتعتبر العادة كالشاهد في الراجح، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتداعي مثل دعوى المرتهن فأكثر صُدِّق المرتهن بيمينه، لأن العادة أن صاحب الدَّين لا يقبل في الرهن أنقص من دينه، ولو جُعلت العادة كالشاهدين لصُدق من غير يمين.

وإن كان الرهن يساوي ما قاله الراهن فأقل، صدِّق الراهن بيمينه في الراجح وتكون العادة كشاهد واحد[3].

12.تعارض بينة الإثبات مع بينة النفي: تقدم البينة المثبتة لأن تدل على زيادة علم ليس لدى البينة النافية وهو ما نصت عليه قاعدة:"من أثبت أولى ممن نفى"[4]، مع اختلاف في تطبيقها عند فقهائنا، مثال:

"إذا شهد الشهود بأن فلانا قتل فلانا يوم كذا وكذا، وشهد آخرون بأنه كان معنا ذلك الوقت، فقيل: إن من أثبت القتل أولى ممن نفاه، وقال إسماعيل القاضي: شهادة القتل ساقطة"[5].

إذا عُدِّل رجل وجرَّحه آخرون اختلفوا، فقيل: من أثبت التجريح أولى ممن نفاه وقيل: يقضى بأعدل البينتين[6].

"إذا شهدت بينة بأن العيب قديم وشهدت الأخرى بأنه حادث، قال ابن عات: بأن الأصل السلامة إذا شهد عدلان بأنه لم يكن به شيء يوم البيع، وأجاب ابن القطان: لأصحابنا في ذلك مذهبان، وظاهر المدونة أن بينة القدم أعمل.... البرزلي: يريد ابن القطان من مسائل المدونة أن من أثبت أولى ممن نفى"[7].

إذا اختلف الشهود فقال بعضهم: هي رائحة مُسكر، وقال بعضهم: هي رائحة غير مسكرة، قال ابن حبيب: يحد إذا اتفق عدلان على أنها رائحة مسكر[8].

إذا شهد اثنان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثا، وقال آخران أنه طلقها مرة واحدة، لزمته الثلاث لأن من أثبت الثلاث أولى ممن نفاها[9].

---

[1] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص121.

[2] المقري، قواعد الفقه، ص320./ الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص356.

[3] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص359.

[4] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص531.

[5] المصدر نفسه، ج02، ص531.

[6] المصدر نفسه، ج02، ص531.

[7] التسولي، البهجة، ج02، ص167.

[8] ابن غازي المكناسي، شفاء الغليل، ج02، ص1126.

[9] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص74.

هنا تنبيه مهم في المرجحات يجب ضبطه: إن قويت المرجحات سواء بتعددها كوجود سببين فأكثر أو كان المرجح قويا في ذاته وكان بمنزلة السببين، استحق المحكوم له القضية دون يمين لأن القاضي لا يرجح ولا يحكم إلا بسببين – المرجحين–،مثاله تداعي الزوجان في المسكن وكان هذا المسكن بحيازة الزوج حُكم له به دون يمين، لاجتماع سببين هما الحيازة وشهادة العرف أن مسكن الزوجية ملك للرجل أما المرأة هي من يسكن عنده لا العكس[1]، أو أن يحكم بمرجح يقوم مقام السببين كزيادة العدالة على قول أنها بمنزلة الشاهدين.

وهو فحوى كلام القاضي عبد الوهاب: "أن الحكم في الأصول لا يكون إلا بشيئين، فلم يجز الحكم له بمجرد العرف لأن ذلك حكم بسبب واحد"[2].

أما إن اعتمد القاضي على مرجح واحد فقط، وكان بمنزلة السبب الواحد كالحيازة أو العادة أو زيادة العدالة على قول أنها بمنزلة الشاهد، فلا يحكم به لأنه يقوم مقام السبب الواحد كالشاهد الواحد، فلابد من إضافة سبب آخر وهو اليمين، فتتوجه اليمين إليه حينها ولو كان هو المدعي، لكن بالترجيح قويت جهته وصار مدعى عليه حينها لأن اليمين تتوجه لمن كان الأقوى سببا، وبالتالي كان للقاضي الترجيح بسببين بالمرجح وباليمين فيقومان مقام الشاهدين[3]، وهو ما فحوى كلام القاضي عبد الوهاب في قوله: "إنما كانت اليمين على صاحب اليد لأنَّه مدعى عليه وقد قال – صلى الله عليه وسلم – ((**اليمين على المدعى عليه**))[4] ، ولأنه أقوى سببا باليد والحيازة واليمين تكون في جنبه أقوى المتداعين سببا، وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره كالشاهد الواحد"[5].

ملاحظة: يستثنى من هذا في دعوى النسب، إن تداعى رجلان كل يدعي الحاق الولد به وتساوت بيناتهما وكان الولد بحيازة أحدهما ألحق هذا الولد بالحائز دون يمين، لأن النسب لا يُلحق أو يُدفع باليمين[6].

وهو نفس المنطق الذي بُنِي عليه استحقاق الخصم للدعوى حين نكول المدعى عليه، لأن المدعي حينها اجتمع له سببان نكول المدعى عليه مع اليمين وبالتالي استحق الدعوى، فإن نكل هو الآخر سقط أحد السببين وتساوت حاله مع

---

[1] عبد الوهاب، المعونة، ص1577.

[2] المصدر نفسه، ص1576.

[3] المصدر نفسه، ص1569.

[4] سبق تخريجه، ص55.

[5] المصدر نفسه، ص1569.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص60.

حال خصمه، وكأنهما لم يأتيا بحجة ولم يُحكم لأحدهما وبقيت الدعوى على حالها وبقي المدعى عليه على أصل البراءة[1].

الفرع الثالث: تساوي البينات والعجز عن الترجيح.

إذا تساوت البينات من كل الوجوه ولم يمكن الترجيح بينها، قال المالكية بتهاتر الأدلة وتساقطها ولا يُحكم لأحدهما حتى يأتي ببينة أقوى وأعدل من الأولى، ويلحق بها حالة غياب البينة من كلا الطرفين[2] لأن " الأصل التساوي حتى يثبت المرجح"[3]، قال –صلى الله عليه وسلم–: ((**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم**...))[4].

ومن المعقول: "أن العمل بالبينتين متعذر لتنافي موجبهما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنين على الكمال في زمان واحد، فتبطلان معا إذ ليس العمل بإحداهما بأولى من العمل بالأخرى"[5]، وجاءت رواية عن مالك بالتوقف مباشرة دون الاعتماد على القسمة وغيرها لتكافؤ الطرفين في القوة لذا لابد من بينة مرجحة[6].

فالقاضي المالكي في تعامله مع أدلة الخصوم إذا لم يتمكن من الترجيح بينها فإنه يعمد إلى إسقاطها وعدم العمل بها لأنها تكذب بعضها البعض، فتصبح الدعوى حينها مجردة عن البينات، فيتعامل معها القاضي حينها كما لو أنها دعوى جديدة دون بينات، فينظر هنا إلى المرجحات وهي قرائن متعلقة بالدعوى كالحيازة، العرف،...

فالعبرة العمل بالأدلة، فإن تساقطت اعْتُمد على المرجحات، فإن لم توجد أو تساقطت هي الأخرى كان لهم مسالك هي الفسخ، القِسمة، القرعة، التوقف، وفق التفصيل التالي:

أولا: تساوي البينات في حال وجود خلاف في الالتزام التعاقدي بين طرفين:

فإنه ينظر[7]:

1. يحكم المالكية بتساقط أدلة الطرفين لتساويهما وعدم ترجح إحداهما على الأخرى.
2. توجه اليمين لكليهما فمن نكل فالقول قول الآخر مع يمينه.
3. يحلف احداهما على ما يدعيه فمثلا يُبدئ في البيع بالبائع فيحلف فيقال للمشتري إما أن تأخذ المدعى به بما قال البائع وإما أن تحلف بالله على ما تدعيه، فإن حلف بريء مما ادعاه البائع.

---

[1] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1570.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص381./ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص200.

[3] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص487..

[4] سبق تخريجه، ص90.

[5] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص202

[6] القرافي، الذخيرة، ج11، ص23.

[7] ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص194./ المقري، قواعد الفقه، ص449.

4. إن تحالفا فُسخ العقد – **مسلك الفسخ–** كعقد البيع، الكراء، الإجارة، الإستصناع، القراض... –على تفصيل يرجع إليه في كتب الفقه–[1]، فقاعدة التحالف والتفاسخ مبنية على استواء إقدام كلا الطرفين لذا يوجهون اليمين على كليهما، فرحمهم الله يحكمون بالفسخ فيما يمكن فسخه، مع تفصيل في المذهب في وقوعه وزمانه:

أ. "أن الفسخ يقع بينهما بتمام التحالف وهو قول سحنون وظاهر ما في كتاب الشفعة من المدونة.

ب. أنه لا يقع الفسخ بينهما بتمام التحالف وهو مذهب ابن القاسم في السَّلم الثاني من المدونة.

ج. أن الفسخ إن كان بحكم وقع الفسخ بتمام التحالف، وإن لم يكن بحكم لم يقع الفسخ إلا بتراضيهما عليه بعد الأيمان.

د. أن الفسخ إن كان بحكم من الحاكم لم يقع الفسخ حتى يحكم به الحاكم بينهما، وإن كانت أيمانهما دون حكم وقع الفسخ بتمام التحالف، بعكس القول الثالث، ووجه هذا القول أن رضاهما بالتحالف دون الحكم رضا منهما بالفسخ، وهذان القولان للمتأخرين من المالكية"[2].

5. فإن نكلا جميعا قولان في المذهب[3]:

أ. الأول لابن القاسم: يُفسخ العقد ويُنزل النكول منزلة التحالف على التفصيل السابق.

ب. الثاني لابن حبيب ورجحه ابن رشد الجد: القول قول البائع أو المكري أو الصانع أو الحرفي... مع اليمين لأنه صار مدعى عليه بنكول الطرفين وتساقط الأدلة، بغض النظر هل هو مدعي أو مدعى عليه في بداية القضية –مع تفصيل يرجع إليه في كتب الفقه–[4]، فإن نكل فالقول قول خصمه مع يمينه فإن نكل سقط حقه في الدعوى، وقول دون يمين.

سبب الخلاف: هل المقصود باليمين تصديق دعوى الحالف وتكذيب دعوى غيره، أم تصديق دعواه فقط؟ فمن قال أنها لتصديق دعواه فقط اشترط اليمين، ومن قال أنها غير ذلك لم يشترطها لأن خصمه لما نكل عنها قد كذب دعواه وساهم في تصديق دعوى البائع، أو المكري أو الصانع...[5].

ملاحظة: قد يقال ما فائدة الحلف مع نكول أحدهما مع أنه يفسخ، والقاعدة أن القضاء للحالف على الناكل؟

---

[1] أحمد دريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك ص203-2012/ 385-363.

[2] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج02، ص194-195.

[3] المصدر نفسه، ج02، ص197./ أحمد دريس عبده، المصدر السابق، ص203-2012/ 385-363.

[4] ابن رشد الجد، المصدر نفسه، ج02، ص197./ أحمد دريس عبده، المصدر نفسه، ص203-2012/ 385-363.

[5] المقري، قواعد الفقه، ص457.

قالوا ذلك راجع إلى مزيد من الرهبة والتخويف وتوقيف أصحاب اليمين على ما يحلفون فيعترف المخطئ منهما أو يتراجع[1].

6. هذا الخلاف في العقود المالية أما غير المالية كالنسب والنكاح فلم أجد فيه خلافا في حدود بحثي، فلو تنازع رجلان في امرأة وتساوت بيناتهما، وتتصور هذه المسألة في المرأة تأذن لوليَّيْها أن يزوجاها، فزوجها كل واحد من رجل ولم يُعلم الأول منهما، قال ابن القاسم بفسخ نكاح الرجلين اللَّذيْن ادعياه على تلك المرأة بطلقة واحدة[2].
7. إن تنازع الزوجان في قدر المهر فقال 200ألف دج، وقالت 250ألف دج أو صفته قال بالدينار الجزائري وقالت بالأورو، قبل البناء من غير موت ولا طلاق وتساوت بيناتهما تحالفا وتفاسخا على التفصيل السابق مالم يكن هناك عرف، أما إن اختلفا في جنسه قال بالدينار الجزائري وقالت بل المهر السيارة الفلانية مثلا فسخ مطلقا حلفا أم لا[3].
8. يسقط الفسخ فيما لا يمكن فسخه من العقود والالتزامات.

ثانيا: تساوي البينات في استحقاق العين:

إن تداعى أطراف على أحقيتهم بملكية عين سواء كانت عقارا: أرض، دار...أو منقول: سيارة، نقود، غنم...وغيرهما، فإن للمالكية في هذه الحال تفصيل:

1. إن كان المحكوم فيه بحيازة غيرهما [4]وأقر الحائز به لأحدها فهو للمقر له مع يمين الحائز لضعف الإقرار لأنه معارض بالبينة، وقيل إقراره لغو لاتفاق البينتين على إسقاط الحيازة، فتعرض اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم للحالف، وإن حلفا قسم بينهما، وإن نكلا تركا على ما كانا عليه[5].

وإن أقر به لغيرهما أو قال لا أدري قُسم بينهما، وإن أقر به لنفسه بقي عنده بحجة، لأن البينتان جَرَّح بعضها بعضا

---

[1] محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج03، ص183.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص61.

[3] ابن يونس، جامع الأمهات، ص284./ عليش، منح الجليل، ج03، ص518.

[4] قد ذكر كثير من علمائنا رحمهم الله في تعارض البينات إن تساوت البينات و كان المدعى فيه في حيازة أحد الخصوم، يُحكم للحائز مع اليمين ووجه ذلك أنهم لا يرون الحيازة دليلا يُعتد به أمام ما يقدمه الخصوم من البينات، فالحيازة مُرجح فقط لأنها مبهمة قد تكون عن ملك أو غيره فإن تعارضت مع دليل الخصم قُدمت بينة الخصم لأن البينة مفسِرة، فرحمهم الله تعالى حاشا أن يغيب عن أذهانهم أن هذا المثال مفصول فيه و أنه من مسائل الترجيح لا من تساوي البينات لكنهم – في نظري- أدرجوها كذلك هنا للمعنى الذي ذكرته، ان الحيازة غير معتبرة أصالة ولا يحكم بها ابتداء إلا عند تساوي الأدلة أو انعدامها فقد يتسرع القاضي ويتساهل في طلب الترجيح بين الأدلة ويستأنس بالحيازة، بل عليه ألا يرجع إليها إلا عند إقراره بعجزه عن الترجيح .انظر عبد الوهاب، المعونة، ص1566-1570.

[5] عبد الوهاب، المعونة، ص1565./ اللخمي، التبصرة، ج12، ص5513.

وأوقف بعضها بعضا وكأنهما لم توجدا[1]، وقيل يُنتزع منه ويقتسمانه لاتفاق البينتين على إسقاط ملك الحائز [2].

2. وإن لم يوجد للخصـــمين بينة فينظر: إن ادعى الحائز المدعى به لنفســـه أخذه مع اليمين، وإن أقر به لأحدهما أو لغيرهما أخذه المقَر له بغير يمين، لقوة الإقرار لأنه غير معارض ببينة وإن سكت أو قال لا أدري قُسم بين الخصوم[3].

3. إن كان المدعى به ليس بحيازة أحد، فينظر:

أ. إن كان المدعى به مما لا يُخاف فساده إن تُرك كالدور والأراضي...تُرك على حاله حتى يأتي أحدهما بحجة أقوى[4]، فإن طال الزمن قولان في المدونة: الأول أنها لا تقســـم أبدا، وخَراجها لبيت المال، والثاني أنها تقســـم بعد الطول ورجحه ابن القاسم لأن تركه دون تقسيم فيه ضرر[5]، ووجه اللخمي القول الأول وجعله في عفو الأراضي فقط، لأن العروض والدور لابد لها من مالك وإن لم يُعرف أما عفو الأراضي قد لا يكون لها مالك أصلا، لذا لا تقسم وتكون منافعها لبيت المال[6].

ب. إن كان المدعى به مما يخاف فساده كالعروض والطعام والحيوان ترك لمدة لا يفسد فيها، لعل أحد الخصوم يأتي بحجة أقوى ونفقته في مدة الإيقاف على من يثبت له[7].

4. إن كان المدعى به مما يخاف فســـاده أو مما لا يخاف فســـاده كالدور—على القول بالتقســـيم –لكن طال الزمن بغير فصل في الخصومة:

أ. تجب اليمين على كل واحد منهما على أن المدعى به له، ويبدأ بالمدعى عليه لأن الأصل توجه اليمين على المدعى عليه للحديث: ((**اليمين على من أنكر**))[8]، وقيل يحلفان بالقرعة للحديث: ((**أن رجلين اختصـــما في متاع إلى النبي صـــلى الله عليه وســـلم ليس لواحد منهما بينة فقال النبي صـــلى الله عليه وســـلم: «كان أحبا ذلك أو**

---

[1] اللخمي، التبصرة، ج12، ص5513.

[2] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص309./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص381./الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص141.

[3] عليش، منح الجليل، ج08، ص544.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص283.

[5] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص142./ اللخمي، المصدر السابق، ج12، ص5514./ البراذعي، التهذيب، ج03، ص606.

[6] اللخمي، المصدر نفسه، ج12، ص5514.

[7] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص259./ابن جزي، القوانين الفقهية، ص201.

[8] سبق تخريجه، ص152.

كرها»))[1]، ومن المعقول: أن الأصل توجه اليمين على من قوي سببه، لكن عند تساوي الأدلة قد تساوت أسبابهما وصار كلاهما مدعي ومدعى عليه لذا عرضت الأيمان عليهما لتساويهما في الدعوى[2].

ب. فإن نكل أحدهما عن اليمين حكم بالمدعى به للحالف[3].

ج. إن نكلا جميعا تُركت القضية على حالها ولم يُقسم بينهما، ووجه ذلك أن الأيمان عرضت عليهما حتى يترجح أحدهما باليمين فتقوى حجته، وينكل الآخر فتضعف بينته فلما نكلا، كلاهما قد أضعف حجته فتركا على ما كانا عليه[4]، وهذا القول هو قول بالتوقف حتى يظهر للقاضي مرجح أو يقيم أحدهما بينة أقوى، وهذا ما لم يفسد المحكوم فيه فإن خيف عليه فواته بيع ووقِّف ثمنه[5]، وإن كان المدعى به في حيازة غيرهما بقي عنده[6].

د. إن حلف كل واحد منهما وكان المدعى به في حيازتهما قسم المحكوم فيه بين المتداعيين – **مسلك التقسيم** – على قدر الدعوى على المشهور، وقيل يقسم على النصف لأن الخصوم قد تساووا في الترجيح كما تساووا في اليمين فليس لمدعي الأكثر أفضلية على مدعي الأقل لأنهما تساويا كذلك في سبب الحكم وهو الحيازة، فكلاهما أثبت أحقيته لذا دعواه بزيادة النصيب لا تعطيه الأرجحية[7].

هـ. إن حلف كل واحد منهما وكان المدعى به ليس في حيازتهما قُسم على قدر الدعوى[8].

و. يجوز للقاضي توكيل القسمة إلى القاسم، فيُمضي قسمته ويقضي بها ويشهد عليها وإن لم يحضر القسمة لقاعدة "يد المأمور فيما أمر به كيد الآمر"[9].

---

[1] رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة، رقم: 3616، ج05، ص 467.قال الأرنؤوط: إسناده صحيح.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص200.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص223.

[4] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، 201ص/ الدسوقي، حاشية الدسوقي،ج04، ص223./ القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1565-1569.

[5] عبد اللطيف بعجي، الخبرة المتخصصة، ص61.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص39.

[7] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1572.

[8] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص223./ محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص210.

[9] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص196.

5. **كيفية التقسيم:**

أ. إذا ادعى كلاهما كل المدعى به قسم بينهم نصفين[1]، مثاله:" إن ترك ابنين، فقال أحدهما أوصى لفلان بألف، وقال الآخر بل لفلان فليحلف كل واحد منهما ويقتسمان الألف، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كانت الألف للحالف، وإن نكلا وقالا لا علم لنا فليدفع كل ابن منهما ما يصيبه من الألف إذا قسمت ميراثا إلى من شهد له، فإن لم يكن غيرهما وكانت تخرج من الثلث أدياها[2].

ب. إذا ادعى أحدهما كل المدعى به والآخر النصف فقط، قال أشهب -في قول- وابن الماجشون وسحنون بإعطاء مدعي الكل النصف لأن خصمه أقر له به، أما النصف الثاني المختلف عليه قُسِّم بينهما نصفين، فيأخذ الأول ثلاثة أرباع ويأخذ الثاني الربع ويسمى هذا تقسيم "التنازع والتسليم"، وحجتهم فيه أن مدع الأكثر قد اختص بجزء من المدعى به لم ينازعه فيه خصمه، وهو إقرار له باستحقاقه له فلا يجوز تقسيمه، أما الجزء المتنازع فيه هو الواجب تقسيمه بالسوية وهو مذهب ابن القاسم[3]، وهذا أقرب للعدل والمنطق.

ج. أما التقسيم الثاني حيث تقسم الحقوق على قدر الدعوى تقسيم فرائض، وهو مذهب مالك وقال به الأكثرون مطرف وابن كنانة وابن وهب وأشهب – في قول- وأصبغ[4]حيث يقسم بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للأول وسهم للثاني[5]، وحجته "أن المتنازعان قد تساويا في المتنازع فيه فصارا كالورثة إذا زادت السهام الواجبة لهم على الجميع، وكالديون المشتركة إذا تزاحمت في التفليس وكذلك كالوصايا" [6].

إذا ادعى أحدهم جميع المال والثاني نصفه والثالث ثلثه يقسم المال على أحد عشر سهما لصاحب الكل ستة أسهم، وللثاني ثلاثة أسهم، وللثالث سهمين[7].

6. احتج المالكية على مشروعية مسلك التقسيم بحديث أبي موسى الأشعري: ((**أن رجلين ادعيا بعيرا أو دابة إلى**

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص200.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج09، ص79.

[3] عليش، منح الجليل، ج08، ص544-545./ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص201.

[4] ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص486./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1086.

[5] عليش، المصدر السابق، ج08، ص544/ ابن جزي، المصدر السابق، ص201.

[6] محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص211.

[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص223.

النبي صلى الله عليه وسلم ليست لواحد منهما بينة فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بينهما))[1] فالنبي –صلى الله عليه وسلم–قد قسم البعير لما تساوت حال الخصوم ولم يمكن الترجيح.

7. تكون القسمة في الأموال ومنافعها، وتسقط إن كان المحكوم فيه مما لا يمكن تقسيمه أو تفوت منفعته بالقسمة كالدار الصغيرة التي لا ينتفع بقسمتها أو وجود مانع شرعي كالتداعي في إثبات الزوجية أو التداعي في نسب[2].

8. وما كان قابلا للقسمة لكنه لم يقسم لوجود مانع كالضرر بيع واقتسم أصحابه ثمنه[3].

9. **اللجوء إلى القرعة:** قال المالكية باللجوء إلى القرعة إذا تساوت الحقوق ولم يترجح استحقاق أحد الخصوم بالحق لما فيها من المصلحة وإطفاء للضغائن، وحرموها إن تعين الحق لما يؤدي من ضياع الحقوق أو إن كانت في غير ما يجوز التراضي عليه كإلحاق النسب... لذا فهي تدخل في جميع الحقوق فيما يجوز التراضي عليه شرعا[4].

واستدلوا على مشروعيتها بـ قوله تعالى:﴿ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ آل عمران [44]، قال القرطبي: "استدل بعض علمائنا بهذه الآية على إثبات القرعة، وهي أصل في شرعنا لكل من أراد العدل في القسمة، وهي سنة عند جمهور الفقهاء في المستويين في الحجة ليعدل بينهم وتطمئن قلوبهم وترتفع الظنة عمن يتولى قسمتهم"[5].

ومن السنة: ((**أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له، ستة عند موته، فأسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم، فأعتق ثلث تلك العبيد**))[6]، فالنبي–صل الله عليه وسلم–لما رأى عدم تعين العتق في أي من أولئك العبيد أقرع بينهم لاشتراكهم في حق الترشح للحصول على الحرية.

10. أمثلة عن مسائل القرعة:

أ. القرعة بين الخصوم بعد تقسيم الأرض المتنازع عليها بينهم بالتساوي فتتم القرعة فيأخذ كل واحد منهم القطعة التي كانت من نصيبه[7].

---

[1] رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة، رقم: 3613، ج05، ص 467. صححه الحاكم، المستدرك ، ج04، ص107.

[2] المكناسي، مجالس القضاة، ص692./ محمد عبد الله الشنقيطي، تعارض البينات، ص206

[3] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص537./ ابن ناجي، شرح ابن ناجي على متن الرسالة،ج02، ص386.

[4] محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص177.

[5] القرطبي، تفسير القرطبي، ج04، ص86.

[6] رواه مالك في الموطأ، كتاب العتاقة والولاء، باب من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم، رقم: 614، ج05، ص1124.

[7] القواعد والضوابط الفقهية في نظام القضاء في الإسلام، ص135.

ب. إذا أشكل على القاضي معرفة المدعي من المدعى عليه فإنه يقرع بينهما[1].

ج. في القسامة: تقسم يمين القسامة على 50 رجلا من العصبة، فإن وجد أكثر من 50 عاصبا اقتُرع بينهم واختير خمسون فقط[2].

11. ذهب المالكية إلى **التوقف** في حال حلف المتداعيان أو نكل كلاهما ولم يمكن التقسيم ولا الفسخ – قول بالتوقف مباشرة–، لعدم توفر الأدلة ولعدم الانتفاع باليمين، لذا الأصل العمل بالبينة، فإن لم يمكن ذلك عمل باليمين فإن لم يكن ذلك فالتوقف ويبقى الأمر على حاله.

12. التوقف: "عدم السير في إجراءات المحاكمة ويتوقف السير فيها إلى أجل غير مسمى ويكون هذا الأجل مرتبطا بحدوث أمر آخر في غالب الأحيان"[3]، وقد يكون التوقف مؤقتا في الدعوى المالية كطروء الجنون المؤقت على أحد الخصوم، فإن القاضي يحكم بالتوقف حتى يعود الخصم لوعيه، فإن كان طويلا لا يرجى برؤه بلغ وليه أو وصيه وأمره بإتمام الدعوى[4].

ثالثا: تساوي البينات في دعوى التهمة –الجنايات...–:

في دعوى التهمة إن تساوت البينات تساقطت، ومع تساقطها لم يكن للمدعي ما يحتج به على غريمه لذا يحكم بالبراءة الأصلية للمتهم بعد أدائه يمين التهمة فإن نكل غرم[5]، إلا إن قويت التهمة كالقسامة فإن المتهم يعزر بالضرب مائة ويحبس سنة، لأن العقوبة ثبتت باللَّوث رغم أنه حلف خمسين يمينا على براءته كما سبق بيانه في يمين القسامة.

ولا تتوجه اليمين على كليهما كما سبق لأن الدعوى هنا لم يتساو طرفا النزاع فيها رغم أن بيناتهما قد كذبت كلا منهما، لأن الإقبال كان من أحدهما، لذا يحكم بالأصل وهو توجه اليمين على المدعى عليه، ذلك أن توجه اليمين على كلا طرفي النزاع في الأمثلة السابقة كان لتساوي إقبال كل منهما للدعوى كالبائع والمشتري، والرجلان في دعوى الزوجية على نفس المرأة وغيرهما فمع تساوي البينات وتساوي الإقبال توجهت اليمين على كليهما فصار كل منهما مدع ومدعى عليه.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص114.

[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص563.

[3] علاء الدين حامد، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي، ص122.

[4] محمد فهد محمد الغرايبة، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، –أطروحة دكتوراه–، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007م، ص266.

[5] الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج04، ص340.

المبحث الثاني: الحكم في القضية.

يمثل الحكم القضائي الغاية الأساسية للخصوم، لأنه يحدد الحقوق ويبين الالتزامات، لذا حرص علماؤنا على بيان حدِّه وحجِّيَّته وما له من أثر في القضاء، كما بينوا الإجراءات التي يتبعا القاضي عند إصداره للحكم سواء عند حضور المدعى عليه أو غيابه مع بيان مشروعية الحكم على الغائب وشروطه، حتى يكون القاضي على بصيرة من أمره.

وتخفيفا من العبء الملقى على الحاكم وتقليلا للخصومات فصَّل المالكية طرق رفع النزاع دون الحاجة للحكم القضائي من خلال التنازل والإسقاط، والصلح...

المطلب الأول: الحكم القضائي وآثاره.

الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي وشروطه.

أولا: تعريف الحكم

1.تعريف الحكم لغة.

الحُكم: "الحاء والكاف والميم أصل واحد، وهو المنع. وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم"[1]، وهو "القضاء في الشيء –قد سبق ذكره في التعريف اللغوي للقضاء –بأنه كذا أو ليس بكذا سواء لزم ذلك غيره أم لا...والحاكم: منفذ الحكم بين الناس، قال الأصمعي: وأصل الحكومة: رد الرجل عن الظلم وإنما سمي الحاكم بين الناس حاكما لأنه يمنع الظالم من الظلم"[2] ومن هذا جاء التلازم بين القضاء والحكم اللذان يدلان على رفع النزاع ومنع الظلم.

2. تعريف الحكم اصطلاحا.

من التعريف اللغوي نجد ألا فرق بين الحكم والقضاء لذا كان التعريف الاصطلاحي لكليهما له نفس المعنى وهو الوصول لنتيجة ملزمة يفصل بها القاضي فيما هو معروض أمامه.

أ.عرفه القرافي: **"إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا"**[3].

---

[1] ابن فارس، مقاييس اللغة، ج02، ص91.

[2] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج31، ص510.

[3] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص33.

شرح التعريف[1]:

إنشـــاء إطلاق: احتراز من القول أن الحكم إلزام فقط، كما إذا رفعت للحاكم أرض أحياها آخر بالزراعة وغير ذلك ثم أهملها فصـــارت مواتا، حكم القاضـــي بزوال الملك، فتصـــير بذلك مباحة مطلقة من يد أي مالك، لذا لأي شخص أراد إحياءها بالغرس والعمار صارت له، وكذلك إذا حكم بأن أرض العنوة –التي فتحت بالجهاد دون صلح مع من كان يملكها–طلق صارت مباحة يجوز التصرف فيها ولم تصر وقفا على قول مالك، وغير ذلك من المسائل المشابهة التي يحمل فيها حكم القاضي على الإطلاق.

أو إلزام: كما إذا حكم بلزوم الصـــداق أو النفقة أو الشـــفعة ونحو ذلك، فالإلزام يحوي في طياته تنفيذ الحكم وإمضاؤه بعينه على المحكوم عليه.

في مســائل الاجتهاد: احتراز من حكمه على خلاف الإجماع، فإنه لا عبرة به لأن "صـور الإجماع لا تسـتلزم إنشـاء حكم من جهة الحاكم، بل أحكام هذه الصـور جميعها مقررة في أصـل الشـريعة إجماعا، ووظيفة الحاكم في هذه الصور إنما هو التنفيذ"[2].

المتقارب: احتراز من الخلاف الذي ضَـعُف مُدركه–الخلاف الشـــاذ–، فإن الحاكم إذا حكم به لا عبرة بحكمه ويُنقض، فلا بد حينئذ من تقارب المدارك في اعتبار الحكم.

فيما يقع فيه التنازع لمصـــالح الدنيا: احتراز من مســـائل الاجتهاد في العبادات ونحوها، فإن التنازع فيها ليس لمصالح الدنيا بل لمصالح الآخرة، فلا جرم لا يدخلها حكم الحاكم أصلا.

انتُقد هذا التعريف في كون القاضي مُخبر عن الله تعالى في عين القضية بحكم بعينه سواء كان مجمعا عليه أو مختلفا فيه، فيتم تعيين أحدها دون بقية الأقوال الأخرى، وبالتالي فالقول المجمع عليه هو حكم كذلك.

انتقد أيضـــا في أن القول المجمع عليه يحتاج إلى الحاكم من حيث النظر والاجتهاد في تحرير الأســـباب، كفســـخ الأنكحة، أو كان تفويضها للناس يؤدي إلى التهارج والقتال...[3].

انتقد كذلك في أن حكم القاضـي مظهر للحق وليس مثبتا له، أي: ليس منشـئا له، فالإنشـاء لا يكون إلا من

---

[1] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص33-35، 144./ابن الشاط، أبو القاسم قاسم بن عبد الله، إدرار الشروق على أنواء القرافي –الفروق– ، عالم الكتب، دط، دت، ج04، ص50.

[2] القرافي، المصدر نفسه، ص144.

[3] المصدر نفسه، ص144./ ابن الشاط، المصدر السابق، ج04، ص51.

المشرع أما القاضي فهو مخبر عن المشرع[1].

ب.الحكم هو **"ما يلزم به القاضي المتخاصمين أو أحدهما موافقا للشرع"**[2].

شرح التعريف:

ما يلزم به القاضي: ما يصدر عن القاضي ويكون على وجه الإلزام، فخرج به ما صدر عن القاضي وليس على وجه الإلزام، كتعيين الأمناء والأوصياء فيجوز نقضها وكذا الفتوى فإنها غير ملزمة.

المتخاصمين أو أحدهما: قد يكون الإلزام موجها لكلا طرفي الخصومة كالحكم بفسخ البيع فهو متوجه لكلا المتبايعين، وقد يكون متوجها لأحدهما وهو يسمى المحكوم عليه كإلزام المدين برد الدَّين.

موافقا للشرع: أي أن هذا الإلزام لابد ألا يخالف الشرع بل ويجب أن يستند عليه وإلا لم يعد حكما في عين الشارع.

ثانيا: شروط الحكم القضائي:

1. أن يتقدم الحكم القضائي خصومة ودعوى صحيحة: وهذا فيما كان من حقوق العباد ولا يتعدى إلى حقوق الله تعالى، ويستثنى من ذلك الأحكام الضمنية: كشهادة الشهود على الخصم وذكروا اسمه واسم أبيه وقضى الحاكم في الحق، كان قضاؤه كذلك قضاء بثبوت نسب الخصم لأبيه ضمنيا[3]، وإذا حكم القاضي بقسمة أرض بين الغرماء فهو حكم يتضمن إزالة المِلك عن مالكها الأول ونقلها على غرمائه[4]، فالأحكام الضمنية هي تبعية للحكم الأصلي ولا تسبقها دعاوى في ذاتها لكنها أحكام قضائية أيضا لازمة للحكم الأول، ولذلك قالوا "الكلام أبدا في الحقائق إنما يقع فيما هو في الرتبة الأولى لا فيما بعدها"[5]، فالمقصود الأول من الأمر الوجوب وإن لزمه الحكم بالنهي عن ضده.

