وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أحمد بن بلة وهران 1
كلية العلوم الإنسانية والإسلامية
قسم العلوم الاسلامية

الأصول القضائية الموضوعية والإجرائية عند المالكية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الشريعة والقانون

اعداد الطالب: بن ساعد بوزيان
إشراف: أ.د بوقنادل عبد اللطيف

تشكيلة لجنة المناقشة:

اسم ولقب الاستاذ	الرتبة	الصفة	مؤسسة الانتماء
أ.د. عماري بدر الدين	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة وهران 1
أ.د. بوقنادل عبد اللطيف	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة وهران 1
أ.د. عشاب محمد	استاذ التعليم العالي	مناقشا	جامعة وهران 1
أ.د. فرقاق معمر	استاذ التعليم العالي	مناقشا	جامعة مستغانم
أ. محمدي خليفة	أستاذ محاضر أ	مناقشا	جامعة تلمسان
د. بن عوالي علي	أستاذ محاضر أ	مناقشا	جامعة مستغانم

الموسم الجامعي: 2025/2024

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أحمد بن بلة وهران 1
كلية العلوم الإنسانية والإسلامية
قسم العلوم الاسلامية

الأصول القضائية الموضوعية والإجرائية عند المالكية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم
تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب: بن ساعد بوزيان

إشراف: أ.د بوقنادل عبد اللطيف

الموسم الجامعي: 2025/2024


بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى:

﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ ﴾

[النساء: 58]

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبتوفيقه يُدرك المبتغى، وله الحمد والشكر على ما يسَّرَ من سبل العلم، وما منّ به من توفيق في إنجاز هذه الرسالة.

أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور **بوقنادل عبد اللّطيف** على إشرافه الكريم على هذا العمل، وما قدمه من توجيه وتصويب وإرشاد في مختلف مراحله، فكان نعم السند والداعم، فله مني كل الامتنان والتقدير، وأسأل الله العلي القدير أن يجزيه عني خير الجزاء.

كما أتقدّم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة، كل باسمه وجميل وسمه، والذين تفضلوا بقبول مناقشة هذه الرسالة وإثرائها بملاحظاتهم القيّمة.

وأخيرًا، أتقدم بالشكر والعرفان لكل من كان له أثر، قريبًا أو بعيدًا، في إنجاز هذه الدراسة، فجزاهم الله جميعًا خير الجزاء، وجعل ما قدّموه في ميزان حسناتهم

إهداء

اهدي هذا العمل المتواضع الى:

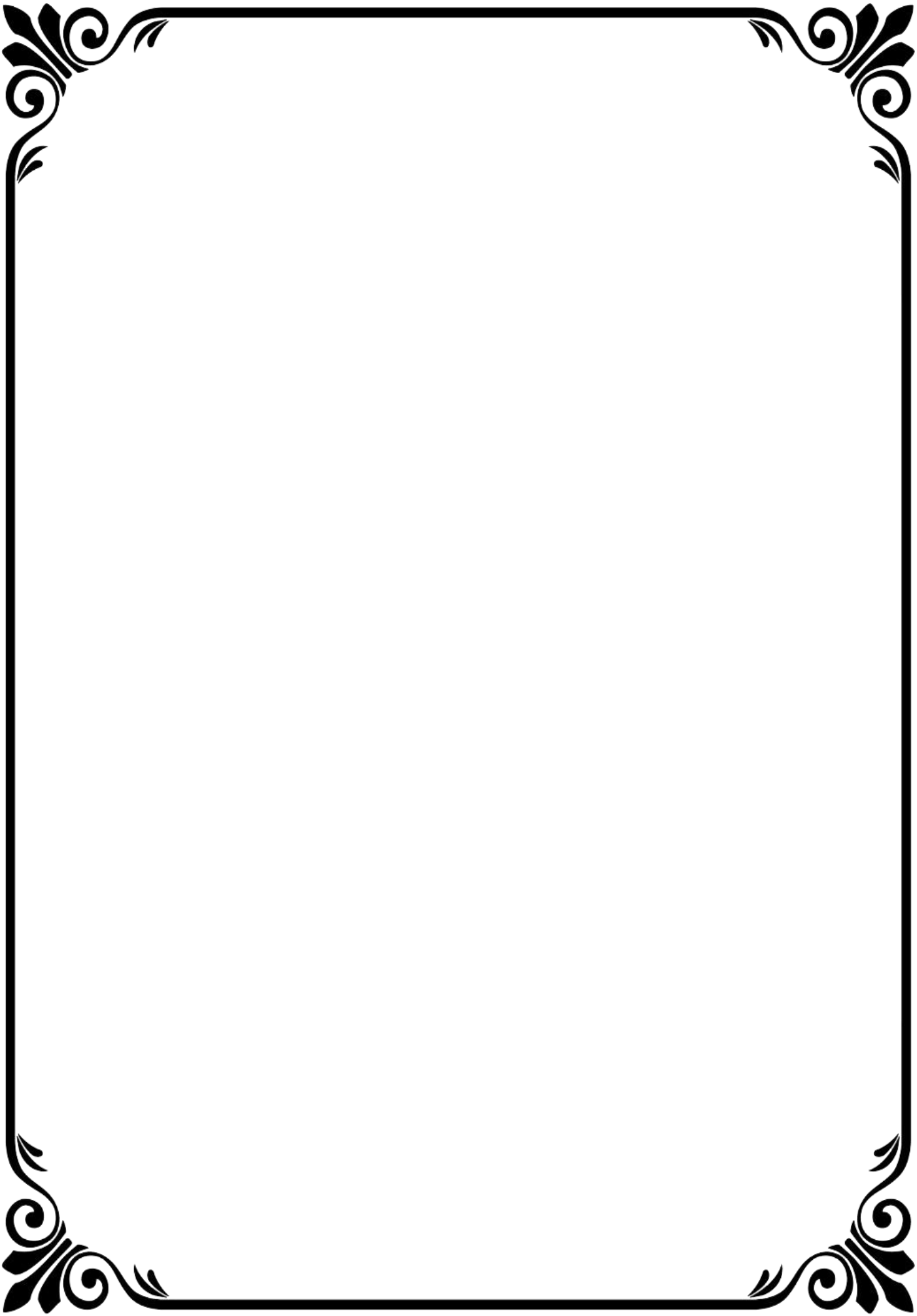
كل من علمنا حرفا، او ساعدنا طوال المشوار الدراسي

وخشية ان تخونني الذاكرة في ذكر اسماء لها وقع في قلبي، فإنني

اهدي هذا العمل الى كل الذين هم في ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي من الذين

هم في حاضرنا، والى الذين هم في عالم الغيب.

بن ساعد بوزيان



ملخص الدراسة:

تناولت الدراسة موضوع الأصول القضائية الموضوعية والإجرائية عند المالكية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية بدراسة تحليلية تطبيقية، بدأت الدراسة بتعريف القضاء وأهميته الشرعية، مبرزةً الشروط الواجب توفرها في القاضي من منظور الفقه المالكي، كما تناولت الإجراءات الشرعية التي تنظم سير الدعوى القضائية، بما في ذلك أصول الإثبات، مثل الإقرار، والشهادة، واليمين، حيث ركزت الدراسة على الكشف عن المسطرة القضائية التي اعتمدها فقهاء المالكية في نظر الدعاوى المرفوعة وكيفية إجراء وسير المسطرة القضائية الشرعية، من وقت حضور الخصوم وموكليهم إلى غاية إنشاء الحكم وتحرير الوثيقة النهائية التي انتهت إليه الدعوى مع التنفيذ القضائي لها، إذ تحاول الدراسة أن تعطي تصورا كليا عن الجهاز القضائي وكيف يعالج الخصومات المرفوعة أمامه بناء على الأحكام الشرعية من خلال مع تسليط الضوء على القواعد والأصول الفقهية التي شكلت أسس التقاضي الشرعي لدى فقاء المالكية. ثم استعرضت الدراسة التطبيقات العملية لهذه الأصول في مسائل الأحوال الشخصية، مثل الزواج، والطلاق، والنفقة، مع بيان الأحكام الفقهية المستنبطة من نصوص الشريعة، وأقوال علماء المالكية، وقد انتهت هذه الدراسة إلى مقدمة وفصل تمهيدي وبابين وخاتمة، واعتمد الباحث في تحقيق أهداف دراسته على مجموعة من المناهج العلمية المتكاملة، شملت: المنهج التاريخي، والمنهج الاستدلالي، والمنهج الاستقرائي؛ حيث تناول بيان تطور القضاء الشرعي عبر العصور الإسلامية، واستند إلى الأدلة الشرعية المعتبرة، وعلى استقراء المادة الفقهية من أمهات كتب الفقه المالكي، مع عرض الآراء المختلفة بشكل موجز، وبيان الأدلة التي رجّحها المالكية وجرى بها العمل القضائي.

فاشتملت المقدمة على توطئة تحدثت عن أهمية القضاء ودوره الوظيفي في إنصاف الخصوم والعدل بين الناس، وأهمية البحث وأهدافه، وفرضية الدراسة، وأسباب اختيار الموضوع، والمنهج البحثي، والصعوبات التي واجهت الباحث، وخطة الموضوع.

وتناول الفصل التمهيدي حقيقة القضاء وحكمه، ودليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، بالإضافة إلى تاريخ القضاء الشرعي في الاسلام، بداية من عهد نبينا صلى الله عليه وسلم إلى عهد الخلافة الإسلامية العثمانية العليّة.

وتضمن الباب الأول، أصول المرافعات الشرعية الموضوعية والإجرائية في الفقه المالكي، شمل التنظيم القضائي في الفقه المالكي، أصول المرافعات الشرعية العامة والدعوى القضائية، والمرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام، وكذا أنواع البينات وسائر الأدلة لناحية تعريفها وقواعد الأدلة الشرعية العامة وموضوعها، وحجّية كل دليل، ثمّ أصول سماع دعوى الخصوم وعقد المقالات وكيفية ابتداء الحكم بين الخصمين في مسطرة القضاء المالكي.

واحتوى الباب الثاني على تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي، التداعي في الأنكحة والطلاق وسائر أنواع الفرقة.

وخلصت الدراسة إلى خاتمة ضمّنت أهم النتائج، وقدم الباحث توصيات لتعزيز الاستفادة من هذه الأصول في النظم القضائية المعاصرة لضمان التوفيق بين أحكام الشريعة ومتطلبات العصر.

الكلمات المفتاحية: القضاء الشرعي، الدعوى، الفقه المالكي، أصول التقاضي، الإثبات الشرعي، الأحوال الشخصية.

Summary

This study addresses the topic of "The Principles of Judicial Process in Maliki Jurisprudence and Their Applications in Personal Status Issues" through an analytical and practical approach. It begins by defining the judiciary and its religious significance، highlighting the qualifications required for judges from a Maliki perspective. The study also examines the legal procedures that govern the judicial process، including principles of evidence such as acknowledgment، testimony، and oaths. The focus is on uncovering the judicial process employed by Maliki jurists in handling cases، detailing the procedural flow from the appearance of the parties and their representatives to the issuance of judgments and drafting of final documents، along with their judicial enforcement.

The study aims to provide a comprehensive understanding of the judicial system and its handling of disputes in accordance with Islamic legal rulings، emphasizing the jurisprudential principles and foundations that underpin the judicial processes in Maliki jurisprudence. Additionally، the study explores practical applications of these principles in personal status issues، including marriage، divorce، and maintenance، while deriving jurisprudential rulings from Islamic texts and the opinions of Maliki scholars.

The research is structured into an introduction، a preliminary chapter، two main sections، and a conclusion.

The introduction provides an overview of the significance of the judiciary، its role in ensuring fairness and justice، the importance and objectives of the study، the research hypothesis،

reasons for selecting the topic، the research methodology، challenges encountered، and the study's outline.

The preliminary chapter discusses the essence of the judiciary، its ruling، and evidence for its legitimacy from the Qur'an، Sunnah، consensus، and analogy. It also traces the historical development of the judiciary in Islam، from the time of Prophet Muhammad (peace be upon him) to the era of the Ottoman Caliphate.

The first section covers the substantive and procedural principles of judicial proceedings in Maliki jurisprudence. This includes the judicial organization in Maliki jurisprudence، the general principles of legal pleadings، the basics of judicial organization in Islam، various types of evidence، their definitions، general rules، subject matter، and validity. It further addresses how claims are heard، arguments are presented، and rulings are initiated between disputing parties in Maliki judicial procedures.

The second section focuses on judicial applications in personal status issues، including legal procedures in Maliki jurisprudence concerning disputes in marriage، divorce، and other types of separation.

The study concludes with key findings and provides recommendations to enhance the integration of these principles into contemporary judicial systems، ensuring a balance between Islamic rulings and modern requirements.

Keywords: Islamic judiciary، legal claims، Maliki jurisprudence، principles of litigation، Islamic evidence، personal status.

مقدمة

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا علماً، واهدنا إلى سواء السبيل، إنك أنت العليم الحكيم.

وبعد فإنَّ القضاء يعد في الإسلام من أجّل الوظائف الدينية والولايات الشرعية لما له من بالغ الأهمية في انتظام حياة الناس وتحقيق العدل والأمان، ودفع الظلم والتعدي ما يوطن لمجتمع يحكمه العدل ويعمّه الهدوء والاطمئنان، فلكل فرد منه كان مسلما أو ذميا الحق أن يعيش في أكناف أعدل نظام يحمي حقوقه ويحفظ كيانه ويدفع عنه الظلم والتعدي.

ولما كان لا يخلو عصر ومجتمع من وجود منازعات وفجور أمر الله تعالى رسله بالحكم بين الناس بالعدل، فجعل الله إقامة العدل بين الناس مهمة يضطلع بها الأنبياء وهدفا لبعثتهم من خلال إنزال الأحكام، قال تعالى: ﴿**لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ**﴾ الحديد [25]، وتظافرت الآيات والأحاديث الشريفة والأثار وأقوال العلماء في بيان أهمية القضاء وجلالة قدره.

قال تعالى: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**﴾ النساء [65].

وقال جلّ وعلا: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرا**﴾ النساء [58].

وقال أيضا: ﴿ **إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا**﴾ النساء [105].

وقال وهو أصدق القائلين: ﴿**فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾ المائدة [42].

وقال تعالى وقوله الحق: ﴿**وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ**﴾ المائدة[48]

وقال جلّ شأنه: ﴿**يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ**﴾ ص [5].

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: {{إنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا، فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار}}[1].

وقال عليه الصلاة والسلام: {{إن المقسطين على منابر من نور عند الله، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما وُلوا}}[2].

وقال عليه الصلاة والسلام: {{هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة؟" قالوا: الله أعلم ورسوله. قال: الذين إذا أعطي الحق قبلوه، وإذا سألوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كما يحكمون لأنفسهم}}[3]، وقال مسروق: {{لأن أقضي يومًا واحدًا بعدل وحق، أحب إلي من سنة أغزوها في سبيل الله}}[4].

ثم إن من أسباب نجاح القضاء أنه لابد من كفاءة القائمين عليه من القضاة والحكام ومعاونيهم، فمكانة القاضي في الشرع الإسلامي لا تتوقف على إصدار الأحكام، فالقاضي هو

---

[1] صحيح البخاري برقم (2458)

[2] صحيح مسلم برقم (1827)

[3] احمد ابن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد(241هـ)، مسند الامام احمد، حديث رقم: 23877

[4] أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت 235 هـ) المصنف، المحقق: سعد بن ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري تقديم: ناصر بن عبد العزيز أبو حبيب الشثري، الناشر: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض – الطبعة: الأولى، 1436 هـ - 2025 م، 34728 ج18 ص 211

المجتهد والمبلغ والمصلح، ولولا وجود أمثال قضاة أكفاء نزهاء في صدر الإسلام وبعده نهضوا بأعباء القضاء وأقاموا العدل ونشروا الحق بسماحتهم ونزاهتهم واستقلاليتهم لما انتشرت أغلب المذاهب الفقهية في أقطار المعمورة، إذ السبب الأول وجود أمثال أولئك القضاة والحكام العدول من أهل الديانة والعلم ساهموا من خلال أحكامهم وقضائهم العادل في انتشار هذه المذاهب الفقهية، كما كانوا سببا في هداية الناس أفواجا إلى دين الإسلام لما عرفوا وشاهدوا من عدالة القضاة والقائمين عليه في الإسلام.

وقد حرص فقهاء المالكية كغيرهم من فقهاء المذاهب في بيان أهمية القضاء وعلو مرتبته وخطورة التفريط فيه، كما اجتهدوا في بيان علومه تقعيدا وتأصيلا، حيث شملت البحث في القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، فتناول الفقهاء أصوله الموضوعية التي عنيت بالقاضي وشروطه، وآدابه، وأعوانه، واجتهاد القاضي، وعقوبة إهانته ورد أحكامه، فهم الموقعون عن الله تعالى في القضاء بين الناس في منازعاتهم، وكذا الهدية للقاضي، وشهادته، واستخلافه، والخصوم وأحوالهم ووسائل الإثبات.