ويستثنى كذلك: الغائب الغيبة البعيدة والمتوسطة فللقاضي سماع البينة والحكم عليه، إذ الأصل حضور الخصوم كلهم وإلا لم يكن هناك نزاع، لكن تستثنى منه هذه الحالة للحاجة في حفظ حقوق المدعين وضمان حقوق المدعى عليهم بأن لهم الطعن ونقض الحكم عند عودتهم[6].

---

[1] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص15.

[2] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص07.

[3] محمد نعيم ياسين، نظري الدعوى، ص 648.

[4] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص932.

[5] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص34.

[6] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص157.

2. أن يكون الحكم بصيغة الإلزام: لأن حكم القاضي ملزم فلا بد من أن تكون الصيغة دالة على قوة الإلزام، لذا أي صيغة تدل على ذلك قبلت[1] وأقواها:

أ. صيغة الحكم بالصحة وهو أعلاها: كصح عندي الحكم بكذا ..."لأن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة: أهلية التصرف وصحة صيغته، وكون تصرف القاضي في محله، ...فليس حاكم آخر يرى خلاف ذلك نقضه من ذلك الوجه الذي حكم به"[2].

ب. وهناك ألفاظ أخرى: حكمت بذلك ...كالحكم بموجبه-خاص بالشافعية على ما عند ابن فرحون[3]-...، ثبت عندي...[4]، واختلفوا في الحكم بالثبوت:

- قول: لا يفيد الإلزام على الأصح[5]:

لأن الثبوت يكون في العبادات كثبوت هلال رمضان، ثبوت التحريم بين الزوجين عند القاضي بسبب رضعة واحدة...

والثبوت يدل على قيام الحجة على وجود السبب الشرعي، كقول القاضي ثبت عندي أن فلان مدين بكذا لفلان بشهادة فلان وفلان، بخلاف الحكم الذي يزيد عليه بانتفاء الريبة واعذار الخصم في ابطال الحجة، مثاله لو قال حكمت أن فلان مدين بكذا لفلان بشهادة فلان وفلان، دل على صحة شهادة الشهود وانتفاء أي مطعن، بخلاف الثبوت فقد يكون هناك مطعن لم يتحقق منه القاضي[6].

- بعض المالكية: يلزم مع تبيين ما كان الثبوت به إن كان بالإقرار، لأن الإقرار يوجب ثبوت الحق بنفسه ولو لم يتبعه حكم بخلاف بقية البينات[7].
- قول الثبوت يفيد الإلزام: على ما حققه الجد إن كان مبنيا على بينة مقبولة عند القاضي[8].
- قول بالتمييز: إن قامت الحجة على وجود سبب الحكم ككون النكاح كان دون ولي، لكن عند القاضي ريبة لم

---

[1] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص156.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص116-119.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص119.

[4] المصدر نفسه، ج01، ص118./القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص66.

[5] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص119.

[6] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص216.

[7] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص649.

[8] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص437.

يسأل عنها، أو لم يعذر للخصم، فما ثبت عنده حينها لا يعد حكما، بل هو ثبوت الحق الذي يطلب التحقق منه فإن تحقق صار حكما، لذا فالثبوت هو مرحلة قبل الحكم وليس حكما.

إن قامت الحجة على وجود سبب الحكم ككون النكاح كان دون ولي، لكن ليس لدى القاضي ريبة فتكون صيغة الثبوت حينها حكما ملزما لأنه تم التحقق مما ثبت في ذهن القاضي[1].

3. أن يكون الحكم واضحا: مع بيان من يحكم عليه وما يحكم به[2].

4. وجوب الإعذار للمحكوم عليه قبل اصدار الحكم[3].

5. ألا يخالف الحكم كتابا ولا سنة –عمل أهل المدينة–ولا اجماعا ولا قياسا جليا[4].

الفرع الثاني: حجية الحكم القضائي.

المقصود بها: "حمل الأحكام القضائية على الصحة واستحقاقها التنفيذ وامتناع إعادة النظر فيها ونقضها أو تأجيل تنفيذها"[5]، وأساس ذلك قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾ النساء [58]، فأمرنا ربنا سبحانه بالرجوع إلى حكمه المستنبط من كتابه وسنة رسوله –صلى الله عليه وسلم–في حال النزاع ومرد هذا إلى القائم بهذه المهمة وهو القاضي، لذا كان الحكم الصادر عنه ملزما لغيره لأنه رافع للنزاع.

وعلماؤنا –رحمهم الله تعالى–بمختلف المذاهب قد تكلموا عن أهمية القضاء وخطورته، لذلك نصَّبوا له أحكاما كثيرة سواء في شروط القاضي واختياره أو حتى في تصرفاته وسلوكه من هيبة في المظهر ووقار في الحديث والمسير ورفض للهدايا والزيارات الكثيرة وغيرها مما يحفظه من التهمة، حتى في تعامله مع الخصوم فلا يمازح أحدهم ولا يستقبله في بيته حفاظا على هيبة القضاء وتقوية للحكم الذي سيصدر عنه في نفوس المتحاكمين.

وفصلوا حتى في كيفية القضاء كضابط: "كل من لا تجوز الشهادة له، لا يجوز أن يحكم له"[6]، فمنعوا القاضي أن

---

[1] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص217.

[2] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص652.

[3] عبد الوهاب، المعونة، ص 1502.

[4] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص349.

[5] مراد كاملي، حجية الحكم القضائي –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي–، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر –باتنة–، 1428هـ–1429هـ/2007م–2008م، ص48.

[6] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5342.

ينظر في خصومة أحد أطرافها له علاقة بالقاضي وتُحال إلى غيره من الحكام.

وبينوا مستندات القاضي بين ما يصلح أن يكون دليلا وما لا يصلح وكيفية الاستفادة منها حتى إن توصل القاضي إلى حكم من خلالها أعطوه حصانة شرعية تحميه من أي ضغط بإمكانه التأثير في اجتهاده[1]، وغيرها من الأحكام التي إن احترمت توصل إلى نتيجة مفادها: أن كل تلك الأحكام هي مقدمات صلبة للوصول إلى نتيجة –الحكم القضائي– تلائم العدل والحق، قال ابن عاشور: "أن حكم القاضي العدل يحمل على الجري على الحق وأن الحكم يجب أن يكون بالحق شرعا لأنه هدي فهو والفتيا سواء في أنهما هدى إلا أن الحكم فيه إلزام"[2].

فلما كان هذا رفعت مكانة حكم القاضي بما يمنع نقضه، فكان هذا قانون الشرع في هذه الجزئية أن **حكم القاضي ملزم غير قابل للنقض أو الإبطال مالم يخالف الشـــرع**، "وبناء على هذا الظاهر لا يلبى طلب أحد بإعادة النظر في القضـــية ولا بتأجيل تنفيذ الحكم أو نقضـــه إذا كان هذا الطلب مبنيا على مجرد احتمال"[3]، قال ابن عرفة: "إن رجوع أحد الخصمين بعد الحكم لغو"[4] ويشهد لهذا الكلام قواعد عدة –وسيأتي بيانها–منها:

- فعل القاضي وأمره ينفذ متى وافق الشرع[5].
- حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض[6].
- حكم الحاكم يرفع الخلاف[7].

ومبررات عدم التساهل في حجية الحكم القضائي راجع إلى[8]:

- ذهاب ثقة الناس بالقضاء والمساس بهيبته في نفوسهم.
- إشغال القضاة بفسخ الأحكام مما ينجر عنه تناقضها.
- استمرار الخصومات والمنازعات وعدم استقرار الأحكام على شيء.

---

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص373.

[2] ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج23، ص235.

[3] عبد الحسيب سند عطية، حجية الحكم الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، –رسالة دكتوراه–، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر –القاهرة – مصر، 1998م، ص13.

[4] المسيلي، نهاية المرام، ص307.

[5] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص434.

[6] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص617.

[7] الدردير، حاشية الدسوقي، ج04، ص147.

[8] مراد كاملي، حجية الحكم القضائي، ص83.

الفرع الثالث: أثر حجية الحكم القضائي.

إذا صدر الحكم القضائي ترتبت عليه آثار ملازمة له مباشرة وهي:

أولا: إلزامية تنفيذ الحكم[1]: إن رفض المحكوم عليه الإذعان لحكم القاضي أُجبر على قبوله والالتزام به بقوة الحاكم على من يرى أن التنفيذ يكون عليه، وبقوة القاضي على من يرى أن التنفيذ من صلاحيات القاضي بخلاف الجنايات[2]، كما أنه ملزِم حتى على من هو أعلى منه سلطة، فلا يحق لأحد إبطاله أو إسقاطه إلا ببينة لأن: "فعل القاضي وأمره ينفذ متى وافق الشرع"[3].

قال ابن فرحون: "أما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه بوجه، إلا على وجه التجويز لها إن عرض فيها عارض بوجه خصومة فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا"[4]، لذا فحكم القاضي له قوة شرعية تفضي إلى إلزامية تنفيذه، بغض النظر عن المنفذ هل هو القاضي أم الحاكم.

ثانيا: عدم إمكانية نقضه: كما سيأتي بيانه في نقض حكم القاضي، أنه لا يمكن نقض حكم القاضي إن كان مبنيا على الاجتهاد وغير مخالف لنص أو إجماع أو قياس جلي، عملا بقاعدة: "حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض"[5]، فلا يمكن لقاض آخر أن ينقض حكم الأول، لأن ما صدر عنه صار بمثابة النص الخاص الوارد في المسألة فهو قطعي لا يمكن نقضه على ما وصفه القرافي[6].

وهذا الوصف يتعدى القاضي نفسه، فلا يمكنه نقض أحكامه في المجتهدات إن كان مسلكه سليما، لقول عمر لما سئل في قضية قد حكم بخلاف ما حكم به في قضية سابقة مشابهة لها: ((**تلك على ما قضينا، وهذا على ما قضينا**))[7].

ثالثا: سرعة تنفيذ الحكم: لابد من الإسراع في تنفيذ أحكام القاضي لتعلق مصالح الناس بذلك ورفع الغبن عنهم، كحكمه بإطلاق سراح المحبوس بعد ثبوت براءته أو نفاذ مدة محكوميته فمن الظلم الإطالة عليه، وقد يكون المحكوم له على سفر مستعجل كتحصيل ديونه ليستعين بها على سفره فيعجل له التنفيذ رفعا للغبن عنه، وقد يكون المدعى

---

[1] القرافي، الفروق، ج04، ص89.

[2] المصدر نفسه، ج04، ص98./ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، ص5283./ ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص10.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص434.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص82.

[5] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص190.

[6] المصدر نفسه، ص98.

[7] رواه البيهقي في السنن الكبرى،كتاب الفرائض، باب المشركة، رقم: 12467، ج06، ص417.

به مما يسرع فساده فيكون التبطيء في التنفيذ إفساد له، وقد يتعلق الحكم بأبضاع الناس فلابد من الإسراع في التنفيذ، وإلا لحق بالمحكوم له ظلم أراد رفعه عن نفسه من خلال اللجوء إلى القضاء[1]، ويترتب عن ذلك أمور منها[2]:

- حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقّه، وذلك إضرار به كما سبق بيانه.
- إقرار غير المستحق على الانتفاع بشيء ليس له، وهو ظلم للمُحِق.
- استمرار المنازعة بين المحقّ وغريمه.
- امتداد التنازع بينهما إلى ترويج الشبه والإكثار منها.
- تطرق التهمة إلى الحاكم في أنه يمل للمحق حتى يسأم من حقه ويتركه ويُبقي حقه عند ظالمه مما يقدح في القضاء ويزيل حرمته من قلوب الناس.

وسرعة تنفيذ الحكم فرع عن سرعة إصداره إن تمت البيّنات وأعذر الخصوم ولم يبق في المخاصمة ما يدعوا إلى التثبت والتحقق، لذلك نجد علماءنا قد حكموا بمعاقبة الملد لأنه يسعى في تطويل النزاع، وكذا ضبطوا وقللوا مُدَد التأجيل والتلوُّمات لتقليل عمر الدعوى خدمة وتحقيقا لأصل الإسراع في إصدار الحكم وتنفيذه ما لم يكن هناك مانع.

رابعا: إنهاء الخصومة: حكم القاضي فاصل للنزاعات وموَقِّف لها بقوة الدولة، مما يؤدي إلى استقرار حياة الناس وضمان سيرورتها لعلمهم بوجود جهة تضمن الحقوق وتعاقب المعتدي وتحسم أي خلاف، لأن الله سبحانه يزع بالسلطان مالا يزع بالقرآن، قال المازري: "فائدة الحكم قطع النزاع ورفع الهرج بين المسلمين ونقض الاحكام الشرعية الجارية على الطريقة النبوية حرام، فإن حكم الحاكم ثم رجع أحد الخصماء فلا يسعه لا هو ولا غيره من الحكام..."[3].

خامسا: رفع الخلاف بين الفقهاء: القاضي المجتهد إذا رفعت إليه قضية مختلف فيها ثم نظر واجتهد وحكم بقول معين كان هذا القول ملزما للمحكوم عليه وللفقهاء فلا يفتون بخلافه في عين الدعوى[4] لقاعدة:" حكم الحاكم يرفع الخلاف"[5]، حتى تستقر الأحكام وتهدأ حياة الناس ولا يشوش عليهم ويتهمون القضاة بالظلم، وثمرته إن أراد المحكوم عليه رفع أمره إلى قاض آخر –مقلد–فهذا الأخير لا ينظر فيه لأنه محسوم، وحتى لو بلغ القاضي الثاني درجة الاجتهاد

[1] علاء الدين حامد، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي، ص143.
[2] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج03، ص536.
[3] المسيلي، نهاية المرام، ص306.
[4] الصاوي، حاشية الصاوي، ج01، ص221.
[5] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص147.

فلا يحق له نقض هذا الحكم[1] عملا بقاعدة: "حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض"[2].

مثاله: إن حكم القاضي المالكي في دعوى الطلاق المعلق وقضى بوقوعه لوقوع ما علق عليه، كان حكمه هذا بمثابة نص خاص وارد بعين هذه الدعوى في خصـوص هذا الرجل وزوجته، لذا ليس لقاض آخر أن يفتي أو يحكم بعدم لزوم هذا الطلاق استنادا على مذهبه إطلاقا[3].

فإن جاءت دعوى مماثلة لقاض آخر يرى خلاف ما حكم به القاضـي في المسـألة السـابقة فإن له أن يحكم بمذهبه بل ولو كان من مذهبه لكنه مجتهد أو مرجح فله الحكم بخلاف المشـهور، ولا يلزمه ما حكم به القاضـي الآخر في الدعوى السابقة، لأن "حكم الحاكم يرفع الخلاف في الجزئية المعروضة عليه ولا يتعدى إلى الجزئيات المماثلة لها"[4].

وهذا فيما كان الخلاف مبنيا على مدرك قوي أما الخلاف الشاذ فإنه غير معتبر، ولا يرفع الخلاف بل يُنقض الحكم في نفسه[5].

سادسا: الحكم القضائي إن صدر على أصوله وشروطه كان صاحبه محميا شرعا من أية تبعات:

وله الحماية من ذلك فلا يلزمه ضمان ولا يوجب عليه ملام[6]، وعمدتهم حديث النبي –صلى الله عليه وسلم– ذلك أنه: ((**بعث خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فلم يحسـنوا أن يقولوا أسـلمنا، فقالوا: صـبأنا صـبأنا، فجعل خالد يقتل ويأسـر، ودفع إلى كل رجل منا أسـيره، فأمر كل رجل منا أن يقتل أسـيره، فقلت: والله لا أقتل أسـيري، ولا يقتل رجل من أصـحابي أسـيره، فذكرنا ذلك للنبي صـلى الله عليه وسـلم فقال: «اللهم إني أبرأ إليك مما صـنع خالد بن الوليد» مرتين**))[7]، فخالد بن الوليد لما أخطأ في بني جذيمة لم يطالبه النبي – صلى الله عليه وسلم — بشيء إلا ما قاله: اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد، بل دفع لهم دياتهم وعوضهم عما تلف من أموالهم[8].

قال القرافي: "المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما اخطؤوا فيه، لأن الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة

---

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص415.

[2] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص617.

[3] التسولي، البهجة، ج01، ص32.

[4] الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص187.

[5] ابن الشاط، إدرار الشروق، ج04، ص51.

[6] ابن العربي، القبس، ص878.

[7] رواه البخاري في صحيحه،كتاب الأحكام، باب إذا قضى الحاكم بجور، أو خلاف أهل العلم فهو رد، رقم:7189، ج09، ص73.

[8] ابن العربي، المصدر السابق، ص878.

الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكام"[1].

فإن وقع ضرر لأحد الخصوم بسبب خطأ القاضي في الاجتهاد أو في تنفيذ الحكم كان التعويض على خزينة الدولة، لأن القاضي يعمل لمصلحة الأمة فوجب عليها تحمل تبعات أخطائه إن لم تكن من تقصيره[2].

فإن كان الخطأ لم يكن بسبب القاضي لم يطالب بشيء، مثاله إذا حكم بشهادة شاهدين ثم قامت بعد الحكم بينة بفسقهما لم يضمن ما أتلف بشهادتهما، ولو قامت بينة بكفرهما أو رقهما ضمن[3]، ولعل هذا أن الفسق مما يخفى حاله عادة بخلاف الكفر والرق، فيتهم القاضي بالتقصير في الكشف عن كفرهما أو رقهما فعليه الضمان.

أما ما كان من على سبيل التقصير، فإنه يضمن ما أتلف بسببه، وإن كان جائرا متعمدا وثبت عليه ذلك عزل وعوقب وأدب وشهّر به بين الناس ولم يول خطة القضاء ولا تقبل شهادته أبدا ولو تاب بعدها، وإن كانت الدعوى في قصاص اقتص منه[4].

سابعا: حكم القاضي يتعلق بالجزئيات دون الكليات: فإذا كان حكم القاضي متعلقا بما طريقه التحليل والتحريم في قضية مبنية على الاجتهاد وليس فيها نص، فالحكم الصادر فيها متعلق بالجزئية التي رفعت الدعوى لأجلها، كقضية نكاح الرجل بامرأة ثم ثبت الرضاع بينهما، فالقاضي يحكم بفسخ العقد وأنه باطل فقط ولا يتعدى إلى آثاره الأخرى من استمرارية التحريم بينهما مستقبلا، لأن القضية هي هل العقد صحيح أم لا؟ لقاعدة: "حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات"[5]، أما عمل المفتي فإنه يفتي بالفسخ والتحريم بين الزوجين مستقبلا.

والوجه الثاني لهذه الخاصية قد تطرقت إليه في أثر أن الحكم رافع للخلاف وملخصه أن حكم الحاكم يرفع الخلاف في الجزئية المعروضة عليه ولا يتعدى إلى الجزئيات المماثلة لها، فحكم القاضي جزئي متعلق بعين الدعوى التي ينظر فيها ولا يتعدى حكمه إلى الدعاوى المماثلة لها.

ثامنا: حكم القاضي على ظاهره فلا يحل حراما ولا يسقط حقا: قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ ﴾ البقرة [187]، وقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم –: ((**إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له**

[1] القرافي، الفروق، ج02، ص208.

[2] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص 373.

[3] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص206.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص104./ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص772.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص103.

بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار))[1].

القاضي يحكم بما ظهر له من البينات وبما اجتهد في تفحص القضية وليس مطالبا بالوصول إلى الحق عند الله في واقع الأمر، لذا إن لم يصب ذلك الحق بأن اجتهد في تعديل شهود أحد الخصوم وكان المشهود له يعلم بفسقهم فقضى له الحاكم، فحكمه هذا لا يجعل ما أخذه المشهود له حلالا في نظر الشارع أبدا، لذلك أجمعوا على قاعدة: **"**أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا**"**[2].

أما القاضي فإنه غير مؤاخذ بشيء مادام قد بذل وسعه وتحرى الحق، بل إن له أجر الاجتهاد لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ، فله أجر**))[3].

وهذا التفصيل فيما لو كان المحكوم له ظالما في واقع الأمر، لكن الحاكم حكم له بما ظهر له من الأدلة، أما إن كان المحكوم له غير ظالم في نفسه ويعتقد أنه مستحق للدعوى وكان خصمه على شاكلته يعتقد أنه مستحق للدعوى، اختلف القضاة في أحكامهم حول هاته الدعوى، ففي المسألة تفصيل[4]:

1. ما كان باطن الأمر كظاهره، وحَكَم قاض بحكم له مدرك قوي لكنه مخالف لمذهب غيره، فحكمه رافع للخلاف، ولا يحل حراما عنده لكنه يحل عند من يخالفه من القضاة، كما لو حكم قاض شافعي بصحة نكاح من قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا، كان حكمه رافعا للخلاف فلا يجوز للقاضي المالكي نقض هذا الحكم وإيقاع الطلاق، ويجوز لذلك الزوج المحكوم له ولو مالكيا وطؤها وعدم مفارقتها فقد رفع حكم الشافعي في هذه المسألة الخلاف، وكان الوطء حلالا عنده وحرام على مذهب مالك.
2. ما كان باطن الأمر كظاهره، وحكم قاض بحكم له مدرك ضعيف، ومخالف لمذهب غيره، فمقتضى المذهب على رأي الدسوقي لا يحل حراما عنده لكنه يحل عند من يخالفه من القضاة، وقال ابن شاس أنه لا يحل الحرام مطلقا سواء عند الحاكم أو غيره لأنه حكم بالشاذ، مثاله: إن طلق زوجته ثلاثا وكلا الزوجين يرى أن هذا الطلاق يقع ثلاثا، فلو قضى قاض لهما أنه يقع واحدة لم يحل هذا الحكم لهما بالنكاح مرة أخرى حتى تنكح زوجا غيره، لأن حكم القاضي هذا حرام عندهما لا يحل لهما ما يعتقدانه على قول ابن شاس وسبقه ابن أبي زيد، ويقع حكمه صحيحا ويحل لهما العشرة على مقتضى المذهب الذي ذكره الدسوقي.

---

[1] سبق تخريجه، ص70.

[2] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج04، ص244.

[3] رواه مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب، أو أخطأ، رقم1716، ج03، ص1342.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص157./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص235.

فملخصه أن ما كان باطن الأمر مخالف لظاهره بحيث لو اطلع الحاكم على باطنه لم يحكم بما حكم به، فالحكم هنا لا يحل الحرام، أما إن كان باطن الأمر كظاهره فإن الحكم يحل الحرام –عند المخالف–لأنه أصلا حلال عند من حكم به ولكنه حرام عند غيره وهذا الخلاف لايضُر.

المطلب الثاني: الإجراءات القضائية عند الحكم على القضية.

الفرع الأول: الإجراءات القضائية عند الحكم في حضور المدعى عليه.

أولا: حال الترجيح.

1. إذا كانت القضية مما تكرر كثيرا على القاضي كان له التعجيل والإسراع في الحكم فيها، لأن الأقضية تتشابه وليس له أن يُبَطِّئ، إلا إن كانت نازلة تحتاج للتروي وإعادة النظر والمشورة[1].
2. إذا توصل القاضي إلى حكم أولي بعد النظر في الأدلة وفي تفاصيل القضية وجب عليه إعذار المحكوم عليه[2].
3. إن طالب المحكوم عليه بالتأجيل لوجود دليل أو زيادة بحث أُنظر على حسب القضية – قد سبق التطرق إليه سابقا–ما لم يكن مُلِدا[3].
4. إن أتى المحكوم عليه ببينة نظر القاضي فيها، بعد معرفة مطعن المحكوم له فيها.
5. إن لم يأت المحكوم عليه ببينة أصدر القاضي حكمه وأعلم به الخصوم، وقيده في سجل عليه وقائع القضية وبينات الخصوم ودفوعهم وإعذاره للمحكوم عليه وأشهد عليه شاهدي عدل، حتى لا ينكر المحكوم عليه شيئا فيما بعد ولا يدعي أنه لم يعذر له وغيرها من الاعتراضات وأعطي الخصوم نسخة من الحكم[4].

ثانيا: حال العجز عن الترجيح وتساوي البينات[5].

1. في حال عجز القاضي عن الترجيح لتساوي حال الخصوم سواء في وجود البينات أو فقدانها، وجب على القاضي الإعذار لكليهما مدة من الزمن حتى يتمكن أحدهما أو كلاهما من جلب دليل قوي يفصل الخصومة وهذه المدة بحسب المحكوم فيه.
2. إن أحضر الخصوم بينات جديدة حكم القاضي بها، وفق المنهج السابق ذكره بالجمع ثم الترجيح.

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص189.

[2] المسيلي، نهاية المرام، ص307.

[3] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج09، ص192.

[4] عليش، منح الجليل، ج08، ص373./محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص 33.

[5] محمد جعيط، المصدر نفسه، ص 33.

3. إن استمرت حال الخصوم إلى انتهاء مدة الإعذار حكم القاضي بالقسمة أو الفسخ، التوقف... بحسب القضية، وسجل هذا الحكم مع وقائع القضية وبينات الخصوم وأشهد عليه وأعطي الخصوم نسخة من الحكم.

الفرع الثاني: الحكم على الغائب، مشروعيته وشروطه.

أولا: مشروعية الحكم على الغائب.

"أصل مذهب مالك القضاء على الغائب"[1]، ورواية عن الإمام مالك بعدم الجواز مطلقا[2]، واستدلوا بأدلة عديدة منها:

السنة: عن عائشة رضي الله عنها: ((**أن هندا قالت للنبي صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح، فأحتاج أن آخذ من ماله، قال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»**))[3] فعلى اعتبار تصرف النبي –صلى الله عليه وسلم– كونه قاضيا في هذه المسألة، فالحديث نص على جواز الحكم على الغائب[4]، يعترض عليه بأن المالكية قالوا باعتبار تصرف النبي –صلى الله عليه وسلم–هنا تصرف فتوى لا قضاء[5].

عمل الصحابة: جاء في الموطأ: ((**أن رجلا من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع، أسيفع جهينة، رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، ألا وإنه أدان معرضا فأصبح قد رين به، فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بينهم وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حرب**))[6].

ووجه الدلالة أن أسيفع كان يشتري الرواحل بالدَّيْن ويزيد في سعرها ويبيعها في الحج فباع بالخسارة فأفلس، فلما رفع أمره إلى عمر بن الخطاب قسَّم عمر ما بقي من ماله بين الغرماء[7]، وحكم على أسيفع بالتفليس وتقسيم ما بقي من ماله رغم غيابه.

قياس الأولى: تجوز الدعوى على الغائب قياسا على جوازها على الميت، لأن الغياب بالموت أبلغ في التعذر منه

---

[1] المقري، قواعد الفقه، ص325.

[2] خليل، التوضيح، ج07، ص453.

[3] رواه البخاري في صحيحه،كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، رقم:7180، ج09، ص71.

[4] عبد الوهاب، المعونة، ص1512.

[5] ابن العربي، المسالك، ج06، ص222./ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص112.

[6] رواه مالك في الموطأ،كتاب الوصية، جامع القضاء وكراهيته، رقم: 2846، ج04، ص1118.

[7] الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، ج04، ص132.

بالغيبة فإذا جاز مع الموت كان مع الغيبة أولى[1].

المعقول: " الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البينة عليه –على الغائب–، والفائدة في ذلك الحكم بها وإلا لم يُنتفع باستماعها، ولأنهم قد وافقونا – الحنفية –على أن امرأة لو ادعت النفقة على زوجها وهو غائب وذكرت أن له وديعة عند رجل فأقر بها –هذا الأخير–فإنه يُقضى لها بنفقتها ويؤخذ لها منه، فكذلك سائر الحقوق"[2].

ثانيا: شروط الحكم على الغائب[3].

1. وجود بينة شرعية عند المدعي.
2. أن تكون الدعوى مما يصح سماعها وأن تتوفر فيها شروط صحة الدعوى على الحاضر.
3. أن تكون للغائب أموال أو وكيل أو كفيل في بلد ولاية القاضي.

الفرع الثالث: الإجراءات القضائية عند الحكم في غياب المدعى عليه.

أولا: الغائب عند المالكية وحكمه.

1. الغائب عند المالكية على نوعين:

أ. غائب بعد حضوره لمجلس الحكم: وهو الملد الذي سلك طريق الفرار وإطالة النزاع، فإن أتم حججه واستوفى آجال إعذاره حكم عليه القاضي ولم ترجى له حجة بعد ذلك، وإن لم يتم حجته وانقضت آجال معذرته حكم عليه القاضي وترجى له الحجة بعد ذلك[4].

ب. غائب لم يحضر إلى مجلس الحكم: وهو على قسمين:

- الغائب إن كانت طريقه إلى المحكمة آمنة سالكة، فالمالكية قسموا حالاته إلى ثلاثة أقسام:

➢ **الغائب غيبة قريبة:** كمسافة الثلاثة أيام فأقل –مسافة القصر–[5]، يستدعى لمجلس الحكم لاتفاق الأمة على أنه "لا يقضى على غائب في البلد معلوم الموضع"[6]، فإن أبى وتكرر منه الامتناع عن الحضور أعذر إليه إما أن يوكل أو

---

[1] عبد الوهاب، المعونة، ص1513.

[2] المصدر نفسه، ص1513.

[3] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص41، 300-301./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص155.

[4] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص33./ محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص –ل–.

[5] هذه المسافة قد تتغير بحسب حال البلاد والعصر فهم قاسوا رحمهم الله المسافات باعتبار زمانهم وقدرة الناس على التنقل وسهولتها، بخلاف عصرنا اليوم خاصة مع ميزة التحاكم عن بعد.

[6] ابن العربي، القبس، ص877.

يقدم، فإن لم يفعل حكم عليه وفي أي حق رفع ضده ولا ترجى له حجة بعد ذلك[1]، إلا في دم، حبس، نسب، طلاق[2]، لقاعدة: "القريب كالحاضر "[3]، استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ الإسراء [15]، ولقوله – صلى الله عليه وسلم-: ((**من دعي الى حاكم من حكام المسلمين ولم يجب فهو ظالم ولا حق له**))[4]، ولقول عمر بن الخطاب –رضي الله عنه-: "واجعل لمن ادعى بينة أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه"[5]، فأمر عمر بن الخطاب –رضي الله عنه-في رسالته بالتلوم للمدعى عليه الحاضر فإن لم يأت بشيء حكم عليه، ويلحق به صاحب الغيبة القريبة لقدرته على الحضور وعدم وجود مانع.

- **الغائب غيبة متوسطة:** كمسافة العشرة أيام، يحكم عليه في الديون والعروض والحيوان واستثنيت العقارات على رواية ابن القاسم عن مالك، لأنه استحسن التوقف فيها فهي مضمونة وباقية ولا يخاف عليها بخلاف الديون والعروض والحيوان، بالإضافة أنها مما تتشاح فيه النفوس فلا بد من حضوره ليكون أقطع للنزاع، وترجى له حجة بعد عودته، وقال ابن الماجشون وسحنون ورواية عن مالك يقضى عليه في العقارات وغيرها[6]، وقال ابن الماجشون بتوكيل من ينوب عنه في الخصومة[7].
- **الغائب غيبة منقطعة:** كوجوده في بلد آخر فيحكم عليه في كل الحقوق وتحفظ له حجته عند عودته[8].
  - الغائب إن كانت طريقه غير سالكة ولا آمنة حكم عليه في الحالات الثلاث في كل الحقوق سوى استحقاق الأصول وترجى له الحجة[9].

---

[1] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص180.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص162.

[3] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص301.

[4] سبق تخريجه، ص126.

[5] رواه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب: كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رقم: 4471، ج05، ص369.

[6] القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1513 / ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج09، ص181./ عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص301.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص199.

[8] ابن رشد الجد، المصدر السابق،ج09، ص180.

[9] عليش، منح الجليل، ج08، ص373.

2. يلحق بالغائب المطلوب غير المقيم في ولاية القاضي:

قال ابن عبد الحكم يشترط في الحكم على الغائب وسماع الدعوى عليه أن يكون له بموضع الحكم مال أو وكيل أو حميل، لأنه لم يولَّ القاضي على جميع الناس بل على بلد خاص[1].

لذا إن لم يكن للغائب ببلد القائم مال يحكم عليه فيه، فله أن يطلب من القاضي أن يثبت له بينته حتى تكون لها قوة قانونية فلا يطعن فيها قاض آخر، ويرسلها إلى قاضي البلد التي فيها غريمه، ويطلب منه النظر في القضية[2].

قال محمد بن عبد الحكم: "وإذا أثبت الرجل عند القاضي شهودا على غائب ببلد آخر، وسأله أن يكتب له بذلك كتابا إلى قاضي ذلك البلد، ويشهد له فيه، لزمه ذلك، وإن قال: أخاف طول غيبة المطلوب، فاكتب لي عليه كتاب إثبات كتب له"[3].

وله أن يتوجه إلى قاضي بلد إقامة الغائب ويرفع عنده الدعوى[4].

ثانيا: إجراءات الحكم في القضية قبل وبعد عودة الغائب.

1. على القاضي ألا يسمع الدعوى على الغائب إلا بعد التحقق من وجود بينة شرعية للمدعي وأنها قضية يصح سماعها، ويشترط في صحة سماع الدعوى على الغائب نفس شروط سماع الدعوى على الحاضر[5].
2. تحقق القاضي من غياب المدعى عليه ومعرفة موضعه وتقدير غيابه بين الحالات الثلاث السابقة والتصرف وفق ذلك:

أ. **إن كان قريبا:** كتب إليه القاضي وأمره بالحضور، ثم يعذر إليه إما بالقدوم أو التوكيل فإن لم يفعل حكم عليه ولا تسمع له حجة إن عاد[6].

ب. **إن كان متوسط الغيبة:** بعث إليه وأنظره بقدر حضوره من موضع إقامته ثم يؤجله مرة أخرى ثم يحكم عليه وهو على حجته إن عاد[7].

ج. **إن كان بعيد الغيبة منقطعا:** لم ينظر القاضي في الدعوى إلا بعد التأكد من وجود مال أو وكيل في موضع ولايته، بخلاف الغيبة القريبة والبعيدة فالدعوى تسمع وإن لم يكن له شيء في ولاية حكمه لأنه ترجى عودته في كلتا

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص126.

[2] انظر إجراءات البينة الخطية الرسمية.

[3] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر السابق، ج08، ص126.

[4] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص:"ل".

[5] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص300./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص155.

[6] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص197.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص200.

الحالتين، ويحكم عليه دون أن يكتب إليه بشيء وهو على حجته إن عاد[1].