وحرص فقهاء المالكية أيضا أن ينال الجانب الإجرائي منه العناية الكاملة، وهذا بتفصيل القواعد والضوابط التي تنظم سير الدعاوى وكيفية الفصل فيها، بدءً من رفع الدعوى وعقد المقالات والتبليغ وسماع شهادة الشهود، وتقديم الأدلة والحجج المختلفة والدفوع المقدمة والأيمان وصولا إلى إصدار الحكم النهائي، والتي استمدت أحكامها من الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار وفق قواعد المذهب المالكي ومبادئ القضاء الشرعي.

ولما كانت الأحوال الشخصية البقية التي لا تزال تراعى فيها أحكام الشريعة الإسلامية في غالب البلاد العربية والإسلامية بعد إلغاء العمل بالقضاء الشرعي واستبداله بقوانين وضعية ومحاكم مدنية، مع الاحتفاظ بتطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال جهاز محاكم شرعية مختصة في قضايا الأحوال الشخصية أو غرفة الأحوال الشخصية في بعض البلاد الأخرى، حاولت من خلال دراستي إبراز أحد هذه الجوانب المتعلقة بالقضاء الشرعي في مسائل الأحوال الشخصية من

خلال تناول أصول المرافعات الشرعية عند فقهاء المالكية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية (قضايا الأنكحة، والفرقة)،كون المؤلفات الفقهية المتقدمة تناولت موضوع القضاء بكثير من الإسهاب والإطناب والإطالة في المسائل المحفوظة عندهم، وما حوته من وافر الأحكام والنوازل ما لا تسعه التواليف الطوال، والتي هي على ضربين، ما تضمّنته أبواب الفقه من مسائل القضاء، كما في المدونة والعتبية والواضحة والمستخرجة والموّازية، وابن رشد الجد الحفيد، والنوادر والزيادات، ومن جاء بعدهم كالمختصر الخليلي والتحفة وشروحها، أو ما كان منها مفردا بتأليف خاص كالتبصرة لابن فرحون، فعمدت إلى جمع ما تفرق منها في بطون أمهات كتب الفقه المالكي، واختصار أهم ما يتعلق بها من أحكام، وتركت ما فيه الخلف إن ضم إليه إلا ما جرى به العمل أو بلغ حدّ الشهرة أو الرجحان في الدليل مع مراعاة العرف والمقاصد الشرعية، وأضفت إلى ذلك فصلا في العمل وفق مسطرة القضاء المالكي من حيث الإجراء في رفع الدعوى وسيرها إلى غاية إصدار الحكم، متناولا مسائل وقضايا الأنكحة وأنواع الفرقة ما يحصل به التكملة قصدًا للجمع والاختصار دون إخلال للمعنى، سعيا للنفع وخدمة للعلم.

أسباب اختيار الموضوع:

جاء اختيار موضوع القضاء الشرعي في قضايا الأحوال الشخصية انطلاقا من صلته الوثيقة بتخصصي الأكاديمي، حيث كان هذا المجال محور دراستي في مرحلة الماجستير ضمن مساق الفقه والقضاء الشرعي، مع تركيز خاص على قضايا الأحوال الشخصية، وقد تناولت في رسالتي للماجستير أحد وسائل الإثبات وتطبيقها في الحدود؛ ممّا عمّق اهتمامي بالمجال القضائي والفقهي، وأبرز لي الحاجة إلى مواصلة البحث فيه من زاوية أشمل وأكثر ارتباطا بالواقع القضائي المعاصر.

كما أن اختيار هذا الموضوع جاء رغبة في ربط المسائل النظرية في الفقه المالكي بالواقع العملي، لا سيما في مجال يعدّ من أهم أبواب الفقه وأقربها إلى واقع الناس، وهو باب الأحوال الشخصية، في ظل اعتماد أغلب بلاد المغرب الإسلامي على المذهب المالكي في التشريع والعمل القضائي.

أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث من عدة جوانب علمية وعملية:

ـ الإسهام في سد فجوة علمية قائمة في الدراسات الفقهية والقانونية، إذ أن كثيرا من الباحثين ينشغلون بجانب الأحكام الموضوعية في أبواب الأسرة (كالنكاح، والطلاق، والعدة، والنفقة)، ويغفلون عن الجوانب الإجرائية المرتبطة بكيفية عرض الدعوى، وسماع الأقوال، وإصدار الأحكام وتنفيذها في إطار القضاء الشرعي.

ـ تسليط الضوء على أصول المحاكمات الشرعية في الفقه المالكي، وبيان كيفية تطبيقها في قضايا الأحوال الشخصية؛ مما يربط بين النظرية الفقهية والتطبيق القضائي، ويعزز من حضور الفقه المالكي في الساحة القانونية.

ـ دعم الوعي القانوني الشرعي، من خلال التأكيد على أهمية إدماج روح الفقه الإسلامي في الإجراءات القضائية، وتجاوز الفصل الحاصل بين الأحكام المستمدة من الشريعة والإجراءات المتأثرة بالقوانين الوضعية.

ـ تحليل واقع قانون الأسرة الجزائري، الذي ورغم اعتماده على أحكام الفقه المالكي في مادته الموضوعية، إلا أنه يستند إلى قواعد المرافعات المدنية في الإجراءات؛ مما أدى إلى ظهور مشكلات تطبيقية وتنازع بين المرجعيتين، وهو ما يُعزّز الحاجة إلى قراءة فقهية إجرائية أصيلة تضمن التوفيق بين المضمون الشرعي وشكل التطبيق القضائي.

ـ الإسهام في تطوير الاجتهاد القضائي، ولفت الانتباه إلى بعض الإشكالات الناتجة عن غياب الأصول الفقهية في معالجة الإجراءات؛ ممّا قد يترتب عليه ضياع حقوق، أو صدور أحكام تخالف المقاصد الشرعية.

أهـداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف على النحو التالي:

. بيان أهمية دراسة القضاء الشرعي ومسائله وبحثها، وإبراز دور فقهاء المالكية وبراعتهم في هذا الجانب، وإظهار أن الفقه ليس مجرد أحكام وفتاوى تعبدية، بل هو منهاج ودستور لحياة الفرد والجماعة، يمس واقعه ويحل مشاكله، ويحدد الصواب في تعاملاته بما يقرّبه من ربه، والقضاء الشرعي وأصوله الموضوعية والإجرائية أحـــد هذه الركائز في الفقه الإسلامي، والفـــقه الـــمالكي خـــاصة.

. دحض فكرة أن القضاء في الإسلام لم يواكب تطور حياة الأفراد، ما جعلهم يعدلون عنه إلى القوانين الوضعية القاصرة، كيف وأن مصدر الفقه والقضاء في التشريع الإسلامي هو الله، وما اختلاف الفقهاء في استنباط الأحكام إلا دليل آخر على التوسيع على الخلق والتيسير عليهم ورفع الحرج عنهم، فهو اختلاف تنوع لا اختلاف تضاد، وإلا فـــالكل يـــأخذ من مشكاة واحـــدة ويستقي مـــن معين صاف.

. وضع صورة عملية توضح أصول المرافعات الشرعية تفيد المشتغلين بالقضاء، تحدد سير الدعاوى في مسائل الأحوال الشخصية، بحيث يمكن الاستفادة منها في قانون الأسرة الجزائري كون الأخير يطبق أحكام الفقه الإسلامي وفق المذهب المالكي مع بقية المذاهب الفقهية الأخرى، مثله مثل باقي بلدان العالم العربي والإسلامي، إذ هو الجانب الوحيد الذي تجري عليه أحكام الشريعة الإسلامية من فقه وقضاء وعمل، ثم إن القواعد الموضوعية بمفردها لا تكفي لتحقيق العدالة التي تسعى إليها الأسرة؛ إذ لا بد من وجود قواعد إجرائية تكملها، بحيث تشكّل هذه القواعد الإطار العملي والطريق المؤدي لتحقيق تلك العدالة المنشودة للأسرة، فالمشرع الجزائري عني بالفقه الإسلامي في وضع قانون الأسرة والفقه المالكي بشكل أساسي، إلا أنه عند الترافع تطبق إجراءات التقاضي المدنية في الفصل وحلّ المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية حسب القاعدة الموضوعية لقانون الأسرة، والذي يحكم سير الدعاوى في قضايا الأسرة هو تلك الإجراءات المستفادة من الأحكام الوضعية.

وعلى هذا النحو، فإن الإجراءات المدنية وإن كان تهدف إلى تسهيل عملية التقاضي والقضاء، إلا أن الواقع العملي كشف أن التطبيق يختلف تماما عن إجراءات التقاضي الشرعية، وإن تشابهت معه في بعض الأركان؛ ممّا يؤدي إلى عدم قدرة هذه القواعد الإجرائية على مواكبة التغيرات التي لحقت بالمجتمع الجزائري الذي يتبع المذهب المالكي ويجعله مرجعية دينية، فحري بالمشرع تدارك ذلك بتعديل إجراءات التقاضي المدنية والإدارية وضخ فيها نفس الفقه الإسلامي، ولو أبقى على مسمى قانون الإجراءات المدنية، أو باستبداله بأصول المرافعات الشرعية في الفقه المالكي، كون أن موضوع القاعدة في قانون الأسرة الجزائري هو الفقه الإسلامي، واعتماد المذهب المالكي بوجه خاص، وبالنظر إلى أن المجتمع الجزائري على أحكام الفقه المالكي.

تقديم نبذة تاريخية وتصوّر عام حول مسار القضاء في الإسلام، مع إبراز صورته المشرقة، بدءًا من مرحلة النبوة، ومرورًا بمختلف مراحل الخلافة الإسلامية، وبيان كيف تطوّر جهاز القضاء وتوسّع تنظيمه حتى غدا مؤسسة مكتملة الأركان، وقد استمر هذا التطوّر حتى آل الأمر إلى سقوط آخر معقل من معاقل الخلافة الإسلامية، مثلا في الدولة العثمانية العليّة، حيث توقّف العمل تدريجيًا بأحكام الفقه الإسلامي، وتم استبدالها بالقوانين الوضعية باستثناء ما يتعلّق بالأحوال الشخصية.

. بيان أصول المرافعات في الفقه المالكي، بحيث يمكن الرجوع إليها عند التطبيق في قضايا الأحوال الشخصية، كون هذه المادة مبثوثة ومتناثرة في بطون أمهات الفقه المالكي من أحكام وفتاوى وقضاء ونوازل.

. تسجيل دور فقهاء المالكية وحضورهم القوي في القضاء الشرعي، كون أغلب أعلامه تصدوا للقضاء وبرعوا في ضبط جزئياته وتخصصوا في التوثيق والشروط وما يلحق بها من الصكوك والتطبيقات القضائية، فكان منهم ابن الهندي في وثائقه، والونشريسي، والرعيني، والزقاق، وابن العطار صاحب الوثائق والسجلات، حيث صيغت في أبهى حلّة واستوفت دقائق أمور العقود، وسجلت كل شاردة وواردة حفظت بها حقوق الناس خاصة في باب الأحوال الشخصية.

إشكالية الدراسة:

ما هي أصول التقاضي الشرعية الموضوعية والإجرائية التي اقرها الفقه المالكي ؟ والى أي مدى تسهم إجراءات التقاضي في المذهب المالكي في تنظيم مجريات القضية من رفع الدعوى وحتى صدور الحكم وتنفيذه؟ وكيف تؤثر هذه الإجراءات على تحقيق العدالة وضمان حقوق أطراف الدعوى؟ وهل تحقق هذه المنظومة الإجرائية التوازن بين سرعة البتّ في القضايا ودقة الفصل فيها بما يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، خاصة في الدعاوى التي تخص الأحوال الشخصية التي هي محور الدراسة؟

مـــا مدى توافق أصول التقاضي والمرافعات الشرعية عند المالكية مع مسائل الأحوال الشخصية (النكاح والطلاق)، من حيث التطبيق، وكيف يمكن تطوير هذه الأصول الإجرائية في تطوير النظام القضائي الحديث في قضايا الأسرة لتحقيق العدالة، وصون حقوق الأفراد ضمن الأسرة والمجتمع؟

المحاور الفرعية لإشكالية البحث:

هل يمكن أن تسهم أصول المرافعات الشرعية في تحسين النظام القضائي الإجرائي الخاص بالأحوال الشخصية من خلال قانون الأسرة الجزائري، إما بإدخال تعديلات جزئية على قانون الإجراءات المدنية والإدارية أثناء المرافعات التي تخص شؤون الأسرة، أو العدول عنه إلى إجراءات شرعية وفق المذهب المالكي من خلال هذه الدراسة التي تبرز قدرة الفقه على الموائمة بين الجانب الموضوعي والإجرائي في النظر إلى الدعاوى التي تخص الأحوال الشخصية.

الدراسات السابقة:

وجدت العديد من الرسائل والدراسات الأكاديمية والكتب تناولت موضوع أصول المرافعات الشرعية والتقاضي الشرعية، غير أن كل دراسة عنيت بموضوع معين في القضاء الشرعي فبعضها ركز على الجانب الموضوعي منه، وأخرى تحدثت عن الجانب التطبيقي، ومنها من ركز على التنفيذ، كان ذلك في إطار مذهب فقهي معين أو بصفة عامة دون تحديد نوع المذهب في الدراسة، لكن في

حدود اطلاعي لم أقف على دراسة متخصصة في موضوع بحثي، عدا بعض الدراسات يلحظ فيها وجود تشابه وتقاطع في أحد العناصر والجوانب من الموضوع، لكن من حيث التناول والتصدير والإخراج تختلف عن صلب موضوعي، وسأعرض منها ما يلي على النحو التالي:

1. موسوعة أصول المرافعات ومذكرات الدفاع في الدعاوى والطعون(أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية)، تأليف أنور العمروسي، محامي بالنقض والإدارية العليا بمصر، وقد تناول الباحث عدة أبواب، قدّم في الباب الأول لأهمية القضاء الاسلامي ومراحله، والباب الثاني والثالث تكلم عن الدعوى الشرعية وأنواعها وشروط قبول الدعوى في قانون المرافعات المصرية لسنة 1968، ثم تكلم عن الدعوى الشرعية في الفقه الاسلامي، واعتمد الباحث على كتب الفقه الحنفي لأن قانون الاحوال الشخصية المصري من المذهب الحنفي في الراجح مع ملاحظة وجود أقوال لبعض فقهاء المذاهب الفقهية الأخرى، ورغم اعتماده على مصادر الفقه الحنفي لكن في حدود سبعة مؤلفات اعتمدها في كل الدراسة، مثل السرخسي في المبسوط، والزيلعي كنز الحقائق، والإمام ابن عابدين الذي أكثر من النقل عنه.

وبيّن في الباب الثاني أسباب ودواعي إلغاء القضاء الشرعي في مصر، وحسب رأيه أنه جاء لتوحيد جهاز القضاء، وأما الباب الأخير من الدراسة عرض القواعد الاساسية لقانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في مصر لعام 2000 بناءً على مواد قانون الأحوال الشخصية، وأحيانا يأتي على ذكر دعاوى تمّ الحكم فيها ومقيدة في سجلات المحاكم، كالمهر، أو الاختلاف في النفقة وتقديرها أو الطلاق، ثم يتدارك على الحكم إما بتصحيحه شرعا أو عقلا حسب نوع الخطأ في القضية، ومثاله أن يرى أن القاضي في دعوى أقامتها مدعية بضم صغير (قضية حضانة)، أخطأ القاضي في الحكم عندما قاس سنّ الصغير بالتقويم الميلادي، والصحيح في الشرع والقانون حسابها بالتقويم الهجري، ثم يحيل على نص المادة في الموضوع.

ومثال آخر في قضية مسجلة حكمت لمدعية على طليقها المدعى عليه بأن يؤدي إليها دين مؤجل صداقها الذي بقي في ذمته، وهي خاصة بشروط استحقاق أجل الصداق بانقضاء العدة شرعا.

فالباحث يرى أن الحكم فيه قصور في التسبيب بعدم استظهار انقضاء العدة بأحد الأسباب الشرعية، من الحيض ثلاث مرات، أو مضي ثلاثة أشهر لمن لا تحيض، أو بوضع الحمل، ممّا هو شرط لحلول مؤجل صداق المطلقة رجعيا حسب المذهب الحنفي.