3. ما سبق ذكره إن كانت طريق الغائب آمنة سالكة أما غير ذلك يُحكم عليه وتُرجى له الحجة عند عودته[2].
4. يحق للمدعي إقامة الدعوى مع البينة عند قاضي بلده، وأن يطلب منه مخاطبة قاضي بلد الغائب ليحكم عليه بها[3].
5. لا يحكم القاضي على الغائب إلا ببينة المدعي ويمين القضاء على عدم الإبراء، والاستيفاء والاعتياض والإحالة والاحتيال والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحق ولا في بعضه[4]، عملا بضابط "كل من قضي له على غائب أو ميت أو سفيه فلا يتم الحكم إلا بعد أن يحلف يمين القضاء"[5].
6. يجب على القاضي ذكر بينة المدعي في سجل القضية عملا بضابط: "كل ما فيه حق للغائب الإشهاد فيه واجب"[6] حتى إن قدم الغائب صاحب الغيبة البعيدة أو المنقطعة كان له الطعن فيها، فإن لم يسم البينة فُسخ الحكم على المشهور، بخلاف المحكوم عليه الحاضر في مجلس الحكم، لأنه علم ببينة خصمه وأمكنه إسقاطها وقد أعذر في ذلك، فإن لم يسم القاضي البينة في سجل القضية في هذه الحالة فلن يضر الحكم في شيء[7].
7. لا يوكل للغائب غيبة بعيدة أو منقطعة من ينوب عنه في الدعوى لأن الوكالة تقطع الخصومة ويُقضى عليه بها، وقد تكون له حجة حاسمة لا يعلمها الوكيل لذا لا يعين القاضي للغائب وكيلا، ويلحق به الصبي حتى إذا رجع أو بلغ الصبي كان له استئناف الدعوى على خلاف قول ابن الماجشون السابق بتوكيل من ينوب عنه[8]، وقول سحنون الذي رأى أن الغائب لا ترجى له الحجة لذا ينوب عنه الوكيل هو قول ضعيف في المذهب[9].
8. إن رجع الغائب صاحب الغيبة بعيدة أو المنقطعة كان له الاستئناف أمام القاضي وإقامة الحجة وإبطال حجة المدعي، فإن ترجحت بينته حكم القاضي له وارجع له ما حكم به عليه من عروض أو حيوان أو أصول في الغيبة

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص154./ عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص301.

[2] عليش، منح الجليل، ج08، ص373.

[3] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص126.

[4] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص156./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة ج03، ص1025.

[5] ابن غازي،أبو عبد الله محمد بن علي، الكليات الفقهية على مذهب الإمام مالك بن أنس، تحقيق جلال علي جهاني، دط، دت، ص67.

[6] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص 130.

[7] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص152.

[8] عليش، منح الجليل، ج08، ص372./ خليل، التوضيح، ج07، ص453.

[9] الونشريسي، المنهج الفائق، ص 744.

المنقطعة أو ديون ولم يرد عليه ما بيع منها لأنه بيع بوجه شبهة ويأخذ ثمنها[1].

9. على القاضي ألا يسمع الدعوى على الغائب إلا بعد التحقق من وجود بينة شرعية للمدعي وأنها قضية يصح سماعها ويشترط في صحة سماع الدعوى على الغائب نفس شروط سماع الدعوى على الحاضر[2].

10. إذا تم تنصيب قاض مكان قاض آخر وكان هذا الأخير جائرا -عُزِل لثبوت جوره-، فرأى في تسجيله أنه حكم على غائب دون بيان بينة المدعي وجب على القاضي الجديد نقض الحكم وابتداء الدعوى من الأول، فإن كان الأول عدلا فليس للثاني ذلك[3].

المطلب الثالث: طرق رفع النزاع دون صدور حكم القاضي.

الفرع الأول: اسقاط القاضي للدعوى.

وأقصد به انهاء الخصومة قبل الفصل فيها بحكم قضائي، على حالات منها:

أولا: تخلف بعض شروط صحة سماع الدعوى: قد يحدث وتكون الدعوى صحيحة مقبولة عند القاضي فيحدث طارئ يبطلها، مثاله[4]:

1. زوال محل الدعوى كخلاف بين الزوجين حول الحضانة، فيُتوفى ابنهما وبالتالي تسقط الدعوى حينها لزوال محلها وهو الابن.
2. عدم قدرة المدعي على اثبات الخلطة فيما تُشترط فيه الخلطة، سقطت الدعوى.
3. إذا رفع المدعي دعوى على غائب لكنه لم يأت ببينة ولو بعد الإرجاء، سقطت الدعوى.
4. إذا نكل المدعي عن اليمين بعد نكول المدعى عليه تسقط دعوى المدعي مباشرة.

ثانيا: لعدم وجود سبب لاستمراريتها[5].

1. في حال وفاة الزوج الذي طالبت زوجته بالتطليق منه، فإن الدعوى تسقط لعدم ترتب أي أثر عنها وزوال المصلحة منها.

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص39.

[2] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص300./ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص155.

[3] المسيلي، نهاية المرام، ص309.

[4] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص133./ ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص166./ علاء الدين حامد، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي، ص125.

[5] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص936.

2. زوال البينة كوفاة الشهود.

3. زوال المدعى فيه كزوال العين، وفاة الابن المختلف في حضانته...

ثالثا: وجود تناقض في الدعوى.

يقصد به أن يصدر من الشخص كلامان مختلفان يهدم أحدهما الآخر[1]، فوجود تناقض طارئ في دعوى الطالب أذان للقاضي على بطلان ما يدعيه، عملا بضابط: "من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته"[2].

1.مثاله[3]:

أ. أن يدعي بشيء على المطلوب قد ادعى به على غيره، تسقط الدعوى حينها لقاعدة: "الدعوى على الشخص إبراء لغيره"[4].

ب. لو طالب غيره بحصة من أرض يستحقها بالإرث فأثبت غيره ملكيته لها، ثم أقام الطالب بينة أنه يملكها بالشراء سقطت الدعوى حينها.

ج. من ادعى في ملك أنه من أوقاف فلان ثم أثبت أنها ملك مورثه، سقطت الدعوى.

د. من ادعى أن له حقا بالوصية في دار ثم أثبت أنها ملك له وحده بالصدقة، سقطت الدعوى.

هـ. إذا دفع المدعى عليه بإنكار سبق تعامله مع المدعي أصلا، ثم بعد إثبات المدعي لحقه جاء المدعى عليه ببينة أنه قد تصالح مع المدعي لم تقبل منه بينته للتناقض.

و. إذا قاسمت المرأة ورثة زوجها، وقد أقروا بالزوجية كبارا، ثم برهنوا على أن زوجها كان طلقها في حال صحته ثلاثا، رجعوا عليها بما أخذت مع اليمين.

2.شروط تناقض الدعوى:

أ. ألا يكون هناك عذر مقبول يرفع التناقض، كما لو أقر للورثة أن ما تركه أبوه ميراث بينهم ثم جاء شهود بوثيقة أن أباه تصدق عليه بأرض في صغره وحازها له فإنه تُسمع دعواه مع يمينه بعدم علمه بالأمر[5].

---

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص151.

[2] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص25.

[3] المصدر نفسه، ص24-26./ الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص153./ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج06، ص4395.

[4] محمد جعيط، المصدر نفسه، ص24.

[5] القرافي، الفروق، ج04، ص73.

ب. صدور التناقض من المدعي أو من أصحاب الدعوى كالموكل والوكيل[1].

ج. صدور التناقض في مجلس الحكم أو خارج المجلس لكن مع إثبات وقوع التناقض في الخارج بالبينة[2].

3. حالات رفع التناقض.

أ. يرفع إذا كان ناشئا عن حكم قضائي.

إن ادعى أحد ثوبا بيد غيره، فقال المدعى عليه أن هذا الثوب كان لفلان اشـتريته منه وأثبت المدعي دعواه وحكم له القاضـي، كان للمدعى عليه الرجوع على البائع بدعوى جديدة يطالبه بثمن الثوب، فالتناقض الواقع بين إقراره بأن هذا الثوب كان للبائع وبين الرجوع عليه ومطالبته بالثمن بعد الحكم يَلزم منه أن البائع ليس هو المالك الأصلي للثوب ، فلا يصح للبائع أن يدفع عن نفسه بتناقض المشتري بأن المشتري أقر أول الأمر في الدعوى الأولى أن البائع هو المالك الأصـلي ثم يدعي الآن أن البائع ليس هو المالك الأصـلي بل المدعي الأول هو المالك فهذا ظاهره التناقض، لأنه قد ارتفع بتكذيب حكم القاضـي لإقرار المشـتري،[3] ووجه هذا أن هذا التناقض ليس أصـليا صـادر من المدعى عليه – المشتري–بل هو طارئ نشأ بسبب حكم القاضي.

ب. التناقض يبطل بتصديق الخصم.

إذا تناقض المدعي في دعواه فالأصل عدم سماع الدعوى، واستثنى من هذا إن صدقه المدعى عليه فيما ادعاه فيُزال هذا التناقض وتسمع الدعوى، لأن منع أحد المتداعيين لتناقضه جيء به حفاظا على حق الطرف الآخر، وبما أن الخصم تنازل عن حقه فلابد من التجاوز عن هذا التناقض والعمل بكلامه والحكم به[4].

الفرع الثاني: إسقاط –إبراء–المدعي للدعوى.

إذا رفع المدعي أمره إلى القاضـي ثم رأى أن يتنازل عن دعواه قبل صـدور الحكم، فإن المالكية قالوا: إذا أجاب المطلوب بالإنكار فلا يجوز للطالب التنازل حتى يوافق المطلوب.

فإن رفض هذا الأخير أَمَر القاضـي بإتمام الخصـومة، فإن أبى المدعي حَكَم القاضـي ألا حق للطالب في القضـية، ووجه هذا القول أن تنازل المدعي لا يعني انتهاء الخصـومة من المدعى عليه خاصـة عند مباشـرة الدعوى، بل لابد من

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص152.

[2] المصدر نفسه، ص152.

[3] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص153.

[4] المصدر نفسه، ص154.

حكم حينها ينهي النزاع ويمنع الطالب من الشكوى مجددا على المطلوب[1]، ولأن تبرأة المطلوب بحكم هو أقوى من تنازل الطالب، لأنه حاسم وقاطع ببطلان كلام المدعي أمام الناس.

فإن أراد المدعي إعادة النظر في الدعوى نفسها وأنه تراجع عن إبراءه فلا يقبل منه ذلك، إلا إن وجد عذرا قويا كإسقاط الشريك حقه في الشفعة قبل البيع فإنه لا يلزمه[2]، أو أبرأ خصمه لخوف ورهبة منه وغيرها[3].

الفرع الثالث: تصالح الخصمين.

قد تكلمت في الفصل الثاني في سلطة القاضي في مجلس الحكم أن له دعوة الخصوم للصلح إن لم يتبين له وجه القضاء، فالصلح من حيث كونه مندوب بين المسلمين[4] لقوله تعالى ﴿ * لاَّ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوِ إِصْلَاحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ﴾ النساء [113]، ومن السنة قوله-صلى الله عليه وسلم-: ((**ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلى، يا رسول الله قال: «إصلاح ذات البين، وفساد ذات البين الحالقة»**))[5].

إلا أن له أثرا في القضاء لأنه ينهي النزاع دون حكم قضائي يفصل الخصومة، ولذلك كان من وسائل إنهاء الخلاف حتى دون الرجوع إلى القضاء أصلا، وقد نبه علماؤنا أحكاما تتعلق به كما مر أنه:

1. إن تبين للحاكم وجه الحُكُومة وجب عليه إنفاذها وإلا كان ظالما، فلا يدعوا إلى الصلح لأنه صلح باطل[6]، لقوله –صلى الله عليه وسلم-: ((**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما**))[7]، وقيل لا بأس به إن كان في أموال والمحكوم عليه فقير ضعيف الحال، فيُنْدِبهما إلى الصلح من باب تصدُّق القوي على الضعيف، ورد هذا القول لأنه يوهم ثبوت الحق على صاحب الحق[8].

---

[1] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص40.

[2] المصدر نفسه، ص (هـ،ب).

[3] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص936.

[4] القرافي، الفروق، ج04، ص07.

[5] رواه الترمذي في سننه، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم،-دون تسمية الباب- رقم:2509، ج04، ص244، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص43.

[7] رواه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم:1532، ج03، ص626، قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

[8] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج06، ص478.

2. لا يجوز الصلح في حقوق الله تعالى كالحدود – الزنا، الحرابة...–والكفارات إذا وصل أمرها إلى القاضي[1].
3. إذا تبين للحاكم وجه الحكومة لكنه يرى أن إنفاذه سيؤدي إلى فتنة وفساد أكبر كالخلاف بين الأهل والأصحاب فيجب عليه الدعوة إلى الصلح[2]، وهو المضبوط في قولهم: "الصلح بين ذوي الأرحام أولى من القضاء بينهم"[3].
4. إن لم يظهر للحاكم وجه القضاء حث الخصوم على الصلح دون إلزام، فإن رفضا أو رفض أحدهما أتم النظر في الخصومة[4].
5. إن تخاصم أصحاب الفضل والصلاح وجههم للصلح حفظا لكرامتهم ومكانتهم[5].
6. يصح افتداء اليمين والصلح عنها لقوله صلى الله عليه وسلم: ((**ذبوا عن أعراضكم بأموالكم**))[6]، ولا يحلف المنكر بعده أبدا لأنه أسقط حقه في الخصومة[7].

الفرع الرابع: التقادم وأثره في إسقاط الدعوى.

التقادم هو مرور الزمن على الحادثة[8]، وليس المقصود هنا دراسة التقادم عند المالكية بالتفصيل بل الإشارة إليه ومدى تأثيره في اسقاط الدعوى، فحكمه عند المالكية أن الحقوق لا تسقط بالتقادم لأن الحق قديم لا يُسقطه شيء إلا صاحبه[9]، كما أن حقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد، مستدلين بأدلة منها:

قوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَاكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَاكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ البقرة [187]، فالآية الكريمة لم تقيد بطلان أخذ حقوق الناس بزمن معين بل جعلتها مطلقة في كل الأزمنة، لذا لا تسقط الحقوق بطول الزمان.

وأما السنة قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: ((**لا يَبطل حق امرئ وإن قدم**))[10].

---

[1] محمد نعيم، نظرية الدعوى، ص475

[2] عليش، منح الجليل، ج08، ص359.

[3] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص166.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج02، ص48.

[5] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5336.

[6] سبق تخريجه، ص292.

[7] ابن عبد البر، الكافي، ج02، ص925./ هاني علي، القضاء باليمين وبعض أحكامه، ص165.

[8] مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات، ص776.

[9] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص157.

[10] لم أجد له تخريجا.

قول الصحابة: في رسالة عمر في القضاء: ((**فإن الحق قديم لا يبطله شيء**))[1]، فلا يسقط الحق بتقادمه بل يبقى لصاحبه حتى يتنازل عنه.

لكن هذا الرأي ليس على إطلاقه، فهناك فروع كان لطول الزمن أثر في الحكم عليها، لا لأن طول الزمن مسقط للحق في ذاته بل لأنه أورث شبهة قوية شهد العرف بصدقها، دلت على تنازل صاحب الحق عن حقه، منها:

1. التارك لحقه في الشفعة مع علمه بها، دون عذر يمنعه من المطالبة بها ومر على ذلك مدة فليس له الحق فيها، وحددها مالك في المدونة بالسنة وهو الصحيح[2]، ورواية أصبغ عن أشهب أن المبتاع إذا تصرف في الأرض بغرس وبناء تنقطع الشفعة في أقل من السنة وإن لم يكن كذلك فالسنة، وروى ابن القاسم: بالزيادة على السنة، فقيل شهر وقيل شهران وقيل ثلاثة، وقال أصبغ: السنتان والثلاث قليل، وقال محمد بالخمسة أشهر، وقال مطرف وابن الماجشون في رواية عن مالك: بالخمس سنين إلا أن يتصرف المشتري فيها بالبناء وغيره فتسقط الشفعة بأقل من ذلك[3].
2. في المرأة يطلب منها الزوج أن تضع جزءا من صداقها فقالت: أخاف أن تطلقني بعد، فقال: لا أفعل، فوضعته ثم طلقها، فإن طال الزمان ولم تطالب بما أسقطته من الصداق لم تجب لذلك لأن طول الزمان يورث براءة الزوج من الخداع[4].
3. قال مالك فيمن دُعِي إلى شهادة فلم يتذكرها وبعد مدة ذكرها، أن شهادته تُقبل إن كان مبرزا ولا يتهم، ولم يمر من طول الزمان ما يُستنكر[5].
4. من تم قذفه ولم يقم بالدعوى على القاذف، فطال الزمان بما يُعتبر المقذوف أنه عفا عن غريمه كالسنة أقل أو أكثر ثم توفي، فلا يحق لورثته القيام بالدعوى على القاذف فإن قصر الزمان كان لهم ذلك[6].
5. إن طلب الموكل من وكيله شراء سلعة بثمن معين، ثم زاد الوكيل زيادة يسيرة على ذلك الثمن فله مطالبة موكله

---

[1] ابن عبد البر، الإستذكار، ج07، ص103.

[2] سحنون، المدونة الكبرى، ج04، ص242./ الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص44.

[3] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص888./ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج20، ص57./ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص485.

[4] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج12، ص743-744.

[5] المصدر نفسه، ج17، ص559.

[6] المصدر نفسه، ج22، ص329./ البراذعي، التهذيب، ج04، ص403.

بالعوض، فإن طال زمن سكوته لم يحق له المطالبة بشيء[1].

6. لا تسمع دعوى الحاضر يرى غيره يتصرف في ملكه بالبناء والهدم مع طول الزمن من غير شيء يمنعه من الإنكار[2] واختلفوا في المدة على أقوال:

أ. مدة الحيازة في الأجنبي عشر سنين يسكنها ويزرعها قاله ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم لقوله –صلى الله عليه وسلم: ((**من حاز شيئا عشر سنين فهو له**))[3]، قول ابن القاسم في الموازية أن السبع والثمان وما قارب العشرة مثل العشرة[4]، إلا إن كان شريكا فاشترطوا فيه التصرف بالزراعة والبناء الكثير والهدم وغير ذلك، حينها تسقط دعوى ملكية المدعي[5].

ب. مدة الحيازة في القريب غير الشديد القرابة كالإخوة، الأعمام، الأخوال، أبنائهم، الأصهار...يستغلها بالسكنى والزراعة وغير ذلك المدة الطويلة كالأربعين سنة على الأقل وحددها مالك بخمسين سنة لأنهم يتسامحون فيما بينهم للقرابة أكثر مع الأجانب[6]، حينها تسقط دعوى ملكية المدعي مالم تكن بينهم عداوة، أما إن كان التصرف قويا بالكراء والهبة والبيع وغير ذلك فلا تشترط المدة إن رأى ما يفعلون وسكت، وإن كان تصرفه متوسطا كالبناء والهدم والزراعة فاختلفوا بين الأربعين سنة وبين العشر سنوات[7].

ج. مدة الحيازة في القريب شديد القرابة، كالأب والابن فلا يعتد بالتصرف إلا التصرف القوي كالبيع والهبة والصدقة...المدة الطويل[8].

7. لا تسمع دعوى الأيتام بعد ترشيدهم أنهم لم يقبضوا شيئا من وليهم إن طال الزمن من يوم الترشيد كثمانية أعوام لابن زرب والعشرين سنة لابن المواز، فالقول قول الولي مع اليمين[9].

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج03، ص384.

[2] المنجور، شرح المنهج المنتخب، ج02، ص605.

[3] رواه الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض – المملكة العربية السعودية–، ط01، 1412 هـ / 1992م، رقم: 4853، ج10، ص430. ضعفه الألباني.

[4] الحطاب، مواهب الجليل، ج06، ص223.

[5] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص47-48.

[6] محمد بن علي، تهذيب القرافي، ج04، ص118.

[7] محمد جعيط، المصدر السابق، ص47-48.

[8] المصدر نفسه، ص47-48.

[9] ابن ناجي، شرح ابن ناجي على الرسالة، ج02، ص374./ محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج04، ص395.

المبحث الثالث: إجراءات نقض الحكم وتنفيذه.

بعد صدور الحكم أثبت علماؤنا –رحمهم الله تعالى–حق الاستئناف لمن تضرر منه، تحقيقا لمبدئ العدالة، فتكلموا عن مسألتي الاستئناف والنقض باعتبارهما وسيلتين شرعيتين لمراجعة الأحكام القضائية سواء أكان من القاضي نفسه أم من غيره، سواء في الدرجة الثانية أم الدرجة الثالثة، وفصلوا فيما يمكن نقضه ومالا يمكن، حتى يكون الناس على بينة من أمرهم، انتهاء بإجراءات التنفيذ إذ لا يتحقق المقصود من القضاء إلا بوصول الحقوق إلى أصحابها.

المطلب الأول: استئناف الحكم القضائي.

الفرع الأول: تعريف الاستئناف، ودرجات التقاضي.

أولا: تعريف الاستئناف.

1.تعريف الاستئناف لغة: الاستئناف من أنف الشيء، يقال استأنفت الشيء إذا ابتدأته، وفعلت الشيء آنفا أي في أول وقت يقرب مني[1]، "والاستئناف والائتناف: الابتداء كما في الصحاح، وقد استأنف الشيء وائتنفه: أخذ أوله وابتدأه، وقيل: استقبله"[2].

وفي حديث ابن عمر، رضي الله عنهما: "إنما الأمر أنف"[3] أي يستأنف استئنافا من غير أن يسبق به سابق قضاء وتقدير، وإنما هو على اختيارك ودخولك فيه[4].

فمعنى الاستئناف يدور حول ابتداء الشيء في أقرب وقت، وهو يقارب المعنى الشرعي عند الفقهاء.

2.تعريف الاستئناف اصطلاحا: لم يقدم علماؤنا تعريفا للاستئناف وإن عرفوه كاستعمال في كتبهم قال ابن رشد الجد في معرض حديثه عن عزل القاضي الجائر وتولي قاض آخر مكانه فعنون له بـ: "أيستأنف النظر فيما حكم فيه القاضي المعزول؟"[5]، وقد طبقوه في كلامهم حول الدفع بعد صدور الحكم إن وُجد سبب، كدفع الغائب بعد حضوره وهو أحد صور الاستئناف، ولما كان هذا ركنت إلى تعريفات بعض الباحثين المعاصرين فعرِّف بـ:

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ج09، ص14.

[2] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج23، ص47.

[3] رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب: جماع أبواب من تجوز شهادته , ومن لا تجوز من الأحرار البالغين العاقلين المسلمين، باب: ما ترد به شهادة أهل الأهواء، رقم: 20871 ، ج10، ص342.

[4] ابن منظور، المصدر السابق، ج09، ص14.

[5] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص254.

الاستئناف: **''إعادة النظر في الخصومة من جديد''**[1]، وهذا التعريف يلائم المعنى اللغوي تماما الذي يشير إلى ابتداء الشيء، ويُنتقد في أن الاستئناف لا يلزم منه إعادة النظر في القضية من الأول، بل هناك استئناف يتم فيه إكمال القضية كالغائب فله استئناف الحكم بعد عودته للبلد، فالقاضي يخبره بأدلة خصمه ولا يطالب الخصم بإعادة الإثبات من الأول بل يبني على ما سبق.

وعُرِّف أيضا بـــ: **''تظلم من حكم صادر من محكمة شرعية ابتدائية يُرفع لدى محكمة درجة ثانية من طرف المدعي أو المدعى عليه أو ممن مس الحكم حقا من حقوقه يبين فيه المستأنف أسباب الاستئناف التي يستند إليها في جرح الحكم بقصد إبطال الحكم وفسخه أو تعديله''**[2]، وهذا التعريف مبني باعتبار مكونات الاستئناف حتى الوصول إلى الهدف منه إما بإبطال الحكم وفسخه أو تعديله، إلا أنه طويل جدا.

والذي آخذ به أن الاستئناف: **''إعادة النظر في أمر فَصَل فيه القاضي''**.

الشـــرح:

- **إعادة النظر**: وهو الإجراء الذي سيقوم به القاضي.
- **في أمر**: يشمل الدعاوى وغيرها مثل تعيين القاضي لوصي على صبي وغيره فهذا ليس بخصومة.
- **فصل فيه**: ولم أقل حكم فيه ليشمل قرارات القاضي التي لا تعد أحكاما، فهي كذلك تستأنف.
- **القاضي**: وهو الناظر في الاستئناف والرافع للحكم الأول أو المغير له أو المثبت له.

ثانيا: مشروعية الاستئناف وحكمه.

1.مشروعية الاستئناف.

دل على مشروعية الاستئناف عديد النصوص والآثار من ذلك:

القرآن: قال تعالى: ﴿ وَقَالَ ٱلۡمَلِكُ ٱئۡتُونِي بِهِۦۖ فَلَمَّا جَآءَهُ ٱلرَّسُولُ قَالَ ٱرۡجِعۡ إِلَىٰ رَبِّكَ فَسۡـَٔلۡهُ مَا بَالُ ٱلنِّسۡوَةِ ٱلَّٰتِي قَطَّعۡنَ أَيۡدِيَهُنَّۚ إِنَّ رَبِّي بِكَيۡدِهِنَّ عَلِيمٞ ٥٠ قَالَ مَا خَطۡبُكُنَّ إِذۡ رَٰوَدتُّنَّ يُوسُفَ عَن نَّفۡسِهِۦۖ قُلۡنَ

[1] عبد الرحمان القاسم، النظام القضائي الإسلامي مقارنا بالنظم القضائية الوضعية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، مطبعة السعادة القاهرة، ط01، 1993م، ص408.

[2] البريشي إسماعيل محمد، وقت إثارة الدفع في الفقه الإسلامي والقانون، دراسات علوم الشريعة والقانون، 2009م، المجلد 36، ع02، ص 589.

حَٰشَ لِلَّهِ مَا عَلِمۡنَا عَلَيۡهِ مِن سُوٓءٖۚ قَالَتِ ٱمۡرَأَتُ ٱلۡعَزِيزِ ٱلۡـَٰٔنَ حَصۡحَصَ ٱلۡحَقُّ أَنَا۠ رَٰوَدتُّهُۥ عَن نَّفۡسِهِۦ وَإِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٥١﴾ ذَٰلِكَ لِيَعۡلَمَ أَنِّي لَمۡ أَخُنۡهُ بِٱلۡغَيۡبِ وَأَنَّ ٱللَّهَ لَا يَهۡدِي كَيۡدَ ٱلۡخَآئِنِينَ ﴾ يوسف [50-52].

قال الثعالبي في حكمة إرجاع سيدنا يوسف –عليه السلام–رسول الملك: " وقصده عليه السلام بيان براءته، وتحقق منزلته من العفة والخير، فرسم القصة بطرف منها، إذا وقع النظر عليه، بان الأمر كله"[1].

فسيدنا يوسف –عليه السلام–رفض الخروج بعفو الحاكم بل طلب إعادة محاكمته حتى تتبين براءته ولا تبقى عليه من الملك أية منة، وحتى لا يُتَّهم عند الناس بعد ذلك فطلب إعادة المحاكمة، فهو دليل على وجوب الاستئناف إن وقع ظلم في القضية ولو بعد سنوات، كما دل على وجوب إيجاد درجة قضاء أعلى يرفع إليها التظالم إن لم تحققه الدرجة الأولى.

قال تعالى: ﴿ وَٱللَّهُ يَحۡكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكۡمِهِۦۚ ﴾ الرعد [42]، قال القرطبي: "أي ليس يتعقب حكمه أحد بنقص ولا تغيير"[2]، هذا في حكم الله وبمفهوم المخالفة فإن حكم غير الله سبحانه متعقب ويمكن تغييره.

قال تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ ﴾ الأنبياء [77، 78].

حكم داوود –عليه السلام–في غنم رعت في حرث آخر بدفع الغنم إلى صاحب الحرث لأنه رأى أن قيمة الغنم مساوية لقيمة ما أتلف، فلما عرف سليمان –عليه السلام–بالأمر حكم بدفع الحرث إلى صاحب الغنم حتى يعيد الزرع إلى حاله، وأن يدفع الغنم إلى صاحب الزرع لينتفع منها إلى حين استرجاع حرثه كما كان، فقضى داوود بقضاء سليمان –عليهما السلام–[3]، وهذا ظاهر في جواز الاستئناف وإعادة النظر في الحكم من طرف القاضي نفسه.

كما يستفاد من قصة داوود وسليمان–عليهما السلام– وجوب نقض القاضي لحكمه إن وجد اجتهادا أرجح من اجتهاده مادام في ولايته[4]، وكذا جواز الاستئناف عند نفس قاضي الحكم الأول، واعترض عليه البعض فقالوا أن حكم داود –عليه السلام–كان فتيا لذا أمكن مخالفتها[5].

---

[1] الثعالبي، الجواهر الحسان، ج03، ص332.

[2] القرطبي، تفسير القرطبي، ج09، ص334.

[3] المصدر نفسه، ج11، ص308.

[4] المصدر نفسه، ج11، ص312.

[5] المصدر نفسه، ج11، ص312.

من السنة:

قال –صلى الله عليه وسلم–: ((**البينة على المدعي**))[1] "فهذا الحديث هو عام في كل الأحوال وليس هناك ثمة فرق بين ما قبل الحكم أو بعده، وعليه فإن الحديث يدل بعمومه على جواز الاستئناف في الأحكام طالما أن المستأنف للحكم لديه بينة وسبب مسوغ للاستئناف قُبل"[2].

عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((**بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب، فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها: إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام، فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى: لا يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى**))[3].

فسيدنا سليمان قَبل بالحكم بين المرأتين لما رأى من الصغرى جزعا وخوفا وحرصا على الصبي أشبه ما يكون بخوف الأم من فقدان ابنها، فكان هذا موجبا لإعادة النظر في القضية[4].

أما قضاؤه –عليه السلام – بعد حكم أبيه داوود –عليه السلام– قيل لأن داوود لم ينفذ الحكم بعد والظاهر خلافه لقوله –صلى الله عليه وسلم–: ((**فقضى به للكبرى**))، ويحتمل أن يكون فتوى من داوود–عليه السلام–، ويُحتمل أن في شرعهم يجوز نسخ الحاكم حكم غيره، ويحتمل أنهما تراضيتا بالتراجع وابتداء الحكم عند سليمان – عليه السلام– [5].

والذي خطر لي من خلال الجمع بين قضيتي النبيين الكريمين داوود وسليمان –عليهما السلام– مما يوافق شرعنا، أن سيدنا سليمان لم تكن له سلطة نقض أحكام سيدنا داوود، إلا أن داوود قد رضي بسماع آراء ابنه لما رأى من فصاحة تفكيره، فإن ظهر له قضاء غير الذي حكم به والده كان له الإفصاح عنه حتى يعيد داوود –عليه السلام–النظر في القضية ويحكم بالراجح من القضائين، كما فعل في قضية المرأتين فقد أظهر أن للقضية ميزانا أدق للحكم وهي عاطفة الأمومة، وهو الوجه الفاصل للقضاء بينهما وأراد التحقق من ذلك الوجه ومعرفة من يشهد لها، فإما أن يؤكد هذا الوجه حُكم والده أو يظهر قوة طرف المحكوم عليها بما يغير حكم داوود أو أن سليمان علم أن لوالده حرصا على الحكم بالحق وأن له مكانة عنده تمكنه من النظر في قضاياه فإن حكم بخلافه لم ينكر عليه.

---

[1] سبق تخريجه، ص152.

[2] هشام السعدني خليفة، الطعن على الحكم القضائي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية و العربية، 2017م، ع05، ص16.

[3] سبق تخريجه، ص355.

[4] عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ج05، ص580.

[5] المصدر نفسه، ج05، ص580.

عن سالم، عن أبيه، قال:((**بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا، فقالوا: صبأنا صبأنا، فجعل خالد يقتل ويأسر، ودفع إلى كل رجل منا أسيره، فأمر كل رجل منا أن يقتل أسيره، فقلت: والله لا أقتل أسيري، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره، فذكرنا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد» مرتين**))[1]، فالحديث صريح في مشروعية استئناف الحكم عند قاض أعلى بعد عدم رضا الصحابة بحكم خالد بن الوليد – رضي الله عنه- رغم كونه قائد الجيش وقاضيه فاستأنفوا عند القائد والقاضي الأعلى للجيش وهو النبي -صلى الله عليه وسلم- فدل على أن الاستئناف جائز في الدعوى العسكرية كالمدنية.

ويستفاد مما سبق:

تجوز مراجعة الحاكم إن بنى حكمه على الاجتهاد -لا يبنى على النص-إن كان اجتهاده بعيدا، ووجد اجتهاد أرجح منه فإن القاضي الثاني أو المشاور ينبئه به ويُفهمه وجه القضاء، فإن رأى القاضي الأول أن حكمه مرجوح وجب عليه الرجوع عنه، ويكون حكم القاضي الثاني أو المشاور استشاريا ثم يصير إلزاميا بعد صدوره من القاضي الأول، أما إن كان حكمه فيما لا نص فيه لكنه كان مخالفا للقواعد فإنه ينقض من باب أولى، ولو عند قاض آخر فمالا ينقض من الاجتهادات ما كان في دائرة الخلاف التي لا تخالف القواعد فقط.

عمل الصحابة:

عن أبي حرب بن الأسود الديلي، عن أبيه قال: رفع إلى عمر امرأة ولدت لستة أشهر، فأراد عمر أن يرجمها فجاءت أختها إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه، فقالت: إن عمر يرجم أختي، فأنشدك الله إن كنت تعلم أن لها عذرا لما أخبرتني به، فقال علي: «إن لها عذرا»، فكبرت تكبيرة سمعها عمر من عنده، فانطلقت إلى عمر فقالت: إن عليا زعم أن لأختي عذرا، فأرسل عمر إلى علي: ما عذرها؟ قال: إن الله عز وجل يقول: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ البقرة [233]، وقال: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ الأحقاف [15]، فالحمل ستة أشهر، والفصل أربعة وعشرون شهرا. قال: فخلى عمر سبيلها قال: ثم إنها ولدت بعد ذلك لستة أشهر[2].

فعلي -رضي الله عنه-استأنف قضية المرأة عند عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-لما رأى لها حجة تنقض

---

[1] سبق تخريجه، ص379.

[2] رواه البيهقي في السنن الصغير، كتاب الإيلاء، باب في أقل الحمل وأكثره، رقم: 2824، ج03، ص168. وأخرجه مالك في الموطأ في عثمان وعلي رضي الله عنهما.

الحكم الأول، فأقره عمر على ذلك وسمع منه، مما دل على جواز الاستئناف عند نفس القاضي إن ظهر للمحكوم عليه بينة لم يعلم بها.

2.حكم الاستئناف.