أما دراستي لم تتناول مواد قانون الأسرة الجزائري بالشرح والتطبيق مثل دراسة الباحث لقانون الأحوال الشخصية المصري، وإن تقاطعت دراسته مع موضوع بحثي في عرض بعض الجوانب الموضوعية للقضاء الشرعي، فدراستي هي جمع دعاوى لقضايا التنازع في الأنكحة والطلاق في الفقه المالكي، وإخضاعها لمسطرة القضاء الشرعي، بدءا من رفع الدعوى إلى غاية الحكم النهائي مع النفيذ.

2 . دراسة محمد العزيز جعيط بعنوان "الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية"، هي إحدى الدراسات الفقهية المهمة التي تناولت الإجراءات الشرعية وفق مذهب المالكية في المحاكم الشرعية بالدّيار التونسية، بحيث تعد مرجعا مهما للقضاة والمحامين والمشتغلين بالفقه المالكي والإجراءات الشرعية.

"دراسة مستفيضة تناولت ثلاثة أبواب رئيسية:

يناقش في الفصل الأول تعريف الإجراءات القضائية في الفقه المالكي وأسسها، حيث يستعرض القواعد الفقهية العامة التي استند إليها فقهاء المالكية لتنظيم الإجراءات القضائية، مع توضيح الفرق بين الأصول الشرعية، والإجراءات المستندة إلى الأعراف والعادات السائدة في المجتمع، الفصل الثاني: الإجراءات المتعلقة برفع الدعاوى، يتناول كيفية رفع الدعاوى القضائية أمام المحاكم الشرعية وفق مذهب المالكية، ويناقش إدارة الدعوى والإجراءات الشكلية اللازمة لضمان سلامة سير التقاضي، الفصل الثالث: إثبات الدعوى والبيّنات، يبين أنواع البيّنات في المذهب المالكي، بما في ذلك

الشهادة، والإقرار، واليمين، والقرائن. وكذا الدفوع في الدعوى، والإجراءات الخاصة بتأجيلها أو إسقاطها، الفصل الرابع: الأحكام القضائية وآثارها، يتناول مفهوم الحكم القضائي في الفقه المالكي، وأنواعه والإجراءات المرتبطة بإصداره، يناقش آثار الأحكام القضائية على الأطراف المتنازعة، والإجراءات الخاصة بتصحيح الأحكام أو الطعن فيها، ويختم بالاستئناف والاعتراض على الأحكام، والإجراءات المتعلقة بتنفيذ الأحكام الشرعية.

3 . عبد الناصر أبو البصل: أصول المرافعات الشرعية والمدنية

استعرض الباحث تاريخ القضاء في الأردن وفلسطين كتمهيد، منذ نهاية الحكم العثماني وحتى الوقت الراهن. حيث سلط الضوء على مراحل التطور التي شهدها النظام القضائي الشرعي، وصولًا إلى ما هو عليه اليوم.

الباب الأول: عناصر نظام القضاء الشرعي في المملكة الأردنية الهاشمية

في هذا الباب، تناول الكتاب القضاء الشرعي وأعوانه، موضحا الأحكام المتعلقة بهم، بالإضافة إلى البحث في أنواع المحاكم الشرعية التي تنقسم إلى محاكم ابتدائية ومحاكم استئناف، يستعرض كذلك دور كل نوع من هذه المحاكم وكيفية عملها في إطار النظام القضائي الشرعي.

الباب الثاني: أصول التقاضي أمام المحاكم الشرعية

في هذا الباب، يناقش الكتاب أصول التقاضي أمام المحاكم الشرعية، حيث يبدأ بتعريف الدعوى الشرعية وبيان أركانها، مشروعيتها، وشروطها، ووسائل إثباتها. كما يستعرض إجراءات التقاضي، بدءًا من تنظيم عريضة الدعوى، وتقييدها، وصولًا إلى التبليغات القضائية والمحاكمات، كذلك يتناول القرارات والأحكام، مع شرح طرق الطعن فيها.

- طرق الطعن: قسم هذا الباب إلى نوعين من طرق الطعن:

طرق الطعن الاعتيادية: وتشمل الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف.

طرق الطعن غير الاعتيادية: وتشمل اعتراض الغير وإعادة المحاكمة. وقد مهّد لهذا الفصل بمدخل موجز حول مفهوم الطعن في الأحكام الشرعية الإسلامية.

واختتم الكتاب بمناقشة النتائج التي تم التوصل إليها حول تطور نظام القضاء الشرعي في الأردن، مع التركيز على دور المحاكم الشرعية في تحقيق العدالة وفق الشريعة الإسلامية، وسبل تعزيز هذا النظام لمواكبة التحديات المعاصرة.

4 . أبي الشتاء الشهير بالصنهاجي المالكي 1365 هـ، منهاج الناشئين من القضاء والحكام في كيفية إجراء الدعوى من البدء إلى تمام الأحكام.

والمتمعّن في عنوان الكتاب يعرف أنّه يعكس بدقة مضمونه، غير أنه بعد البحث والطلب لم أستطع الوصول الى الكتاب لعدم توفر نسخ مطبوعة منه، وقد أتحفني صديقي **الدكتور بدر الدين الزيتي**، أستاذ بجامعة فاس المغرب، ومدير نشر لمجلة نوموس للفقه والقانون والقضاء – المملكة المغربية . بكتاب من تأليفه في دراسة مصطلحات مصدرية لكتاب أبي الشتاء الصنهاجي منهاج الناشئين؛ مما ساعدني على الاطلاع نسبيا على كتاب منهاج الناشئين من خلال دراسة بدر الدين الزيتي.

يتناول هذا الكتاب القيّم مسار الدعوى القضائية الشرعية من بدايتها إلى غاية صدور الحكم النهائي، بأسلوب منهجي موجّه خصيصًا للناشئين والمبتدئين في ميدان القضاء الشرعي، وقد بيّن المؤلف في مقدمته أن هدفه رسم معالم الطريق القضائي السليم، مع التركيز على كيفية إجراء المسطرة القضائية من لحظة حضور الخصوم إلى مجلس القضاء حتى تحرير وثيقة الحكم.

ينقسم الكتاب إلى: مقدمة، وسبعة فصول، ومقصد، وخاتمة.

اشتملت المقدمة على أدبيات القاضي وسلوكه الشخصي من حيث الوقار والهمة وحفظ المروءة.

أما الفصول السبعة، فقد تناولت موضوعات عملية تتعلّق بالقاضي، من تعيينه، وجلوسه، وسيره إلى مجلس القضاء، وأوقات عمله، وحاله عند الفصل في الخصومات.

ثم تناول المؤلف الإجراءات القضائية في المبحث الثاني ومنها: التحقق من الكتاب والموثقين، النظر في أوضاع المسجونين والمحجور عليهم، وبدء النظر في الدعوى بعد التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وبيان طبيعة الدعوى، وإلزام المدعي بالبينة، وتنظيم إجراءات الإثبات والشهادة.

وقد ضمّن المؤلف في خاتمة مطوّلة مجموعة من المسائل المهمة، مثل:

تمكين المحكوم عليه من نسخة الحكم، التفريق بين الفتوى والحكم، شروط القاضي المقلِّد، قيد المقالات والردود، منح الأعذار والمهل، مسائل اختصاص القاضي ومنعه من بعض المهام كالإمامة.

ويلاحظ أن المؤلف لم يتّبع في ترتيبه الأسلوب التقليدي القائم على وضع العناوين، بل عرض المادة ضمن سياق متصل. كما أن الخاتمة ضمّت قرابة عشرين مسألة متفرقة، تمثل تتمّات وفروعا لا يمكن إدراجها ضمن صلب الموضوع، اتباعًا لعادة الفقهاء المتقدمين.

. أن المسائل التي جعلها في نهاية الكتاب ورفعها إلى نحو عشرين مسألة، ممّا جعل الخاتمة طويلة، وهو راجع لتعلق غرضه من وضع التأليف، أي القضايا ذات الصلة بالموضوع ولا يمكن درجها في متن الموضوع كونها متفرقات، شأنه في ذلك شأن الفقهاء المتقدمين لما يفرغوا من موضوعهم يضعون متفرقات وتتمّات وفروع، حتى لا يفوت النفع وتحصل به الفائدة.

وأمّا دراستي الغرض منها كيفية تطبيق إجراءات التقاضي الشرعية وفق المذهب المالكي في باب الأحوال الشخصية، قضايا الأنكحة والطلاق وسائر أنواع الفرقة.

5 . رسالة ماجستير لعلاء الدين بيوض التميمي، الأصول القضائية الإجرائية في الفقه المالكي

استعرض الباحث فصلا تمهيديا لمفهوم الأصول القضائية الإجرائية، عرض على الأدلة الشرعية المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية، كما نناقش أركان القضاء والقواعد الإجرائية العامة المتبعة في الفقه المالكي.

واشتملت دراسته على ثلاثة فصول

الفصل الأول: يتناول الإجراءات المتعلقة بالتقاضي أمام المحاكم وفق المذهب المالكي، مع بيان على كيفية سير الدعوى، بدءا من تقديمها وصولاً إلى الرد عليها.

الفصل الثاني: تحدث على وسائل الإثبات والأحكام المتعلقة بها في إطار المذهب المالكي، من بيان أنواع البيّنات، والإجراءات المتبعة، مثل تقديم الدفع، وتحديد نطاق الدعوى، وتأجيلها أو وقفها أو إسقاطها.

الفصل الأخير: تناول مفهوم الحكم القضائي وأنواعه، بالإضافة إلى الإجراءات المرتبطة بتنفيذه، مع التركيز على الآثار المترتبة على الأحكام القضائية، والإجراءات المتعلقة بتصحيح الأحكام، وتسريع تنفيذها، مثل الحجز الاحتياطي، وتكاليف الدعوى، وطرق الاستئناف والاعتراض على الأحكام.

رغم تقاطع دراسته مع رسالتي في الإجراءات القضائية إلا أنه هناك اختلاف في عرض المادة العلمية، مع ملاحظة أن الباحث لم يعد لأمّهات كتب المالكية، وكتب النوازل والقضاء المتخصصة، كما أن دراستي حاولت استغراق القضاء الشرعي عند المالكية بأصوله الموضوعية والإجرائية مع تطبيقها في باب الأنكحة والطلاق.

حدود الدراسة:

اقتصرت الدراسة في موضوعها على أصول التقاضي الشرعية الموضوعية والإجرائية لدى فقهاء المالكية، من متقدمي المذهب وأعلامه إلى المتأخرين منهم من فقهاء وقضاة وحكام في مختلف مصنفاتهم، وما حوته من فتاوى وأحكام ونوازل، وكذا ما جرى به العمل ضمته هذه التصانيف في باب القضاء، من أحكام القاضي وشروطه، وكل ما يشمل موضوع القضاء مع أصول القضاء الإجرائية من الدعوى وسيرها بعد رفعها إلى غاية الحكم والفصل فيها، ثم تطبيق هذه القواعد الإجرائية على مسائل الأحوال الشخصية، بيد أن الدراسة لم تتوسع لتشمل جميع مسائل الأحوال الشخصية، وإنما قصرت على باب النكاح، والطلاق وأنواع الفرقة، لتكون الدراسة نموذجية عملية جمعت بين القواعد الموضوعية والإجرائية وتطبيقها في باب الأنكحة والفرقة وفق مذهب السادة المالكية.

الصعوبات المعترضة في الدراسة:

1 . الصعوبات المتعلقة بجمع المعلومات والمراجع:

. تحدي الحصول على نسخ من المراجع الأساسية في الفقه المالكي من أمّهات الفقه المالكي، كالواضحة لعبد الملك بن حبيب، والعتبية، أو المستخرجة للعتبي، والموّازية لابن مواز.

ـ ندرة بعض المصادر الفقهية المتعلقة بأصول المرافعات الشرعية في الفقه المالكي، والحاجة إلى الاطلاع على مؤلفات قديمة، بعضها غير مطبوع، أو متوفر فقط في مخطوطات، مثل الدعوى والإنكار للرعيني.

2 . الصعوبات المرتبطة بكيفيات إجراء الدراسة:

ـ تشعّب موضوع القضاء الشرعي بين الجوانب الفقهية الموضوعية والإجرائية.

ـ صعوبة معالجة الاختلافات بين الأقوال والآراء الفقهية في القضايا القضائية.

ـ صعوبة تحليل وتطبيق أصول المرافعات الشرعية، والربط بين القواعد النظرية والتطبيقات العملية في مسائل الأحوال الشخصية، (قضايا النكاح والفرقة).

ـ صعوبة البحث في إمكانية تطبيق أصول المرافعات الشرعية لتحديث القوانين القضائية، من خلال معالجة تعارض بعض الإجراءات المدنية مع الشريعة الإسلامية، وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية، ممّا يشكل تحدّيا قانونيا.

منهج الدراســـة:

لتحقيق أهداف الدراسة المسطرة اتبع الباحث مجموعة من المناهج العلمية ممثلة فيما يلي:

المنهج التاريخي:

شملت الدراسة المرحلة التي مرّ بها القضاء الشرعي وتطور عبر مختلف العصور الإسلامية بداية من عهد النبوة والخلافة الراشدة، مرورا بالدولة الإسلامية إلى غاية العهد العثماني، مما يساعد فهم تطور جهاز القضاء الشرعي ومواكبته لمختلف مناحي حياة الفرد داخل الدولة الاسلامية، واستيعابه للمسلمين وغيرهم من أهل الذمة بما يحقق العدل والأمن ويدفع الظلم والجور والتعدي، ويحقق للأمة كيانها بوجود قضاء عادل ومستقل بناه مبادئ الشرع الحنيف.

المنهج الوصفي:

لعرض شامل لمسائل القضاء في أصوله الموضوعية في الفقه المالكي من حيث بيان مفهوم القضاء الشرعي وشروطه، والغاية منه وحمكه، وشروط القاضي وأعوانه، وعلاقة القضاء بغيره من النظم كالحسبة والمظالم والفتوى والفرق بينهم، وأهلية القاضي واجتهاده، وعزل القاضي واستخلافه ومشاورة القاضي لأهل أهل العلم، ووصف مكان ووقت القضاء، وبيان حال كل من المدعي والمدعى عليه والشهود وتزكيتهم....

المنهج الاستدلالي والاستقرائي

من خلال الرجوع إلى الأدلة الشرعية المعتبرة من الكتاب، والسّنة المطهّرة، والإجماع، والقياس، والعرف، وفقهاء المالكية في مناهجهم في استنباط الأحكام توسعوا في الأدلة، وهذا لبيان مدى صحة هذه الأحكام القضائية وأنّ مصدرها التشريع الإسلامي بمختلف مصادره، عن طريق استقراء تلك المصادر لبحث المادة الفقهية القضائية المتعلقة بالدراسة موضوع البحث من مظانّها بشكل موجز من غير توسع وإطناب حتى لا يتشتت الموضوع ويعوم في جزئيات ويستغرق في فروع كثيرة لا حصر لها، مع الحرص على عرض أكثر من رأي فقهي في المسألة حسب قوة الدليل وشهرة قائله، سواء كان الرأي فتوى، أو عمل، أو قضاء، أو حكم في نازلة ما تتعلق بالأصول القضائية الموضوعية ومسطرة القضاء الإجرائية، ثم انتقل البحث إلى الجانب التطبيقي العملي، حيث تناول بالدراسة والتحليل الدعاوى والمنازعات بين الزوجين، أو الولي والوكيل، والوصي، في مختلف قضايا النكاح والطلاق وسائر أنواع الفرقة، مبيّنا كيفية الاستفادة من أصول المرافعات الشرعية عند المالكية في نظر هذه الدعاوى، وما تقتضيه من وسائل الإثبات، كعقد المقالات، والتبليغ، وتقديم الدفوع، والنظر في الحجج، وضرب الآجال، وصولا إلى إصدار الحكم وتنفيذه، كما تم بيان كيفية تكييف الأحكام الشرعية مع خصوصيات كل نازلة، بالجمع بين النظر في الواقع والاستدلال بالنصوص، لتحقيق حكم شرعي منضبط يجمع بين الفقه النظري والواقع القضائي، وفق ما تقرر في المذهب المالكي وما جرى به العمل في الأقضية.

وهذا المنهج موثّق وفق ترتيب شكلي منضبط في الخطوات التالية:

1 ـ استقراء المادة العلمية الفقهية من مظانها من أمهات كتب الفقه المالكي المطوّلات منه، أو كتب القضاء، والنوازل، والوثائق والشروط، وعرض الآراء بشكل موجز ومختصر تجنبا للتطويل في نقل الأقوال كما تقدم ذكره، إلا بما يخدم المسألة الفقهية، إضافة إلا أن الدراسة مخصّصة في نطاق الفقه المالكي، فلم أتعرض لرأي واحد من فقهاء المذاهب الأخرى.

2 ـ عزو الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر رقم الآية في صدر الصفحة دون الإحالة على الهامش قصد الاختصار والتقليل من الهوامش.

3 ـ الرجوع إلى مفسري القرآن في تفسير النصوص القرآنية التي تتعلق بالأحكام والقضاء.

4 ـ استقراء الأحاديث النبوية الشريفة والآثار الواردة عن الصحابة رضوان الله عليهم من كتب الحديث والمؤلفات التي عنيت بجمعها، مع بيان حكم العلماء عليها إن وجد كلام عليها.

فأعزو الأحاديث إلى كتب الحديث من الصحيحين أو أحدهما، أو موطأ مالك الذي أحرص دائما في الرجوع إليه، فإن لم أجد في واحد من هذه الكتب الثلاثة أنتقل إلى كتب الحديث الأخرى المعتمدة عند كبار المحدثين.

5 ـ الحرص على عزو الأقوال لأصحابها، لا الكتب التي حكت عنهم، إلا إذا تعذر الوصول إليها، فأعزوا الأقوال إلى كتب أهل المذهب من المتقدمين من فقهاء المالكية وقضاتهم.

6 ـ عرض المادة العلمية وفق تسلسل منطقي يسمح للقارئ أو المطلع إن على مستوى المبتدئ، أو المنتهي المتخصص من أخذ تصور عام ومنطقي لأصول المرافعات الشرعية عند المالكية، وكيفية تطبيقها في دعاوى في الأحوال الشخصية بناء على الأدلة والقواعد الشرعية.

خـطة البـحث:

تتألف هذه الدراسة من مقدمة وفصل تمهيدي وبابين، يشتمل كل منهما على عدد من الفصول والمباحث، وتنتهي بخاتمة تلخص أهم النتائج والتوصيات.

الفصل التمهيدي: مفهوم القضاء الشرعي، وتاريخه في الإسلام، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: مقدمة تتناول حقيقة القضاء وحكمه، والفرق بينه وبين المصطلحات ذات الصّلة

المبحث الثاني: تاريخ القضاء في الإسلام.

الباب الأول: أصول المرافعات الشرعية الموضوعية والإجرائية في الفقه المالكي

الفصل الأول: التنظيم القضائي في الفقه المالكي

يتحدث هذا الفصل عن القاضي الشرعي وأعوانه، والمبادئ الأساسية لنظام القضاء الشرعي، والدعوى وخصائصها وأنواعها والوسائل الشرعية التي أقرها الشرع لممارستها.

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: القاضي، شروط وإجراءات تعيين القاضي في الفقه المالكي

المبحث الثاني: أصول المرافعات الشرعية العامة

المبحث الثالث: الدعوى الشرعية، المفهوم والأركان والأنواع

المبحث الرابع: المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام

الفصل الثاني: في وسائل الإثبات، البينات

يتناول هذا الفصل أنواع البينات وسائر الأدلة لناحية تعريفها، وقواعد الأدلة الشرعية العامة وموضوعها، وحجية كل دليل.

ويحوي أربعة مباحث

المبحث الأول: الشـــــهادة

المبحث الثاني: الإقـــــرار

المبحث الثالث: اليـــــمين

المبحث الرابع: وسائل أخرى للإثبات، القرائن والقسامة

الفصل الثالث: أصول سماع دعوى الخصوم وعقد المقالات وكيفية ابتداء الحكم بين الخصمين في مسطرة القضاء المالكي.

المبحث الأول: عقد المقالات وسماع الدعوى، والنظر في البينات والدفوع

المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي وفق مسطرة القضاء عند المالكية

المبحث الثالث: تنفيـــذ الحكم القضائي والطعن فيه

الباب الثاني: تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة والطلاق وسائر أنواع الفرقة،

الفصل الأول: تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية ـ التداعي في الأنكحة

المبحث الأول: مفهوم النكاح، وأركانه، وأصل مشروعيته

المبحث الثاني: دعاوى النكاح والاختلاف في الصداق والجهاز، والعيوب وما يتعلق بها من البينات والإقرار والإنكار

الفصل الثاني: تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية . دعاوى الطلاق وسائر أنواع الفرقة .

المبحث الأول: مفهوم الطلاق والخلع والإيلاء والظهار واللعان، ومشروعيتها وأنواعها

المبحث الثاني: دعاوى الطلاق وسائر أنواع الفرقة، وما يتعلق بها من الإقرار والإنكار.

الفصل التمهيدي

مفهوم القضاء الشرعي، وتاريخه في الإسلام

المبحث الأول: حقيقة القضاء وحكمه ودليل مشروعيته، والفـــرق بينه وبين مصطلحات ذات الصّلة (الفتـوى، الحســبة، وولاية المظالم والتحكيم).

المطلب الأول: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح الشرعي

الفرع الأول: تعريف القضاء لغة [1]

مصدر قضيت بين الخصمين، وعليهما حكمت، وللقضاء في اللغة معاني عديدة منها:

الحكم: والعرب يسمون القضاء حكومة، والقاضي حكما، وقضى بمعنى حكم، قال تعالى: ﴿**وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ**﴾ الإسراء [23].

ويأتي بمعنى الفراغ من الأمر، ويأتي بمعنى المنية أي الموت، لأنها تقضي وتحل الأجل، ويأتي بمعنى الأداء، تقول قضيت ديني منه، أي أدّيته له، قال تعالى: ﴿ **وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ**﴾ الإسراء [4]

الصنع والتقدير قال تعالى: ﴿**فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ**﴾ فصلت [12]

قضى بمعنى وجب قال تعالى: ﴿**قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ**﴾ يوسف [41 . 42]

قضى بمعنى أتم وأنهى قال تعالى: ﴿**فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ آنَسَ مِن جَانِبِ الطُّورِ نَارًا قَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا إِنِّي آنَسْتُ نَارًا لَّعَلِّي آتِيكُم مِّنْهَا بِخَبَرٍ أو جَذْوَةٍ مِّنَ النَّارِ لَعَلَّكُمْ تَصْطَلُونَ**﴾ القصص [29]

قضى بمعنى كتب قال تعالى: ﴿**وَلِنَجعَلَهُۥٓ ءَايَة لِّلنَّاسِ وَرَحمَة مِّنَّا وَكَانَ أَمرا مَّقضِيّا**﴾ مريم [21]

وحاصل معنى القضاء أنه ياتي ويستعمل بمعاني كثيرة في اللغة.

---

[1] أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي/ أبو العباس / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير الناشر: المكتبة العلمية – بيروت، (ت 770 هـ)، 507/2

الفرع الثاني: تعريف القضاء في الاصطلاح الشرعي

عرفه ابن عرفة المالكي: هو صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين[1].

وعرفه عبد السلام التسولي في شرحه لتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي: القضاء هو الحكم، أي الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام[2].

وعرفه ابن راشد القفصي بقوله: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[3].

وعرفه العلامة ابن خلدون، أحد كبار فقهاء وقضاة المالكية بأنه الفصل الملزم بين الناس في الخصومات حسما للتداع، وقطعا للتنازع ويكون ذلك بالأدلة الشرعية[4].

شرح قيود التعريف:

1- يعد تعريف ابن عرفه تعريفا جامعا مانعا، لكن قد ينتقد من بعض الجوانب فقوله (صفة حكمية) أي اعتبارية. (نفوذ حكمه)، أي مضاؤه، وقوله ولو بتعديل أو تجريح، (أي يوجب نفوذ حكمه الشرعي بكل شيء حكم به، ولو كان بتعديل أو تجريح، ليصير التعديل والتجريح متعلق الحكم، وقوله (لا في عموم مصالح المسلمين)، فيخرج منه التحكيم وولاية الشرطة، والإمامة

---

(1) الرصاع، أبو عبد الله محمَّد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية / شرح حدود ابن عرفة، المكتبة لعلمية، لطبعة الاولى، 1350هـ، ص 433.

(2) التسولي: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (ت1258هـ)، البهجة في شرح التحفة، المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية –، ط الأولى، 1418هـ –، بيروت لبنان،1998، ج1، 25

(3) ابن راشد القفصي: أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي (736هـ)، لباب اللباب في بيان ما تضمنته أبواب الكتاب من الأركان والشروط والموانع والأسباب، تحقيق كل من المدنيني والحبيب بن الطاهر، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث الامارات، ط: 1، 2007 ـ 697

(4) ابن خلدون،: عبد الرحمن بن خلدون (723- 808 هـ)، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، ضبط المتن ووضع الحواشي والفهارس: أ.خليل شحادة، مراجعة: د. سهيل زكار، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الأولى، 1401 هـ - 1981م، ج1/ 275

الكبرى[1]، لكن ينتقد تعريف ابن عرفه أنه يدخل في القضاء ما اعتبره هو ليس من عموم مصالح المسلمين، إذا حكم المحكم والولي وغيرهم من أهل الولايات بالوجه الشرعي.

2- وينتقد تعريف التّسولي وابن راشد، أنه يتضمن مساحة واسعة للنظر والمناقشة.

- أن ذكر الإخبار يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء، وإنما المراد به أمر القاضي بحكم شرعي على وجه الإلزام[2].

- التعريف المختار:

يرى الباحث أن تعريف ابن عرفه أعم وأشمل لأنه حصر معاني القضاء كلها، خلا مسألة حكم المحكم والمحتسب، والولي لدخولهم في عموم التعريف، إذا حكموا بالوجه الشرعي فإنه ينزل منزلة القضاء منه.

وخلاصة ما تقدم من عرض:

- يلاحظ على تعريف أغلب المالكية اعتبار وجود المعيار الشكلي القائم على وجود قوة الإلزام والتنفيذ، غير أن تعريف العلامة ابن خلدون جمع بين المعيار الشكلي، الفصل الملزم، والعنصر الموضوعي للقضاء، وهو حسم الخصومات والنزاع.

فجمع ابن خلدون بذلك المعيار الشكلي والموضوعي، وأبرز لنا المعيار المختلط[3].

وعند الترجيح يرى الباحث أن تعريف ابن خلدون أعم وأشمل، لأنه حصر معاني القضاء كلها وجمع بين العنصر الشكلي والموضوعي لمفهوم القضاء.

---

(1) الحطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل المؤلف: الناشر: دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م، ج8، ص64.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 64.

(3) فؤاد عبد المنعم، الحسين علي غنيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، ص 12.

المطلب الثاني: حكم تولية القضاء ومشروعيته

اتفق الفقهاء على أن القضاء فرض كفاية[1] إذا قام به بعض أفراد الأمة سقط عن الوجوب على البقية، وإذا لم يتصدى له أحد أثمت الأمة جميعا.

وكونه فرضا فلقوله تعالى: ﴿**كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ**﴾ النساء [135]، وهذا أمر بالمعروف ودعوة إلى نصرة المظلوم وإحقاق الحق وأداءه إلى مستحقيه ودفع للظالم ورده، وهذه كلها واجبات لا تتم إلا بتولي القضاء والتصدي له، والقاعدة الفقهية تقول: {أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب} [2].

حكم تولى القضاء بالنسبة للأفراد:

يختلف حكم تولي القضاء بالنسبة للأفراد بحسب اختلاف أحوالهم على النحو التالي:

– الوجوب: ويكون القضاء فرض على الشخص الكفء إذا لم يوجد غيره يصلح له، فيتعين ويجب عليه، وقد طلب يوسف الصديق عليه السلام من ملك مصر الإمارة على الخزانة لعلمه وحفظه وقدرته على تحمل الأمانة، قال تعالى: ﴿**قَالَ اجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ**﴾ يوسف[55]، وقال مالك عمن جمع شرائط القضاء ولم يوجد غيره وامتنع عنه قال: يضرب ويحبس[3].

– الندب: هذا بالنسبة لمن يترتب على قبوله منصب القضاء تحقيق المصلحة العامة ونفع المسلمين، وكان أقدر عليه وأصلح له من غيره مع توفر شروطه فيه، وقد يصل الندب هنا إلى درجة الوجوب ويتأكد فيه إن لم يوجد غيره.

---

(1) ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة: الأولى، 1406هـ – 1986م، ج 1، ص 9.

(2) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن الرحمن عبد المالكي، الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق (ت 684هـ)، عالم الكتب، ط بدون طبعة وبدون تاريخ، ج 4، ص 339.

(3) التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج1، ص 29.

– الحرمة: يحرم إذا علم من نفسه العجز وعدم القدرة وميله إلى اتباع الهوى، وأيضا يحرم طلب القضاء والإمارة وسائر الولايات وإن اجتمعت فيه شرائط القضاء، إلا إذا تعين عليه كما ذكرنا آنفا، وهذا إذا سأل القضاء بغير بذل مال له[1]، فكيف إذا بذل المال وسعى له بالرشوة ليتولاه، قال صلى الله عليه وسلم: عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلانِ من بني عمي، فقال أحدهما: يا رسول الله، أمِّرْنا على بعض ما ولاك الله عز وجل، وقال الآخر مثل ذلك، فقال: {{إنَّا والله لا نولِّي هذا العملَ أحدًا سأله، أو أحدًا حرَص عليه}}[2].

وخلاصة القول أن طلب الولايات من قضاء وغيرها له حالتان:

– أن يطلب القضاء لتعينه عليه لكونه لا يجد من هو أهل له، وإذا تركها تولاه من لا يحسن القيام به، فيطلبه بهذه النية الحسنة وفيه قوة وأمانة مع توفر جميع شروط أهلية القضاء، كما طلبها سيدنا يوسف عليه السلام، وهو أهل لها.

– أن يقصد من الحصول عليه الجاه والرياسة أو مال، أو أن يكون ضعيفا لا يستطيع أن يقوم بحقها، أو ليس أهلا لها، فطلبه مذموم منهي عنه شرعا، وقد أجاز الفقهاء بعض الحالات كأن يكون فقيرا وله عيال، فيجوز له السعي في تحصيله لسد خلّته مع توفر بقية شروط التولية، وكذا إذا كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فيباح له، أو وجد عالم خامد الذّكر خفي علمه عن الناس، فأراد الإمام أن يظهره بولاية القضاء، فأراد بتوليته القضاء أن يعرف علمه، جاز ذلك بهذه النية الحسنة[3].

---

(1) التسولي، البهجة شرح التحفة، 1/ 29.

(2) رواه الإمام مسلم في صحيحه، والحديث برقم 1733 في كتاب الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص15.

المطلب الثالث: مشروعية القضاء من الكتاب والسنة والإجماع.

الأصل في مشروعية القضاء النصوص من الكتاب والسنة وما ثبت من الإجماع.

أولا الكتاب:

ورد في القرآن الكريم في غير ما آية ما يشير إلى ذلك، منها ما جاء في حق الأمم السابقة، ومنها ما ورد في حق أمة الاسلام.

– جاء في مشروعية القضاء في حق من قبلنا

قوله تعالى: ﴿**كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ فَهَدَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ وَاللَّهُ يَهْدِي مَن يَشَاءُ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ**﴾ البقرة [213].

– ما جاء في حق أمة الإسلام أنه صلى الله عليه وسلم كانت تصرفاته في الأمة على ثلاثة أوجه، وهي تصرفه بصفة قائد، وخليفة المسلمين، ومبلغ الرسالة عن ربه ومسؤول عن الدعوة إلى الله، وأيضا مأمور بالحكم والفصل بين الناس في النزاعات والخصومات، وورد في القرآن الكريم ما يدل على تصرفاته كقاضي للمسلمين، وموكل بالفصل وحل الخصومات، قال تعالى: ﴿**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا**﴾ النساء [105]

وقوله تعالى: ﴿**وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ**﴾ المائدة [49].

قوله تعالى: ﴿**سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أو أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ** ﴾ المائدة[42].

وقوله تعالى: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**﴾ النساء [65].

ثانيا الأدلة على مشروعية القضاء من السنة المطهرة:

تدل على مشروعية القضاء أحاديث كثيرة منها ما رواه عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: {{إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثم أَصابَ فله أَجْرَان، وإِذا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثم أَخْطَأَ فله أَجْرٌ}}[1].

وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {{لا حَسَدَ إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا، فسَلَّطَه على هَلَكَتِهِ في الحَقِّ، ورجل آتاه الله حِكْمَة، فهو يقضي بها ويُعَلِّمَها}}. [2]

وعن أُمِّ سَلَمةَ رضي اللَّه عنها: أَنَّ رَسُول اللَّه قَالَ: {{إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَقْضِي لَهُ بِنحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ}}[3].

قال صلى الله عليه وسلم: {{القضاة ثلاث، قاضيان في النار، وقاض في الجنة، رجل قضى بغير الحق فعلم ذلك، فذاك في النار، وقاض لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاض قضى بالحق، فهو في الجنة}}[4].