مما سبق نعلم أن الاستئناف مشروع في الفقه المالكي، لأنه يلائم المقصد من تنصيب القضاء وهو تحقيق العدل وانصاف الناس، لكن هذا الأصل يتجاذبه أصل آخر وهو الحفاظ على هيبة القضاء وقوة حضوره في نفوس الناس، لذا كان حق استئناف الأحكام القضائية متعلق بوجود سبب شرعي، فلا يحق لأي كان أن يستأنف الحكم وقت ما شاء كيف ما شاء وإلا ضاعت هيبة القضاء وتساهل الناس في الأحكام، لذلك قال القاضي إسماعيل: "ويُحمل القضاء على الصحة مالم يثبت الجور وفي التعرض لذلك ضرر بالناس ووهن للقضاء"[1].

لذا كانت مساحة رفع دعوى الاستئناف أضيق من رفع الدعوى العادية، لذلك قال القرافي: "أن الله تعالى جعل للحكام أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين، فإذا حكموا بأحدهما كان ذلك حكما من الله تعالى في تلك الواقعة"[2]، وبما أن أحكام القضاة على هذا الوزن على قول القرافي فإن مساحة نقضها ضيقة، وكلام القرافي محمول على عدم صحة نقض القضاة لأحكام بعضهم البعض في المجتهدات وسيأتي بيانها.

لذا لا يقبل الاستئناف إلا بوجود سبب شرعي مع انتفاء الموانع –سيأتي بيانهما–،كما يجدر التنبيه أنه يصح في كل الدعاوى دون تحجير، ويصح من كل من له علاقة أو تضرر من الحكم القضائي سواء الخصوم أو غيرهم[3].

أما الاستئناف في قرارات القاضي وليست بأحكام ففيه فُسحة أوسع، لأنها ليست بتلك القوة القانونية الإلزامية فيصح أن ترفع إلى غير القاضي الأول بل ويجوز نقضها ولو كانت مبنية على الاجتهاد –كما سيأتي–.

والقائم بالاستئناف في غير حق الله تعالى إما أحد الخصوم أو وكيلهما أو الناظر لهما من أب أو وصي... أما فيما هو حق لله تعالى كالاعتداء على ملك عام أو وقف للمسلمين تقبل من أي واحد من المسلمين[4].

ثالثا: درجات التقاضي عند المالكية.

نصوص المذهب مليئة بذكر استئناف الدعوى عند قاضي الجماعة أو أمير البلاد لإعادة النظر في القضية ومن

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص83.

[2] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص80.

[3] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص554.

[4] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص6-12.

ذلك: "ويرفع ذلك إلى الأمير الذي هو فوقه فيشهد بما علم..."[1].

"قال ابن القاسم في المجموعة: ...يرفع ذلك إلى السلطان..."[2].

قال سحنون في مراسلات القضاة: "...ليس يكتب قضاة الكور إلى قضاة البلدان بما يثبت عندهم، ولكن يكتب قاضي تونس إلى قاضي القيروان قاضي الجماعة بما ثبت عنده، فيكون هو الذي يكتب إلى قاضي مصر، ولا يجوز كتاب قضاة الكور، ولا ولاة المياه إلى قاضي بلد آخر..."[3]، "استئناف الشهادة عند حاكم ثان"[4].

وأورد ابن فرحون فصلا سماه: "نقض القاضي أحكام غيره "[5].

فدلت هذه النصوص وغيرها أن الدعوى بعد الاستئناف لها طريقان بحسب دوافعها:

إما أن تستأنف عند نفس القاضي الأول وتكون في نفس الدرجة الأولى، كحضور الغائب الذي صدر عليه حكم قضائي، وهو ما يعرف بالمعارضة عند رجال القانون[6].

أو تستأنف عند قاض آخر كدعوى إثبات فساد القاضي الأول وميَلانه لجهة المدعي، فترفع إلى قاضي الجماعة أو الأمير أو من ينوب عنهما أو مجلس الشورى كما في الأندلس التي كانت بمثابة المحكمة العليا في زمانهم، ويسمى بالاستئناف الأصلي وبالطعن بالنقض عند القانونيين[7].

لذا منطق تعدد درجات التقاضي هو منطق شرعي سليم عمل به القضاة قديما، فنصوص المذهب في غالبها توحي بوجود درجتين للتقاضي وقد تكون على ثلاث درجات كما جاء في الفروق: "قال محمد مما يُنقض نقض ما لا يُنقض فإذا قضى قاض بأن يُنقض حكم الأول، وهو مما لا ينقض، نَقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ"[8]، فدل هذا النص على وجود درجة ثالثة أعلى للنظر في تعارض أحكام القضاة ومدى صحة نقض القاضي الثاني لحكم

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج10، ص96.

[2] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص108.

[3] المصدر نفسه، ج08، ص124.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص59.

[5] المصدر نفسه، ج01، ص82.

[6] هشام السعدني خليفة، الطعن على الحكم القضائي، ص16.

[7] هدى عبد الحميد عبد القوي، استئناف الأحكام القضائية في نظام المرافعات الشرعية السعودي والمصري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- ، المجلة العربية للنشر العلمي، مركز تميم للدراسات والأبحاث، الأردن، 2020م، ع20، ص45./ محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص553.

[8] القرافي، الفروق، ج04، ص41.

القاضي الأول، فالقرافي في كلامه لم يشر إلى ضرورة إعادة النظر في القضية بسماع الخصوم بل اقتصر دور الدرجة الثالثة على النظر في مدى سلامة الحكم الثاني واحترامه للقواعد فقط.

والدرجة الثالثة يمثلها قاضي الجماعة في تلك البلاد أو الأمير إن كان له علم أو يعين جماعة من القضاة والعلماء كما هو الحال في الأندلس التي كان بها مجلس شورى القضاء الذي كان حكمه قطعيا ليس قابلا للنقض-كما سبق بيانه في الفصل الأول-فإما أن يترأسهم أو يرأسهم أعلمهم بالقضاء ليفصل في الخلاف إن اختلفوا فيما بينهم[1].

الفرع الثاني: دواعي قبول الاستئناف ورفضه.

أولا: دواعي الاستئناف.

أقصد بدواعي الاستئناف الأسباب التي إن توفر إحداها كان للمحكوم عليه استئناف قضيته دون أن يقابله أي رفض صادر من المحكمة، وهذه الأسباب هي:

1. **إذا لم يتم احترام الإجراءات القضائية:** مثل:

أ. إذا حكم عليه القاضي دون تعجيز، ثم أتى بحجة فله الاستئناف، كالمقر أو المنكر...أو كانت الدعوى في مالا يجوز التعجيز فيه كالنسب والعتاق والحبس...[2]

ب. إذا عجَّزه فله حالتان:

- إذا عجَّزه دون تلوم وضرب آجال كمن عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، فيه خلاف على أقوال:

- لا تقبل البينة لا من الطالب ولا من المطلوب وهو قول ابن القاسم[3].
- تقبل البينة من الطالب ومن المطلوب إن كان له وجه من نسيان أو عدم علم وهو ظاهر المدونة وهو الأشهر[4].
- تقبل البينة من الطالب ولا تقبل من المطلوب وهو ظاهر قول ابن القاسم في سماع أصبغ[5].
- قال ابن الماجشون: لا تقبل من المطلوب أما الطالب ففرق بين أن يعجز في أول قيامه قبل أن يجب على المطلوب عمل قبل، وبين أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل فلا يقبل[6].

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج10، ص129.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص133.

[3] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص180.

[4] بهرام، الشامل في فقه مالك، ج02، ص841.

[5] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج09، ص180.

[6] ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص158./ بهرام، المصدر السابق، ج02، ص842.

- قيل تقبل عند من حكم فقط[1].
- قيل: يقبل من الطالب وحده[2].
  - إذا عجَّزه وتلوم وضرب آجال: اتفقوا أنه لا يستأنف ولو أتى بحجة قوية[3].

ج. إذا لم يذكر القاضي أسماء الشهود وبينة المدعي في القضاء على الغائب نُقض حكمه[4].

د. إذا حكم القاضي على الغائب دون تسجيل لبينة المدعي، فللمدعى عليه الاستئناف بعد حضوره ويُنقض الحكم مباشرة، وتعاد المحاكمة من أولها من سماع للمدعين وبيناتهم[5].

ذ. كون القاضي معزولا أثناء القضاء، أو حكم خارج ولايته، واختلفوا إن تولى القاضي الثاني ووجد الأول لم يكمل النظر في الدعوى هل عليه استئناف الدعوى من جديد أم يبني على ما ثبت عند الأول؟ قال ابن عتاب وغيره من القرطبيين أنه يبني على ما سبق، ورأى غيرهم استئناف الدعوى[6].

ر. إن ادعى القاضي المعزول أنه حكم في القضية قبل عزله ولم تقم بينة على ذلك، أمر القاضي المعين بدله الخصوم بإعادة التقاضي وإقامة البينة، ولم يُقبل قول القاضي المعزول لقاعدة: "كل حكم يدعي القاضي المعزول أنه حكم به فلا تقبل شهادته فيه، لأنه هو الحاكم به"[7] لوجود التهمة.

ز. خطاب القاضي لآخر مشافهة خارج ولايته القضائية حول الشهود أو مما هو متعلق بالدعوى ثم حكم الثاني بما حصل له من العلم، فحكمه باطل لأنه حصَّل علما خارج ولايته بطريقة غير شرعية، ولا يجوز له الحكم بعلم حصل له خارج مجلس القضاء[8].

س. ادعاء القاضي أن الشهود شهدوا عنده فحكم بشهادتهم، وأقام المحكوم له بينة بعدم ذلك، ففي النقض قولان، وإلى عدم النقض ذهب ابن القاسم، وذهب ابن المواز إلى أن الحكم ينقض[9].

---

[1] بهرام، الشامل في فقه مالك، ج02، ص842.

[2] المصدر نفسه، ج02، ص842.

[3] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص180./ ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص158.

[4] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص108.

[5] المسيلي، نهاية المرام، ص308.

[6] عياض، التنبيهات المستنبطة، ج03، ص1631.

[7] عليش، فتح العلي المالك، ج02، ص292.

[8] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص226/ المواق، التاج والإكليل، ج08، ص148./القرافي، الفروق، ج04، ص40.

[9] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص90.

ش. إذا حكم القاضي دون اعتبار للعرف فيما أوجبته الشريعة كرفض الدعوى التي شهد العرف بعدم قبولها، فيُستأنف الحكم ويُحكم بالعرف[1].

2. **إذا ظهرت أدلة جديدة تستدعي إعادة النظر في القضية أو حضور الغائب:**

أ. إذا قدم أحد الخصوم دليلا مختلَفا فيه، غير معتبَر عند القاضي فله أن يحيل القضية إلى قاض آخر يرى مشروعية ذلك الدليل كالشاهد واليمين ولو حكم القاضي الأول في القضية[2].

ب. الغائب على حجته إن قدم، له استئناف الدعوى عند نفس القاضي[3].

ج. إن أتى المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها، وطلب استئناف الدعوى، فيه خلاف على ثلاثة أقوال[4]:

- له حق الاستئناف وتسمع بينته، فإن دلت على ما يوجب الفسخ فسخ الحكم، وهو قول ابن القاسم ورجحه اللخمي.
- لا يحق له الاستئناف ولا تسمع بينته، وهو وقول سحنون.
- له حق الاستئناف عند القاضي الذي أصدر الحكم أما إن استأنف عند غيره من القضاة فلا يصح وهو قول ابن المواز.

د. إن كانت الدعوى في حق من حقوق الله كالأوقاف... تسمع البينة الجديدة[5].

هـ. إذا أرجأ القاضي الحجة للمحكوم عليه لعذر من الأعذار: كالغائب أو صغير أو لحاضر بعدت بينته، أو لمحكوم عليه لم يعجزه القاضي فله الاستئناف، ولو عند غيره ولو جاء قاض بعده في منصبه، فإن وجد تسجيلا مطلقا ليس فيه ارجاء للحجة فلا[6].

و. لو حكم القاضي للمدعي بيمينه ونكول المدعى عليه، ثم وجد المحكوم عليه بينة على براءته من الدعوى فله استئنافها لاسترداد حقه[7].

---

[1] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص108.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص147.

[3] ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص390.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص90./ اللخمي، التبصرة، ج11، ص5350-5351.

[5] علاء الدين حامد، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي، ص95.

[6] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص91./ اللخمي، المصدر السابق، ج11، ص5351.

[7] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص346.

ز. إذا حكم القاضي بالتقسيم الذي أشرف عليه المـــُـــقسم، واطَّلع أحد المتداعين على عيب في نصيبه ويفوت عليه المنفعة وكان خفيا لا يثبت إلا بقول أهل الخبرة، كان له طلب إعادة القِسمة لأن التقسيم مبني على العدل[1].

3. **الاعتراض على مستند حكم القاضي، بأن يكون:**

أ. الحكم بقول شاذ أو بخلاف المشهور إن كان مقلدا.

ب. الحكم دون مستند بل بنظره وحدسه[2]، عملا بقاعدة: "كل قاض حكم بعلمه من غير استناد لشيء رد حكمه"[3].

ج. الحكم بما يخالف نصا أو اجماع أو قياسا جليا أو القواعد[4].

د. الحكم بما يخالف العمل المدني[5].

هـ. إن أسقط القاضي الأول شهود المحكوم عليه لعلل بهم، فيجوز للمحكوم عليه الاستئناف عند قاض ثان[6].

و. إذا حكم القاضي على شخص بحكم مستندا على شهادة الشهود فأنكر المحكوم عليه الحكم وأنكر الشهود ما ادعاه القاضـــي فينظر: إن كان القاضـــي معروف بالعدالة لم ينقض قضـــاؤه، وإن لم يعرف بالعدل لم ينفذ الحكم واستأنف عند آخر[7].

ز. إذا كان قرارات القاضـــي في إذا كانت الدعوى فيما لا يعتبر قرار القاضـــي فيها حكما فيحق للمحكوم عليه الاستئناف إن لم تحترم شروط الفصل فيها كتعيين الوصي، تزويج اليتيمة تحت حجره، بيع سلعة لمن يليهم من الصبيان...، فإن كان مختلا في بعض شروطه عند الحاكم الثاني فله فسخه[8].

4. **وجود خلل راجع إلى سيرة القاضي نفسه، من مثل:**

أ. ظهور علامات الجور في الحكم، منها:

- عدم بذل الوسع في كشف القضية فينظر، إن كانت الدعوى مما كثر عليه حلها، فإنه يقضي فيها مباشرة بعد فهمه لها، وإن كانت مما لم يفهمه أو أشـــكل عليه أو كانت من النوازل فعليه بالتروي والتفحص والمشـــورة[9]، فإن لم يترو

[1] عليش، فتح العلي المالك ، ج02، ص213.

[2] القرافي، الفروق، ج04، ص81.

[3] ابن غازي، الكليات الفقهية، ص60.

[4] ابن فرحون تبصرة الحكام، ج01، ص91.

[5] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص190./عليش، منح الجليل، ج08، ص3346.

[6] ابن فرحون المصدر السابق، ج01، ص59.

[7] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص772.

[8] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص103.

[9] ابن رشد الجد، المصدر السابق، ج09، ص190.

فيما يجب عليه التروي كالتقصير في كشف عدالة الشهود، فإن أسقط بينة المحكوم عليه كإثبات فسق الشهود قبل الحكم، فيه قولان لمالك وبالنقض قال ابن القاسم وبعدمه قال أشهب وسحنون [1].

- إثبات أخذ القاضي للرشوة.
- إثبات أن المحكوم له أو أحد الشهود أحد أقرباء القاضي أو معارفه[2]، عملا بقاعدة "التهمة تقدح في التصرفات إجماعا من حيث الجملة"[3]، واختلفوا في ذلك: قال أصبغ يجوز حكمه للجميع، وقال ابن الماجشون: يجوز للجميع إلا لزوجته ويتيمه الذي يلي ماله، قال مطرف وسحنون: لا يقضي لولده ولا لأحد ممن لا تجوز شهادته له[4] ومنه كان الضابط: "كل قاض حكم على من لا تجوز له شهادته عليه رد حكمه"[5].
- إثبات العداوة بين القاضي وبين المحكوم عليه أو أبناءه أو والديه...[6]، وإن اشتكى أحد الخصوم بالقاضي الأول واتهمه بالجور ثم دار الزمان دورته وتحاكم مع آخر إلى نفس القاضي، فهل له طلب التقاضي عند آخر بحجة العداوة بينه وبين هذا القاضي؟ هذا ليس مما تثبت به العداوة[7]، ولعل هذا راجع إلى كونه خلاف في إطار التقاضي ومما سمحت الشريعة به وليست عداوة شخصية دنيوية بين القاضي وغيره.

ب. كون القاضي غير مؤهل: كقضاء المقلد الذي عُيِّن مع اشتراط المشورة عليه فلا يقضي دون مشورة، فإن أثبت المحكوم عليه أنه لم يشاور نقض حكمه، أو أنه خالف المذهب المقرر عليه ولو وافق حكمه أصلا شرعيا آخر نقض حكمه[8].

ج. إقرار القاضي بالجور في الحكم سواء في ولايته أو بعد عزله[9].

---

[1] ابن فرحون تبصرة الحكام، ج01، ص91.

[2] المصدر نفسه، ج01، ص90.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص43.

[4] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1014.

[5] ابن غازي، الكليات الفقهية، ص60.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص90.

[7] عياض، أبو الفضل بن موسى بن عياض وابنه محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق: محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، ط02، 1997م، ض42.

[8] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص152./ أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص156.

[9] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص104.

5. **استئناف عند قاضي مذهب آخر أو في بلد اخر.**

إذا رفع أحد الخصوم قضيته إلى قاضي مذهب آخر أو إلى قاضي بلد آخر من نفس المذهب فيه تفصيل، سأتطرق إليه في نقض أحكام القاضي بالتفصيل، أما هنا فتكفي الإشارة إلى أنه لا يجوز لقاضي مذهب آخر أو حتى من نفس المذهب قبول استئناف الخصوم إن كانت الحكم الأول مبنيا على الاجتهاد، لقاعدة "الاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد"[1]، إلا إن رأى أن الأول حكم بما يخالف النص أو الإجماع فوجب عليه قبول الاستئناف ونقضه اتفاقا[2].

ثانيا: الاستئناف المرفوض ابتداء.

ذكر المالكية مسائل يكون الاستئناف فيها مرفوضا ابتداء، منها:

1. إن كان قيامه على القاضي العالم العادل لم تسمع دعواه، إلا أن يأتي بما يدل على مخالفته للقواعد.
2. أن يأتي المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها، ففيها ثلاثة أقوال كما سبق[3].
3. إن أتى ببينة لم يعلم بها-الشهود-وادعى القاضي أنه قد أحضرها، -إذا لم يتم تسجيل الشهادة-فيه القولان: قال ابن المواز بقبول الاستئناف ونقض الحكم، وقال ابن القاسم بخلافه[4].
4. أن يدعي المحكوم عليه نسيان حجة تشهد له، رفض استئنافه سدا لذريعة استمرارية التنازع وتساهل الناس والتشويش على القضاء بدعاوى لا طائل منها[5].
5. إذا ادعى المحكوم أن القاضي الحاكم قد أرجأ له الحجة، وشهد تسجيل القضية أن القاضي لم يمنحه حق إرجاء البينة، فاستئنافه مرفوض[6].
6. الغائب غيبة قريبة يكتب إليه القاضي ويعذر، فإن لم يوكل ولم يأت حكم عليه ولا يقبل منه أي استئناف[7].
7. إذا عجز القاضي المحكوم عليه وضرب له الآجال، اتفق أنه لا يستأنف ولو أتى بحجة قوية[8].
8. الملد السالك مسلك الفرار وإطالة النزاع، إن أتم حجته وانقضت آجال إعذاره وحكم عليه القاضي يرفض استئنافه

---

[1] أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص155.

[2] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5357.

[3] المصدر نفسه، ج11، ص5350.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص91.

[5] اللخمي، المصدر السابق، ج11، ص5350.

[6] ابن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص91.

[7] ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص181.

[8] المصدر نفسه، ج09، ص180./ ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج09، ص158.

بعد ذلك، ولو جاء ببينة قوية[1].

9. إن وجد المدعي شاهدا بعد يمين خصمه، لم يقبل استئنافه بدعوى أن له حجة وهي يمينه مع شاهده، لأنها أضعف من يمين المدعى عليه ولا يثبت حقه إلا بشاهدين، وقيل يحلف مع شاهده[2].

10. يُرفض استئناف المدعي إذا قال لخصمه: إن حلفت على صدق دعواك سلمت لك، فحلف المدعى عليه حُسمت القضية، وليس له الاستئناف بدعوى ظنه أن المطلوب لن يتجرأ على اليمين[3].

11. يرفض استئناف المدعي إن صالحه المدعى عليه في الحق المرفوع عند القاضي، سواء كانت بينة المدعي حاضرة أو غائبة فليس له الرجوع عليه[4].

الفرع الثالث: ما يعتبر حكما وما لا يعتبر.

ليس كل ما يصدر عن القاضي يعتبر حكما قضائيا مما يصعب نقضه، بل هناك قرارات ترجع عادة إلى تقدير القاضي فلا ترقى لدرجة الحكم القضائي مما يمكن تغييرها.

أولا: ما يعتبر حكما اتفاقا[5].

1. إذا كان قرار القاضي فيما طريقه نقل للأملاك كاختلاف في ملكية أصل من الأصول، أو فسخ للعقود كاختلاف المتبايعين وفسخ عقد الزواج ... أو فصل للخصومة كالحدود... فهي أحكام باتفاق.

2. كل الأحكام الضمنية لحكم القاضي إن صدر بالصحة أو الموجب: لأنه إن لم يتم اعتبارها لن يصح الحكم وليس بالإمكان تطبيق ما صدر عن القاضي، مثاله: حكم القاضي بتزويج امرأة قد تزوجت من قبل زواجا يستحق الفسخ، فإنَّ حُكم القاضي هذا يتضمن مباشرة الحكم بفسخ الزواج الأول وإن لم يصرح به القاضي وإلا لن يصح حكمه.

وكالحكم ببيع ملك المدين لتقسيمه على الغرماء، فهو يتضمن الحكم بخروج تلك الأملاك من حيازته حتى يمكن بيعها عليه وإلا كيف تباع وهي لازالت تحت يده.

---

[1] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص33.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص345.

[3] الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص214.

[4] الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص242.

[5] المصدر نفسه، ج03، ص204./ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1015./ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص103.

ثانيا: ما لا يعتبر حكما اتفاقا.

جمع القرافي قرارات القاضي التي لا تعتبر حكما قضائيا في عشرين حالة[1]، قد لخصتها فيما يلي:

1. **إثبات الحجاج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق،** فقبول القاضي لأنواع الحجاج عند نظره في الدعوى كقبوله وإثباته لإقرار أحد الخصوم، إثبات اليمين على الآخر، إثبات الشهود وغيرها، ما هي إلا خطوات تؤدي به إلى إثبات استحقاق الشخص للمدعى فيه.

فإن أثبت القاضي إقرار المدعى عليه كدليل على استحقاق المدعي للدعوى، فهذا الإثبات –اثبات حجة الإقرار– لا يعني أنه حكم لا يمكن إعادة النظر فيه، فإن رُفع إلى قاض آخر كان له إبطال ذلك الإقرار إن وجد أنه بني على إكراه المقر.

كذلك لو أثبت القاضي قبول شاهدي المدعي كدليل لاستحقاقه للدعوى، فهذا الإثبات لا يعني أنه حُكْم لا يمكن مراجعته، فيمكن لقاض آخر النظر في مدى صحة ثبوت حجة الشهادة، فإن وجدهما فاسقين وقد خَفي فسقهما على القاضي الأول أبطل القاضي الثاني ما أثبته القاضي الأول من قبول شهادتهما، لذا إثبات القاضي للحجج لا يجعلها بمنزلة الحكم بل هي قابلة للإبطال.

2. **إثبات أسباب الأحكام الشرعية:**

أ. **مما هو من سلطة القاضي:** كرؤية الهلال في رمضان وشوال وذي الحجة، مما يترتب عليه الصوم، أو وجوب الفطر، أو فعل النسك، وجميع أوقات الصلوات... هذه وغيرها ليست أحكاما، فللمالكي ألا يصوم في رمضان إذا أثبت الشافعي هلال رمضان بشاهد واحد، لأنه ليس بحكم وإنما هو إثبات سبب، فمن لم يكن ذلك عنده سببا لا يلزمه أن يرتب عليه حكما.

ب. **مما يختص به الحاكم:** كعقد الصلح بين المسلمين وبين الكفار، جائز عند وجود سببه –ضعف المسلمين–فهو مجمع عليه، وتقدير ذلك السبب راجع إلى السلطة التقديرية للحاكم، ولمن تولى بعده النظر فيه من بقاء السبب فيقر الصلح أو يرفضه فلا يزيد في مدته بعد انتهائه.

3. **فتاوى القاضي في العبادات وغيرها،** من تحريم الأبضاع، طهارات المياه، ونجاسات الأعيان، ووجوب الجهاد...فلمن يخالفه الإفتاء بخلافه لأن القاضي هنا حكمه خرج مخرج الفتوى، ويستثنى منه إن دعاهم الإمام لإنكار منكر هم يرونه ليس بمنكر فإن لم يفعلوا سيؤدي إلى الشقاق والفتنة فتجب الطاعة لذلك.

[1] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص180-190.

4. **تنفيذ القاضي الثاني لحكم صادر من قاض آخر قد ثبت عنده**، فلا يعد هذا حكما ولا يجب تنفيذه كأن يقول: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا وكذا أو قال: ثبت عندي أن فلانا حكم بكذا وكذا: فليس حكما من هذا المثبت، أو قال: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان كذا وكذا... إلا أن يقول القاضـــي الثاني: حكمت بما حكم به الأول.
5. **التصرف في أنواع الحجاج**، ليست بأحكام، كقوله: لا أسمع البينة لأنك حلفت قبلها مع قدرتك على إحضارها، أو لا أحكم بالشـــاهد واليمين، أو لا أرد اليمين على المدعي، أو لا أحلف المدعى عليه لأنها يمين تهمة... فلغيره من الحكام العمل بما لم يأخذ به.
6. **ما يرجع إلى السلطة التقديرية التي خولتها الشريعة للقاضي كـ:**

أ. **العقود**، تصـرفات القاضـي في عقود الأيتام، الغائبين، المجانين، المحجور عليهم، ومن ليس له ولي في البيع، الإجارة، النكاح...فهذه التصـرفات ليسـت أحكاما، ولغيره من القضـاة نقضـها إن باعها بثمن بخس أو زوج اليتيمة لغير كفء.

وتكون حكما في غيرها إن توقف إنفاذها على ابطال تصـرفات سـبقتها، كبيع القاضـي ملكا ليتيم بعد أن بيع هذا الملك لرجل آخر رغم علم القاضي بذلك، فالبيع الثاني صار حكما بفسخ البيع الأول.

ب. **إثبات الصفات**، من تقدير عدالة الشخص أو جرحه، أهلية الحضانة، الوصية... فتقدير القاضي هنا ليس حكما فما ثبت عنده لا يلزم غيره من الحكام فلهم تجريح من عدله هذا القاضي إن وجد سبب.

ج. **ثبوت أســـباب المطالبات**، كثبوت مقدار قيم المتلفات، وإثبات الديون على الغرماء، وإثبات النفقات للأقارب والزوجات، وإثبات أجرة المثل في منافع الأعيان... فإثباتات الحاكم لهذه الأسـباب ليس حكما، ولغيره تغيير مقدار النفقة، قيم المتلفات...

د. **تصـرفات الحكام في تقدير أسباب استخلاص الحقوق وإيصالها إلى أهلها** من الحبس، أخذ الكفلاء، الرهون... لذوي الحقوق، وتقدير مدة الحبس بالشهور، وغيرها، فهذه التصرفات ليست أحكاما ولغيره تغييرها وفق ما تقتضيه المصلحة الشرعية.

هـ. **تولية القاضـــي لنوابه ومعاونيه** كالكتاب، القســـام، المترجمين، المقومين، الحاجب، أمناء أموال الغائبين والمجانين والأيتام... فهذا ليس من الأحكام، ولغيره من الحكام تغيير ذلك وإبداله بالطرق الشرعية وفق المصلحة الشرعية.

و. **تحديد القاضي إيقاع إحدى عقوبات الحرابة** فهذا مما لا تدخله أحكام القاضي، فإن رأى آخر أن المصلحة تتعين

في إيقاع عقوبة أخرى من عقوبات الحرابة كان له ذلك قبل التنفيذ، على مذهب من يرى التخيير مطلقا.

ز. **تعيين مقدار العقوبة التعزيرية** يرجع إلى مدى تقدير القاضي لحكم الجناية، لذا إن رفعت إلى قاض آخر قبل التنفيذ ورأى أنها لا تقتضي ذلك الحكم غيَّره وفق نظره، لأن الأول ليس حكما شرعيا بل اجتهاد في تقدير الجناية، اتفق العلماء على أن تحديد العقوبة التعزيرية ترجع إلى تقدير القاضي وليس للإمام إنشاء حكم ملزم فيها، لأن التعزيرات مبنية على نظر القاضي نفسه، بخلاف مسألة التعامل مع الأسرى التي ترجع إلى تقدير الحاكم بين الاسترقاق، الجزية، القتل... فما أخذ به اعتبر حكما رافعا للخلاف ملزم لا يقبل النقض، لأنها مسألة مبنية على الخلاف الفقهي، لا على السلطة التقديرية للقاضي.

ويلحق بمسألة الأسرى مسألة المحارب الذي لم يقتل، هل يقتل إن كان صاحب دهاءه ورأي؟ اختلفوا في حكمه بين مانع من قتله وبين مجيز، فإن حكم الحاكم بإحدى العقوبات صارت حكما ملزما ورافعا للخلاف، ويلحق بها مسألة تعيين أرض العنوة للبيع، أو القسم، أو الوقف.

ح. ويلحق بما ذكره القرافي، **العوارض المتعلقة بحكم القاضي** فهي مما يجوز للقاضي الثاني النظر فيها، والحكم بخلاف مذهب القاضي الأول، لأنه فيها مفت وليس حاكما.

إذا حكم القاضي فيما طريقه التحليل والتحريم، فهو حكم في القدر الذي استغرقه الحكم ولا يتعدى إلى غيره فلا يلزمه شيء من العوارض، فالقاضي فيها كالمفتي إن كان في المجتهدات وليس فيها نص جلي.

كثبوت الرضاع بين الزوجين برضعة واحدة مشبعة، فحكم القاضي بفسخ عقد النكاح فقط، لذا تحريم المرأة على زوجها لا يثبت، لأن القاضي لم يُثَبِّته في الحكم بل يبقى معرَّضا لإعادة النظر، فلو تزوجها من بعد ورُفعت القضية إلى قاض آخر ولي بعده لم يمنع الحكم الأول القاضي الثاني من النظر فيها، بل له أن يبيح العقد ويجيزه إن أداه اجتهاده أن الرضعة الواحدة غير محرمة، لأن حكم القاضي الأول لم يتطرق لفساد الفعل الثاني وهو زواجهما في المستقبل هل هو فاسد أم لا؟، بل لو رفعت نفس القضية إلى نفس القاضي وقد تغير اجتهاده فله أن يبيحها له[1]، لأن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات وقد سبقت الإشارة إليه[2].

7. ما يرجع إلى السلطة التقديرية التي خولتها الشريعة لولي الأمر كـ:

تصرفات الأئمة وتقديراتهم – مبنية على السلطة التقديرية–وفق المصلحة الشرعية ليست أحكاما فيمضى منها ما

[1] الكشناوي، أسهل المدارك، ج03، ص205.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص103.

وافق المصلحة ويغير ما خالفها:

أ. **تقديرات الحاكم لحجم النفقات** التي تخرج من بين خزينة الدولة والفيء والخمس وتقديراتهم لقيم ما يتم صرفه على أرزاق القضاة والعلماء والجند ... ومصالح البلاد، وكذا أموال الأيتام التي تحت يد القضاء وتحديد قيمة ما يصرف عليهم منها، فكل هذا وما شابهه ليست أحكاما فلغيره من القضاة إن رفعت إليه النظر فيها، فيطلق ما قيده الأول من النفقات ويقيد ما أطلقه وفق المصلحة الشرعية.

ب. **اتخاذ الحاكم الأحمية** من الأراضي المشتركة بين عامة المسلمين ترعى فيها إبل الصدقة وغيرها، فلغيره من بعده إبطال ذلك الحمى، واستغلال تلك الأرض وفق ما تقتضيه المصالح الشرعية.

ج. **تأمير الأمراء** على الجيوش والسرايا....

د. **تقدير قيمة الخراج والضريبة التي تفرض على تجار الحربيين:** راجع إلى تقدير الحاكم سواء في عهده أو أن يتولى غيره مكانه فله النظر فيها بإمضاء ما سبق أو تغييرها وفق المصلحة الشرعية.

هـ. **الأمر بقتل البغاة وردع الطغاة إذا لم ينفذ،** وليس إنشاءَ لحكم في مختلف فيه، فلغيره من الحكام إن تولى بعده النظر في أسبابه والحكم بتغييره أو تنفيذه وفق المصلحة، أما المسائل المبنية على الخلاف وليست راجعة إلى تقدير ونظر الحاكم أو القاضي أو ليس مجمعا عليها، فإن رأى الحاكم أو القاضي فيها أمرا صار ذلك الأمر حكما رافعا للخلاف وملزما ليس لغيره نقضه، كتارك الصلاة، وقتل الزنادقة، فإنه إذا عين القتل وحكم به، كان هذا إنشاءَ لحكم في مختلف فيه، فليس لغيره نقضه، بخلاف قتال البغاة المجمع عليه ونحوه فإنه متفق عليه ويرجع إلى نظر الحاكم.

و. **عقد الجزية للكفار** لا يجوز نقضه ولا تغييره، لأنه حكم ثابت بالشرع مستمر للمعقود له ولذريته إلى يوم القيامة فهو مبني على الدوام كالبيع وغيره، إلا أن يكون وقع على وجه يقتضي النقض، كعقده لأهل دين لا يجوز إقرارهم، نحو الزنادقة والمرتدين ونحوهم.

ثالثا: ما اختلف فيه.

إذا كان قرار القاضي عبارة عن إقرار لما رفع إليه: كنكاح المرأة من غير ولي فأقره ثم عُزل وجاء قاض بعده فهل له فسخه؟، خلاف[1]:

1. لا يعد حكما ولمن بعده فسخه إن رأى خلافه وهو لابن الماجشون.

[1] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1015./ التسولي، البهجة، ج01، ص33.