---

(1) الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (260- 320 هـ)، المعجم الأوسط، أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد - أبو الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين – القاهرة، عام النشر: 1415هـ - 1995م.، الرقم 292/ 3

(2) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق شيخنا د. مصطفى ديب البغا، (دار ابن كثير، دار اليمامة) – دمشق، الطبعة: الخامسة، 1414 هـ - 1993 م، ج 6 / 612

(3) الراوي: أم سلمة أم المؤمنين • البخاري، صحيح البخاري] • (7169) صحيح • [أخرجه مسلم (1713) باختلاف يسير

(4) الراوي: بريدة بن الحصيب الأسلمي • المنذري، الترغيب والترهيب) 3/ 188] إسناده صحيح أخرجه أبو داود (3573)، والترمذي (1322)، وابن ماجه (2315)، والنسائي في ((السنن الكبرى)) (5922) باختلاف يسير.

ثالثا من الإجماع:

فقد أجمع فقهاء المسلمين قديما وحديثا على نصب القضاة لفصل الخصومات بين الناس، قال ابن قدامة المقدسي: وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس[1]، وقال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه: {{لئن أقضي يوما بالحق أحب إلي من عبادة سبعين عاماً}}[2].

رابعا القياس:

وردت أحاديث عن المصطفى صلى الله عليه وسلم تأمر بالتأمير لثلاثة يكونوا في فلاة من الأرض، لأن عدم التأمير يترتب عليه أن يستبد كل واحد برأيه، ويحدث الخلاف والخصام والشحناء الذي قد يؤدي إلى الهلاك، ومع التأمير يحلّ الخلاف وتوحّد الكلمة، فإذا شرع التأمير لثلاثة بفلاة، فمشروعية تولى القضاء لعدد أكثر يسكنون الحضر والأمصار أولى وأحرى لدفع التظالم والتخاصم[3].

الحكمة من مشروعية القضاء:

نقل العلامة ابن فرحون المالكي عن بعض الفقهاء، قال رحمه الله تعالى: وأما حكمته فرفع التهارج ورد النوائب، وقمع الظالم، ونصر المظلوم، وقطع الخصومات، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. [4]

المطلب الرابع: الفرق بين القضاء وبعض المصطلحات ذات الصلة

---

[1] ابن قدامة المقدسي: موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الصالحي الحنبلي (541-620هـ)، المغني، المحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية الطبعة: الثالثة، 1417 هـ - 1997 م.

[2] البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط الثالثة، 1424 هـ - 2003 م، ج 10، ص 89.

[3] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط الأولى، 1413هـ - 1993، ج 8. ص265.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، ص13.

أولا: الفتوى

الفتوى في اللغة: معنى مأخوذ من الفَتَاء، الذي يعني القوة والنشاط.، ومنها استعيرت كلمة الفتوى للدلالة على الحكم الشرعي، يُقَالُ: أَفْتَى الْفَقِيهُ فِي الْمَسْأَلَةِ، إِذَا بَيَّنَ حُكْمَهَا. وَاسْتَفْتَيْتُ، إِذَا سَأَلْتَ عَنِ الْحُكْمِ[1]

التعريف الاصطلاحي:

الفتوى هي بيان الحكم الشرعي في مسألة معينة بناء على سؤال السائل دون إلزام له باتباعها، فهي إجابة العالم عن سؤال السائل بخصوص حكم شرعي، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿**يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ**﴾ النساء [176].

الفرق بين الفتوى والقضاء، القضاء هو إلزام بالحكم الشرعي مع التنفيذ، بينما الفتوى مجرد إخبار عن حكم شرعي دون إلزام، فعمل المفتي مثل المترجم يترجم عن الله تعالى حكمه الشرعي بغير زيادة ولا نقصان، أما الحاكم (القاضي) فهو نائب الله، ينفِّذ ويصدر أحكاما ملزمة بين الخصوم.[2]

الفتوى تتعلق بتبيين الأحكام الشرعية من غير إلزام، أما القضاء فيتضمن إلزام الأطراف بالامتثال للحكم.

ثانيًا: التحكيم

التحكيم في اللغة: حَكَّمْتُ فُلَانًا تَحْكِيمًا مَنَعْتُهُ عَمَّا يُرِيدُ. وَحُكِّمَ فُلَانٌ فِي كَذَا، إِذَا جُعِلَ أَمْرُهُ إِلَيْهِ.[3]

---

[1] ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (ت 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، عام النشر: 1399هـ - 1979م. 4 / 474

[2] القرافي، الفروق، 4 / 89

[3] ابن فارس، معجم مقايس اللغة، 2 / 91

التعريف الاصطلاحي:

التحكيم هو تولية شخصٍ يُحكّم بين الخصوم بناء على موافقتهم، وهو يتطلب رضى الأطراف المتنازعة

بقبول حكم المحكّم، وهو شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الْحدود، واللّعان والقصاص [1]

وجاء التحكيم ذكر في القرءان سياق الإصلاح بين الزوجين وفي النزاعات، قال تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ النساء [35].

الفرق بين القضاء والتحكيم:

يختلف التحكيم عن القضاء، حيث إن القضاء هو ولاية عامة، أما التحكيم فهو ولاية خاصة يتم تفويضها من قبل الأطراف المتنازعة[2]، وهو من الولاية الْجزئيَّة المستفادة من القضاء، والقضاء من الولايات العامة ويشمل إلزام الخصوم بالحكم القضائي.

التحكيم لا يكتسب صفة الإلزام إلا بموافقة الأطراف المتنازعة، فهو اتفاق بينهما لا يلزم الآخرين.

ثالثا: الحسبة

الحسبة لغة: احْتِسَابُكَ الْأَجْرَ. وَفُلَانٌ حَسَنُ الْحِسْبَةِ بِالْأَمْرِ، إِذَا كَانَ حَسَنَ التَّدْبِيرِ[3]

التعريف الاصطلاحي: الحسبة وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. [4]

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 20

[2] الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الناشر: دار الفكر، بدون ط، 4 / 1

[3] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 2 / 60

[4] ابن خلدون: مقدمة ابن خلدون، 1 / 281

وتكون الحسبة فيما له إمضاء الحكم في الدّعاوي مطلقا، بل فيما يتعلّق بالغش والتّدليس في المعايش وغيرها في المكاييل والموازين، وله أيضا حمل المماطلين على الإنصاف، وأمثال ذلك ممّا ليس فيه سماع بيّنة ولا إنفاذ حكم[1].

ويتميز المحتسب بسلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حتى في غياب خصم يرفع الدعوى، على عكس القاضي الذي يحتاج إلى شكوى مرفوعة أمام، وللمحتسب سلطة إظهار الحزم والغلظة عند التعامل مع المنكرات، وذلك من صميم ولايته، أما القضاء فهو مخصص لتحقيق العدالة بين الخصوم بالوقار والتروي، لذلك يتّسم بمزيد من الهدوء والتأني لضمان الإنصاف.

رابعا: ولاية المظالم

والي المظالم يمتلك صلاحيات القضاء، لكن سلطته أوسع وأعلى مرتبة؛ لأن النظر في المظالم مخصص لما يعجز عنه القضاة، وتجمع ولاية المظالم بين قوة السلطة وحكم القضاء، حيث تتطلب التدخل لحل ما يتجاوز قدرة القضاة العاديين على معالجته، ولوالي المظالم قوة وهيبة تتجاوز ما لدى القضاة، وسلطته أوسع مجالًا من سلطتهم، فهو يعتمد على استخدام الشدة عند الضرورة، وكشف الحقائق من خلال القرائن والعلامات الظاهرة وشواهد الأحوال التي تقود إلى إظهار الحق بخلاف القضاة، ويمتلك والي المظالم صلاحية استخدام القوة لتأديب من يظهر ظلمه، بما في ذلك القتال عند الحاجة لضمان إقامة العدل.[2]

---

[1] ابن خلدون: مقدمة ابن خلدون، 1 / 282

[2] القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، الذخيرة المحقق: جزء 1، 8،13: محمد حجي جزء 3، 6: سعيد أعراب: جزء 3، 5، 7، 9، 12: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة: الأولى، 1994 م، 10 /39

المبحث الثاني: لمحة تاريخية عن القضاء في الاسلام

سنستعرض لمحة تاريخية عن القضاء في الإسلام، مسلطين الضوء على تطوره وأبرز سماته عبر المراحل المختلفة، بدءًا من العهد النبوي وعصر الخلفاء الراشدين، مرورا بفترة الحكم الأموي والعباسي، وصولا إلى نهاية الخلافة الإسلامية في العهد العثماني.

المطلب الأول: القضاء في العهد النبوي وزمن الرسالة

كان القضاء في العهد النبوي مبسطا وقليلا، وكانت سلطة القضاء وتطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع وفق مبدأ التدرج في التشريع، وحسب نزول الوحي، وكان عليه الصلاة والسلام يحكم في جميع المسائل وفق الدليل الذي يثبت الدعوى ولو ظاهرا على خلاف الواقع، لقوله صلى الله عليه وسلم: {{إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَقْضِي لَهُ بِنحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ}}[1]، واتسمت إجراءات التقاضي زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالسهولة والبعد عن التعقيد، حيث لم يشترط في الدعوى أن تكون مكتوبة، وإنما تقبل شفاها ويتم الترافع فيها والاستجواب والمناقشة مباشرة بحضور الخصوم، أو من ينوبهم، وسماع الدعوى وإصدار الحكم بعد التثبت ومعرفة البينات .

ولما انتشرت الدعوة الإسلامية وعمت الأمصار، عهد النبي صلى الله عليه وسلم بالقضاء إلى غيره من الصحابة، وكان يعهد إلى بعض ولاته ضمن توليتهم الشؤون العامة. ويلاحظ على القضاء في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ما يلي:

-أنه صلى الله عليه وسلم كان يتولى القضاء بنفسه، أو يعهد إلى واحد من أصحابه بالقضاء في غيبته، أو أن يعرض القضاء على واحد من أصحابه أن يقضي في الواقعة ويقره على ذلك: فعن عقبة بن عامر قال: {{جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي: اقض

[1] سبق تخريجه، ص5

بينهما، قلت: أنت أولى بذلك، قال: وإن كان، قلت علام أقض؟ قال: إقض، فإن أصبت فلك عشرة أجور، وإن أخطأت فلك أجر واحد}}[1].

وهذا يدل على أن ولاية القضاء في عهده صلى الله عليه وسلم لم تفصل عن غيرها من الولايات العامة لقلة الخصومات.

. أن أكثر القضاء كان نوعا من الإفتاء وبيان للحكم الشرعي[2]، وأن الذين كان يختارهم الرسول من أكفأ الصحابة علما وأمانة، ولا يقدم من طلب الولاية أو سأل عنها، وقد قال صلى الله عليه وسلم لسيدنا أبي ذر رضي لله عنه، {{قُلتُ: يا رَسولَ اللهِ، أَلَا تَسْتَعْمِلُنِي؟ قالَ: فَضَرَبَ بيَدِهِ علَى مَنْكِبِي، ثُمَّ قالَ: يا أَبَا ذَرٍّ، إنَّكَ ضَعِيفٌ، وإنَّهَا أَمَانَةُ، وإنَّهَا يومَ القِيَامَةِ خِزْيٌ وَنَدَامَةٌ، إلَّا مَن أَخَذَهَا بحَقِّهَا، وَأَدَّى الذي عليه فِيهَا}}[3].

ـ أن القضاء في عهده صلى الله عليه وسلم تميز بحرية القاضي في قضائه، فإن ورد عليه أمر لم يجده في كتاب الله وسنة رسوله، اجتهد رأيه وتحرى الصواب وحكم به.

–أنه صلى الله عليه وسلم كان يطبق قواعد العدالة في قضاءه ومبادئ المساواة بين الخصوم، فقد روى عمر بن شبة بإسناده عن أم سلمة، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {{من بلي بالقضاء بين المسلمين، فليعدل بينهم في لفظه، وإشارته، ومقعده، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر، وفي رواية: فليسوّ بينهم في النظر، والمجلس، والإشارة}}[4].

---

(1) الراوي: عمرو بن العاص • البوصيري، إتحاف الخيرة المهرة) 390/5 إسناده حسن • أخرجه أحمد (17858)، وعبدالله بن حميد في ((مسنده)) (292)، وأبو يعلى كما في ((إتحاف الخيرة المهرة)) للبوصيري (390/5) واللفظ له.

(2) ابن سعد، محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف بابن سعد، الطبقات الكبرى، دراسة وتحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط الأولى، 1410 هـ - 1990 م. 4 / 176

(3) صحيح مسلم، الراوي: أبو ذر الغفاري الرقم 1825

(4) وكيع، محمد بن خلف بن حيّان [ت 306 هـ]، أخبار القضاة، صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، بيروت لبنان، الطبعة الاولى: 1947، 1 / 31

أمثلة على أقضيته صلى الله عليه وسلم:

- أذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

حديث عائشة رضى الله عنها: {{أن قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم فيها رسول الله؟ فقالوا: من يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حِبُّ رسول الله ؟، فكلمه أسامة، فقال رسول الله: أتشفع في حد من حدود الله؟، ثم قام فاختطب ثم قال: إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعتُ يدها}}. [1]

ثانيا: {{أنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جارِيَةٍ بيْنَ حَجَرَيْنِ، قيلَ مَن فَعَلَ هذا بكِ، أفُلانٌ، أفُلانٌ؟ حتَّى سُمِّيَ اليَهُودِيُّ، فأومَأَتْ برَأْسِها، فَأُخِذَ اليَهُودِيُّ، فاعْتَرَفَ، فأمَرَ به النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ فَرُضَّ رَأْسُهُ بيْنَ حَجَرَيْنِ}}.[2]

المطلب الثاني: القضاء في العهد الراشدي

وبعد وفاته صلى الله عليه وسلم، وابتداء عهد الخلفاء الراشدين من الصحابة بخلافة أبي بكر الصديق، كانت سلطة القضاء يتولاها أيضا الخليفة بعينه، وأحيانا كان يقوم بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه[3]، وكان الولاة هم المسؤولين عن القضاء في الأمصار، مع المحافظة الكاملة والتامة على جميع ما ثبت في العهد النبوي، وتطبيقه بحذافيره وتنفيذه بنصه ومعناه.

وفي عهد خلافة عمر ابن الخطاب –رضي الله عنه– عين بعض الصحابة في منصب القضاء، كما عين عددا من القضاة في الأمصار منهم – عبد الله بن مسعود على قضاء الكوفة، وشريح بن

---

[1] أخرجه البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، برقم (3475)، ومسلم، كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، برقم 1688

[2] صحيح البخاري، الراوي: أنس بن مالك | الرقم: 2413 | : أخرجه مسلم (1672) باختلاف يسير.

[3] علي صلابي، دكتور علي محمد صلابي، الانشراح ورفع الضيق في سيرة ابي بكر الصديق، دار التوزيع والنشر الاسلامية القاهرة، ط 2002، ص 160.

الحارث الكندي على قضاء الكوفة، كما عين عمر عبادة بن الصامت على قضاء حمص، وكان عمر أول من فصل السلطة القضائية عن سلطة الولاة، وبذلك يتعزز موقع القاضي حيث إنه ارتبط بالخليفة مباشرة[1].

وفي عهد سيدنا عثمان رضي الله عنه كان يعين القضاة على الأقاليم، مثل تعيينه كعب بن سور على قضاء البصرة، ويترك القضاء للوالي حينا آخر، مثل طلبه من والي البصرة أن يقوم بالقضاء بين الناس، إضافة إلى عمل الولاية، وذلك بعد عزله لكعب بن سور، وأيضا كان الولاة في عهده يختارون قضاة بلداتهم بأنفسهم، ويكونون مسؤولين أمامهم؛ ممّا يشير إلى ازدياد نفوذ الولاة في خلافته رضى الله عنه [2].

وفي عهد سيدنا علي بن أبي طالب ـ رضي الله عنه ـ سار على نفس منهج أسلافه من الخلفاء رضوان الله عليهم، من العمل بالكتاب والسنة، ورأي صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحكم والقضاء، فإن لم يجد إجتهد رأيه، وكان اجتهاده مضرب المثل من القوة والتمكن في استخراج الحكم واستنباطه من النصوص والوقائع.

وفي عهده رضي الله عنه كان يتولى القضاء بنفسه في الكوفة، وأما بقية الأقاليم الأخرى يقوم بتعيين القضاة [3].

---

[1] إبن شبة، ابو زيد ابن عبيدة بن ريطة النميري البصري، ت 262 هـ، تاريخ المدينة، حققه فهيم محمد شلتوت، جدة، ج2، ص 694. وينظر الى: وكيع، محمد بن خلف بن حيان، ت 306 هـ، اخبار القضاة، صححه عبد العزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى مصر، ط1، 1947م، ج2، ص694.

[2] القطان، مناع خليل القطان، النظام القضائي في العهد النبوي والخلافة الراشدة، مكتبة وهبة، تاريخ النشر 1993، ص 377.

[3] ابراهيم العمري، عبد العزيز ابراهيم العمري، الولاية عن البلدان، دار اشبيليا، سنة 2001، ط 1، ج 2، ص 93.

خلاصة القضاء في العهد الراشدي ومميزاته:

حافظ القضاء في العهد الراشدي على مكانته السامية وحقق وظيفته الكاملة، وضمن تطبيق الشريعة الغراء في أرجاء الدولة الإسلامية، وذلك من خلال المنهج السابق القائم على التقعيد بالتنظيم الإداري للقضاء في العهد النبوي، ومواجهة الظروف الجديدة التي وقعت في العهد الراشدي.

ويمكن إبراز أهم ما تميز به القضاء في العهد الراشدي فيما يلي:

1- أن القضاة كانوا مجتهدين يرجعون في قضائهم إلى الكتاب والسنة، فإن لم يجدوا اجتهدوا رأيهم، وكانوا لا يصدرون حكما إلا بعد مشاورة الصحابة والفقهاء.

2- لم يحتج القضاء إلى الفصل بين السلطات حتى جاء عهد عمر ابن الخطاب، وذلك بعد توسع الدولة في عهده والقيام بالفتوحات قام بفصل السلطات وأصبح للخلفاء مندوبين وولاة يقومون بالقضاء وحلّ المنازعات بين الناس في مختلف الأمصار.

وجدت فكرة الاختصاص المكاني والنوعي، فكل قاضي معين لمصر ولايته عليها دون غيرها من الأمصار، وأما الاختصاص الموضوعي، فإن القضاة كان دورهم الفصل في المنازعات المدنية، وأما ما تعلق بالحدود والقصاص فإنها بقيت في يد الخليفة وولاة الأمصار يقضون فيها.

لم يكن للقضاء مكان مخصص، بل كان يقضي القاضي في المسجد، أو البيت، ولم تكن الأقضية تسجل لقلتها وسهولة حفظها.[1]

استحداث مكان مخصص لحبس المتهم للتأديب واستيفاء الحقوق [2].

لم تفرض رسوم على المتقاضين، وإنما كان المبدأ السائد مجانية القضاء لأنه من القربات إلى الله. والمساواة بين الناس في القضاء بغض النظر عن مكانتهم الاجتماعية.

---

[1] مناع خليل القطان، النظام القضائي في العد النبوي والخلافة الراشدة، ص 389.

[2] ابن عبد البر، أَبُو عُمَرَ يُوسُفُ بْنُ عَبْدِ اللهِ النَّمِرِيُّ المعروف بِٱبْنِ عَبْدِ البَرّ (463–368 هـ) إمام وفقيه مالكي ومحدث ومؤرخ أندلسي، الاستيعاب في معرفة الاصحاب دار الجيل، بيروت – لبنان، ط1، ج2، ص 106.

المطلب الثالث: القضاء في العهد الأموي

سار القضاء في العصر الأموي على سيرة سابقيه في عصر الخلفاء الراشدين، ومن أروع ما ينسب للقضاء في ذلك العصر أنه لم يتأثر بالسياسة، ولم تلحقه الفتنة التي اشتعلت عقب مقتل عثمان ابن عفان رضي الله عنه، ولم يكن القضاة طرفا في هذه الخصومات، أو متأثرين بها في إصدار أحكامهم، وكان القضاء مستقلا عن أية سلطة أخرى، سواء الخليفة أو غيره من الولاة.

واختص القضاء في هذا العهد على إصدار الأحكام، أما تنفيذها بقي من اختصاص الخليفة، أو نوابه من الولاة، وكذلك إقامة الحدود وتطبيق التعزيرات، وقد اهتم الخلفاء الأمويين اهتماما كبيرا باختيار القضاة، وازدهر ذلك العصر بمجموعة كبيرة من القضاة الأفذاذ، وكان عمر ابن عبد العزيز يقول: إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل، عفيف حليم، عالم بما كان قبله، ويستشير ذوي الألباب، ولا يخاف في الله لومة لائم[1]، كما أنه لم يقصر مهمة القضاء في المسجد كما كان معروف في العهد النبوي والراشدي، بل وقد نهى عن القضاء داخل المسجد فقد روى عنه رضي الله عنه: أنه كتب إلى القاضي تميم بن عبد الرحمن أن لا يقضى في المسجد لما فيه من التضييق على الناس، فمنهم الحائض والجنب وأهل الذمة، وفيه امتهان للمسجد بكثرة اللغط واللّجاج، وما يقع بين الخصوم من الحجاج أثناء التقاضي[2].

وبهذا كان العهد الأموي يعد امتدادا لعهد الخلفاء الراشدين في طريقة أخذ الأحكام من المصادر الإسلامية، إذ أن المذاهب الفقهية لم تكن قد نشأت بعد، وكان القاضي يعتمد على الكتاب والسنة، وما مضى من اجتماع العلماء، كما يجتهد رأيه إذا لم يجد ما يستند له من نص قرآني أو حديث نبوي أو إجماع[3].

---

[1] وكيع، اخبار القضاة، ج1، ص77.

[2] ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج 1، ص 31.

[3] أحمد شلبي، تاريخ التشريع الاسلامي وتاريخ النظم القضائية في الاسلام، مكتبة النهضة المصرية، 1976، ص 296/295.

المطلب الرابع: القضاء في العهد العباسي

تطور القضاء في العصر العباسي تطورا كبيرا، حيث إنهم استدركوا الضعف الذي أصاب العصر الأخير من الخلافة الأموية، فأصلحوا الإدارة واهتموا بالتنظيم القضائي، وزاد اهتمام خلفاء بني العباس بقضاء المظالم والحسبة، وأضيفت إلى القاضي أعمال أخرى للنظر فيها، كمسائل المحجور عليه، وقضايا الإفلاس، ووصايا المسلمين، والأوقاف، ورعاية اليتامى، والوقوف على مصالح الناس والمرافق العامة المرتبطة بحياتهم من الطرق والمنشئات، وتصفح الشهود والأمناء وتزكيتهم، وتنصيب الأولياء وعزلهم، وكثيرا ما تضاف إليه الشرط والمظالم، والحسبة، وبيت المال[1].

كما برز منصب قاضي القضاة وهو أشبه بوزير العدل في الحاضر، وكان القاضي أبو يوسف صاحب أبي حنيفة أول من تلقب بهذا اللقب في زمن هارون الرشيد، وبرز في العهد العباسي قضاء الحسبة، كوظيفة خاصة ومستقلة ومتميزة عن بقية الأعمال، كما اكتمل في العهد العباسي قضاء العسكر، وبذلك اكتملت في العهد العباسي المؤسسات القضائية، وصار لكل واحد منها كيان خاص، وجهاز مستقل، واختصاصات محددة، وأعمال متميزة، وشهد هذا العصر وضع المؤلفات والتصانيف التي تعنى بالقضاء والصكوك والتوثيقات والنظم القضائية [2]، غير أن روح الاجتهاد ضعفت مع ظهور المذاهب الفقهية، وأصبح لزاما على القاضي أن يصدر أحكامه وفق أحد هذه المذاهب الفقهية، وصار لكل مصر مذهبا، فكان القضاة يصدرون أحكامهم وفق مذهب أبي حنيفة في العراق وفي الشام، والمغرب والأندلس كان القضاة يصدرون أحكامهم وفق مذهب الإمام مالك، وفي مصر وفق مذهب الإمام الشافعي[3].

وهناك مذاهب أخرى لها قضاؤها الخاص، منها الزيدية في اليمن، والإمامية الإثنا عشرية في فارس، وعراق العجم، وبقي القضاء مستقلا عن السياسية وتدخل الخلفاء والولاة، واقتصرت سلطة

---

(1) عَبْدِ الرَّحْمَٰنِ بن خَلْدُوْن، مقدمة ابن خلدون، ص 174.

(2) الزحيلي، محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الاسلام، دار الفكر المعاصر دمشق سوريا، ط 1، ص 280.

(3) حسن ابراهيم، تاريخ الاسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي، دار الجيل مصر، ط 1، 1933، ص 76/75.

الخليفة والولاة على تعيين وعزل القضاة، دون التدخل في شؤون إصدار الحكم أو عمل القضاة، لكن ظهر وأن حاول بعض الخلفاء التدخل في شؤون وأعمال القضاة، أو استغلالهم لمشايعة خططهم وتوجهاتهم السياسية، فأدى ذلك إلى اعتذار الكثير من القضاة وطلب الإعفاء من منصب القضاء، ودل هذا على أن هؤلاء القضاة كانوا على قدر من النزاهة واستشعار عظم المسؤولية.

حتى إن كثيرا من المحدثين لا يرون حديث من تقرب إلى السلطان، وإن كثيرا عابوا أبا يوسف لما تولى القضاء، وهذه نزعة كانت عند بعض العـــــلماء ترى أن تولي الوظائف السلطانية تعريض للدّين للخطر [1].

وقد عبر المنصور عن ذلك في طلبه قضاة لا يقبلون المداهنة والرضوخ، وأبعد ما يكون عن اتباع الهوى فقال: ما أحوجني إلى أن يكون على بابي أربعة، لا يكون على بابي أعف منهم، قيل: من هم يا أمير المؤمنين؟ قال: هم أركان الملك، لا يصلح إلا بهم، كما أن السرير لا يصلح إلا بأربعة قوائم، إن نقصت واحدة وهي، وذكر منهم، قاض لا تأخذه في الله لومة لائم[2].

وأشهر واقعة ما حصل مع الإمام أبي حنيفة لما رفض تولي القضاء بطلب من المنصور لما مات سور القاضي بالبصرة، وظل لا يرضى بالقضاء الى أن مات، وفي بعض الروايات أنه قال للمنصور لو هدّدتني أن تغرقني في الفرات، أو أن ألي الحكم، لاخترت أن أغرق، لأني لا أصلح لذلك[3].

---

(1) أحمد أمين (ت 1373)، ضحى الاسلام، دار الكتب الاسلامية بيروت لبنان، ط1، 2004، ج 1، ص 143.

(2) أبو جعفر، محمد بن جرير الطبري (224- 310 هـ)، تاريخ الطبري تاريخ الرسل والملوك، تحقيق محمد ابو الفضل ابراهيم، دار المعارف، الطبعة: الثانية 1387 هـ - 1997 م، القاهرة، 8 / 67.

(3) وكيع، وكيع محمد بن خلف بن حيان (ت306 هـ)،اخبار القضاة، عالم الكتب، بيروت، لبنان.

المطلب الخامس: خطة القضاء بالأندلس والمغرب

خطى الأندلسيون خطى أهل الشرق من الأمويين في تولية القضاء، ومن سلك مسلكهم، وقاضي القضاة يقال له قاضي الجماعة، ويقيم بقرطبة في الأندلس، ويعين من قبل الخليفة[1]، ومصدر التشريع هو القرآن والشريعة في الأندلس، وما استقر عليه فقهاء الذهب المالكي، وينفذ هذه الأحكام الخليقة، أو الولاة المعروفين بالمسدّد[2].

وإذا تهاون السلاطين والولاة في تنفيذ الأحكام وإقامة الحدود، فإن العامة ينفرون، فيدخلون إلى قصره المشيد ويلزمونه بتنفيذها، وأما الرجم للقضاة والولاة للأعمال إذا لم يعدلوا، فكلّ يوم[3]، وقد ومثّلت الأندلس والمغرب في شمال إفريقيا الوجه الثاني للحضارة الإسلامية الذي يقابل الوجه الأول في الشرق الممتد من مصر والحجاز والشام، والعراق وفارس وبلاد ما وراء النهر.

المطلب السادس: التنظيم القضائي في العهد العثماني في الجزائر

قامت الدولة العثمانية منذ نشأتها مثل أي خلافة اسلامية سبقتها على نهج الشريعة الإسلامية التي أولتها الاهتمام البالغ والرعاية الكاملة، باعتبارها المنظم الإنساني لكثير من العلاقات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع المسلم الذي مثل أكبر سلطة في العالم، حيث أصبح للقضاء شأن مهم، وكان للقضاة مكانة مهمة في المجتمع، كما شهد العهد العثماني تغييرا مهما في هذا الجهاز، حيث تم فصل الإفتاء عن القضاء، وعمل العثمانيون على وضع تنظيم خاص فيما يتعلق بتعيين القضاة ودرجاتهم، ولم يقتصر تعيين القضاة على مذهب واحد ملزم.

وكان للقضاة إلى جانب مهمة القضاء، مهام إدارية عديدة، كالنظر في إدارة شؤون الأوقاف بما يتفق مع شروط الواقف، وجمع الضرائب، وتعيين الأئمة والخطباء والوعاظ، وغيرهم،

---

(1) المقري، شهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني (ت 1041هـ)، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب، حقيق احسان عباس، ط 1978، دار صادر بيروت لبنان، 1 / 218.

(2) حسن ابراهيم، اريخ الاسلام السياسي ولثقافي والاجتماعي، 3 / 320

(3) المقري، نفح الطيب ج 1 / 220.

وتنظيم السندات، ووثائق تحرير الرّق، وتنفيذ الوصايا، وتقسيم التركات، هذا كله بمساعدة أعوان القضاة المؤهلين الذين يعاونوهم في القيام بكل هذه الأعباء[1].

ولمـــــا تقرر الوجود العثماني في الجزائر باعتباره امتدادا للخلافة الإسلامية، فقد كان هو مصدر السلطة السياسية والقضائية، وفي إمكانه تفويض هذه السلطات إلى البايات والقضاة، وكانت المحاكمة تقام في المسجد الكبير الذي يضم مفتيان وقاضيان يجتمعان كل يوم خميس للنظر في قضايا وخصومات المسلمين، وفي حال كان المتخاصمان من غير المسلمين أو أحدهما، فإن المحاكمة تعقد خارج المسجد، وقد جرت العادة أن يعين السلطان القضاة والمفتي الحنفي، ويقوم الدّاي بتعيين المفتي والقاضي المالكي، لتعلق سكان الجزائر بالمذهب المالكي، كما وجدت محاكم أخرى خاصة بالمسيحيين وأخرى باليهود[2].

أما بالنسبة للقضايا والأحكام المدنية، (مثل الزواج، والبيع، والشراء، والإيجار...)، فقد كان الحق لكل مسلم أن يتحاكم إلى القاضي الحنفي أو المالكي، وفي العادة يكون القاضي صاحب الكلمة الباتّة في الموضوع، ويساعده أحـــد أعوانه، ويقوم كاتبين بتسجيل الأحـــكام والعقود، وإثباتها في الصـــكوك والسجلات.

وبالنسبة للطعن في أحكام القضاة، كانت ترفع إلى المجلس العلمي، حيث يجتمع أعضاؤه بالنظر في الطعون في الجامع الكبير، وإذا كان الخصوم من غير المسلمين كما تقدم ذكره، قام القضاة يخرجون إلى صحن الجامع لكي يستمعوا الى الخصوم، وتسند المسائل الجنائية كالقتل، والسرقة، والحرابة إلى الدّاي أو الباي يصدر فيها الحكم في دار السلطان [3].

---

(1) أكمل الدين أوغلى، الدولة العثمانية اريخ وحضارة، نقله إلى العربية صالح سعداوي، مركز الأبحاث للأرشيف والفنون الاسلامية، 1991، استانبول، 462

(2) محمود إحسان الهندي، الحوليات الجزائرية، العربي للإعلان والنشر، دمشق، 1977، 65 / 67.

(3) محمود إحسان الهندي، الحوليات الجزائرية، 67.

وبالنسبة لمخصصات ورواتب القضاة، لم تكن الدولة أثبت لهم جرايات ومخصصات معينة، وإنما يحصلون على رسوم ومبالغ مبالية عن كل عقد يسجلونه، ويضعون ختما عليه[1].

[1] عمار حوش، التاريخ السيسي للجزائر، 1997، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان، 71.

الباب الأول

أصول المرافعات الشرعية الموضوعية والإجرائية في الفقه المالكي

الفصل الأول: التنظيم القضائي في الفقه المالكي

الفصل الثاني: في وسائل الإثبات، البينات، الإقرار، اليمين، النكول

الفصل الثالث: أصول سماع دعوى الخصوم، وعقد المقالات، وكيفية ابتداء الحكم بين الخصمين في مسطرة القضاء المالكي.

الفصل الأول

التنظيم القضائي في الفقه المالكي

الفصل الأول

التنظيم القضائي في الفقه المالكي

يتحدث هذا الفصل عن أصول المرافعات الشرعية العامة والدعوى القضائية، حيث يتناول القاضي الشرعي وأعوانه، والمبادئ الأساسية لنظام القضاء الشرعي، والدعوى وخصائصها وأنواعها والوسائل الشرعية التي أقرها الشرع لممارستها.