2. هو حكم وليس لمن بعده فسخه، لأن القاضي حكم باجتهاده وإقراره خرج مخرج الحكم بإجازة الفعل، قال به ابن القاسم ونصره ابن محرز وهو الظاهر عند ابن عرفة.

المطلب الثاني: نقض حكم القضائي.

الفرع الأول: تعريف النقض ومشروعيته.

أولا: تعريف النقض.

1. تعريف النقض لغة.

النقض: "إفساد ما أبرمت من عقد أو بناء، وفي الصحاح: النقض نقض البناء والحبل والعهد، غيره: النقض ضد الإبرام، نقضه ينقضه نقضا وانتقض وتناقض، والنقض: اسم البناء المنقوض إذا هدم... والمناقضة في القول: أن يتكلم بما يتناقض معناه، والنقض هو الفسخ أي التفريق"[1]، فمدار النقض لغة حول إفساد وتفريق وهدم ما تم تحقيقه بأي شكل يدل على ذلك.

2. تعريف النقض اصطلاحا.

لم يقدم المالكية تعريفا لمصطلح النقض وإن استعملوه في كتبهم كقولهم:

جاء في التوضيح: "إذا حكم باجتهاد ثم رأى خلافه فالمشهور من المذهب أن القاضي إذا قضى بقضاء ثم رأى ما هو أحسن منه فإنه ينقضه ويرجع إلى ما رأى ما دام على ولايته"[2].

جاء في الفروق: "قال محمد: مما ينقض نقض ما لا ينقض فإذا قضى قاض بأن ينقض حكم الأول، وهو مما لا ينقض نقض الثالث حكم الثاني لأن نقضه خطأ، ويقر الأول..."[3].

وعند اللخمي: "في نقض القاضي أقضيته وأقضية غيره..."[4].

أما تعريفه اصطلاحا فرأيت أنه: **"إبطال القاضي لما سبق إصداره في قضية بحكم آخر في عينها"**.

الشرح:

- **إبطال:** إسقاط حجية ومفعول الحكم السابق وكأنه لم يكن.

---

[1] مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، ج07، ص319./ابن منظور، لسان العرب، ج07، ص242.

[2] خليل، التوضيح، ج07، ص427.

[3] القرافي، الفروق، ج04، ص41.

[4] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5350.

- **القاضي**: الجهة التي يحق لها إعادة النظر وإصدار الحكم الجديد، سواء كان نفس القاضي الأول أو غيره.
- **لما سبق إصداره**: يشمل قرارات القضاة التي تعتبر أحكاما والتي لا تعتبر فكلاهما قابل للنقض، سواء صدر من القاضي الأول أو حتى إن صدر من قاض ثاني فيحق للثالث النقض.
- **بحكم آخر في عينها**: لا يكون النقض إلا بحكم جديد مغاير للأول وفي ذات القضية، فإن أقر نفس الحكم الأول لم يعد نقضا، ولا ينسحب حكم النقض على بقية القضايا المشابهة لها، إلا بحكم آخر في عينها هي الأخرى.

ثانيا: مشروعية النقض:

لا تختلف أدلة مشروعية النقض عن أدلة جواز الاستئناف لأنه تحصيل حاصل، فالحكمة من الاستئناف التأكد من سلامة الحكم السابق فإن خالف الصواب تم إبطاله بالحكم السليم وهو ما يسمى بالنقض، فالاستئناف يفتح الباب لإعادة النظر في القضية ابتداء أما النقض فهو يغلق الدعوى بحكم قضائي صحيح انتهاء، أما حكم القاضي في التعامل مع أحكامه السابقة أو مع أحكام غيره فيختلف حسب الحال، وهو ما سأتطرق إليه فيما يلي.

الفرع الثاني: نقض القاضي لحكمه وحكم غيره.

يختلف حكم نقض ما يصدره القاضي بحسب الحالة، إلا أنه يجب التنبيه إلى نقطة مهمة وهي أن صلاحية النقض هل تتعدى المفتين والعلماء؟

قالوا لا يجوز نقض الأحكام إلا لمن له صلاحية إنشائها من القضاة، أما غيرهم من المفتين ليس لهم ذلك لقاعدة "من لا يملك العقد لا يملك الحل"[1]، ويشهد لذلك أن ولي المحجور عليه له إنشاء العقود على أموال المحجور عليه وله فسخها، وكذا المرأة ليس لها إنشاء عقد نكاحها لذا ليس لها فسخه، فمن كان له حق إنشاء أمر كان له فسخه، أما المفتون فهم مترجمون للأحكام من الأدلة الشرعية وليست لهم سلطة إنشاء أحكام على الوجه الذي فوض للحكام، لذا ضبط الفرق بينهما في قولهم "الحاكم منشئ والمفتي مترجم"[2].

أولا: نقض القاضي لحكمه.

قد سبق الكلام أن الاستئناف قد يكون عند قاض آخر غير الأول وقد يكون عند نفس القاضي، وقد فصل المالكية حالات نقض القاضي لأحكامه حسب الآتي:

1. إذا كان القاضي مجتهدا وغيَّر اجتهاده في مسألة فينظر:

[1] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص133.

[2] المصدر نفسه، ص134

أ. **إن قضى –المجتهد–بما اختلف فيه المذهب:**

- إن كان الخلاف شاذا: اتفقوا أن على القاضي أن ينقض حكم نفسه إن حكم بالشاذ[1].
- إن كان الخلاف مشهورا: اختلفوا هل يجوز له –المجتهد–نقض قضاء نفسه إلى:

➢ يجوز له نقض اجتهاد سابق إن رأى اجتهادا آخر أرجح منه أو وهم، غلط، نسي مادام في ولايته التي حكم فيها ذلك القضاء، وهو ظاهر المدونة وقول أكثر أصحاب مالك وابن القاسم، ابن الماجشون، وهو المشهور[2] ورجحه أبو عبد الله القرطبي صاحب التفسير لرجوع داوود عن قضائه في الغنم لرأي سليمان –عليهما السلام–وهو لازال حاكما[3]، ولقول عمر في رسالة القضاء: ((**لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل**))[4].

➢ ليس له نقض اجتهاد سابق إلا فيما يستقبل من القضايا فيحكم بما يصح عنده أو كان حكم بجور بين، وهو لابن عبد الحكم–سيأتي بيانه–[5].

➢ ليس له نقض اجتهاد سابق إلا فيما يستقبل من القضايا فيحكم بما يصح عنده إلا أن يكون وهم أو نسيان فحَكم بغير الراجح عنده وجب عليه نقضه لما مضى، وهو قول سحنون وقول لابن الماجشون[6]، ووافقه متأخرو المالكية ونصره ابن محرز، عياض، الرجراجي[7] لقول عمر لما سئل في قضية قد حكم بخلاف ما حكم به في قضية سابقة مشابهة لها: ((**تلك على ما قضينا، وهذا على ما قضينا**))[8]، وعملا بقاعدة: "حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض"[9] فلا يمكنه نقض حكمه، حتى تستقر الأحكام وتهدأ حياة الناس، وقياسا على حكم غيره، فلا يمكنه نقض قضاء غيره في المجتهدات لأنه حكم مبني على الاجتهاد والاجتهاد لا ينقض بمثله، ولو كان للقاضي نقض حكمه الأول بالثاني لجاز له نقض الثاني بالثالث ولما استقر له حكم.

---

[1] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص97.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص141.

[3] القرطبي، تفسير القرطبي، ج11، ص312.

[4] سبق تخريجه، ص413.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام،ج01، ص80.

[6] الرجراجي، المصدر السابق، ج08، ص98.

[7] المصدر نفسه، ج08، ص98./عليش، منح الجليل، ج08، ص350./ بن فرحون، المصدر السابق، ج01، ص80-81.

[8] سبق تخريجه، ص397.

[9] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص190.

- إن كان رجوعه إلى ما هو أصوب في المال فله نقض الحكم الأول، وإن كان في غيره كالطلاق، نكاح، تعزير...فليس له ذلك وهو لأشهب في الموازية[1].

سبب الخلاف: اختلافهم في تصويب المجتهدين، فمن رأى أن كل مجتهد مصيب قال لا ينقض حكم نفسه، ومن رأى أن المصيب واحد قال بنقض حكم نفسه لأن الحق في أحد أقاويله[2].

ب. إن قضى –المجتهد–فيما اختلف فيه بين المذاهب:

- إن كانت قضية اجتهادية وحكم القاضي باجتهاده وغلبة ظنه، اتفقوا أن حكمه نافذ ولا يجوز له نقضه لأنه مجتهد وله موافقه مذهب من المذاهب أو مخالفته على وفق ما أداه إليه اجتهاده[3].
- إن أراد القاضي الأول الحكم بمذهب فسهى وحكم بمذهب آخر خطأ، وجب عليه فسخه[4].

ج. إن قضى –المجتهد–بما يخالف الحق:

- إن كان في الدعوى نص أو كانت القضية اجتهادية وقضى فيها بالحدس والتخمين، اتفقوا على وجوب رجوعه عن حكمه[5].
- إن رأى أن اجتهاده الأول مخالف للحق كمخالفة نص، عمل أهل المدينة، إجماع، قياس جلي، وجب نقضه اتفاقا ويرجع ذلك إلى:

- أن ما أجمع عليه هو الحق وما خالفه هو الباطل قطعا، ولا يجوز الحكم بالباطل فيفسخ وجوبا ولهذا قالوا:"ما خالف الإجماع نقض"[6]، فإن علم القاضي بالإجماع فلا يتصور منه مخالفته إلا أن يخطئ في تحقيق سبب الحكم المجمع عليه، كمن أخطأ وحكم على شخص بالقصاص وتبين أن الرجل لم يقتل، فالتغيير والنقض الواقع هو لسوء تقدير تحقق سبب القصاص وهو القتل العمد، لا لأن حكم القصاص إن وجد القتل العمد خاطئ[7].
- أما مخالفة النص والعمل المدني، القياس الجلي، القواعد: قال القرافي أن المقصود ألا يكون لها معارض راجح عليها

---

[1] القرطبي، تفسير القرطبي، ج11، ص312./ اللخمي، التبصرة، ج11، ص5358.
[2] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص99.
[3] المصدر نفسه، ج08، ص99./ عليش، منح الجليل، ج08، ص345.
[4] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص142.
[5] الرجراجي، المصدر السابق، ج08، ص99./ عليش، المصدر السابق،ج08، ص345.
[6] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 136-179.
[7] المصدر نفسه، ص 177.

فإن وجد هذا المعارض لم يفسخ الحكم، كالقضاء بصحة عقد السلم... وغيره من العقود المستثناة المخالفة للقواعد والقياس، شهدت على صحتها أدلة أخرى راجحة قدمت على ما سبق، فإن اعتمد القاضي على معارض مرجوح -الحديث الضعيف-، موهوم، استصحاب البراءة الأصلية وغيرها أمام النص، القياس الجلي، القواعد، نقض الحكم[1].

- يلحق به السهو، الخطأ أو أن ينسى فيحكم برأي غيره-المجتهد-أو برأي غير مذهبه -المقلد-وجب عليه نقض الحكم الأول وتصحيحه -حكى ابن رشد الاتفاق عليه[2]-وإن لم يستأنف الخصوم فعليه أن يستدعيهم سواء كان القاضي مجتهدا أم مقلدا[3] بل ولو عزل ثم عاد إلى منصبه فعليه نقض هذا الحكم، ويشهد لهذا حكم داود بقضاء سليمان – عليهما السلام-في الحرث لما رأى من سداد رأيه وكانت القضية مما يجتهد فيها -كما سبق بيانه-. ولقول عمر في رسالته الشهيرة: ((**لا يمنعك قضاء قضيته اليوم فراجعت فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل**))[4]، فيفسخ الحكم ثم يعيد سماع المتداعيين ثم يحكم بينهما[5] وهو قول مطرف وابن الماجشون -في كتاب ابن حبيب-وظاهر المدونة[6].
- قال ابن عبد الحكم: لا ينقضه –قضاء السهو والخطأ- كان القضاء بمال أو غيره، فإن كان الحكم الأول مما اختلف فيه فليس عليه الرجوع عنه ولو إلى ما هو أحسن منه إلا أن يكون الحكم الأول خطأ بيّن، وهو قول ضعيف لانفراده به[7] و لقاعدة: "كل حكم حكم به العدل من مذهب رآه صوابا مما اختلف الناس فيه فهو نافذ، وإن رأى مذهبا فأخطأه وحكم بغيره رد حكمه"[8]، فعبارة "كل " تدل على أن ما يأتي بعدها متفق عليه في المذهب إشارة إلى عدم اعتبار قول ابن عبد الحكم ، ولعله –رحمه الله- رأى أن الخلاف أعطى للقاضي فسحة، لأن كل الاجتهادات مبنية على دليل شرعي فليس أحدها بأولى من البقية، لذلك لم ينقض القضاة اجتهادات بعضهم البعض، وهو كذلك هنا إن حكم فيما اختلف فيه ولو سهوا وقد وافق مذهبا آخر فلا ينقضه، لأنه لو حكم قاض آخر بنفس الحكم لما أمكنه نقضه لأن حكمه ليس بأولى من حكم غيره في الاجتهاديات، فكلاهما في

---

[1] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص136.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص141.

[3] القرافي، الذخيرة، ج03، ص91./ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص97.

[4] سبق تخريجه، ص413.

[5] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5359.

[6] المصدر نفسه، ج11، ص5357.

[7] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص98./ عليش، منح الجليل، ج08، ص346.

[8] ابن غازي، الكليات الفقهية، ص60.

نفس الدرجة في كونها اجتهادات فقط قد تصيب وقد تخطئ، وعلى هذا السبيل مشى ابن محرز حين منع بقية القضاة من نقض حكم، حكم به صاحبه على غير مذهبه سهوا وخطأ –دون تعمد–وكان القول صحيحا معتبرا لجريانه على مذهب العلماء، بينما يجب عليه نقضه بنفسه[1].

- قال أشهب: إن كان القضاء بمال نقضه، وإن كان بإثبات نكاح أو فسخه لم ينقضه، ويلحق به إن كان في عتق أو ردة أو بحد أو قتل أثبته أو أبطله، لأن الأموال أقل شأنا من الأبضاع وغيرها[2].
- وقيل: أما ما كان من باب المتروكات كأن يجد المتداعيين على شيء فتركهما عليه، فهذا ليس بحكم يتم نقضه، بخلاف أن يحكم للإنسان بمال أو ما أشبه ذلك، فإن حكم بإثبات نكاح أو إثبات عتق، ثم تبين له غير ذلك، كان له أن ينقضه[3].

2.القاضي المقلد:

أ. اتفقوا أن المقلد لا يجوز له نقض ما حكم فيه بالتقليد لتغير اجتهاد من قلده – أو انتقاله إلى تقليد آخر–وليس له سوى اتباع مذهبه[4].

ب. إن حكم برأي غير مقلده خطأ، سهوا، عمدا... وجب عليه نقض الحكم الأول وتصحيحه، وإن لم يستأنف الخصوم فعليه أن يستدعيهم لذلك[5].

ثانيا: نقض القاضي لحكم غيره.

إن رفعت إلى القاضي الثاني قضية نظر فيها:

1.إن قضى القاضي الأول –المجتهد–بما اختلف فيه المذهب:

أ. إن كان الخلاف شاذا: اختلفوا إن حكم القاضي الأول بقول شاذ – ضعيف–هل ينقضه غيره؟ إلى[6]:

- يجوز لغيره من القضاة نقضه وهو المشهور.
- لا يجوز لغيره من القضاة نقضه لأنه حُكْم قد مضى على مذهب من يرى صحته فصار ثابتا ملزما، وقالوا باعتبار

---

[1] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص142.

[2] اللخمي، التبصرة، ج11، ص5358.

[3] المصدر نفسه، ج11، ص5358.

[4] الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص99.

[5] القرافي، الذخيرة، ج03، ص91./ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص97.

[6] عليش، منح الجليل، ج08، ص350./ الرجراجي، المصدر السابق، ج08، ص97.

الخلاف على الجملة وهو ظاهر المدونة.

ب. إن كان الخلاف مشهورا: اتفقوا على عدم جواز نقض الثاني لقضاء الأول هنا، وانفرد ابن الماجشون بقوله إن كان القول مخالفا لسنة قائمة نقض[1].

2.إن قضى الأول فيما اختلفت فيه المذاهب:

أ. إن كان في الدعوى نص أو كانت القضية اجتهادية وقضى فيها بالحدس والتخمين، اتفقوا على وجوب نقض غيره له[2].

ب. إن كانت قضية اجتهادية وحكم القاضي باجتهاده وغلبة ظنه، اتفقوا أن حكمه نافذ ولا يجوز لغيره نقضه، لأنه مجتهد وله موافقه مذهب من المذاهب أو مخالفته على وفق ما أداه إليه اجتهاده[3] ولقول عمر لما **"لقي رجلا فقال: ما صنعت؟ فقال: قضى علي وزيد بكذا، قال: لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال: فما يمنعك والأمر إليك؟ فقال: لو كنت أردك إلى كتاب الله عز وجل أو إلى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم لفعلت ولكني أردك إلى رأيي، والرأي مشترك"**[4].

ج. إن أراد القاضي الأول الحُكم بمذهب فسهى وحكم بمذهب آخر خطأ، لم يجز للثاني نقضه إن كان ما حكم به الأول صحيحا على مذهب عالم من العلماء ولم يُعرف وجه الغلط، فإن دلت البينة أنه تعمد الخطأ فلغيره من القضاة نقضه[5].

د. إذا رفعت إليه قضية قد حكم فيها قاض عالم عدل لم ينظر فيها بمجردها إلا لوجود دليل على مخالفة نص أو اجماع أو قياس جلي – سهو، خطأ القاضي–فإنه يفسخ[6].

هـ. إذا رفعت إليه قضية حكم فيها قاض فاسق ليس بعدل نَقض حكمه[7]، عملا بضابط: "كل جائر فلا ينظر في أحكامه، وينتقده من ولي بعده الحكومة"[8]، فينظر[9]:

- إن كان الدعوى مما أجمع عليها: فعليه النظر هل حكمه مخالف للإجماع؟ وإن وافق الإجماع هل تحقق سببه الذي

---

[1] عليش، منح الجليل،ج08، ص344.

[2] المصدر نفسه، ج08، ص345./ الرجراجي، مناهج التحصيل، ج08، ص99.

[3] عليش، المصدر نفسه، ج08، ص345./ الرجراجي، المصدر نفسه،ج08، ص99.

[4] ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط01، 1414 هـ - 1994م، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، رقم: 1614، ج02، ص854.

[5] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص142.

[6] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص82.

[7] محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص562.

[8] ابن غازي، الكليات الفقهية، ص60.

[9] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص178.

إن وُجد وُجد الحكم معه أم لا؟ فإن تحقق فليس له تغييره وإن كان غير ذلك فوجب.

- إن كانت الدعوى مما يختلف فيه: فللثاني فسخ ما أثبته الأول وإلغاء ما اعتقده سببا للحكم فلا يجعله سببا للحكم إن كان السبب غير مجمعا عليه.

و. إذا رفعت إليه قضية حكم فيها القاضي الأول بالجور أو بقول خالف النص أو العمل أو الإجماع أو القياس الجلي أو القواعد نقضه، بغض النظر إن كان القاضي الأول عالما أم لا[1].

ز. إذا رفعت إليه قضية حكم فيها غيره وكانت المسألة فيما ترجى للمحكوم عليه الحجة كالغائب وصاحب الحجة البعيدة فإنه ينظر فيها، وينقض الحكم الأول إن رأى خلافه[2].

ح. إذا رفعت إليه قضية أخل القاضي الأول ببعض إجراءات القضاء فإنه ينقضه[3].

3. **إذا رفعت إليه قضية حكم فيها قاضي مذهب آخر**، فينظر:

أ. إن كانت المسألة مبنية على الاجتهاد والنظر فليس له نقض الحكم، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، هذا إن طلب المستأنف النظر في نفس الحكم، أما إن طلب النظر في أحد توابع الحكم الأول كان للقاضي الثاني الحكم بمذهبه[4].

ب. إن كانت المسألة ليست مبنية على الاجتهاد وخالف القاضي الأول نصا أو إجماعا أو قياسا جليا، كأن يكون في المسألة قولان أجمعت الأمة عليهما فيحكم القاضي الأول بقول ثالث مخالف للقولين وجب عليه نقضه[5].

ثالثا: مالا يمكن نقضه بحال.

هناك حالات لا يمكن للقضاة نقضها لأنفسهم ولا لغيرهم، منها[6]:

1. حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد لا ينقض.
2. الحكم المجمع عليه لا ينقض، لأجل الإجماع على أن ذلك السبب يقتضي ذلك الحكم فلا يجوز اقتطاعه عنه.
3. عقد النذر لا ينقض، لأنه سبب يقتضي اللزوم فيما التزم به.

---

[1] عياض، مذاهب الحكام، ص38 / الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص152./ عليش، منح الجليل، ج08، ص346.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص141.

[3] محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص109.

[4] أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص155/ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص103.

[5] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1014./اللخمي، التبصرة، ج11، ص5357./ محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ص566.

[6] القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص 179 -190.

4. عقود التعاليق في الشـــروط في الطلاق والعتاق وغيرهما لا تنقض، فليس للقاضـــي إبطال ما علقت عليه لأن وقوع الشرط يلزم منه وقوع أثره فلا يحق للقاضي منع ذلك بنقضه.
5. عقود المعاملات من بيع، كراء...لا تنقض، لأنها بنيت على رضا الطرفين مع احترام الشروط الشرعية فصارت ملزمة لهما كالنذر، فلا يمكن للقاضي مخالفة إرادتهما والتدخل بإسقاطها دون سبب شرعي وجيه كالغرر والجهالة والربا...
6. عقد الجزية لأنه يقتضي الدوام.
7. في دعوى حكم فيها قاض ثم رجع فيها الشـــهود عن شـــهادتهم لم بنقض الحكم، لأن الحكم قد ثبت أصـــالة بقول عدول ودعوى الشـهود بعد ذلك الكذب اعتراف منهم أنهم فسـقة، والفاسـق لا ينقض الحكم بقوله، فيبقى الحكم على ما كان عليه.

الفرع الثالث: متابعة الوزارة وتعقب القضاة ومراقبتهم.

حماية لسمعة القضاء وحرصا على تحقيق العدل كان على من ولي شؤون القضاء ورئاسته متابعة القضاة في سيرهم وأحكامهم، وإن ذكر علماؤنا هذا في معرض كلامهم عن تولي القاضـي مكان قاض آخر فعليه مراجعة أقضـية من قبله خاصة من عُرف بالفساد، وله النظر في شكوى من اتهم القاضي السابق بالجور وكانت له بينة، أما **المسلك الثاني** من خلال تتبع أراء الناس ضـمن ولايته حوله –كالاستبيان وغيره من الطرق– ومدى رضـاهم عن أدائه والقضـايا التي انتقد عليها بشـدة، قال محمد بن عبد الحكم: "وأحب أن يجعل القاضـي رجالا من إخوانه، يثق بدينهم ويصـدقهم ومعرفتهم، يخبرونه بقول الناس فيه من أخلاقه وما ينكرونه عليه، وإنكار حكم إن حكم به فأنكروه، وشـــاهد إن أجازه أو طرحه فأنكروه، فإذا أخبروه بذلك سأل عن ذلك وفحص واستقصى فيه، فإن ذلك قوة له على أمره إن شاء الله"[1].

أما **المسلك الثالث**: فكان من خلال خطة الرد التي تكلمت عنها في الفصل الأول التي اضطلعت بـ[2]:

- النظر في أقضية الحكام التي استرابوا وترددوا فيها.
- النظر في الأقضية التي رجع عنها القضاة –المقلدون–.
- التفتيش على القضاة وأحكامهم، باستثناء المبرز في العدالة فلا يتابع إلا بوجود تظلم في دعوى معينة مع البينة.
- متابعة أحوال القضاة خاصة الكور –المناطق الحدودية–وعلاقاتهم مع الناس لأنها كانت بعيدة عن الحواضر الكبرى،

[1] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1013.

[2] المصدر نفسه، ج03، ص1014./ الونشريسي، المعيار المعرب، ج10، ص77./ مصطفى الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، ص332.

لذا أولوها أهمية كبرى ضمانا للعدل واستقرار الحدود من أي اضطراب.

وهذا من خلال اتباع الإجراءات التالية:

أولا: إن شكى الناس بقاض ما وجب على من ولي القضاء النظر فيها، قل شاكوه أو كثروا من خلال:

1.إن كان القاضي مشهور العدالة: قال مطرف لا يعزل لمجرد الشكوى ولو وجد بدل مثله، لأنه قدوة والعزل مطعن في المعزول عند الناس، وفي ذلك إفساد لهم على قضاتهم، وبه قال المازري[1].

قال أصبغ بعزله إن وجد من هو في مقامه، وإن كثرت عليه عزله مباشرة لأن عمر قد عزل سعدا بالشكية فقط وهو من هو في استقامته، لأن فيه تقويما لمكانة القضاء عند الناس، وعبرة للقضاة ألا أحد محمي من المساءلة والعزل فلا يستهينوا بما وكل إليهم[2]، وهذا فيه نظر لأن التساهل في عزل القضاة تهوين لمكانتهم في صدور الناس وتشجيع لهم على انتقاد القضاء فقاض عدل مشكوٌّ منه خير من تحقيق رغبة من لا يصلح الاستماع منهم، والرأي الأول هو الصحيح.

2.إن لم يكن القاضي مشهور العدالة: اختلفوا على ثلاثة أقوال:

أ. إن كثرت الشكاية منه عزل إن وجد بدل له قاله مطرف، مع تبرأت سمعته وبيان سبب عزله حتى لا يتهم بما ليس فيه[3]، كما فعل عمر مع شرحبيل فقال له أعن سخط عزلتني؟ قال لا، ولكن وجدت من هو مثلك في الصلاح وأقوى على عملنا منك فلم أر يحل لي إلا ذلك، فقال يا أمير المؤمنين إن عزلتك عيب فأخبر الناس بأمري، ففعل[4]، فإن لم يجد بدله كشف عنه فإن كان عدلا ثبته في منصبه وإن كان غير ذلك عزله[5].

ب. إن كثرت الشكاية منه قال أصبغ بعزله كما في المسألة السابقة[6].

ج. قال أشهب وغيره لا يعزل بمجرد الشكوى لأنه لم يثبت عن النبي –صلى الله عليه وسلم–ولا عن ابي بكر ولا عن عمر أنهم عزلوا قضاة لمجرد الشكوى وقد ثبت عن عمر عزله للأمراء لا القضاء، لذا وجب الكشف عن هذا القاضي[7] وفق التفصيل:

---

[1] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج03، ص530./ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص88.

[2] خليل، التوضيح، ج07، ص402./ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص771.

[3] عليش، منح الجليل،ج08، ص286-287.

[4] لم أجد تخريجا للحديث.

[5] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص771.

[6] خليل، المصدر السابق، ج07، ص402./ المصدر نفسه، ج15، ص771.

[7] القرافي، الذخيرة، ج10، ص128./ ابن عاشور، المصدر السابق، ج03، ص530.

- إرسال من يستقصي سيرة هذا القاضي مع المتقاضين وسيرته في حياته سرا[1].
- النظر في تلك الشكاوى والتحقق من مصداقيتها[2].
- إن ثبت جوره عُزل وبُيِّن سبب عزله من الجور والفساد وعوقب ونكِّل به وضَمن ما أتلف من ماله ولا تقبل له شهادة أبدا ومنع من القضاء أبدا ولو تاب إلى الله تعالى[3]، ثم وجب النظر في أقضيته كأن يوكل جمعا من العلماء تتبعون أقضيته، على اختلاف بينهم في التعامل مع أقضيته –سيأتي تفصيل هذه المسألة–[4].
- إن ثبتت عدالته ثبَّته في منصبه ونظر في أقضيته كالأول، فما وافق الحق أمضاه وما خالفه فُسِخ وحمل ما فسخ على محمل الخطأ البشري لا على تعمد الجور[5].

تنبيه: يجب على من تولى شؤون القضاة التنبه لأمرين.

ألا يمكن الناس من مخاصمة القضاة فلا ينظر في شكوى إلا إن كان لها وجه، حتى لا يستهان بالقضاة خاصة أهل الفضل والعفاف منهم، وإن كان فاسدا عزله وحفظ هيبة القضاء في نفوس الناس[6].

قال مطرف وأشهب عليه استقصاء أخبار القضاة وسيرهم دوريا[7]، كما فعل عمر مع عماله فلم ينتظر شكاية الناس بل كان يقدم عماله مع رجال من عمالتهم يسألهم عن سيرتهم ومدى رضاهم وسخطهم عليها كل عام[8].

ثانيا: إن مات القاضي أو عُزل بعد أن كشف الحاكم عن حاله، أو كلفه بأمر آخر، أو وصلت لقاضي الجماعة أو الحاكم تقارير حول قضاته، كيف يتعامل مع أقضيتهم، قالوا:

1. إذا كان القاضي عالما عدلا فلا يجوز تعقب أحكامه، درءا لمفسدة اضطراب أحوال الناس وتجديد الخصومات إلا لوجود دليل على مخالفة نص أو إجماع أو قياس جلي، فتراجع تلك القضية على وجه التجويز لا التعقب[9] جاء عند

---

[1] القرافي، الذخيرة، ج10، ص128.

[2] خليل، التوضيح، ج07، ص403.

[3] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص374.

[4] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص90.

[5] ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج15، ص770.

[6] ابن أبي زيد القيرواني، المصدر السابق، ج08، ص87.

[7] خليل، المصدر السابق، ج07، ص403.

[8] عليش، منح الجليل، ج08، ص286.

[9] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص289.

ابن غازي: "كل قاض عدل عالم لا تتعقب أحكامه"[1].

2. إن كان القاضي الأول عدل، لكنه مقلد تراجع أحكامه فما كان صوابا مضى وما كان خطأ فسخ باتفاق، وإن حكم بما ما اختلف فيه أنفذ[2] وهو المترجم في قولهم: "كل قاض عدل غير عالم تتعقب أحكامه فما كان منها صوابا مضى وغيره رد"[3]، وهذه القاعدة فيها نظر لمعارضتها بقول من اشترط العلم-الاجتهاد-في تولية القاضي فقال ترد أحكام المقلد مطلقا ولو كان عدلا وقد شاور غيره[4]، أما القول الأول هو مقيد على ما رواه ابن عبد السلام عن بعض الشيوخ إن كان العدل المقلد مشاورا لغيره من العلماء، أما إن كان غير ذلك اختلفوا إلى:

أ. قالوا ترد كل أحكامه، لأنه حكم حينئذ بالحدس والتخمين لابن فرحون [5].

ب. نُقل عن الوثائق المجموعة أن العدل المقلد إن لم يشاور تتصفح أحكامه فما كان موافقا أمضي وما خالف ما عليه أهل بلده لكنه وافق قولا لأهل العلم ولو كان ذلك القول لا يعمل به أمضي، ولا يفسخ إلا الخطأ البيّن وقال به الجد[6].

ج. قال اللخمي وابن محرز إن لم يشاور لا ترد أحكامه كلها، بل يرد ما حكم به في القضايا المختلف فيها لعدم أهليته الفقهية للترجيح، فإن اختار فلا يكون إلا حدسا وتخمينا منه وهذا معروف بطلانه[7].

3. إذا لم تعلم حال القاضي الأول ينظر فيمن ولاه:

أ. فإن كان عدلا لم تتعقب أحكامه[8]، قال مطرف بتعقب أحكامه فما كان صوابا أمضي وما كان غير ذلك فسخ[9].

ب. إن كان القاضي الأول غير عدل سواء كان عالما أو مقلدا عُلم جوره أم خَفي:

- ردت أقضيته كلها سواء كانت صوابا أم خطأ ظهر جوره أو خفي وهو قول ابن القاسم، مطرف، ابن الماجشون وابن

---

[1] ابن غازي، الكليات الفقهية، ص60.

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1014.

[3] ابن غازي، المصدر السابق، ص60.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص152.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص82./ الدردير، الشرح الكبير، ج04، ص152.

[6] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص82./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص256.

[7] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص82.

[8] الصاوي، حاشية الصاوي، ج04، ص221.

[9] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص89.

حبيب[1]، واستثنى ابن حبيب ما عُرف من أحكامه أنه صواب صحيح في ظاهره مستقيم في باطن أمره، وشهد بذلك أهل العدل ممن حضر كيفية نظره في القضية فإنه يمضي ولا يرد، وإلا ضاع الحق وقد تزول البينة فلا يمكن العمل بها[2]، ولعله رحمه الله استثنى ما يقطع به أنه حكم –القاضي الجائر–فيه بالحق.

- لا تنقض أحكامه كلها بل ما كان صوابا أجيز وما كان خطأ واستريب فيه فسخ، إلا إن كان جائرا في كل أحكامه فتفسخ كلها، وهو لأصبغ وسحنون لعموم البلوى لكثرة القضاة من هذا الصنف فلو ردت كل أحكامهم لما بقي قضاء[3].
- لا يفسخ، بحجة أن الأصل في القضاء أنه مبني على الصحة فلا يفسخ إلا ماتعين جوره، لأن التعرض لأقضية الحكام توهين لهم وإضرار بالناس فلا يخلوا قاض من أعداء يرمونه بالجور انتقاما منه، فوجب على الحاكم ألا يمكنهم من ذلك، وهو للقاضي إسماعيل[4].
- قول لابن الماجشون يستثنى إن حكم فيما يسعه الخلاف قُبِل ولم يفسخ[5].

الفرع الرابع: إجراءات تتبع القاضي أحكام من سبقه، وآثار أخطائه–القاضي السابق–.

أولا: إجراءات النظر في أحكام من سبق[6].

1. يجب على القاضي الجديد عند توليته الابتداء بما يلي قبل النظر في أقضية من سبقه:

أ. الابتداء بالكشف عن أحوال المحبوسين فيطلق من ظلم منهم وينقص في مدة من زيد عليه...

ب. النظر في الأوصياء وأموال الأيتام ومن لا ولي له.

ج. إعلان القاضي عن رفضه إمضاء أي تعامل مع من لا ولي له من الأيتام والسفهاء... بمداينة، بيع... إن وقع بعد صدور هذا الإعلان.

د. النظر في الأوصياء وأموال الأيتام ومن لا ولي له.

هـ. النظر في أعوان القاضي من الكاتب، المزكون، المترجمون... فكان أول ما ابتدأ به سحنون لما تولى القضاء.

---

[1] عياض، مذاهب الحكام، ص39./ القرافي، الذخيرة، ج10، ص130./ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص93.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص83.

[3] المصدر نفسه، ج01، ص83./عياض، مذاهب الحكام، ص39/ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج03، ص1014.

[4] ابن فرحون، المصدر نفسه، ج01، ص83.

[5] عياض، مذاهب الحكام، ص39.