وفيه أربعة مباحث.

المبحث الأول: القاضي، شروط وإجراءات تعيين القاضي في الفقه المالكي

المبحث الثاني: أصول المرافعات الشرعية العامة

المبحث الثالث: الدعوى الشرعية، المفهوم والأركان والأنواع

المبحث الـرابع: المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الاسلام

المبحث الأول: شروط وإجراءات تعيين القاضي في الفقه المالكي

لا يجوز أن يتصدر للقضاء إلا من تحققت فيه شرائطه، وجمعت فيه مواهبه، التي بدونها لا يمكن تقليده، ولا إنفاذ أحكامه، لأن وظائف القضاء من الوظائف الشرعية التي يتعلق بها النفع العام، فلا بدّ أن تناط بالكفؤ الصالح القادر، فعلم القضاء يمتاز عن غيره من أنواع الفقه بأمور قد لا يحسنها كل الفقهاء، فتجد من الفقهاء من يحفظ كثيرا من العلم، ويفهم ويعلم غيره، إلا أنه إذا سئل عن واقعة من بعض العوام من مسائل الأيمان ونحوها، لا يحسن الجواب عنها[1]، ولتحقيق هذه الغاية علينا معرفة ماهي هذه الشروط؟ ومن هي الجهة المخولة بتعيين القضاة؟ وماهي إجراءات التعيين؟ وما حدود ولاية القاضي وصلاحية اختصاصه؟ ومن هم أعوانه ومساعديه؟ وكيف تنتهي ولايته ويتم عزله؟

وللإجابة عن الأسئلة المتعلقة بالقاضي وأعوانه، يقتضي منا تقسيم المبحث إلى عدة مطالب مقسمة على النحو التالي:

- المطلب الأول: شروط القاضي في الفقه المالكي
- المطلب الثاني: إجراءات تولية القاضي في الفقه المالكي
- المطلب الثالث: واجبات القاضي
- المطلب الرابع: أرزاق ومرتبات القاضي
- المطلب الخامس: آداب القاضي
- المطلب السادس: انتهاء ولاية القاضي، والاستخلاف في القضاء
- المطلب السابع: أعوان القاضي ومساعديه

[1] التسولي، البهجة في شرح تحفة الحكام، ج1، ص 34.

وقبل الإجابة عن هذه الأسئلة علينا أن نتعرف على القاضي وتعريفه في الفقه المالكي.

عرفه ابن عاصم الغرناطي بقوله في منظومته تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام.

قال: منفذ للشرع للأحكام لـــــه نـــــيابة عن الإمام

أي أن القاضي هو نائب عن الإمام في تنفيذ الاحكام الشرعية، وأن للإمام عزله متى شاء، لأنه وكيل عنه، أكان ذاك لسبب أو غير سبب،[1] وكذا له عزل نفسه، لأنه من العقود الجائزة شرعا.

ويمكن تعريفه أيضا: أنه الشخص الذي يعينه ولي الأمر، أو من يقوم مقامه، ليتولى فصل الخصومات بين الناس لتحقيق العدل ودفع الظلم، وله شروط ينبغي أن تتوافر فيه، منها مـــا هو متفق عليه بين الفقهاء، ومنها مـــاهو مختلف فيه، وبما أن دراستنا تشمل وتعنى بالقواعد والقوانين الفقهية القضائية لدى فقهاء المالكية، فإننا سنكتفي بذكر رأي السادة المالكية في كل الدراسة، لأنها موضوع البحث.

المطلب الأول: شروط القاضي

جمعها ابن عاصم الغرناطي رحمه الله بقوله:

واستحسنت في حقـــه الجزالة وشـــرطه التكليف والعدالة

وأن يكون ذكرا حرا ســـــــــلم ومن فقد رؤية وسمع وكلم [2]

الفرع الأول: التكليف: ويقصد به توفر تمام العقل والبلوغ

إن التصدر لوظيفة القضاء تحتاج لنضوج العقل، ولا يتأتى ذلك إلا بالبلوغ، والعقل، وأجمع الفقهاء قطعا [3] على عدم تولية المجنون والصبي، إذ لا يجري عليهم القلم، ولا يلزم حكمهم، لقوله

---

(1) التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، 1 / 32

(2) ابن عاصم الغرناطي، تحفة الحكام، 19

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 /35

صلى الله عليه وسلم: {{رفع القلم عن ثلاثة، عـــن الصبي حتى يبلـــغ وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق}}[1].

وفاقد تمام العقل كالمغفل، لأن التغفّل إذا كان مانعا من الشهادة فأحرى القضاء، ولا يكفي سلامة العقل فقط، بل يحتاج إلى جودة الذهن لمعاني الكلام، لما يوجب الإقرار، والإنكار، وتناقض الكلام[2]، ليتوصل بذكائه إلى فهم المشكل، وحل المعضل، والتنبه للحيل والخداع.

الفرع الثاني: ثانيا الإسلام

فالكافر لا ولاية له على المسلمين، قال الله تعالى: ﴿**وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**﴾ النساء [141]، وقال تعالى: ﴿**لَّا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَولِيَاءَ من دون المؤمنين**﴾ ءال عمران[25]، وهذا نهي صريح من الله تعالى أن يتخذ المؤمنون الكفار ظهرا وأنصارا واطلاعهم على عورات المسلمين[3]، ولا ريب أن القضاء لـــما فيه من تخاصم المسلمين واستعمال الحجج، وجلب البينات، وإقرار ما يطلع به على عورات المسلمين، والكافر غير مأمون، وغير موثوق به،[4] وكذلك سائر الولايات الشرعية، والقضاء من الولايات الشرعية التي يطبق فيها أحكام الشريعة على المسلمين، وغير المسلمين من الذميين، وتطبيق الشريعة يحتاج إلى إيمان وخوف وخشية من الله سبحانه وتعالى، ولا يتأتى ذلك من غير المسلم، فالكافر قد يحمله كفره وحقده على الدّين أن يعبث بأحكامه، وكتب الشيخ المغيلي رسالة مؤصلة بنصوص الشرع يحذر فيها من تولية الكفار؛ إذ لاشك أن تولية الكفار يعدّ من موالاتهم ومناصرتهم، ولم يقف الشيخ على ذكر النصوص الشرعية، بل دعّم رأيه بالأخبار الواقعية التي حدثت للأمراء والسلاطين، ومن استعملوا الكفار وقربوهم إلى أنفسهم،

---

[1] سنن ابي دوود، حديث رقم 4399

[2] الدسوقي: حمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 6 / 3

[3] الطبري، ابي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310هـ)، جامع البيان في تفسير القرآن، ط 1989، دار المعرفة، بيروت لبنان.5 /317

[4] التسولي، شرح البهجة، 1 36.

ومكّنوهم من إعتلاء المناصب الشرعية العليا، وعضد رسالته بأقوال الصحابة رضوان الله عليهم، وآراء العلمـــاء، والشعر العـــربي[1]

الفرع الثالث: العدالة

والمقصود بشرط العدالة اجتناب الكبائر، واتقاء الصغائر، والترفع عما يقدح في المـــــروءة، وأداء الأمانة، وحسن المعاملة.

وجمهور الفقهاء يمنعون ولاية الفاسق للقضاء لأنه متهم في دينه، والقضاء أمانة كبيرة، لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا**﴾ الحجرات [6]، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر بالتبيّن والتثبّت في خبر الفاسق، ولا يجوز أن يكون القاضي ممّن لا يقبل قوله، ويجب التبين عند حكمه، وأيضا أنّ الفاسق لا يصلح أن يكون شاهدا، فمن الأولى ألّا يكون قاضيا، قال سحنون[2]: من لا تجوز شهادته، لا تصح ولايته[3].

الفرع الرابع: الذكورة والحرية

القضاء فرع للإمامة العظمى، فلا تنعقد ولاية المرأة، لقوله صلى الله عليه وسلم: عَنْ أَبِي بَكْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: {{لَقَدْ نَفَعَنِي اللَّهُ بِكَلِمَةٍ سَمِعْتُهَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيَّامَ الْجَمَلِ بَعْدَ مَا كِدْتُ أَنْ أَلْحَقَ بِأَصْحَابِ الْجَمَلِ فَأُقَاتِلَ مَعَهُمْ. قَالَ: لَمَّا بَلَغَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(1) ينظر الى رسالة عبد الكريم المغيلي، العلامة الفقيه المالكي محمد بن عبد الكريم المغيلي التلمساني، ت 909هـ، مصباح الارواح في اصول الفلاح، تحقيق عبد المجيد الخيالي، ط الاولى 2002، دار لكب العلمية بيروت لبنان3

(2) سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي (160-240هـ / 776-854م) هو أحد كبار علماء المالكية في بلاد المغرب، وُلد في مدينة القيروان بتونس. عُرف بسحنون نسبةً إلى اسم طائر صغير. يُعدّ أحد أصحاب الإمام مالك وناقل مذهبه في المغرب الإسلامي. اشتهر بتصنيف كتاب "المدونة الكبرى"، الذي يُعدّ أحد أهم المراجع الفقهية في المذهب المالكي، وهو عبارة عن جمع وترتيب لمسائل الإمام مالك برواية أسد بن الفرات. ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (ت 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، المحقق: إحسان عباس، بيروت لبنان، ط: 1، 1900، ج 3، 181

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 26

أَنَّ أَهْلَ فَارِسَ قَدْ مَلَّكُوا عَلَيْهِمْ بِنْتَ كِسْرَى قَالَ: لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً [1]}}، وهذا لكونها ناقصة عقل ودين، والأنثى تلحق بالمرض فهي مرض وعجز، ولأن كلامها ربما كان فتنة، وبعض النساء تكون صورتها فتنة[2]، واعتبر الجمهور الذكورية شرط في صحة الحكم، وأما اشتراط الحريات فلا خلاف فيه، ولا أعلم بينهم اختلافا في اشتراط الحرية [3].

الفرع الخامس: اعتبار العلم في القاضي

يجب على القاضي أن يكون عالما بالأحكام الشرعية حتى يتمكن من النظر في القضايا والبتّ فيها، ولا تصح ولاية الجاهل، قال ابن شاس: فلا تصح ولاية المقلد إلا عند الضرورة، ولا يحل تولية مقلد إلا عند الضرورة، ولا يحل تولية مقلد في موضع يوجد فيه عالم، فإن قلد فهو جائر متعد[4].

وقال القرافي: الحاكم إن كان مجتهدا فلا يجوز له إلا أن يحكم بالراجح عنده، وإن كان مقلدا أفتى بالمشهور بمذهبه وحكم به[5]، على وجه الترتيب، وقال عمر بن عبد العزيز: لا يستقضى إلا من كان عالما بأحكام القرآن والسنة، عارفا بآثار من مضى، مستشيرا بذوي الرأي.

وإذا نظرنا إلى عصرنا هذا فإنه يكاد يخلوا من قاضي نظّار حصّل آلة الاجتهاد، وجمع بين علم الأصول والفقه، ومعرفة فن اللّسان، واطلع على ما في القرآن من أحكام وعرف التأويل، والأقيسة ورجح بين العلل، فأغلب الأقطار خلت ممّن يكون على هذه الصفة. [6]

---

[1] صحيح البخاري (4425)، ورواه النسائي في "السنن" (227/8) وبوب عليه النسائي بقوله: "النهي عن استعمال النساء في الحكم

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 21

[3] ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595هـ)،بداية المجتهد ونهاية المقصد، ب ط، دار الحديث، القاهرة، 4 / 243.

[4] ابن شاس، ابو محمد جلال الدين، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق حميد لحمر، ط/1 / 2003، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان 3 /1002

[5] القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن الرحمن، تمييز الفتاوى عن الأحكام، 10 / 16، ابن فرحون تبصرة الحكام، 1 / 26.

[6] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 3 / 1003

والقول بمنع المقلد تولي القضاء تعطيل للأحكام، وإيقاع في الهرج والنزاع، ويرى بعض فقهاء المالكية تجوزا ورعاية لمصالح الناس في الإبقاء على منصب القاضي، وجواز تولية غير العالم، كون صفة العلم مستحبة لا شرطا في الصحة والإبقاء، وقال ابن حبيب[1]: إن لم يكن ورعا عالما، فورع عاقل، فبالعقل يسأل ويشاور، وبالورع يقف[2].

الفرع السادس: سلامة الحواس

اشترط الفقهاء في القاضي سلامة الحواس، فلا يجوز أن يلي القضاء أصمّ، ولا أعمى، ولا أبكم، وينفذ ما مضى من أحكامه إلى حين عزله، سواء تقدمت هذه العوارض أو طرأت، وينفذ ما مضى من أحكامه،[3]مراعاة لمصالح الناس، وحفاظا على سير النظام، وحرمة القضاء، فالقول بنفاذ أحكام القضاة فاقدي سلامة الحواس يمنع تحيّل الناس أخطاء من بيدهم تعيين سلطة القضاة، سواء كان ذلك العرض طارئا أو بالابتداء، إلا أن هذه المراعاة لا تعني جواز استمرار بقاء القاضي في منصبه حال فوات شرط سلامة الحواس.

وإضافة إلى سلامة الحواس، وجدت شروط أخرى معتبرة لدى المالكية، وهي كون القضاء واحد، أي لا يصح تولية حاكمين معا في كل القضاء.

---

(1) ابن حبيب المالكي، هو عبد الملك بن حبيب السلمي المالكي، وكان أبوه ابو الحبيب يعرف بالعصّا، كان يعصر الأدهان ويستخرجها، (174هـ – 238هـ)، عالم وفقيه أندلسي، يُعد من أوائل العلماء الذين نشروا مذهب الإمام مالك في الأندلس. اشتهر بغزارة علمه وتنوع مؤلفاته التي تناولت الفقه، التاريخ، والطب. رَوى عنْهُ مُطَرِّف بن قَيْس، وبَقيّ بن مَخْلَد، وابن وضّاح، ويوسُف بن يَحيى المِغاميّ، أهم مؤلفاته، الواضحة في الفقه، وهو كتاب ضخم في الفقه المالكي يعد من أمهات كتب الفقه المالكي. ابن الفرضي، تاريخ علماء الأندلس، 1 / 315، القاضي عياض، ترتيب المدارك، 4، 122

(2)المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت 897هـ)، التاج والاكليل، ط1/ 1994، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 8 / 64

(3)ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 28

كما ينبغي أن يكون القاضي ذا نزاهة، ونصيحة ورحمة، وصلابة وفطنة، ليفارق بالنزاهة التطلّع لما في أيدي الناس، وبالنصيحة يفارق حال من يريد الظلم، وبالرحمة يفارق حال القاسي الذي لا يرحم، وبالصلابة يفارق حال من يضعف عن استخراج الحقوق.[1].

وهذه الشروط مطلوبة ومستحبة في تعيين القاضي في اختياره، فهي مرجحات في الاختيار عند التزاحم، والتساوي في الشروط التي ذكرت آنفا.

المطلب الثاني: إجراءات توليه القاضي وعزله

الفرع الأول: إجراءات توليه القاضي

إن إقامة العدل بالحكم واجب لأنه من مصالح الناس، وفيه رفع للتهارج ورد للمظالم، ونصرة للمظلوم، وفيه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فيجب على من كان خليفة للمسلمين، أو واليا النّظر في الأقضية والنزاعات، إن كان أهلا لذلك، فوظيفة القضاء من وظائف الخلافة مندرج في عمومها، والخلفاء في صدر الإسلام الأول كانوا يباشرونه بأنفسهم، ولا يعدل إلى من سواهم، وأوّل من فوضه إلى غيره عمر رضي الله عنه، فولى أبى الدرداء المدينة، وولى شريحا البصرة، وولى أبى موسى الأشعري الكوفة، فتنازلوا عن هذه الوظائف لغيرهم لقيامهم بأمر الدولة، وشؤون السياسة العامة، وانشغالهم بالجهاد، والفتوحات، وسد الثغور، فإن كان غير أهلا له، وجب عليه نصب من يقيم العدل، ويحكم بين الناس بالحق، فالقاضي بمثابة نائب عن الخليفة في تنفيذ الأحكام[2]

فالأصل أن القضاء من الولايات، وهي لا تطلب ولا تسأل، قال صلى الله ليه وسلم: {{إنا والله لا نولي على هذا العمل أحدا سأله، لا أحدا حرص عليه}}[3]، وقال ابن عرفة: قبول ولاية

---

[1] القرافي، الذخيرة، 10 / 18

[2] ابن خلدون، مقدمة ابن خلدون 278 / 279

[3] أخرجه البخاري، حديث رقم: 7149

القضاء من فروض الكفاية، إن كان بالبلد من يصلحون لذلك، فإن لم يوجد إلا واحد، تعين عليه وأجبر[1].