[6] ابن شاس، المصدر السابق، ج03، ص1008.

2. فإن كان القاضي المنظور في أقضيته[1]:

أ. جائرا: أمر الخصوم باستئناف الدعوى، لأن القاضي الجائر بإمكانه التحايل في كتابة محاضره وسجلاته لما له من التمرس في ذلك حتى يُظهر لمتتبعها أنها صحيحة الظاهر.

ب. عدل –مقلد–: لا يُتهم بتعمد الجور، فلا يؤمر الخصوم باستئناف الدعوى بل تتصفح محاضره وسجلاته في بيناتها، إجراءاتها وأحكامها، فما كان سليما منها أنفذه، وما كان خطأ مما لا يُختلف فيه فسخ، وإن كان مما يختلف فيه، كان على الأقوال سابقة الذكر بين مشاورته للعلماء وعدم ذلك.

ثانيا: شروط سقوط الضمان عن القاضي[2]:

1. أن يكون القاضي مجتهدا.
2. ألا يخالف دليلا قطعيا غير قابل للتأويل.
3. ألا يقصر في عمله كالتقصير في التحقق من عدالة الشهود، سلامة الأدلة من التزوير...
4. ألا يتعمد الخطأ في حكمه.
5. ألا يخالف المذهب إن كان مقلدا.

ثالثا: آثار خطأ القاضي.

1. إذا كان الخطأ في حق من حقوق العباد المالية، ولا زال هذا المال قائما رده القاضي إلى المحكوم عليه، وإن هلك المال فالضمان على المتسبب ولو كان المتسبب هو المحكوم له[3]، قال القرافي: "كشهود الزور، أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضياع المال على إنسان، ثم يعترضون بالكذب، أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم ولا ينقض الحكم ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر، والشاهد متسبب"[4].
2. إن أخطأ القاضي في حق من حقوق الله الخالصة كالسرقة، الزنا... فالضمان من بيت المال، لأن اقتضاء المصلحة ذلك وإلا لم يتقدم للقضاء أحد، فالقضاة يحكمون للمسلمين فكان خطؤهم يجبر من أموال المسلمين[5].
3. إن كان خطأ القاضي في الدماء من القصاص والجروح، كأن يتبين بعد تنفيذ القصاص أن أحد الشهود فاسق ولم

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص90./ ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، ج09، ص255.

[2] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص374.

[3] المصدر نفسه، ص374.

[4] القرافي، الفروق، ج02، ص208.

[5] سعاد أوهاب، المصدر السابق، ص375.

يبذل القاضي الجهد المطلوب في كشفه، قالوا:

أ. في القصاص: الدية على عاقلة القاضي فقد ((**بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى امرأة في شيء بلغه عنها، فأسقطت، فاستشار، فقال له قائل: أنت مؤدب، فقال له علي: إن كان اجتهد فقد أخطأ، وإن لم يجتهد فقد غش، عليك الدية، قال: عزمت عليك أن لا تجلس حتى تضربها على قومك–قريش–**))[1]، قال ابن شاس إن اعترف القاضي بالخطأ فالدية في ماله[2].

ب. في الجراح إن كانت بقدر ثلث دية المجني عليه أو الجاني حملته عاقلته وإن كان أقل حمله هو من ماله، فإن اعترف بخطئه غرمها لوحده[3].

المطلب الثالث: إجراءات نقض وتنفيذ الحكم القضائي.

الفرع الأول: تعريف التنفيذ وحكمه.

أولا: تعريف التنفيذ.

1. تعريف التنفيذ لغة:

التنفيذ من نفذ يقال: نفذ الأمر والقول مضى وأمره نافذ أي مطاع... فإنه لا مرد له[4]، وأنفذ الأمر: قضاه، والنفذ: اسم الإنفاذ، وأمر بنفذه أي بإنفاذه[5].

فمدار معنى التنفيذ لغة حول إمضاء الشيء على حاله التي أريدت له، وهو مشابه المعنى الاصطلاحي في القضاء.

2. تعريف التنفيذ اصطلاحا: **"الإلزام بالحكم وإيقاعه على المحكوم عليه جبرا"**[6].

ثانيا: حكم التنفيذ.

تنفيذ الأحكام القضائية بالنسبة للقاضي تأتي على حالتين:

---

[1] رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب الإمام يضمن والمعلم يغرم من صار مقتولا بتعزير الإمام وتأديب المعلم، رقم: 11672، ج06، ص203.

[2] المواق، التاج والإكليل، ج08، ص346.

[3] المصدر نفسه، ج08، ص347.

[4] الفيومي، المصباح المنير، ج02، ص616.

[5] ابن منظور، لسان العرب، ج03، ص515.

[6] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص480.

1. تنفيذ حكم نفسه: كالإلزام بالحبس أو استرداد الأموال لأهلها وتقسيم المواريث وغيرها، فله سلطة تعيين القول الفصل الملزم في الخصومة ويجب عليه إنفاذه.
2. تنفيذ حكم غيره من القضاة، فيه تفصيل:

أ. إن كان الحاكمان من نفس المذهب وورد على أحدهما حكم الثاني فهل ينفذه[1]؟

- قالوا: إن قال القاضي المرسل إليه: ثبت عندي أنه ثبت عند فلان من الحكام كذا... فلا ينفذ وليس بحكم.
- إن قال: ثبت عندي أن فلان حكم بكذا... فلا ينفذ وليس بحكم.
- إن قال: حكمت بما حكم به فلان والتزمت بموجبه ومقتضاه، عد حكما ونفذ.

قالوا لأن الثبوت والحكم والتنفيذ ليسوا أمرا واحدا[2]:

- الثبوت نهوض الحجة سالمة من أي مطعن –ظاهرا– في ظن القاضي دون التأكد من ذلك، فيقال: ثبت عند القاضي ذلك وثبت هلال شوال...أما الحكم انشاء كلام بإلزام أو إطلاق قد ترتب عن الثبوت بعد التأكد والتحقق منه ومن سلامته من أي مطعن، أما التنفيذ هو الإلزام بالحكم وإيقاعه على المحكوم عليه جبرا.
- لذا يأتي ثبوت الأدلة عند القاضي ثم بناء حكم عليها ثم تنفيذ ما حكم به على المحكوم عليه.

ب. إذا اختلف مذهب القاضي مُصْدر الحكم مع مذهب القاضي الذي طُلِب منه تنفيذ الحكم، فهل يلزم الثاني بتنفيذ حكم الأول رغم اختلاف مقتضى مذهبيهما؟، خلاف[3]:

- التوقف عن التنفيذ لأنه لا يجوز للقاضي تنفيذ حكم يرى أنه مجانب للحق.
- يجب تنفيذ الحكم: لأن التوقف عن إنفاذ الحكم هو إبطال له، وقد تقرر عدم جواز إبطال ونقض الأحكام المجتهد فيها وبه العمل، لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف ويصير في تلك الجزئية صحيحا عند الجميع.

واشترطوا في التنفيذ[4]:

- أن يتحقق القاضي المنفذ من عدالة القاضي المرسل.
- أن يكون كل من القاضيين في حدود ولايته زمانا ومكانا.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص132./ محمد بن علي، تهذيب الفروق، ج04، ص98.

[2] الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه، ص480.

[3] محمد جعيط، الطريقة المرضية، ص225.

[4] القرافي، الفروق، ج04، ص40.

ثالثا: سلطة التنفيذ.

مما يجدر التنبيه عليه أن القاضي في تعامله مع الأقضية ليس عليه سوى بيان حكم الشرع في الدعوى المعروضة أمامه حتى يتم تنفيذها وإلزام الخصوم بها[1]، أما التنفيذ العملي على أرض الواقع فهو سلطة زائدة عن سلطة القاضي قد تعطى له في ولايته وقد تسلب[2]، كما كان في بداية عهد الدولة الأموية في الأندلس فقد كانت للقضاة قوة وسطوة على أصحاب النفوذ فكانوا ينفذون عليهم الأحكام دون رادع، وهذا راجع لمدى رغبة الحاكم في تحقيق العدل وقوته لأن القضاة يستمدون قوتهم ممن خولهم، فنجد أن قاضي الجماعة بقرطبة عمرو بن عبد الله المعروف بليث القبعة في عهد الأمير محمد بن عبد الرحمان، قد حكم في مرعى كان بحوزة الوزير القوي هاشم بن عبد العزيز فسجَّل عليه الحكم وسهر على تنفيذه مباشرة[3]، لذا الأصل في التنفيذ ألا يكون بيد القاضي لذلك عرَّف ابن رشد القضاء بـ :"الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"، أي ظاهره إلزام الخصوم أما تحقيق ذلك الالزام ليس بيد القضاة، لأنه وقع ويقع وسيقع وسوف يقع أن يتعارض حكم القاضي مع من له مصلحة وسطوة في عدم التنفيذ من أصحاب النفوذ والقوة، فلا يقدر عليهم لذا جُعل التنفيذ بيد الحاكم لأنه الأقوى والأجدر عملا بقاعدة "النائب لا يقوى قوة المنوب عنه"[4].

قال القرافي: "إن القاضي من حيث هو قاض إنما له إلزام نفوذ الحكم، وأما نفوذه فلا لتعذر ذلك عليه كالحكم على الملوك الجبابرة، فإلزام الحكم موجود والقدرة على التنفيذ لا وجود لها في حق العاجز"[5].

لذا القاضي ما هو إلا نائب عن الإمام في تنفيذ الأحكام الشرعية من حيث الإخبار بإلزامية تنفيذ الحكم الذي أخبر به عن الله تعالى في عين القضية.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج01، ص132./القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص105.

[2] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص10.

[3] عبد السلام همال، سجلات قضاة الجماعة بالأندلس من ق02هـ-ق06هـ الموافق للقرنين 08-12ميلاديين، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، ع02، 2015م، ص8.

[4] التسولي، البهجة، ج01، ص32.

[5] ميارة، الإتقان والإحكام، ج01، ص09.

الفرع الثاني: إجراءات النقض وتنفيذ الحكم.

أولا: إجراءات النقض[1]:

1. صدور الحكم القضائي في الدعوى.
2. تحديد الجهة التي سيتم الاستئناف لديها:

- الاستئناف عند نفس القاضي الأول: كحضور الغائب، وجود البينة الغائبة، وجود مطعن في بينة الخصم التي حكم بها: كتزوير الوثائق، تجريح الشهود، إقرار المحكوم له بالحق للمحكوم عليه...، طلب القاضي الاستئناف بعد حكمه في دعوى يرى أنه أخطأ فيها...
- الاستئناف عند قاض آخر: كإثبات ظلم القاضي الأول وجوره، رفض القاضي الأول النظر في القضية رغم وجود ما يدعوا لذلك، عزل القاضي الأول...

3. رفع أحد الخصوم أو كلاهما أو من تضرر من الحكم لعريضة الاستئناف مبرزا دوافعه وأسبابه الشرعية.
4. نظر القاضي في دعوى الاستئناف إن كانت صحيحة قُبل الاستئناف، فيشترط فيها ما يشترط في صحة الدعوى الأولى، وإن كانت باطلة رفض كالاستئناف في حكم مبني على دليل قطعي، أو كانت القضية مما يجوز فيها الاختلاف...وهل يعين القاضي من ينظر في قبول دعوى الاستئناف أم لا؟ فعلى قول سحنون لا يجوز ذلك، وهذا باعتبار زمانهم.
5. تسجيل القاضي لدعوى الاستئناف بعد قبولها، مما يلزم عنه إبطال العمل بالحكم الأول مباشرة.
6. قد يصدر قرار الاستئناف من القاضي صاحب الحكم إن رأى أن حكمه فيه ظلم، فوجب عليه نقض حكمه واستدعاء الخصوم وإعادة النظر في الدعوى.
7. إعادة فتح القضية واستدعاء الخصوم وابتداء التقاضي في الدرجة الثانية.
8. يجب على قاضي الاستئناف عند إصدار حكمه بيان وجه الحكم وسببه، سواء نقض الحكم الأول أو عدله أو وافقه مما صدر عن القاضي الأول وفي حكم نفسه قولان.
9. يتم تسجيل الحكم الثاني كما تم تسجيل الحكم الأول.

---

[1] ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج08، ص110./بهرام، الشامل في فقه مالك، ج02، ص841./القرافي، الفروق، ج04، ص41./ محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية، ص108./سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص388./ هدى عبد الحميد، استئناف الأحكام القضائية، ص84-102.

10. إذا ثبت على القاضي الأول تقصير فعليه الضمان، أما إن لم يثبت عليه أي تقصير فإن كان هناك ضمان وتعويض فيكون من بين المال.
11. قد يستأنف أحد المتضررين من الحكم الثاني إلى القاضي الأعلى درجة-درجة الثالثة-فينظر هذا الأخير في الأحكام الصادرة عن القاضي الثاني ومدى صحة حكمه دون إعادة سماع الخصوم.

ثانيا: إجراءات التنفيذ:

الأصل أن القاضي بعد إصداره للحكم أن يمتثل المحكوم عليه للأمر مباشرة وأن يبادر إلى تنفيذه طواعية[1]، لكن هناك حالات يجب على مصالح الدولة المسخرة لتنفيذ أحكام القضاة التدخل مباشرة، منها[2]:

1. إذا كان الحكم متعلقا بالحدود والتعزيرات فإن مصالح الدولة مسؤولة عن تنفيذ الحكم ولا تتركه بيد المحكوم له، ويلحق بها كل ما يؤدي إلى الهرج والخلاف والتقاتل كتفليس المدين وبيع أملاكه وتقسيمها على غرمائه.
2. إذا كان الحكم غير متعلق بما يؤدي إلى الهرج والفساد ترك تنفيذه للناس وبقي على الأصل بأن يقوم المحكوم عليه برد الحقوق لأهلها، كدفع الدَّين والتخلية بين الأرض وأصحابها...
3. إن تماطل المحكوم عليه حذره القاضي من مغبة ذلك بصرامة وشدد عليه.
4. فإن تمادى أجبره القاضي على الإيفاء بالحق من خلال أعوان الدولة وعوقب بالضرب أو بالسجن أو المنع من السفر أو حجزت أمواله والحجر على تصرفاته وغيرها بحسب حال القضية.

[1] سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية المالكية، ص419-420.

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص210./ ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، ج02، ص311/ القرافي، الذخيرة، ج07، ص255./ ابن سهل، الإعلام بنوازل الأحكام، ص547./ سعاد أوهاب، المصدر السابق، ص419-420.



خـــاتمة.

خـــــاتمة.

في ختام هذه الأطروحة ارتأيت ذكر نقاط محددة تكون نتائج لهذه الرسالة وهي:

1. نمو القضـاء المالكي فرع عن تطور المذهب ونضـجه عموما إذ بدأ كجزء من الفقه العام ثم صـار منظومة متكاملة مستقلة بكتاباتها ومؤسساتها ورجالاتها ذات خصائص إجرائية وموضوعية.
2. الإمامان يحي بن يحي الليثي، وسـحنون هما رائدا المنظومة القضـائية المالكية، ومن كانت لهما يد السـبق في تثبيت أقدامها وتأسـيس صـرحها كمنظومة فقهية مسـتقلة ومهيكلة لها رجالاتها، كما كانت لهما يد السـبق في تحييد أي منازع أو منافس لهذه المنظومة في بلاد الغرب الإسلامي من بقية المذاهب.
3. تميزت ذهنية القاضي المالكي بالمرونة والتجديد المستمر والصفاء المذهبي في الغرب الإسلامي، من خلال إبداعه في إنشـاء مؤسـسـات مبتكرة كمجلس الشـورى القضـائي، خطة الرد، قضـاء الأشـراف، واعمالهم للأصـول العقلية كالمصلحة وسد الذرائع والعرف في التعامل مع واقع الناس المعيش، والانسجام المذهبي الذي عرفه الغرب الإسلامي والأندلس خصوصا.
4. اجراءات رفع الدعوى في القضاء المالكي ليست إجراءات شكلية تهدف لضبط الخطوات الأولى للتقاضي فقط، بل هي إطار منهجي يمنع الخصومات العبثية والوهمية التي تشغل القضاء ويفتح الباب للنزاعات الجادة فقط.
5. المقصد الشرعي الكلي للمالكية في بنائهم للإجراءات القضائية: **تحقيق العدل بين الخصوم بحكم فاصل مالم تغلب جهة الإحسان–الصلح بين الأقارب والأخلاء–**من خلال تحقيق التوازن بين مقاصده الفرعية:
   - مقصد ضمان هيبة القضاء وحرمته في قلوب الناس.
   - مقصد استقلالية القاضي من أي نفوذ خارجي أو داخلي–الجوع، الغضب–.
   - مقصد حياد القاضي بين المتداعين.
   - مقصد مجانية القضاء والعمل على تقليص النفقات على المتداعين ما أمكن.
   - مقصد تسريع العملية القضائية ومنع لأي عرقلة أو تماطل أو تشويش.
   - مقصد صيانة أعراض الناس وكرامتهم، كالدعاوى الكاذبة.
   - مقصد حفظ حق الخصوم في الدفاع عن مواقفهم إلى آخر رمق، من خلال تسهيل تقديم البينات والارجاء في تحصيلها والاعذار، الاستئناف...
   - مقصد إيصال الحقوق لأصحابها من خلال سرعة التنفيذ بعد الفصل في الدعوى.
   - مقصد إيجاد صيغة للتوافق بين الخصوم ممن يخشى وقوع الضغينة بينهم بسبب الحكم القضائي كالأقارب والأصحاب ما أمكن.
6. من خلال تعاملي مع فروع المذهب الكثيرة حول القضاء خاصة في شقه الإجرائي توصلت إلى أن المالكية يُعملون

النصـوص الشـرعية فيما دلت عليه، ويتوسـعون في غيرها معتمدين على الأصـول العقلية من المصـلحة المرسـلة– العرف–وسـد الذرائع والاسـتحسـان على التبع في التعامل مع النوازل القضـائية بشـكل كبير، وهذه المزاوجة بين الأصول النقلية والعقلية حصَّلت للمالكية معنى كليا عامًّا تمثل في المقصد العام لتشريع هذه الإجراءات وهو **تحقيق العدل بين الخصوم بحكم فاصل مالم تغلب جهة الإحسان**، من خلال تحقيق مقاصده الفرعية الخادمة له السابق ذكرها، وإن لم يصرحوا بذلك لكنهم أعملوها في اجتهاداتهم.

وثمرة هذه النتيجة تتمثل في أن هناك مبادئ منصـوص عليها لابد من تطبيقها والتسـليم لها كالبينة على المدعي واليمين على من أنكر، إلا أن أغلب هيكلية الإجراءات هي هيكلية اجتهادية مبنية بالدرجة الأولى على المصلحة– العرف–، سد الذرائع والاستحسان، وهذه الأصول العقلية تحكمها معان تعد أصولا معنوية تحقق الانسجام بين الاجتهادات العقلية والمبادئ المنصوص عليها، وتوجه عقل المجتهد وتضبط إبداعه وتدفعه الى استحداث إجراءات تلائم عصره وظروفه من جهة، وتلائم روح الشريعة من جهة أخرى.

7. سلامة تمييز المدعي من المدعى عليه هي أساس سلامة مسار الإثبات القضائي، لأنه يترتب عليه تحديد من يقع عليه عبء الإثبات القضـائي ومن تتوجه عليه اليمين، وضـابط التمييز بينهما الذي توصـلت إليه أن **المدعي هو الذي شهدت له القرينة الأضعف، والمدعى عليه من شهدت على صدقه القرينة الأقوى سواء كانت شرعية، عرفية، عقلية، علمية**.
8. اعطى المالكية للقاضي سلطة تقديرية واسعة ومضبوطة في قبول الدعاوى ورفضها، وفي تسيير جلسات الحكم وسماع الخصوم وفي تمحيص البينات وتقدير قوتها القانونية وترجيحها، لأنه مدار العملية القضائية.
9. مرحلة الإثبات هي أخطر مراحل التقاضي لأنه يقع فيها مقابلة بينات الخصوم ودفوعهم، مما يتيح للقاضي موضعا للمقارنة بينها تكون أساسا لإصدار حكمه في القضية.
10. أظهر المالكية تنظيما إجرائيا متكاملا بداية بالإجراءات الأولية لرفع الدعوى من خلال ضـبط الاختصـاص القضائي وآليات تقييد الدعوى...مرورا بالإجراءات التنظيمية للجلسات القضائية إلى صلاحيات الخصوم والقاضي في سماع البينات والدفوع والرد عليها، إلى المرونة القضـائية التي أظهروها في طرق انتهاء الدعوى التي لم يحصـروها في الحكم القضائي بل تعدت إلى التنازل عن الدعوى، الصلح والإسقاط، وختاما بإجراءات الاستئناف التي قد تنتهي بنقض الحكم الأول أو تعديله أو إقراره، فهذه الإجراءات وغيرها دليل على تطور المنطق التنظيمي لدى القضـاة المالكية وأنهم جمعوا بين الفقه والتنظيم القضائي.
11. كان التخريج على الاجتهادات القضائية المكتوبة في كتب النوازل والأحكام من مصادر القاضي المالكي قديما حال العجز عن التعامل مع القضايا المعروضة عليه.
12. تميزت الخلافات القضائية المالكية بكونها خلافات عملية لأنها نابعة من واقع خصومات ونزاعات الناس المعيشة

وما يترتب عنها من نوازل جديدة، فهي بعيدة عن الخلافات النظرية والترف العلمي الذي عرف به الفقه العام.

13. كثرة الضوابط والقواعد الفقهية القضائية الإجرائية، دليل على الثراء التقعيدي في المذهب، ودليل على تماسك منظومتهم الإجرائية التي وصلت لمرحلة النضج والاستقرار مما دفعهم إلى تقعيد مرجعيتهم وتأصيلها، مما يسهل على القاضي الاستنباط والترجيح من خلالها.

14. ما لمسته عند التعامل مع الضوابط والقواعد الفقهية والقضائية التي أدرجتها أنهم لا يذكرون تأصيلاتها الشرعية، ولعل ذلك لأنهم في معرض الاستدلال بها لا تأصيلها، وإن وُجد تجدهم يرتكزون على التعليلات والمعاني المستنبطة من النصوص في الغالب دون ذكرها، فهم يُعملون معانيَ النصوص مباشرة في استنباطاتهم مما دل على سعة علمهم وفهمهم للدليل.

التوصيات:

أما النقاط التي أوصي بضرورة العمل بها:

1. توسيع الدراسات الأكاديمية حول القضاء المالكي بشقيه الإجرائي والموضوعي حتى يتم إعادة البناء المعرفي لهذا التخصص بناء معاصرا ومضبوطا، مما يفتح المجال لعقد مقارنات بناءة مع القانون الوضعي والاستفادة منه في تطوير منظومتنا القضائية للتحرر من التخلف القضائي المعاصر المزمن الذي يعرفه القضاء المالكي.
2. ضرورة انشاء موسوعة حول القواعد والضوابط القضائية المالكية ودراستها دراسة نظرية وتطبيقية، لأنها نتاج تراكمات علمية تجريبية لقضاة وأئمة ذوي عقول حصيفة وعلم واسع بالمذهب، لاستثمارها في تطوير منظومتنا القضائية المالكية، وهذه الرسالة أرضية جيدة لها لاحتوائها على أكثر من مائة وأربعون قاعدة وضابط في الفقه والقضاء.
3. تشجيع حركة تحقيق كتب الأحكام والوثائق والنوازل، لما تحتويه من علم جم وتجارب قضائية عملية يستفاد منها في استنباط طرق إعمال قضاتنا سابقا لأصول المذهب وقواعده في معالجة القضايا المعروضة عليهم، خاصة الأصول العقلية كالمصلحة المرسلة وسد الذرائع...وكيفية تعاملهم مع الأعراف خاصة في حال تغيرها.
4. ضرورة انشاء دراسات أكاديمية جادة حول المقاصد الشرعية القضائية بشقيها الإجرائية والموضوعية، مستفيدين من الخبرات القضائية المتراكمة التي حصَّلها قضاة المذهب السابقين، حتى نضبط بها مسيرة إعادة بعث منظومتنا القضائية وعصرنتها.
5. ادراج المنظومة القضائية المالكية بشقيها بعد إتمام بنائها المعرفي بناء معاصرا في المنهاج العلمي المتعلق بتكوين القضاة والمتخصصين في الشريعة والقانون تمهيدا للاستفادة منها في منظومتنا التشريعية الحديثة.
6. ضرورة إنشاء مجلس شورى قضائي متكون من علماء المالكية ورجال القضاء والقانون للنظر في النوازل والمسائل القضائية –بداية بقانون الأسرة–وكذا في حال مراجعة التنظيمات القانونية المعاصرة وتطويرها حتى يواكب المالكية السبق القضائي الذي يعرفه القانون الوضعي، وكذا استفادة رجال القضاء من معيننا الحضاري.

وهذا الطرح الذي قدمته بين أيديكم هو فضــل من الله تعالى أولا وآخرا، وليس إلا ترجمة لما بذله العبد الفقير الذي لا يدعي فيه الكمال والســـلامة من الخطأ والزلل والنســـيان، إلا أنه بلغ فيه مبلغه من الجهد ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.


الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية.

الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ وَادْعُواْ شُهَدَآءَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴾	22	**89**
﴿ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾	42	**16**
وَإِذَ أَخَذْنَا مِيثَٰقَكُمْ لاَ تَسْفِكُونَ دِمَآءَكُمْ وَلاَ تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴾	83	**228**
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ﴾	178	**305**
﴿ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾	184	**237**
﴿ وَلاَ تَاكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِالْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَاكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾	187	**392 ،380**
﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ ٱللَّهَ وَاعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلْمُتَّقِينَ ﴾	193	**99**
﴿ فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ ﴾	199	**17**
﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُۥ فِي ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا وَيُشْهِدُ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا فِي قَلْبِهِۦ وَهُوَ أَلَدُّ ٱلْخِصَامِ ﴾	202	**137**
﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُ ٱتَّقِ ٱللَّهَ أَخَذَتْهُ ٱلْعِزَّةُ بِالإِثْمِ فَحَسْبُهُۥ جَهَنَّمُ وَلَبِئْسَ ٱلْمِهَادُ ﴾	204	**150**
﴿ وَلاَ تَجْعَلُواْ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ ﴾	222	**347-279**
﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾	232	**119**
﴿ وَالْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾	233	**399-341**

﴿ تَعۡرِفُهُم بِسِيمَاهُمۡ ﴾	272	**331-213**
﴿ فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ ﴾	281	**245**
﴿ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾	281	**248**
﴿ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ ﴾	281	**321**
﴿ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ﴾	281	**321**
﴿ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ ﴾	281	**260-211**
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ ... ﴾	281	**258**
﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾	281	**296**
﴿ وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَۚ ﴾	282	**241-239**
﴿ وَمَن يَكۡتُمۡهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٞ قَلۡبُهُۥۗ ﴾	282	**239**
سورة آل عمران		
﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ﴾	18	**237**
﴿ إِذۡ يُلۡقُونَ أَقۡلَٰمَهُمۡ أَيُّهُمۡ يَكۡفُلُ مَرۡيَمَ ﴾	44	**369**
﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ ﴾	76	**279**
﴿ وَشَاوِرۡهُمۡ فِي ٱلۡأَمۡرِۖ ﴾	159	**84**
سورة النساء		
﴿ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾	6	**94**
﴿ وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعٗا مِّنكُمۡۖ ﴾	15	**243**

﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا حَضَرَ أَحَدَهُمُ ٱلْمَوْتُ قَالَ إِنِّي تُبْتُ ٱلْـَٰٔنَ ﴾	18	**302**
﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾	57	**122–68**
﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ﴾	57	**189**
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَـٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾	58	**375–120**
﴿ فَإِذَا قَضَيْتُمُ ٱلصَّلَوٰةَ ﴾	102	**17**
﴿ وَلاَ تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيماً ﴾	104	**138**
﴿ وَلاَ تُجَادِلْ عَنِ ٱلَّذِينَ يَخْتَانُونَ أَنفُسَهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ لاَ يُحِبُّ مَن كَانَ خَوَّاناً أَثِيماً ﴾	106	**138**
﴿ لاَّ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوِ إِصْلَـٰحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ﴾	113	**391**
﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ ٱلْكَـٰفِرِينَ أَوْلِيَآءَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾	143	**66**
﴿ رُّسُلاً مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَزِيزاً حَكِيماً ﴾	164	**188**
سورة المائدة		
﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾	44	**189**
﴿ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ ﴾	47	**306**
﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾	51	**285**

﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ ٱلْيَهُودَ وَالنَّصَـٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ ﴾	53	**66**
﴿ لاَ يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِاللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلاَيْمَـٰنَ ...وَاحْفَظُوٓاْ أَيْمَـٰنَكُمْ ﴾	91	**279**
﴿ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَآءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	97	**337**
﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَن يَـٔاتُواْ بِالشَّهَـٰدَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَآ أَوْ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيْمَـٰنٌۢ بَعْدَ أَيْمَـٰنِهِمْ ﴾	110	**292**
سورة الأنعام		
﴿ وَلَوْ أَنزَلْنَا مَلَكاً لَّقُضِىَ ٱلاَمْرُ ثُمَّ لاَ يُنظَرُونَ ﴾	9	**18**
﴿ قُلْ إِنِّى عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّى ﴾	58	**254**
﴿ أَلاَّ تُشْرِكُواْ بِهِۦ شَيْـًٔا ﴾	152	**285**
سورة الأعراف		
﴿ وَامُرْ بِالْعُرْفِ ﴾	199	**104**
﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَامُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَـٰهِلِينَ ﴾	199	**155–98**
سورة التوبة		
﴿ وَإِن نَّكَثُوٓاْ أَيْمَـٰنَهُم مِّنۢ بَعْدِ عَهْدِهِمْ ﴾	12	**274**
سورة يونس		
﴿ دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَـٰنَكَ ٱللَّهُمَّ ﴾	10	**90**
سورة يوسف		
﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْراً فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ﴾	18	**331 ،174**

﴿ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ ﴾	26	**174–155**
﴿ وَقَالَ ٱلْمَلِكُ ٱئْتُونِى بِهِۦ فَلَمَّا جَآءَهُ ٱلرَّسُولُ قَالَ ٱرْجِعْ إِلَىٰ رَبِّكَ فَسْـَٔلْهُ مَا بَالُ ٱلنِّسْوَةِ ٱلَّٰتِى قَطَّعْنَ أَيْدِيَهُنَّ ۚ إِنَّ رَبِّى بِكَيْدِهِنَّ عَلِيمٌ ﴿٥٠﴾ قَالَ مَا خَطْبُكُنَّ إِذْ رَٰوَدتُّنَّ يُوسُفَ عَن نَّفْسِهِۦ ... ﴾	52-50	**396**
﴿ وَجَآءَ إِخْوَةُ يُوسُفَ فَدَخَلُوا۟ عَلَيْهِ فَعَرَفَهُمْ وَهُمْ لَهُۥ مُنكِرُونَ ﴾	58	**162**
﴿ وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا ﴾	81	**–239 –268 321–320**
﴿ وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ٱلَّتِى كُنَّا فِيهَا وَٱلْعِيرَ ٱلَّتِىٓ أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ ﴾	82	**249**
سورة الرعد		
﴿ وَٱللَّهُ يَحْكُمُ لَا مُعَقِّبَ لِحُكْمِهِۦ ﴾	42	**397**
سورة الحجر		
﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَيْهِ ذَٰلِكَ ٱلْأَمْرَ ﴾	66	**18**
﴿ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴾	75	**335–334**
سورة النحل		
﴿ يَعْرِفُونَ نِعْمَتَ ٱللَّهِ ثُمَّ يُنكِرُونَهَا ﴾	83	**162**
﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ ﴾	90	**189**
سورة الإسراء		
﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ ﴾	4	**17**
﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾	15	**–130 –189 385–195**

﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوٓاْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً ﴾	23	**17**
سورة الكهف		
﴿ فَابْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ ... ﴾	19	**136**
سورة مريم		
﴿ يَٰٓأُخْتَ هَٰرُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ ٱمْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيّاً ﴾	27	**234**
سورة طه		
﴿ فَاقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ﴾	71	**17**
﴿ مِن قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰٓ إِلَيْكَ وَحْيُهُۥ ﴾	111	**17**
﴿ وَقَالُواْ لَوْلاَ يَاتِينَا بِءَايَةٍ مِّن رَّبِّهِۦٓ أَوَلَمْ تَاتِهِم بَيِّنَةُ مَا فِي ٱلصُّحُفِ ٱلاُولَىٰ ﴾	132	**213-210**
﴿ وَلَوْ اَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِۦ لَقَالُواْ رَبَّنَا لَوْلاَ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولاً فَنَتَّبِعَ ءَايَاتِكَ ﴾	133	**195-188**
سورة الأنبياء		
وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ وَكُلاًّ ـاتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً ﴾	78-77	**397**
سورة الحج		
﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ ﴾	36	**186**
سورة النور		
﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَاتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾	4	**243-211**

﴿ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾	6	**237**
﴿ وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ ﴾	33	**259**
﴿ وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ٤٨ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ٤٩ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾	49-48	**120**
﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوۡلَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ أَن يَقُولُواْ سَمِعۡنَا وَأَطَعۡنَاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ ٥١ ﴾	49	**119**
سورة الفرقان		
﴿ فَسۡـَٔلۡ بِهِۦ خَبِيرٗا ﴾	59	**336**
سورة النمل		
﴿ وَجَحَدُواْ بِهَا وَٱسۡتَيۡقَنَتۡهَآ أَنفُسُهُمۡ ظُلۡمٗا وَعُلُوّٗاۚ ﴾	14	**162**
﴿ وَتَفَقَّدَ ٱلطَّيۡرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَآ أَرَى ٱلۡهُدۡهُدَ أَمۡ كَانَ مِنَ ٱلۡغَآئِبِينَ ٢٠ لَأُعَذِّبَنَّهُۥ عَذَابٗا شَدِيدًا أَوۡ لَأَاْذۡبَحَنَّهُۥٓ أَوۡ لَيَأۡتِيَنِّي بِسُلۡطَٰنٖ مُّبِينٖ ﴾	21-20	**-128 196-189**
﴿ قَالَ سَنَنظُرُ أَصَدَقۡتَ أَمۡ كُنتَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٧ ٱذۡهَب بِّكِتَٰبِي هَٰذَا فَأَلۡقِهۡ إِلَيۡهِمۡ ثُمَّ تَوَلَّ عَنۡهُمۡ فَٱنظُرۡ مَاذَا يَرۡجِعُونَ ﴾	28-27	**123**
﴿ إِنَّهُۥ مِن سُلَيۡمَٰنَ وَإِنَّهُۥ بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ ﴾	30	**260**
﴿ قَالَ نَكِّرُواْ لَهَا عَرۡشَهَا ﴾	42	**162**
سورة الأحزاب		

﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَآءَكُمْ أَبْنَآءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَٰهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ ٱلْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِى ٱلسَّبِيلَ ﴾	4	**90**
سورة يس		
﴿ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾	56	**89**
سورة فصلت		
﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ ﴾	11	**17**
﴿ وَلَا تَسْتَوِى ٱلْحَسَنَةُ وَلَا ٱلسَّيِّئَةُ ۚ ٱدْفَعْ بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ فَإِذَا ٱلَّذِى بَيْنَكَ وَبَيْنَهُۥ عَدَٰوَةٌ كَأَنَّهُۥ وَلِىٌّ حَمِيمٌ ﴾	33	**121**
سورة الأحقاف		
﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾	15	**399–341**
سورة الحجرات		
﴿ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴾	9	**189**
سورة الحديد		
﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِٱلْبَيِّنَٰتِ ﴾	24	**213**
سورة الطلاق		
﴿ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	2	**248 ،54**
﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾	2	**239، 240**
سورة الملك		
﴿ وَقِيلَ هَٰذَا ٱلَّذِى كُنتُم بِهِۦ تَدَّعُونَ ﴾	28	**90**
سورة الحاقة		
وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ ٱلْأَقَاوِيلِ ﴿٤٤﴾ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾	54-44	**274**
سورة المعارج		
﴿ لَيْسَ لَهُۥ دَافِعٌ ﴾	2	**186**

﴿ عَنِ ٱلۡيَمِينِ وَعَنِ ٱلشِّمَالِ عِزِينَ ﴾	37	**274**

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الصفحة
أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم	303، 304
اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله	216، 335
أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم، برجل قتل عبده متعمدا	306
احلف بالله الذي لا إله إلا هو، ما له عندك	279
أخاف أن يتحدث الناس أن محمدا	215
أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن	100، 101,
ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا	282
إذا ادعت المرأة طلاق زوجها	280
إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب، فله أجران	381
أعذر الله إلى امرئ أخر أجله	195
أقضاكم علي	65,،
أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم	151
ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة	391
ألا أخبركم بخير الشهداء	211، 240,
البينة على المدعي واليمين على من أنكر	152، 163, 175، 177، 181، 210، 213، 279، 303، 366، 398
البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة	303
البينة على من ادعى، واليمين على المدعى عليه	179، 355
الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما	391
أليس قد ابتعته منك	189
اليمين على المدعى عليه	362
اليمين على من أنكر	366
إما أن يدوا-اليهود-صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب	292
إن أبغض الرجال إلى الله الألد الخصم	138
إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم	284

أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد الواحد 295
أن النبي –صلى الله عليه وسلم –كان يبعث على الناس من يخرص عليهم كرومهم وثمارهم..... 337
أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم تستعديه على زوجها 123
أن جبريل كان يعارضه بالقرآن كل عام مرة..... 347
أن رجلا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عبيدا له، ستة عند موته 369
أن رجلين اختصما في متاع إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما 366
أن رجلين ادعيا بعيرا أو دابة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليست لواحد منهما 369
أن رسول الله ﷺقضى باليمين على المدعى عليه 55
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: كانت امرأتان معهما ابناهما،..... 355، 398
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد 295
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته 312
إن لله عبادا يعرفون الناس بالتوسم..... 335
إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون .....70، 196، 215، 380
إنه كان يحب التيمن في جميع أمره ما استطاع 274
إني والله ما آمن يهود على كتاب 84
بعث النبي صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد إلى بني جذيمة،..... 379، 399
بعث خالد بن الوليد إلى بني جذيمة، فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا،..... 379
بينتك أو يمينه.....156، 211، 214، 240، 254
تسمون قاتلكم ثم تحلفون عليه خمسين يمينا فيسلم إليكم..... 301
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف 383
دع ما يريبك إلى ما لا يريبك..... 100، 102,
دعا النبي صلى الله عليه وسلم الأنصار ليكتب لهم..... 259
دفع كتابا إلى عبد الله بن جحش 268
ذبوا عن أعراضكم بأموالكم ..... 283، 392
رجل عرف الحق فقضى به 212
رد اليمين على طالب الحق..... 292
شاهداك أو يمينه ..... 176، 177، 179، 180، 214، 240، 254، 286، 291،
فابتدراه فضرباه بسيفيهما حتى قتلاه، ثم انصرفا إلى رسول الله 344

فتبرئكم يهود بخمسين يمينا 306
فقال: يا عائشة، ألم تري أن مجززا المدلجي ..... 337، 339
»هو لك يا عبد، الولد للفراش 332
أبك جنون؟ قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ 228
فقالت ملائكة الرحمة جاء تائبا مقبلا بقلبه إلى الله 351
قال لرجل ترى الشمس 240
لا تدخلون الجنة حتى تؤمنوا، ولا تؤمنوا حتى تحابوا 149
لا تساووهم في المجلس 219
لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر 331
لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل 210
لا يبطل حق امرئ وإن قدم 392
لا يحل مال امرئ مسلم إلا 118
لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت ..... 221، 235,
لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة 68
لو أعطي الناس بدعاويهم 96
لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها 211
لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ..... 90، 179، 212، 278، 291، 322، 363
ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته ..... 99، 168,
ما حق امرئ مسلم، له شيء 259
ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن 98
مما سقت السماء العشر ..... 177، 179
من ابتلي بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم 219
من ثبت عيا في خصم منه حتى يفهمها 221
من حاز شيئا عشر سنين فهو له 394
من دعاه خصمه إلى حاكم من 120
من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت 276
وأشرف المجالس ما استقبل به القبلة 284
واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ..... 126، 133، 198، 228، 231

ومن خاصم في باطل وهو يعلمه، لم يزل في سخط الله حتى ينزع..... 138
ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين ..... 259، 261
يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء 78
يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل..... 116

فهرس القواعد والضوابط الفقهية والقضائية.

القاعدة/الضابط	الصفحة
الإجتهاد لا ينقض بالإجتهاد	407
إذا تعارض أصل وظاهر فللمالكية في المقدم منهما القولان؟	156
إذا تعارض الأصل والغالب هل يؤخذ بالأصل أو الغالب؟	156
الأصل الإسراع في إصدار الحكم وتنفيذه ما لم يكن هناك مانع	378
الأصل التساوي حتى يثبت المرجح	363
الأصل أن الرجوع عن الشهادة قبل الحكم يسقط الشهادة	252
الأصل أن الناس في الشهادة على الجرحة حتى تثبت العدالة	249
الأصل أن كل من سبقت يده على شيء لا يخرج من يده إلا بيقين	355
الأصل براءة الذمة	16
الأصل بقاء الثمن عند المشتري	358
الأصل بقاء السلعة عند البائع	358
الأصل بقاء ما كان على ما كان	158
الأصل عدم العداء	154
الأصل عدم الغرور	157
الأصل عدم صحة الدعوى بما يستحيل ثبوته بالعرف والعادة	98
الأصل عند المالكية النكول عن أيمان التهم يوجب الغرامة	289
الأصل في أجرة أعوان القاضي أنها من بيت المال	133
الأصل في البينة عدم سماعها حتى يعلم أنها شهدت	357
الأصل في العقود الصحة	158
الأصل في القضاء أنه مبني على الصحة	425
الأصل في القضاء فصل الخصومات فقط	77
الأصل في الناس السفه	357
الأصل في الوثائق الرسمية الصحة	271
الأصل في الوكيل الأمانة	357
الأصل في عقود المسلمين الصحة	357
الأصل فيمن ادعي عليه العلم بالشيء الجهل حتى يثبت العلم	154
أصل مذهب مالك القضاء على الغائب	383
الأصل مراعاة التسوية بين الخصمين في مجلس القضاء	220
الأصل هنا بقاء ما ثبت أولا حتى يوجد دليل على زواله	356

الأصل يقدم قول الدافع	357
الأصل يقدم قول الدافع إلا لقرينة تدل على كذبه	343
الإقرار بالعدالة كالإقرار بالحق	250
ان البينتين إذا حفظتا معا وتناقضتا قدمت الأعدلية، وإن حفظت واحدة ولم تحفظ الأخرى من حفظ قدم	354
أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا	381
بينة السبب تقدم على سابقة التاريخ	356
التابع تابع	144
التهمة تقدح في التصرفات إجماعا من حيث الجملة	406
التوكيل جائز لمن شاء من طالب أو مطلوب	136
الجمع دليل الاشتراك	351
الحاكم منشئ والمفتي مترجم	414
حقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد	392
حكم الحاكم في مسائل الإجتهاد لا ينقض	415
حكم الحاكم يرفع الخلاف	428
حكم الحاكم يرفع الخلاف في الجزئية المعروضة عليه ولا يتعدى إلى الجزئيات المماثلة لها	379
حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات	380
حكم المحكم يرفع الخلاف	26
حكم النواب مع من استنابهم حكم القضاة مع السلطان	84
الحوز لا ينفع مع علم المالك الأصلي	355
الدعوى على الشخص إبراء لغيره	389
الدعوى مع التناقض لا تصح	118
السفيه كالرشيد لا كالصبي على المشهور	300
السكوت على الشيء هل هو إقرار به أم لا، وهل هو إذن فيه أم لا؟	235
السكوت في معرض الحاجة إقرار وبيان	329
الشهادة على خط المقر كالشهادة على إقراره	319
شهادة غير العدل كالعدم	242
الصفة تقوم مقام المعاينة	340
الصلح بين ذوي الأرحام أولى من القضاء بينهم	392
العادة محكمة	104
العادة هل هي كالشاهد، أو كالشاهدين؟	361

العام في الأشخاص غير عام في الأحوال والأزمنة والبقاع والمتعلقات	177
العجز لا يبطل الحق	205
عدالة كل زمان معتبرة على حال أهله	242
العرف أصل يرجع إليه في التخاصم إذا لم يكن هناك ما هو أولى منه	360
العرف كالشرط	360
الغالب كالمحقق	92
الغالب هل هو كالمحقق أم لا؟	156
فالطالب أبدا مدع والدافع المُنْكِرُ مدعى عليه	153
الفتيا إخبار عن حكم الله عز وجل فهو كالمترجم، والحكم إنشاء له فهو كالنائب	24
قاعدة مذهب مالك –رحمه الله–في قطع الإعذار عمن استفاضت عليه الشهادات في الظلم	197
القريب كالحاضر	385
القضاء للحالف على الناكل	364
قيام الاحتمال يوجب يمين القضاء	56
الكتاب كالخطاب	322
كل تافه حقير جدا لا تسمع فيه الدعوى	97
كل جائر فلا ينظر في أحكامه، وينتقده من ولي بعده الحكومة	419
كل حكم حكم به العدل من مذهب رآه صوابا مما اختلف الناس فيه فهو نافذ،وإن رأى مذهبا فأخطأه وحكم بغيره رد حكمه	417
كل حكم يدعي القاضي المعزول أنه حكم به فلا تقبل شهادته فيه لأنه هو الحاكم به	403
كل قاض حكم بعلمه من غير استناد لشيء رد حكمه	405
كل قاض حكم على من لا تجوز له شهادته عليه رد حكمه	406
كل قاض عدل عالم لا تتعقب أحكامه	424
كل قاض عدل غير عالم تتعقب أحكامه فما كان منها صوابا مضى وغيره رد	424
كل ما عقده الصبي على نفسه من العقود اللازمة البالغين فلا يلزمه منها شيء	108
كل ما فيه حق للغائب الإشهاد فيه واجب	387
كل ما فيه حق للموكل أو عليه غير خاص به جاز فيه التوكيل، وما ليس كذلك لا يصح	139
كل ما فيه خلاف قوي فلا يقع إلا بالحكم	101
كل ما كان في الجسد من عقوبة أو قصاص أو قتل لا يكفل فيه	225
كل ما يختص بالحكام، فإنه يفتقر إلى إذنهم كالحدود، وكل ما لا يختص بهم فلا يفتقر إلى إذنهم كتغيير المنكر على القول الصحيح، وقد يتردد أمر بينهما فيختلف فيما يغلب عليه شبهة منهما	103
كل ما يصح فيه الإقرار تتوجه فيه اليمين	280

كل ما يفتقر إلى فحص وتلخيص وتختلف فيه الأحوال فلا يقع إلا بحكم حاكم	101
كل مدع على شخص في أصل فإنما يحكم بينهما حيث المدعى عليه	115
كل من تعلق برجل في حق، فإنما يخاصمه حيث تعلق به إن كان ثم قاض أو أمير	114
كل من صح منه معرفة المقر والمقر له جاز أن تقبل شهادته بينهما مع العدالة	241
كل من ظهر منه عند القاضي لدد وتشغيب في خصومة فلا ينبغي له أن يقبله في وكالة	138
كل من قامت عليه بينة بحق عن معاملة أو نحوها، أو دعوى بفساد أو غصب أو تعد فلا بد من الإعذار إليه قبل الحكم عليه، إلا أن يكون من أهل الفساد الظاهر	199
كل من قضي له على غائب أو ميت أو سفيه فلا يتم الحكم إلا بعد أن يحلف يمين القضاء	387
كل من كان يترتب الحكم على إقراره فيما لو أقر، فإنه يكون خصما عند إنكاره أيضا وتسمع عليه البينة، أما من لم يترتب على إقراره حكم فإنه لا يكون خصما عند إنكاره ولا تسمع عليه البينة	95
كل من لا تجوز الشهادة له، لا يجوز أن يحكم له	375
لا تصح الدعوى بمجهول.	96
لا تصح الدعوى على من لا يصح إقراره	94
لا تصح الوكالة فيما لا يقبل النيابة	139
لا ضرر ولا ضرار	95، 144
لا يعتبر الشرع من المقاصد إلا ما تعلق به غرض صحيح من جلب مصلحة أو درء مفسدة	98
لا يقضى على غائب في البلد معلوم الموضع	384
لا يقضي القاضي إلا ببينة	211
لا يلزم من نفي الكل نفي البعض	165
اللعان حجة تسقط عن صاحبها الحد	314
اللفظ إذا ورد لمعنى لا يحتج به في غيره	177، 179
ليس للموكل أن يتعدى ما وكل عليه ويتجاوزه إلى غيره إلا ببينة	140
ما خالف الإجماع نقض	416
مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب	122
مالا يحتاج إلى حضوره ليشهد على عينه فلا يؤخذ منه كفيل به	224
المدعي أبعد المتداعيين سببا وهو من كان قوله على خلاف أصل أو عرف أو ظاهر، والمدعى عليه أقربهما سببا، وهو من وافقت دعواه أحدهما وقد يتساويان"	153
المدعي من إذا لو ترك ترك	130
المدعي من تجرد قوله عن الأصل أو العرف والمدعى عليه من عضده أحدهما	155
المسلمين في الشهادة على الجرحة حتى تثبت العدالة"	247
مضمن الإقرار هل هو كصريحه أم لا؟	233

المضيق مقدم على الموسع	131
المعدوم شرعا كالمعدوم حسا	21
من أثبت أولى ممن نفى	361
من اختلف قوله واضطرب مقاله سقطت دعواه وبينته	389
من أخذ بالقود أحق ممن ترك من النساء والعصبة إذا ثبت الدم ووجب القتل	305
من أراد القود أولى ممن تركه	305
من استمهل في إقامة بينة أو لدفعها أمهل بالاجتهاد	202، 223
من اشتهر اسمه بالصلاح ...يحمل على ما عرف به حتى يثبت غير ذلك	250
من أقر بشيء لزمه	161
من أقر على نفسه وعلى غيره لزمه الإقرار على نفسه ولم يلزمه إقرار على غيره ولكنه يكون شاهدا فيه	162
من جاز أن يتصرف لنفسه جاز أن ينوب فيه عن غيره، ما لم يمنع من ذلك مانع	137
من لم ينصف الناس في أعراضهم لا ينصفهم في أموالهم.	150
الناكل عن اليمين كالمقر على المعتمد	169
النائب لا يقوى قوة المنوب عنه	429
نفي الأعم يستلزم منه نفي الأخص	165
النكول مع الشاهد هو أقوى من اليمين مع الشاهد لكونه من جهة المطلوب	297
هل حكم السكوت حكم الإقرار؟	235
يحلف الحالف على فعل نفسه قطعا وعلى فعل غيره علما"	281
يد المأمور فيما أمر به كيد الآمر	367
اليمين تتوجه لمن قوي سببه	295

فهرس الأعلام المترجم لهم

العلم	الصفحة
أسد بن الفرات	33
أشهب	75
أبو أيوب سليمان بن بلال	30
الباقلاني	41
ابن بشير	201
ابن بشير الأندلسي	296
أبو بكر الأبهري	40
البهلول بن راشد	194
ابن الجلاب	41
ابن خويز منداد	120
ابن دينار	167
الرجراجي.	300
ابن رشد الجد أبو الوليد محمد بن أحمد	20
ابن رشد الحفيد	137
سحنون	30
سعيد بن عبدوس	30
ابن شاس	69
الشاطبي	45
الطرطوشي	66
ابن عاشور	51

عبد الرحمن بن القاسم	31
ابن عبد السلام	55
عبد الله بن عمر بن غانم	30
عبد الله بن وهب	31
العتبي	33
ابن عرفة	135
علي بن زياد التونسي	30
علي بن زياد التونسي	30
ابن الفخار	232
ابن فرحون	39
القاضي إسماعيل	40
القاضي عبد الوهاب	41
القرافي	24
ابن القصار	40
ابن الماجشون	32
أبو محمد الأصيلي	38
محمد بن عبد الله بن غانم	30
محمد بن عمر الواقدي	31
أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم	35
أبو محمد عبد الله بن فروخ الفارسي	30
محمد عزيز جعيَّط	51
مطرف بن عبد الله.	75
ابن المناصف	265

ابن المواز	34
أبو الوليد الباجي	38
يحيى بن يحيى الليثي	33
ابن يونس الصقلي	75



قائمة المصادر والمراجع



قائمة المصادر والمراجع.

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

كتب التفسير.

1. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد-التحرير والتنوير-، الدار التونسية للنشر – تونس-،1984 م.
2. ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد، تفسير ابن عرفة، تحقيق :جلال الأسيوطي، دار الكتب العلمية،- بيروت- لبنان، ط01،2008 م .
3. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق :محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية،- بيروت – لبنان، ط03، 1424هـ-2003م.
4. عبد الرحمان الثعالبي، أبو زيد ابن محمد بن مخلوف، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقيق :الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي- بيروت-، ط01،1418 هـ .
5. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن- تفسير القرطبي-، تحقيق :أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة – مصر، ط02، 1384هـ-1964م.

كتب الحديث وشروحها.

6. الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي، دط، دت.
7. الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض-المملكة العربية السعودية-، ط01،1415 هـ- 1995م.
8. الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض- الممكلة العربية السعودية-، ط01، 1412 هـ -1992 م.
9. ابن بطال، أبو الحسن علي بن خلف، شرح صحيح البخارى لابن بطال، تحقيق :أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط02، 1423هـ-2003م.
10. ابن الجوزي، أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمن، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، تحقيق :إرشاد الحق الأثري، إدارة العلوم الأثرية، فيصل آباد، باكستان، ط02،1401 هـ -1981م.
11. ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دون تحقيق، دار الكتب العلمية، ط01، 1419هـ. 1989م.
12. ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد، موافقة الخبر الخبر في تخريج أحاديث المختصر، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، صبحي السيد جاسم السامرائي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض

-المملكة العربية السعودية، ط02، 1414 هـ - 1993 م.

13. ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق :محمد فؤاد عبد الباقي وآخرون، دار المعرفة بيروت– لبنان-،1379 هـ .

14. ابن الخراط، عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله الأندلسي الأشبيلي، الأحكام الوسطى من حديث النبي – صلى الله عليه وسلم- ، تحقيق :حمدي السلفي، صبحي السامرائي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية-، 1416 هـ- 1995 م.

15. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق :مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية-، 1387 هـ.

16. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار، تحقيق :سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان، ط01،1421 هـ- 2000 م.

17. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق :أبي الأشبال الزهيري، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط01، 1414هـ-1994م.

18. ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق :شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط01، 1430 هـ- 2009 م.

19. أبو بكر ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري، المسالك في شرح موطأ مالك، تحقيق :محمد بن الحسين السليماني وعائشة بنت الحسين السليماني، دار الغرب الإسلامي، ط01، 1428هـ-2007م.

20. أبو بكر ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق :محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، ط01،1992 م.

21. أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق :شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط01، 1430 هـ-2009م.

22. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه- صحيح البخاري-، تحقيق :محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط01، 1422هـ.

23. أبو عبد الرحمن محمد بن محمد درويش الحوت الشافعي، أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت-، ط01، 1418 هـ -1997م.

24. أبو عبد الله الحاكم، محمد بن عبد الله بن محمد الطهماني النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط01، 1411هـ – 1990م.

25. أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق :أحمد محمد شاكر، دار الحديث – القاهرة-، ط01،

1416هـ -1995م.

26. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة – مصر-، ط01، 1332 هـ.

27. البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الصغير، تحقيق :عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية،- كراتشي-، باكستان، ط01، 1410هـ-1989م.

28. الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط02، 1395 هـ- 1975 م.

29. الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر، سنن الدارقطني، تحقيق :شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان-، ط01، 1424 هـ - 2004 م.

30. الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة-، ط01، 1424هـ-2003م.

31. الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير، سبل السلام، دار الحديث، دط، دت

32. العلائي، صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي الدمشقي، النقد الصحيح لما اعترض من أحاديث المصابيح، تحقيق: عبد الرحمن محمد أحمد القشقري، دن، ط01، 1405هـ/1985م.

33. عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق :حبيب الرحمان الأعظمي، المجلس العلمي-الهند-، توزيع المكتب الإسلامي بيروت– لبنان-، ط02، 1403هـ-1983م.

34. عياض، أبو الفضل بن موسى بن عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، تحقيق :د .يحي إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط01،1419 هـ -1998 م.

35. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي – الإمارات، ط01، 1425 هـ- 2004 م.

36. المتقي الهندي، علاء الدين علي بن حسام الدين، كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، تحقيق :بكري حياني - صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط05،1401 هـ -1981م.

37. النسائي أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، المجتبى من السنن- السنن الصغرى-، تحقيق : عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب-سوريا، ط02،1406 هـ - 1986 م.

كتب الأصول ،الفروق والقواعد الفقهية.

38. إبراهيم محمد الحريري، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، دار عمار – عمان-الأردن، ط.01

39. ابن أمير حاج، شمس الدين محمد بن محمد، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، ط02،1403 هـ - ـــ 1983م .

40. ابن الشاط، أبو القاسم قاسم بن عبد الله، إدرار الشروق على أنواء القرافي، الفروق، عالم الكتب، دط، دت.
41. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تعليق :مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم – دمشق –سوريا، ط02،1409هـ- 1989م.
42. آل بورنو، أبو الحارث محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، - بيروت – لبنان، ط01،1424هـ- 2003م .
43. الحطاب، أبو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، تحقيق :عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط01، 1404هـ-.1984م.
44. الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم العلوي، نشر البنود على مراقي السعود، تقديم :الداي ولد سيدي بابا - أحمد رمزي، مطبعة فضالة- المملكة المغربية-، دط، دت .
45. عبد الله بن يوسف، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان-، ط01، 1418هـ - 1997م.
46. الغرياني، الصادق بن عبد الرحمان، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي، وشرح المنهج المنتخب للمنجور، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الإمارات-، دط، دت.
47. القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، أنوار البروق في أنواء الفروق- الفروق-، عالم الكتب، دط، دت.
48. القرافي أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع،- بيروت – لبنان، ط02،1416هـ-1995م.
49. القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق :طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط01، 1393هـ-1973م.
50. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية أبو ظبي-الإمارات العربية المتحدة-، ط01،1434 هـ - .2013م .
51. محمد بن علي، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، عالم الكتب، دط، دت.
52. محمد الأمين الشنقيطي، بن محمد المختار، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم،- المدينة المنورة-، ط05،2001م.
53. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر – دمشق-سوريا، ط01، 1427هـ-.2006 م.

54. المقري، أبو عبد الله محمد بن أحمد، قواعد الفقه، تحقيق :د محمد الدردابي، دار ابن حزم بيروت– لبنان–، ط01،2014 م

55. المنجور أحمد بن علي، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، تحقيق :محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي، دط، دت .

كتب الوثائق والأحكام.

56. ابن أبي زمنين، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، منتخب الأحكام، تحقيق :عبد الله بن عطية الرداد الغامدي، مؤسسة الريان – المملكة العربية السعودية–، دط، دت.

57. ابن خلدون أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن محمد الحضرمي الإشبيلي، مزيل الملام عن حكام الأنام، تحقيق : د .فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الوطن– الرياض–المملكة العربية السعودية، ط01،1417 هـ.

58. ابن عاصم أبو بكر محمد، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق :محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية،– القاهرة–جمهورية مصر العربية، ط01،1432هـ–2011م.

59. ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط01، 1406هـ–1986م.

60. أبو العباس الونشريسي أحمد بن يحيى، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق :عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأطرم، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث– الإمارات العربية المتحدة–، ط01،1426هـ–2005م.

61. أبو إسحاق الغرناطي، إبراهيم بن أحمد، الوثائق المختصرة، تحقيق :إبراهيم بن محمد السهلي، دن، ط01، 1432هـ –2011م.

62. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق :د .محمد أبو الأجفان، دار ابن حزم – بيروت–لبنان، ط01،1422 هـ –2002م.

63. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام بن علي، البهجة في شرح التحفة –تحفة الحكام–، تحقيق :محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية– بيرت–لبنان، ط01،1418 هـ – 1998 م.

64. التوزري، عثمان بن مكي الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية– تونس–، ط01، 1339هـ.

65. الطرطوشي، أبو بكر محمد بن محمد، سراج الملوك، المطبوعات العربية – مصر–، طبعة حجرية،1289 هـ، 1872م.

66. الطليطلي، أحمد بن خلف بن وصول، منتخب الاحكام وبيان ما عمل به من سير الحكام، تحقيق :حميد لحمر، دار ابن حزم– بيروت لبنان، ط01،1423 هـ – 2008م.

67. عياض، أبو الفضل بن موسى بن عياض وابنه محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق :محمد بن شريفة، دار الغرب االإسلامي، ط02،1997 م.

68. محمد محمد بن عامر، ملخص الأحكام الشرعية على المعتمد من مذهب المالكية، مكتبة المنهاج– جدة- المملكة العربية السعودية، ط03،1416هـ -1996م.

69. محمد عبد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة- تونس-، ط02، دت.

70. المسيلي، أبو محمد بن خنتاش، نهاية المرام في تيسير مطالعة الأحكام، تحقيق: أبو الفضل أحمد بن علي الدمياطي، دار ابن حزم، ط01، 1432هـ-2011م.

71. المكناسي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله، مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام، تحقيق :نعيم عبد العزيز سالم بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث – دبي- الإمارات العربية المتحدة، ط01، 1423هـ-2002م.

72. ميارة أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، دط، دت.

كتب الفقه المالكي.

73. ابن أبي زيد، القيرواني، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق :عبد الفتاح محمد الحلو وآخرون، دار الغرب الإسلامي، لبنان– بيروت-، ط01، 1999م.

74. ابن بزيزة، عبد العزيز بن إبراهيم، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق :عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، ط01، 1431 هـ - 2010م.

75. ابن جزي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دط، دت.

76. ابن الجلاب، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس، تحقيق :سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط01، 1428هـ-2007م.

77. ابن الحاجب، جمال الدين عثمان بن عمر، جامع الأمهات، تحقيق :أبو عبد الرحمن الأخضري الأخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط02،1421هـ- 2000م.

78. ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، تحقيق :الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط01، 1408هـ- .1988 م .

79. ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، تحقيق :محمد الحبيب التجكاني، دار الجيل، بيروت- دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط02، 1414 هـ-1993م.

80. ابن رشد الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق :محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط02، 1408هـ - 1988م.

81. ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث – القاهرة – مصر، دط، 1425هـ-2004م.

82. ابن شاس أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق :أد .حميد بن محمد لحمر، دار الغرب الإسلامي،- بيروت – لبنان، ط01، 1423هـ -2003م.

83. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق :محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- المملكة العربية السعودية-، ط02، 1400هـ-1980م.

84. ابن عرفة أبو عبد الله محمد بن محمد، المختصر الفقهي، تحقيق :د.حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط01، 1435 هـ - 2014م .

85. ابن غازي المكناسي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، تحقيق :د أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث،- القاهرة- جمهورية مصر العربية، ط01، 1429هـ - 2008م.

86. ابن ناجي، قاسم بن عيسى، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق :أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان-، ط01، 1428 هـ -2007م.

87. ابن يونس، محمد بن عبد الله، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق :مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي- جامعة أم القرى-، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط01، 1434هـ - 2013م.

88. أحمد دريس عبده، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، دار الهدى– عين مليلة-الجزائر، دط، دت.

89. البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق :د.محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط01، 1423هـ -. 2002م.

90. بهرام، ابن عبد الله الدَّمِيرِيّ، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط01،1429 هـ-2008م.

91. بهرام، تاج الدين بن عبد الله الدميري، تحبير المختصر وهو الشرح الوسط على مختصر خليل في الفقه المالكي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب ـــ د .حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط01،1434هـ - 2013م.

92. الحطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط03،1412 هـ- 1992م.

93. خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، تحقيق :أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط01،1429 هـ- ـــ 2008م.

94. خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر خليل، تحقيق :أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط01،1426 هـ - 2005م.

95. الدردير أحمد بن محمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، دار الفكر، دط، دت.

96. الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر،دط،د ت.

97. الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، تحقيق :أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط01، 1428 هـ-2007 م.

98. الرصاع أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري التونسي المالكي، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية- شرح حدود ابن عرفة- ، المكتبة العلمية، ط01،1350 هـ.

99. زروق، شهاب الدين أحمد بن أحمد، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، تحقيق :أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان-، ط01، 1427هـ-2006م.

100. شمس الدين الأصفهاني، أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق : محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط01،1406 هـ - 1986م.

101. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د ط، د ت.

102. عبد الرحمان الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، ط01،1423 هـ - 2002م.

103. عبد الوهاب، أبو محمد ابن علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق :حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز- مكة المكرمة، دط، دت.

104. عبد الوهاب، أبو محمد ابن علي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق :أبو أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية، ط01،1425 هـ-2004م.

105. عبد الوهاب، أبو محمد ابن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق :الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط01، 1420هـ-1999م.

106. عليش أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، دط، دت.

107. عليش أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر – بيروت- لبنان، دط، 1409هـ-1989م.

108. عياض بن موسى بن عياض، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، تحقيق :محمد الوثيق، عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت – لبنان-، ط01، 1432هـ-2011م.

109. القرافي أبو العباس شـــهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق :محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي -بيروت -لبنان، ط01،1994 م.

110. الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت – لبنان-، ط02، دت.

111. اللخمي أبو الحسن علي بن محمد الربعي، التبصرة، تحقيق :أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط01، 1432 هـ- 2011 م.

112. المازري، محمد بن علي، شـرح التلقين، تحقيق :محمد المختار السّـلامي، دار الغرب الإسـلامي، ط01، 2008م.

113. محمد الأمير المالكي، ضـوء الشـموع شـرح المجموع في الفقه المالكي، تحقيق :محمد محمود ولد محمد الأمين المسـومي، دار يوسـف بن تاشـفين - مكتبة الإمام مالك– نواكشـوط -موريتانيا- ، ط01،1426 هـ - ـــــ 2005م .

114. محمد الحسن ولد الددو، مخاطبات القضاة في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء– جدة-، دط، دت.

115. المواق أبو عبد الله محمد بن يوسـف بن أبي القاسـم، التاج والإكليل لمختصـر خليل، دار الكتب العلمية، ط01،1416 هـ- .1994م.

116. النفراوي شهاب الدَّين أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، دط ،1415 هـ - 1995 م.

رسائل الماجستير، والدكتوراه:

117. بســام كامل عبد الرزاق شــقدان، تلمســان في العهد الزياني633 هـ962هـ/ 1235م-1555م، – ماجستير-، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 1422هـ-2002م.

118. تقي الدين طيايبة، التطور التاريخي للتدوين الفقهي المالكي في العصر الوسيط-أطروحة دكتوراه-، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 01 ، الحاج لخضر 1440هـ-1441هـ/2019م-2020م.

119. الجيلالي محمد، اجراءات رفع الدعوى بين الشـريعة الإسـلامية والقانون المدني الجزائري– رسـالة ماجسـتير-،

كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا،2014 م،1435 هـ.

120. سعاد أوهاب، تطبيقات القواعد القضائية في الفقه المالكي واستثمارها في الاجتهاد القضائي المعاصر-أطروحة دكتوراه-، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01 ، الجزائر،1436هـ-1437هـ/ 2015م-2016م.

121. سعيد فكره، حجية الحكم القضائي– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي أطروحة دكتوراه- ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر ،باتنة – الجزائر-، 1428هـ-1429هـ/2007م-2008م.

122. سليمان إبراهيم عزب، وسائل الاثبات المعاصرة في النظام القضائي الإسلامي-فحوصات الطب الشرعي- ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح-فلسطين-،2019 م.

123. الظفيري، مريم محمد صالح، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، أصل الكتاب رسالة ماجستير ،كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر – مصر-، دار ابن حزم، ط01، 1422 هـ - 2002 م

124. عبد الرحمان، إبراهيم عبد العزيز الحميضي، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة– أطروحة دكتوراه-، كلية الشريعة، جامعة أم القرى– المملكة العربية السعودية-، ط01، 1409هـ-1989م.

125. عبد اللطيف بعجي، الخبرة المتخصصة وأثرها في مباني الأحكام القضائية– دراسة في مذهب الفقه الإسلامي- ، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة– 01 الجزائر-، 1438هـ-1439هـ/ 2017م-2018م.

126. عبد الحسيب سند عطية، حجية الحكم الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،- رسالة دكتوراه-، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر– القاهرة – مصر،1998 م.

127. عزيزة عكوش، القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من كتاب اصول الفتيا للإمام ابن حارث الخشني،- رسالة ماجستير-كلية العلوم الإسلامية، 1422هـ-2001م.

128. علاء الدين، حامد بيوض التميمي، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي– رسالة ماجستير-، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2016م-2017م.

129. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر– باتنة-الجزائر، 1429هـ-1430هـ/2008م-2009م.

130. محمد فهد محمد الغرايبة، الدفع بعدم الخصومة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون،- رسالة دكتوراه-، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية،2007م.

131. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، -رسالة دكتوراه-

دار عالم الكتب– الرياض–المملكة العربية السعودية، دط،1423 هـ - 2003م.

132. مراد كاملي، حجية الحكم القضائي– دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي –رسالة دكتوراه– ،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر– باتنة –الجزائر، 1428هـ-1429هـ/ 2007م-2008م.

133. نبهان سالم مرزق أبو جاموس، البينة الخطية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية بقطاع غزة– رسالة ماجستير–، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية– غزة –فلسطين،1427 هـ - 2006م.

المقالات العلمية:

134. آمنة أرشيد العقيلي، آثار الحكم بالدفع في الفقه الإسلامي والقانون– دراسة مقارنة–، دراسات علوم الشريعة والقانون– جامعة الأردن–، م40، ع02،2013 م.

135. البريشي إسماعيل محمد، وقت إثارة الدفع في الفقه الإسلامي والقانون، دراسات علوم الشريعة والقانون، م36، ع02،2009 م.

136. تقي الدين بوكعبر، الفقه والقضاء المالكي في الجزائر خلال العهد العثماني قراءة في مخطوطة للشيخ أبي راس الناصر المعسكري" نظم عجيب في فروع قليلة نصها مع كثرة الوقوع، مجلة المعارف للبحوث والدراسات التاريخية، جامعة بن بلة– وهران01-.

137. حمزة حسن الأمين، التعارض والترجيح بين البينات القضائية، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، ع 16، 1429هـ-2008م.

138. رضوان عبيدات، أجمد أبو شنب، حجية القرائن القانونية البسيطة في الإثبات بين الفقه الإسلامي والقانون الأردني، مجلة دراسات، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، م40 ، ع01،2013 م.

139. زياد إبراهيم مقداد، نبهان سالم أبو جاموس، البينة الخطية غير الرسمية بين الفقه والقانون–مقال–، مجلة الجامعة الإسلامية، م15 ، ع01.

140. سمير رويبح، كتب الوثائق والعقود الفقهية الأندلسية المفقودة والتأريخ للمجتمع :وثائق ابن الهندي، 399هـ / 1009م (نموذجا)، مجلة البحوث التاريخية، م08، ع02، 2024 م.

141. سهيلة مدلفاف، مسعودة علواش، قاعدة ما جرى به العمل عند المالكية ومجالات تطبيقها– شهادة اللفيف أنموذجا من خلال الدرر المكنون في نوازل مازونة–، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، م14، ع02، 2022م.

142. شهرزاد عبد الله، شروط الإثبات ومذاهبه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحضارة الإسلامية– الجزائر–، م20، ع02 ،2019 م.

143. عبد اللطيف بعجي، مدى حجية الإقرار الناتج عن وسائل التحقيق الحديثة–دراسة مقارنة في القضاء

الإسلامي والتشريعات الحديثة-، مجلة النوازل الفقهية القانونية، جامعة باتنة- الجزائر-، ع01،2017 م.
144. عبد الله أحمد فروان، المحررات وحجيتها في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، مجلة الدراسات الاجتماعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء-اليمن-، ع12 ،2001 م.
145. عبد السلام همال، سجلات قضاة الجماعة بالأندلس من ق02هـ-ق06هـ الموافق للقرنين-08 12ميلاديين، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، ع02،2015 م.
146. عبدلي زوبيدة، هيصام موسى، قبيلة مغراوة الزناتية في ظل الصراع بين الأمويين بالأندلس وبني زيري الصنهاجيين حلفاء الفاطميين ببلاد المغرب 361هـ-391هـ/971م-1001م، مجلة العصور الجديدة، جامعة أحمد بن بلة- وهران-01، م11، ع02، 1442هـ-2021م.
147. عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ع62.
148. فاتح مزردي، القضاء في المغرب الإسلامي بين القرنين الثالث والثامن الهجري، مجلة قبس للدراسات الإنسانية والاجتماعية، م06، ع01، 2022 م.
149. محمد مهدي لخضر بن ناصر، حقيقة اليمين عند المالكية، مجلة الإحياء، جامعة باتنة- 01الحاج لخضر-، الجزائر، م33، ع33، أكتوبر 2023م.
150. مزيان احمد، لطيفة فريجين، فتنة البربر في القرن الخامس هجري وأثرها في النقد الاندلسي، مجلة العلوم العربية وآدابها، قسم اللغة العربية وآدابها، جامعة الجزائر02، م13 ، ع01،2021 م.
151. مسفر بن حسين القحطاني، دفع الدعوى، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد الرياض- المملكة العربية السعودية-، ع30،1411 هـ.
152. هاني علي يحيى شرف، القضاء باليمين وبعض أحكامه، مجلة الدراسات الإسلامية والبحوث الأكاديمية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة-مصر-، ع102 .
153. هدى عبد الحميد عبد القوي، استئناف الأحكام القضائية في نظام المرافعات الشرعية السعودي والمصري- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، المجلة العربية للنشر العلمي، مركز تميم للدراسات والأبحاث، الأردن، ع20، 2020م.
154. هشام السعدني خليفة، الطعن على الحكم القضائي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، ع05،2017م .
155. يحيى محمد الأمين الحسن إبراهيم، أحكام القاضي في الفقه المالكي دراسة فقهية مقارنة من خلال كتاب المدونة، مجلة الآداب-اليمن-، ع23.

كتب معاصرة:

156. أبو عاصم، بشير ضيف بن أبي بكر، مصادر الفقه المالكي «أصولا وفروعا في المشرق والمغرب قديما وحديثا»،

دار ابن حزم، بيروت – لبنان–، ط01، 1429 هـ - 2008 م

157. ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق :محمد الحبيب ابن الخوجة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425 هـ -2004 م .

158. أحمد محمد النيف، البينة القضائية في الفقه الإسلامي–دراسة تطبيقية على القانون المدني، الجنادرية للنشر والتوزيع، ط01،2013 م.

159. الحيدر آبادي، محمد حميد الله الهندي، مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، دار النفائس –بيروت–، ط06،1407 هـ.

160. شكري يوسف حسين أحمد، القضاء في الاندلس من عصر الامارة إلى نهاية عهد الخلافة، دط، دت.

161. الشنقيطي، محمد عبد الله بن محمد، تعارض البينات في الفقه الإسلامي—دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة–، الجمعية العلمية القضائية السعودية الرياض، ط03،1442 هـ.

162. عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة، منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث وأثره في الفقه الإسلامي، دار النفائس، دط، دت.

163. عبد الله بن محمد الطيّار وآخرون، الفقه الميسر، مدار الوطن للنشر، الرياض- المملكة العربية السعودية–، ط01، 1432هـ-2011م.

164. عبد العزيز بن عبد الله، معلمة الفقه المالكي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط01، 1403هـ-1983م.

165. عبد الرحمان القاسم، النظام القضائي الإسلامي مقارنا بالنظم القضائية الوضعية وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، مطبعة السعادة القاهرة، ط01،1993 م.

166. علي بن حسن بن جعفر العتمي، دفع الدعوى في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في نظام المرافعات الشرعية السعودي، دط،1325 هـ.

167. عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، دن، ط01،1993 م.

168. قراعة علي، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة النهضة– مصر–، ط2،1925 م .

169. قره داغي، عارف علي عارف، مسائل فقهية معاصرة، الجامعة الإسلامية العالمية الماليزية، ط01،2011م-1432هـ.

170. محمد زكي أبو عامر، الاثبات في المواد الجنائية، الفنية للنشر والتوزيع– القاهرة –مصر ،دط، دت.

171. محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط01،1421 هـ -2000م.

172. محمد الختار محمد المامي، المذهب المالكي مدارسه ومؤلفاته، خصائصه وسماته، مركز زايد للتراث والتاريخ،

ط01،1422 هـ -2002م.
173. محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، ط02،1415 هـ- 1994م.
174. محمد مصطفى الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية، دار الفكر -دمشق-سوريا، ط01،1400 هـ - 1980م.
175. محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، دن، ط01،1996 م.
176. مصطفى الصمدي، فقه النوازل عند المالكية تاريخا ومنهجا، مكتبة الرشد– الرياض-، ط01،1428 هـ - 2007م.
177. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط9،1968 م.
178. مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان دمشق-سوريا-، ط01،1402 هـ.
179. منور الشملي، التنويم المغناطيس، بحث ضمن مجموعة أبحاث بعنوان :استخدام الوسائل النفسية في الكشف عن الجريمة، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، السعودية، دط،1408 هـ.
180. ناصر بن محمد بن مشدي الغامدي، دفع الخصومة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية، الكتيبات الإسلامية، دط، دت.
181. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت-، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل – الكويت- وآخرون، ط02، 1427هـ.
182. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - سورية – دمشق، ط04، دت.

كتب المعاجم:

183. أبو منصور الهروي محمد بن أحمد بن الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي – بيروت -لبنان، ط01،2001 م.
184. أبو البقاء الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق :عدنان درويش -محمد المصري، مؤسسة الرسالة بيروت– لبنان.-، دط، دت.
185. أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط01، 1429هـ- 2008م.
186. ابن منظور أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي جمال الدَّين الأنصاري الإفريقي، لسان العرب، دار صادر– بيروت-لبنان، ط 03،1414 هـ.
187. ابن فارس أبو الحسين أحمد بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، د ط،1399 هـ - .1979م.

188. الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق :يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان، ط05،1420هـ - .1999 م.

189. رجب عبد الجواد إبراهيم وآخرون، المعجم العربي لأسماء الملابس «في ضوء المعاجم والنصوص الموثقة من الجاهلية حتى العصر الحديث»، دار الآفاق العربية، القاهرة - جمهورية مصر العربية، ط01، 1423هـ-2002م.

190. الفارابي أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق :أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت-لبنان، ط04،1407هـ-1987م.

191. الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق :د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دط، دت.

192. الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق :مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف :محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان-، ط08، 1426 هـ - 2005م.

193. الفيومي، أبو العباس أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت-لبنان، دط، دت.

194. محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط01،1424 هـ - ـــــ 2003م.

195. مرتضى الزَّبيدي أبو الفيض محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة من المحققين، دار الهداية، دط، دت.

كتب التراجم.

196. أبو جعفر الضبي، أحمد بن يحي بن أحمد بن عميرة، بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس، دار الكاتب العربي – القاهرة، 1967 م.

197. أبو الحسن، علي بن عبد الله بن محمد، تاريخ قضاة الأندلس- المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا-، تحقيق :لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، دار الآفاق الجديدة – بيروت-لبنان، ط05،1403 هـ - .1983 م.

198. أبو العرب، محمد بن أحمد التميمي، طبقات علماء إفريقية وكتاب طبقات علماء تونس، دار الكتاب اللبناني، بيروت – لبنان-، دط، دت.

199. ابن بشكوال أبو القاسم خلف بن عبد الملك، الصلة في تاريخ أئمة الأندلس، تحقيق :السيد عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، ط02، 1374 هـ - 1955م.

200. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب،

تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، دط، دت.

201. ابن الفرضي، عبد الله بن محمد بن يوسف، تاريخ علماء الأندلس، تحقيق :السيد عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة، ط02، 1408 هـ .- 1988 م.

202. ابن مريم، أبو عبد الله محمد بمحمد بن أحمد، البستان في ذكر العلماء والأولياء بتلمسان، تحقيق :محمد بن أبي شنب، المطبعة الثعالبية،1908 م.

203. التنبكتي، أبو العباس أحمد بابا بن أحمد بن أحمد، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، تحقيق :الدكتور عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس – ليبيا-، ط02،2000 م.

204. الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15،2002 م .

205. عمر بن رضا، معجم المؤلفين، مكتبة المثنى– بيروت-، دار إحياء التراث العربي بيروت، دط، دت .

206. عياض، أبو الفضل بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق :ابن تاويت الطنجي، وآخرون، الناشر :مطبعة فضالة – المحمدية-، ط01،1965 م.

207. قاسم علي سعد، جمهرة تراجم الفقهاء المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط01، 1423 هـ - . 2002م.

208. محمد بن محمد، شجرة النور الزكية، تحقيق :عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط01، 1424 هـ-2003م.

كتب تاريخية.

209. ابن عذاري المراكشي، أبو عبد الله محمد بن محمد، البيان المغرب في أخبار الأندلس والمغرب، تحقيق :ج .س . كولان، إ .ليفي بروفنسال، دار الثقافة، بيروت – لبنان-، ط03، 1983 م.

210. ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن محمد، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر-مقدمة ابن خلدون-، تحقيق :خليل شحادة، دار الفكر-بيروت-، ط02، 1408 هـ - 1988م.

211. ابن زيدان عبد الرحمن بن محمد السجلماسي، إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس، تحقيق :علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة- جمهورية مصر العربية-، ط01، 1429 هـ - .2008م.

212. أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، دار البصائر للنشر والتوزيع -الجزائر-، دط،2007 م.

213. الحجوي، محمد بن الحسن بن العربي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية- بيروت-لبنان، ط01،1416 هـ - .1995 م.

214. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، تحقيق :محمد أبو الفضل إبراهيم، دار إحياء الكتب العربية – مصر- ، ط01، 1387 هـ -1967م.

215. مبارك بن محمد الميلي، تاريخ الجزائر في القديم والحديث، تقديم :محمد الميلي، المؤسسة الوطنيّة للكتاب بالجزائر، دط،1406هـ-1986م.

216. محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر المعاصر-دمشق-، ط01،1410 هـ1995-م.

217. محمد يوزغيبة، الشيخ الجليل محمد العزيز جعيط حياته-اصلاحاته-آثاره، دار المتوسطية للنشر، ط01، 2010م.

218. المقري، شهاب الدين أحمد بن محمد، نفح الطيب في غصن الاندلس الرطيب، تحقيق احسان عباس، دار صادر– بيروت-،1968 م.

فهرس المحتويات.

مـقـــدمـــة:.....أ

الفصل الأول: مدخل تاريخي ومفاهيمي حول القضاء المالكي. 13

المبحث الأول: ماهية أصول الإجراءات القضائية في الفقه المالكي. 15

المطلب الأول: مصطلحات البحث. 15

الفرع الأول: تعريف الأصول. 15

الفرع الثاني: تعريف الإجراءات. 16

الفرع الثالث: تعريف القضاء. 16

المطلب الثاني: المصطلحات مشابهة. 23

الفرع الأول: الفتوى. 23

الفرع الثاني: التحكيم. 25

الفرع الثالث: الحسبة. 27

الفرع الرابع: المظالم. 28

المبحث الثاني: تاريخ تدوين القضاء المالكي وخصائصه. 29

المطلب الأول: تاريخ التدوين في القضاء المالكي. 29

الفرع الأول: دور الوجود الواقعي وبداية التأليف، مالك–تلاميذ تلامذته، ق2هـ–ق4 هـ. 29

الفرع الثاني: دور الازدهار: ق4هـ–ق7هـ. 36

الفرع الثالث: دور التقهقر والانحدار، ق7هـ–ق10هـ. 45

الفرع الرابع: دور الضعف، ق11هـ–14هـ. 48

الفرع الخامس: دور محاولات الإحياء والتجديد، ق14هـ إلى اليوم. 51

المطلب الثاني: خصائص القضاء المالكي ومؤلفاته. 53

الفرع الأول: الخصائص الإجرائية. 53

الفرع الثاني: الخصائص الموضوعية–علمية–. 57

الفرع الثالث: مميزات شخصية القاضي المالكي –المغرب الإسلامي–التي ساهمت في تطوير القضاء. 61

المبحث الثالث: أركان القضاء واختصاصات القاضي. 65

المطلب الأول: أركان القضاء وشروطه. 65

الفرع الأول: القاضي. 65

الفرع الثاني: المقضي به. 74

الفرع الثالث: المقضي له. 75
الفرع الرابع: المقضي فيه. 76
الفرع الخامس: المقضي عليه. 78
الفرع السادس: في كيفية القضاء. 79
المطلب الثاني: سلطة القاضي، اختصاصاته وأعوانه. 80
الفرع الأول: سلطة القاضي. 80
الفرع الثاني: اختصاصات القاضي. 81
الفرع الثالث: أعوان القاضي. 83
الفصل الثاني: الإجراءات الأولية للتقاضي في الفقه المالكي. 87
المبحث الأول: الدعوى، شروطها وأنواعها. 89
المطلب الأول: تعريف الدعوى القضائية، وشروطها. 89
الفرع الأول: تعريف الدعوى القضائية. 89
الفرع الثاني: أركان الدعوى وشروطها عند المالكية. 92
الفرع الثالث: القضايا التي لا تحتاج للدعوى. 98
المطلب الثاني: أنواع الدعاوى القضائية. 103
الفرع الأول: باعتبار قبولها وردها. 103
الفرع الثاني: باعتبار أصحاب الدعوى، وموضوعها. 107
الفرع الثالث: باعتبار ثبوت الحق وتحقق الدعوى. 111
المبحث الثاني: إجراءات رفع الدعوى وتبليغها. 113
المطلب الأول: كيفية رفع الدعوى. 113
الفرع الأول: المحكمة المختصة. 113
الفرع الثاني: تقييد الدعوى. 116
الفرع الثالث: النظر في صحة الدعوى. 117
المطلب الثاني: التبليغ. 119
الفرع الأول: التبليغ، وحكم إجابته. 119
الفرع الثاني: المكلفون بالتبليغ. 121
المطلب الثالث: إجراءات التبليغ. 123
الفرع الأول: الإعداء وشروطه. 123
الفرع الثاني: آليات التبليغ. 126
الفرع الثالث: حالات حضور الخصوم ومصاريف تبليغهم. 132

المبحث الثالث: التوكيل في الدعوى.....135
المطلب الأول: التوكيل في الخصومة ومشروعيته.....135
الفرع الأول: تعريف الوكالة.....135
الفرع الثاني: مشروعية الوكالة.....136
المطلب الثاني: التوكيل شروطه وحدوده.....137
الفرع الأول: شروط التوكيل في الخصومة.....137
الفرع الثاني: حدود صلاحيات الوكالة في الخصومة عند المالكية.....140
الفرع الثالث: عزل الوكيل في الخصومة.....143
الفصل الثالث: الإجراءات القضائية في مجلس القضاء.....146
المبحث الأول: إدارة جلسات المحاكمة في الفقه المالكي.....148
المطلب الأول: الإجراءات الأولية لسماع الدعوى في مجلس القضاء.....148
الفرع الأول: سلطة القاضي في مجلس الحكم.....148
الفرع الثاني: سماع المقال.....151
الفرع الثالث: تمييز المدعي من المدعى عليه.....152
المطلب الثاني: سماع الجواب.....160
الفرع الأول: الجواب بالإقرار.....160
الفرع الثاني: الجواب بالإنكار.....162
الفرع الثالث: الامتناع عن الجواب.....167
المطلب الثالث: الخُلْطَة.....170
الفرع الأول: تعريف الخُلْطَة.....170
الفرع الثاني: حكم الخلطة عند المالكية.....173
الفرع الثالث: ضابط الخلطة ومسائلها.....181
المبحث الثاني: دفع الدعوى وإجراءات انتهائها.....186
المطلب الأول: الدفع وشروطه.....186
الفرع الأول: تعريف الدفع.....186
الفرع الثاني: مشروعية الدفع وشروطه.....188
المطلب الثاني: أنواع الدفع وصوره.....191
الفرع الأول: أنواع الدفع.....191
الفرع الثاني: صور الدفع.....192

المطلب الثالث: إجراءات انتهاء الدعوى.....195
الفرع الأول: الإعذار حجيته وحكمه.....195
الفرع الثاني: حالات الإعذار وإجراءاته.....197
الفرع الثالث: الآجال والتعجيز.....202
الفصل الرابع: وسائل الإثبات الحاسمة وإجراءاتها. 207
المبحث الأول: الإثبات وضماناته. 209
المطلب الأول: الإثبات، مشروعيته وحدوده. 209
الفرع الأول: تعريف الإثبات. 209
الفرع الثاني: مشروعية الإثبات وأهميته.....210
الفرع الثالث: حدود طرق الإثبات. 212
الفرع الرابع: المسائل التي لا تحتاج إلى إثبات. 217
المطلب الثاني: ضمانات سماع وسائل الإثبات. 218
الفرع الأول: ضمانات موضوعية. 218
الفرع الثاني: ضمانات إجرائية. 222
المبحث الثاني: الإقرار وإجراءاته. 228
المطلب الأول: الإقرار مشروعيته، أركانه وشروطه. 228
الفرع الأول: مشروعية الإقرار. 228
الفرع الثاني: أركان الإقرار وشروطه. 229
الفرع الثالث: أنواع الإقرار. 230
المطلب الثاني: إجراءات الإقرار. 231
المبحث الثالث: الشهادة وإجراءاتها. 237
المطلب الأول: الشهادة، تعريفها حكمها وأقسامها. 237
الفرع الأول: تعريف الشهادة، والفرق بينها وبين الإقرار. 237
الفرع الثاني: مشروعية الشهادة وحكمها. 239
المطلب الثاني: إجراءات الشهادة. 245
المبحث الرابع: البينة الخطية الرسمية، وإجراءاتها. 254
المطلب الأول: البينة الخطية الرسمية، تعريفها وأنواعها. 254
الفرع الأول: تعريف البينة الخطية الرسمية، وأنواعها. 254
الفرع الثاني: أنواع البينة الخطية الرسمية. 257

الفرع الثالث: مشروعية البينة الخطية وحجيتها. 258
المطلب الثاني: إجراءات البينة الخطية الرسمية. 262
الفرع الأول: إجراءات البينة الخطية الصادرة عن القاضي –المراسلات–. 262
الفرع الثاني: إجراءات البينة الخطية الرسمية –الكتابة الرسمية– في مجلس الحكم. 267
الفصل الخامس: وسائل الإثبات غير الحاسمة وإجراءاتها. 272
المبحث الأول: اليمين –يمين الدفع– وإجراءاتها. 274
المطلب الأول: مدخل حول اليمين، تعريفها، مشروعيتها وحكمها. 274
الفرع الأول: تعريف اليمين وأنواعها. 274
الفرع الثاني: أنواع اليمين في القضاء. 276
الفرع الثالث: مشروعية اليمين وحكمها. 279
المطلب الثاني: إجراءات يمين الدفع، القضاء والشبهة. 282
الفرع الأول: إجراءات يمين الدفع. 282
الفرع الثاني: إجراءات يمين القضاء ويمين الشُّبهة. 287
المبحث الثاني: اليمين –يمين الإيجاب– وإجراءاتها. 290
المطلب الأول: النكول ويمين الطالب، واجراءاتهما. 290
الفرع الأول: النكول، تعريفه وحجيته. 290
الفرع الثاني: إجراءات النكول ويمين الطالب. 293
المطلب الثاني: الشاهد ويمين الطالب، واجراءاتهما. 295
الفرع الأول: مشروعية وحجية الشاهد ويمين الطالب. 295
الفرع الثاني: إجراءات الشاهد ويمين الطالب. 297
المطلب الثالث: أيمان القسامة واللعان. 301
الفرع الأول: القسامة وإجراءاتها. 301
الفرع الثاني: اللعان وإجراءاته. 310
المبحث الثالث: البينة الخطية غير الرسمية، وإجراءاتها. 315
المطلب الأول: البينة الخطية غير الرسمية، وأنواعها وحكمها. 315
الفرع الأول: تعريف البينة الخطية غير الرسمية، وأنواعها. 315
الفرع الثاني: حجية البينة الخطية غير الرسمية –العرفية–. 316
المطلب الثاني: إجراءات البينة الخطية غير الرسمية –العرفية– في مجلس الحكم. 323
المبحث الرابع: القرينة، وإجراءاتها. 327

المطلب الأول: القرينة، تعريفها، أقسامها وحكمها. 327
الفرع الأول: تعريف القرينة وأقسامها. 327
الفرع الثاني: مشروعية القرينة وحجيتها. 331
المطلب الثاني: ما له علاقة بالقرينة. 333
الفرع الأول: الفراسة والتوسُّم. 333
الفرع الثاني: أهل الخبرة–أهل المعرفة–. 336
الفرع الرابع: المعاينة. 339
المطلب الثالث: إجراءات العمل بالقرينة. 341
الفصل السادس: إجراءات الفصل في الدعوى القضائية. 345
المبحث الأول: الإجراءات القضائية عند تعارض الأدلة، تساويها وغيابها. 347
المطلب الأول: تعارض الأدلة وتساويها. 347
الفرع الأول: تعريف التعارض. 347
الفرع الثاني: شروط التعارض. 349
المطلب الثاني: منهج المالكية في رفع التعارض. 349
الفرع الأول: الجمع وطرقه. 350
الفرع الثاني: الترجيح وطرقه. 353
الفرع الثالث: تساوي البينات والعجز عن الترجيح. 363
المبحث الثاني: الحكم في القضية. 371
المطلب الأول: الحكم القضائي وآثاره. 371
الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي وشروطه. 371
الفرع الثاني: حجية الحكم القضائي. 375
الفرع الثالث: أثر حجية الحكم القضائي. 377
المطلب الثاني: الإجراءات القضائية عند الحكم على القضية. 382
الفرع الأول: الإجراءات القضائية عند الحكم في حضور المدعى عليه. 382
الفرع الثاني: الحكم على الغائب، مشروعيته وشروطه. 383
الفرع الثالث: الإجراءات القضائية عند الحكم في غياب المدعى عليه. 384
المطلب الثالث: طرق رفع النزاع دون صدور حكم القاضي. 388
الفرع الأول: اسقاط القاضي للدعوى. 388
الفرع الثاني: إسقاط –إبراء–المدعي للدعوى. 390

الفرع الثالث: تصالح الخصمين. 391
الفرع الرابع: التقادم وأثره في إسقاط الدعوى. 392
المبحث الثالث: إجراءات نقض الحكم وتنفيذه.....395
المطلب الأول: استئناف الحكم القضائي. 395
الفرع الأول: تعريف الاستئناف، ودرجات التقاضي. 395
الفرع الثاني: دواعي قبول الاستئناف ورفضه. 402
الفرع الثالث: ما يعتبر حكما وما لا يعتبر. 408
المطلب الثاني: نقض حكم القضائي. 413
الفرع الأول: تعريف النقض ومشروعيته. 413
الفرع الثاني: نقض القاضي لحكمه وحكم غيره. 414
الفرع الثالث: متابعة الوزارة وتعقب القضاة ومراقبتهم. 421
الفرع الرابع: إجراءات تتبع القاضي أحكام من سبقه، وآثار أخطائه–القاضي السابق–. 425
المطلب الثالث: إجراءات نقض وتنفيذ الحكم القضائي. 427
الفرع الأول: تعريف التنفيذ وحكمه. 427
الفرع الثاني: إجراءات النقض وتنفيذ الحكم. 430
خـــــاتمة. 433
الفهارس العامة. 437
قائمة المصادر والمراجع. 460
فهرس المحتويات. 477


ملخص

ملخص:

تبحث هذه الأطروحة موضوع الأصول الإجرائية للدعوى القضائية في المدرسة المالكية، لأنها ميدان خصب يكشف عن مدى عمق التفكير المنهجي والمرونة التطبيقية في معالجة الخصومات عند المالكية، من خلال تتبع مختلف الأصول الإجرائية القضائية من مرحلة رفع الدعوى أمام القاضي مرورا بجلسات المحاكمة وضبط وسائل الإثبات المختلفة من الإقرار، الشهادة...اليمين، القرائن...، إلى دراسة منهجهم في حسم الخصومة وتنفيذ الحكم القضائي.

وتهدف هذه الدراسة إلى معرفة نقاط مهمة أبرزها: كشف مدى انسجام وتكامل المنظومة الإجرائية المالكية، ومعرفة مدى إعمال المالكية لروح الشريعة في بناء هذه الإجراءات.

ومن هنا تبرز أهمية هذه الرسالة في كونها تسعى إلى إحياء البعد التأصيلي الإجرائي للقضاء المالكي، بصفته منظومة متوازنة ومنضبطة وليست أفكارا قضائية مفرقة خاصة وأن المذهب المالكي هو أوسع المذاهب الإسلامية عملا بالمصلحة والعرف مما يعطي الموضوع أهمية أخرى.

وقد خلصت هذه الأطروحة إلى جملة من النتائج أبرزها: أن الإجراءات القضائية المالكية لم تكن شكلية بل كانت منظومة مبنية على ترشيد الخصومات ومنع العبث وتسهيل الوصول للحكم القضائي، لأنها جاءت لتحقيق أصل عام وهو تحقيق العدل وإيصال الحقوق لأهلها بسرعة وسلاسة، كما جعلت القاضي مركز الرحى وعليه مدار حركة الدعوى من خلال سعة صلاحياته المنضبطة بروح العدالة.

وبهذا يتضح أن المالكية قدموا أنموذجا رائعا يجمع بين الانضباط التشريعي والمرونة التطبيقية من خلال الإعمال الواسع للمصلحة، مما يجعله أرضية خصبة لإنشاء مقارنات موضوعية بناءة مع النظم القضائية الحديثة والاستفادة منه في تطوير هذه المنظومات المعاصرة.

الكلمات المفتاحية: قضاء مالكي، دعوى، أصول إجراءات قضائية، جلسات قضائية، وسيلة إثبات، سلطة قاضي، تعارض وترجيح، حكم قضائي.

Abstract:

This dissertation explores the procedural foundations of judicial litigation in the Maliki school of law, examining a fertile field that reveals the depth of methodological reasoning and the pragmatic flexibility of Maliki jurists in resolving disputes.

The study traces the origins of the various judicial procedures —from the initiation of a case before the judge, through the stages of court hearings and the regulation of evidentiary means such as confession, testimony, oaths, and presumptions—to the methodological framework governing dispute resolution and the execution of judicial rulings.

The main objective of this research is to identify the key aspects of coherence and integration within the Maliki procedural system and to demonstrate how Maliki jurists embodied the spirit of Sharia in structuring these procedures.

The significance of this study lies in its aim to revive the procedural approach in Maliki jurisprudence as a balanced and coherent system, rather than a collection of dispersed legal notions. Given that the Maliki school is distinguished by its extensive reliance on public interest and custom, the topic acquires additional relevance and depth.

The dissertation concludes that Maliki judicial procedures were not merely formalistic; rather, they were founded upon the rationalization of disputes, the prevention of frivolous litigation, and the facilitation of judicial outcomes. These procedures were designed to realize the ultimate objective of justice—delivering rights to their rightful owners with efficiency, fairness, and clarity. Within this framework, the judge occupies a central position in the judicial process, vested with broad yet disciplined authority governed by the principles of equity and justice.

Hence, the Maliki jurists presented a remarkable model that harmonizes legislative rigor with procedural flexibility through their extensive application of public interest. Their judicial system thus provides fertile ground for constructive comparative analysis with modern legal frameworks and serves as a valuable reference for the development of contemporary judicial systems.

Keywords:
Maliki judiciary, Judicial claim, The Basis of Legal Proceedings, Court hearings, Means of proof, Judicial authority, Conflict and preponderance, Judicial ruling.

Résumé :

Cette thèse traite des fondements procéduraux du contentieux judiciaire dans l'école malikite, un domaine riche qui met en lumière la profondeur de la réflexion méthodologique et la flexibilité pratique des juristes malikites dans la gestion des litiges.

L'étude retrace les différentes étapes de la procédure judiciaire, depuis l'introduction de l'action en justice devant le juge, en passant par les audiences et l'organisation des moyens de preuve tels que l'aveu, le témoignage, le serment et les présomptions, jusqu'à l'analyse de la méthode malikite dans la résolution des différends et l'exécution des jugements.

L'objectif principal de cette recherche est de dégager les principes d'harmonie et de cohérence du système procédural malikite et de démontrer dans quelle mesure les juristes malikites ont su mettre en œuvre l'esprit de la charia dans la conception de ces procédures.

L'intérêt scientifique de cette étude réside dans sa volonté de faire revivre la dimension théorique et pratique de la jurisprudence malikite, en tant que système équilibré, rigoureux et intégré, et non comme un ensemble d'idées juridiques fragmentées. En effet, l'école malikite se distingue par sa large utilisation de l'intérêt public et de la coutume, conférant ainsi au sujet une importance théorique et pratique considérable.

L'étude conclut que les procédures judiciaires malikites ne constituaient pas de simples formalités, mais formaient un système cohérent visant la rationalisation des litiges, la prévention des abus et la facilitation de l'accès à une justice équitable et efficace. Leur finalité ultime était la réalisation de la justice et la restitution des droits à leurs titulaires de manière rapide et harmonieuse. Le juge y occupe une place centrale, exerçant une autorité étendue mais strictement encadrée par les principes d'équité et de justice.

Ainsi, les juristes malikites ont proposé un modèle exemplaire alliant rigueur législative et souplesse procédurale, fondé sur l'application étendue de la notion d'intérêt public. Ce modèle constitue un terrain fécond pour une comparaison objective et constructive avec les systèmes judiciaires contemporains, offrant une source précieuse pour leur perfectionnement et leur humanisation.

Mots-clés :

Juridiction malikite – Action en justice – les fondements des procédures judiciaires – Audiences judiciaires – Moyen de preuve – Pouvoir du juge – Conflit et pondération – Jugement judiciaire.

People's Democratic Republic of Algeria.

Ministry of Higher Education and Scientific Research.

Emir Abdelkader University of Islamic Sciences – Constantine-.

Faculty of Sharia and Economics. Serial Number:...../.....

Department of fiqh and its Foundations Registration Number:.....

The Procedural Foundations of Judicial Litigation in Maliki Jurisprudence

– Collection, Analysis, and Comparative Study-

A dissertation submitted for the degree of PhD in the Islamic Sciences Division

-Specialisation in Maliki jurisprudence and its foundations-

Student's Name:

Abderrahmane Djellab.

Supervisor:

Dr.Souad Rebbah.

Examination Committee

Name and Surname	Role	Academic Rank	Affiliated University
Ali Mihobi	Chairman	Professor	Emir Abdelkader University of Islamic Sciences – Constantine-.
Souad Rebbah	Supervisor /Reporter	Professor	Emir Abdelkader University of Islamic Sciences – Constantine-.
Salima Ben Abdessalam	Discussing	Lecturer A	Emir Abdelkader University of Islamic Sciences – Constantine-.
Samir Fergani	Discussing	Professor	Emir Abdelkader University of Islamic Sciences – Constantine-.
Nabil Mouafek	Discussing	Professor	University of Shahid Hama Lakhdar - El Oued -
Messaoud Feloussi.	Discussing	Professor	Hadj Lakhdar University -Batna 01-

Academic Year:1447-1448 A.H/2026-2027 A.D