وقال الباجي بوجوب السعي في طلبه إن علم أنه من أهله وخاف ضياع الحقوق إن لم يله، وكذا إن وليه من لا تحل ولايته، ولا سبيل لعزله إلا بطلبه.

وقيل يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولاية القضاء، أو لفقير عجز عن قوته، وقوت عياله إلا برزق القضاء، وقال خليل: وأجبر وإن بضرب، فيجبر على القضاء من لم يوجد غيره بالسجن والضرب[2]

وجاء في الحديث الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {{من سأل القضاء وكّل إلى نفسه، ومن أجبر عليه وكّل به ملك يسدّده}}[3].

ويجب على الخليفة أو الوالي، أو نائبه، الحرص على تولية من هو كفؤ للقضاء، بناء على الشروط التي يجب توافرها في القاضي، وهذا يكون بأحد الوجهين:

أولا – إما عن طريق الخليفة مباشرة، أو أحد أمرائه ونوابه الذين جعل لهم العقد في مثل هذا.

ثانيا – يكون عن طريق عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة من جماعة المسلمين لرجل منهم كملت فيه شرائط القضاء، وهذا بحيث لا يمكنهم مطالعة الإمام في ذلك، فيكون عقدهم له نيابة عن الإمـــــام، وهذا لا يتحقق إلا بحصول معرفه سابقة، أو عن طريق الامتحان والاختبار، فللخليفة أو نائبه أن يتأكد من صلاحية من انتخب للتصدي لقضاء بسؤاله وامتحانه، ليتأكد من علمه ومعرفته ودرايته بأمور القضاء.

---

[1] ابن عرفة، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت 803 هـ)، المختصر الفقهي، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1 / 2014، 9 / 95

[2] المواق، التاج والاكليل، 8 / 83.

[3] أخرجه ابو داوود، 3578

فقد اختبر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا حين بعثه إلى اليمن قاضيا حيث قال: {{بم تحكم؟ قال بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد: قال: أجتهد برأيي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسوله}}[1].

وإذا اشترط الإمام على القاضي أن يحكم بمذهب معين سواء وافق مذهب الخليفة أو لا، كان يقول للقاضي تحكم بمذهب مالك، ولا تحكم بمذهب أبي حنيفة، فالولاية صحيحة والشرط باطل، وإنّما يحكم القاضي بما أدّاه إليه اجتهاده، لأن الأصل في القضاء الحكم بالحق، وهذا في حق القاضي المجتهد الذي بلغ رتبة الاجتهاد، فإن لم يوجد قاضي مجتهد، فمقلد يلزم مذهب إمامه لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي للتّهمة بالميل، وأيضا لما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين[2].

ولما حلّت الخلافة العثمانية وضعت نظاما خاصا بها يحوي العديد من الفرمانات والقوانين قابلة للتعديل من حين لآخر، تماشيا مع تطور الدولة، واتساع الأماكن والأقاليم الخاضعة لحكمها، بحكم اتساع الفتوحات، فأنشأت المدارس العلمية الشرعية المسؤولة عن تخريج المدرسين والقضاة، والعلماء، فكان الطالب الذي تخرج ونال حق الملازمة، وهي مدة التدريب العملي التي يقضيها المتخرج إلى أن يجري تعيينه في إحدى وظائف التدريس، أو القضاء، وبعد أن يتقرر تعيين القاضي يعرض أمر التعيين على السّلطات حتى يكتسب الصّفة القطعية[3].

وهذا الذي ذكرناه هو بعض قواعد وإجراءات تعيين القضاة التي نص عليها الفقهاء، وكان معمولا بها زمن الخلافة الإسلامية،

أما في حاضرنا الحديث أنشئت معاهد تكوين وتخريج القضاة الشرعيين، وأيضا كليات الشريعة والحقوق التي تمنح شهادات علمية تؤهل حاملها لشغل منصب القضـاء، فهي تعتبر قرينة على كفاءة صاحبها، وأهليته لشغل هذا المنصب، ولا مانع أيضا من عمل مقابلة لفحص المتقدمين والتأكد من

---

(1) سنن ابي داوود، رقم 7454

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 23، المواق، التاج واكليل، 8 / 67

(3) إحسان أوغلي، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، 1 / 294 م 296

سلامة حواسهم ومعرفة قدراتهم ولياقتهم البدنية، وكذا التّحرّي عن عدالة المراد تعيينه، وخلوه من الموانع الشرعية، والريب التي تطعن في أهليته[1].

الفرع الثاني: انتهاء ولاية القضاء بالعزل أو الموت أو الاستقالة

ذهب فقهاء المالكية بالقول بعزل القاضي متى رأى الامام ذلك لازما، وتحقق به مصلحة، قال المازري[2]: إذا كان في العزل مصلحة للعامة، أمر الإمام بالمبادرة، فإن وجد الامام أفضل ممّن ولّي فله عزله لتولية الأفضل، وإن لم يجد أفضل منه، فلا يعزله، وقال أصبغ[3]: ينبغي للإمـام أن يعزل من قضاته من يخشى عليه الضعف، أو بطانة السوء، حتى لو أمن عليهم الجور، لأنه من بذل النصح للمسلمين.

وإذا ولي من فقد الاسلام، أو أحد شروط القضاء، كالعقل، أو الذكورة، أو الحرية، أو البلوغ، أو عرف بالجهل، فلا يصح حكمه ويرد ويعزل، وإذا تعارض ووجد عدل مؤمن لا علم له بالقضاء،

---

(1) كانت ولاية القضاء في التاريخ الاسلامي تنظر في كل ما يتعلق بقضايا النكاح والمواريث والأموال والعقود، ودعاوى المنازعات والمظالم وحقوق اليتامى والاوقاف والحدود والحسبة، الا انه في العصر الحديث قصر القضاء على النظر في مسائل الاحوال الشخصية في بعض البلدان، وتعددت مراتب التقاضي، وتميز القضاء الشرعي عن القضاء الوضعي.

(2) المازري المالكي هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري (453هـ – 536هـ)، أحد كبار علماء المالكية في بلاد المغرب الإسلامي، نزل المهدية من بلاد إفريقية. أصله من مازر: مدينة في جزيرة صقلية على ساحل البحر وإليها نسب جماعة منهم: أبو عبد الله. هو إمام أهل إفريقية وما وراءها من المغرب وصار الإمام لقباً له رضي الله تعالى عنه فلا يعرف بغير الإمام المازري، ابرز مؤلفاته، المعلم بفوائد مسلم: شرح صحيح مسلم. إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، 2 / 250

(3) أصبغ بن الفرج هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع الأموي القرشي (توفي سنة 225هـ)، فقيه ومحدث مصري بارز من علماء المالكية، وأحد أئمة المذهب المالكي الذين نقلوا علوم الإمام مالك بن أنس إلى مصر وساهموا في نشر المذهب هناك.، قيل لأشهب: من لنا بعدك؟ قال: أصبغ بن الفرج وقال بن وهب: لولا أن تكون بدعة لسورناك يا أصبغ كما تسور الملوك فرسانها قال بن اللباد: ما انفتح لي طريق الفقه إلا من أصول أصبغ، ابن فرحون، الديباج المذهب، 1 / 299 و300

وعالم ليس مثله في العدالة، ولم يوجد غيرهما، قدم العالم وان كان غير موثوق به في صلاحه[1]، واذا حكم القاضي وبلغه خبر عزله بعد إصدار الحكم، فإنه يكون نافذا لضرورة الناس وحاجتهم.

كما لا ينعزل القاضي بموت الخليفة، أو من عينه لأنه ليس نائبا عن نفس الخليفة، أما إذا عين القاضي نائبا له، فإنه ينعزل بموت القاضي، أو من عيّنه، ولا ينفذ حكمه بعد بلوغه عزل القاضي الذي عينه[2].

وإذا عزل القاضي نفسه طوعا أو اختيارا من نفسه، ولا يوجد به عجز يمنعه من القيام بأعباء الوظيفة، أو عذر يبرر عزله لنفسه، فإن هذا من حقه، ويرى بعض الفقهاء منعه من ذلك إذا تعلق لأحد حق بقضاءه.[3]

لكن ينبغي مراعاة ما إذا عزل القاضي نفسه بغير عذر، ولا يوجد من يقوم بمهامه ممّن توفرت فيه شروط القضاء، فإن هذا يؤدي إلى خلو منصبه؛ ممّا يؤدي إلى تضييع حقوق الناس، وفوات الكثير من المصالح، وهذا حرام شرعا، لأن منصب القضاء أصبح في حقه فرض عين، حتى يعلم بوجود شخص آخر يقوم مقامه، وتتوفر فيه شروط القضاء.

وإذا أقر القاضي على نفسه أنّه حكم بالجور والظلم، أو ثبت ذلك بالبينة القاطعة عليه، فإنه يعزل مع ترتيب العقوبة الزاجر له، ويشهّر ويفضح، ولا تصلح شهادته، ولا يولى أبدا، لأن حاله يكون أقبح من شاهد الزور في العقوبة والإثم[4].

---

(1) القرافي، الذخيرة، 127/10، ابن عرفة، المصر الفقهي، 9 / 115.

(2) الدسوقي، حاشي الدسوقي على الشرح الكبير، 6 / 10

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 88.

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 80.

الفرع الثالث: الشكوى من القاضي

وهي نوع من أنواع الرقابة على القاضي للتأكد من صلاحيه قضائه وعدله، والحرص على القيام بواجبه، وهي أيضا من أسباب ودواعي العزل إذا ظهر ما يشين بتصرفات القاضي، أو يطعن في أحكامه، فللخصم أن يرفع شكوى للحاكم بذلك، أو يبين وجود علاقة بينه وبين خصمه، أو عداوة له، أو قبل هدية، فللحاكم أن يرد القاضي فقط دون عزله كلّيا، فلا ينظر القضية، ويعوض بقاض آخر دفعا للشبهة والتحيّز للخصم، وهذا نوع من أنواع الرقابة على القاضي.

وقد اختلف في عزل من اشتهر بالعدالة بتظاهر الشكوى

قال مطرف[1]: ليس عليه عزل إذا اشتهر بالعدالة والرضا، وقال أصبغ: أحبّ إلي أن يعزل، وإن كان

مشهورا بالعدالة، ويكون إجراء الكشف عن طريق إرسال الخليفة، أو نائبه من يثق بهم من أهل بلده يسألهم عن حال القاضي سرّا، فإن صدقوا ما قيل فيه من الشّكية عزل، وإن كان غير ذلك أبقاه بعد النّظر في أقضيته والتحقق منها، فما كان منها غير موافق للحق، أو فيه جور حمل على الخطأ، وهذا الإجراء وإن في ظاهره يتعارض مع مبدأ استقلالية القضاء، فالقاضي نائب عن الخليفة والإمام، ومن واجبه مراقبة نوابه وعماله، وقضاته فيما ووكّلوا به ليطمئن إلى سير أعمالهم على الوجه المشروع وهو من باب التعاون على التقوى.

وإذا اختار الإمام عزل القاضي بغير جرح، وإنّما لمصلحة يقدرها، فعليه أن يبين للناس موجب عزله، ويبرئه ممّا قد يشينه، ويعلم الناس ببراءته ويشهر ذلك بين الناس.

---

[1] مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار اليساري الهلالي، أبو مصعب (ويُقال: أبو عبد الله): كان مولى ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين رضي الله عنها، زوج النبي صلى الله عليه وسلم. يُعتبر من أعلام العلماء والفقهاء، إذ نشأ في أسرة علمية، فجده سليمان بن يسار كان من الفقهاء المعروفين، وكان مطرف وإخوته (عطاء، وعبد الله، وعبد الملك) مكاتبين لميمونة رضي الله عنها. أخذ العلم عن الإمام مالك وعن غيره من العلماء. توفي في صفر سنة 220هـ بالمدينة المنورة، عن عمر ناهز 88 عامًا.ابن فرحون، الديباج المذهب، 2/ 340 ـ القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك/ 3/ 133

ورفع الشكوى ضد القضاة تكون في حدود معينة، منها السّرية في إجراء الاستقصاء، حتى لا يمكّن العامة من خصومة قضاتهم إن كانوا عدولا، فيستهان بذلك ويغير صدور العامة على أولياء الأمور.[1]

المطلب الثالث: أعوان القضاة ومساعديهم

تحتاج وظيفة القضاء إلى أعوان أكفاء يعينون القاضي على معالجة ما يعرض عليه من قضايا ورفدها معه حتى يصدر الحكم على وجه الحق، فأعباء القضاء كثيرة، لذا وجد من يساعده في ذلك من أعوان ومستشارين من أهل العلم والفقه، والكفاءة، ومنها أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدل، ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى بهم إلى التوصل إلى الحق، ويخفف عنه فيما يحتاجه من الاستنابة، كالنظر في الوصايا، والأوقاف وغيرها[2].

فمن هؤلاء الأعوان؟ هذا ما سنقف عليه في هذا المطلب:

أولا: نائب القاضي:

وهو الشخص الموكل بتأدية مهام القاضي في حال غيابه، أو وجود عذر يمنعه كالمرض، والسفر، بعد استئذان الإمام[3].

ثانيا: المستشار

يجب للقاضي أن يجالسه الفقهاء والعدول الذين يحتاج فقههم وشهادتهم، فيشاورهم في القضايا التي يشكل عليه أمرها، وهذا على شرط أن يكون القاضي عالما بالحكم، فإذا أشير عليه وهو جاهل لم يعلم إن كان حكم بالحق أو بالباطل، لم يجز لأنه جاهل، وتقدم المنع في تولية القاضي الجاهل، وإذا

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 6 / 16 . ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 86.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 6 / 36

(3) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني، المالكي (ت 954هـ)، دار الفكر،1992، دمشق سوريا،6 / 105 / المواق، التاج والاكليل، 8 89

عزم على الاستشارة، فلا يشاور إلا من يستأهل أن يشاوره لعلمه ودينه، ونظره ومعرفته بأحكام من مضى، فلا يقضي القاضي الا بحضرة أهل العلم والورع ومشاورتهم[1]، قال تعالى: ﴿**وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ**﴾ آل عمران [159]، وهذا خطاب للنبي صلى الله عليه وسلم وهو مستغني عن مشاورتهم، ولكنه أراد أن يكون سنّة للحكام بعده.

وقد تقرّر عند العلماء أن الذي لا يستشير أهل العلم والدين وجب عزله؛ وهذا ممّا لا خلاف فيه، والشورى مبنية على اختلاف الآراء في النوازل، ومستشكل القضايا، لا في مسائل الحلال والحرام والحدود، فهي قوانين الشّرع المقرّرة بالنص[2].

ثالثا: الكاتب

وجب على القاضي اتخاذ كاتب[3] يسجل وقائع الخصوم حسبما يملي عليه القاضي، وقيل بالندب، واشترط عليه أن يكون عدلا، وعلى قدر كاف من الفقه والدراية بأمور الكتابة والخط، وفي الأنظمة المعاصرة يعدّ وجود الكاتب ضروريا، ولا تعقد الجلسات إلا بحضوره.

واشترط في الكاتب عدة أوصاف:

العدالة، الرأي، العفة، الاسلام، فلا يستكتب الذّمي، العلم بأحكام الكتابة[4].

---

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 38، 41

(2) الثعالبي، عبد الرحمان الثعالبي ت 875هـ، الجواهر الحسان في تفسير القرءان، تحقيق محمد علي والشيخ عادل احمد، دار احياء التراث العربي، ط1، 1418هـ بيروت لبنان. 2 / 140.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/ 35

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 35

رابع: الحاجب والبواب[1]:

والحاجب وظيفته تقديم الخصوم إلى القاضي حسب ترتيب حضورهم، ويؤخر من جاء بعد حتى يفرغ السابق من قضيته.

وأما البواب: فوظيفته تنحصر في ملازمة الباب البرّاني الخارجي لمنع دخول من لا حاجه له، وكلاهما على وجه الجواز في اتخاذهما، سواء كان ذلك لحاجة، أو لغير حاجة، ويضاف إلى ذلك اشتراط الثقة والعدالة فيهما.

خامسا: المترجم

وهو الشخص الذي يخبر القاضي بمعنى لسان المدعي الذي لا يفهمه القاضي، أو المدعى عليهم، أو الشهود، ويشترط فيه العدالة والصلاح.

وجاز أن يوجد مترجمان اثنان، لأنه أوثق وأضمن، ولا بأس بترجمة امرأة عدل عند الحاجة.

واشترط بعض الفقهاء أن يكون المترجم متعدد اثنان فما فوق على وجه الوجوب، ومن شروطه الحرية، والعدالة، والإسلام[2].

وفي رأي الباحث أن جميع هذه الشروط قد لا تتحقق مجتمعة، خاصة إذا كانت هناك حاجة إليه، فلا بأس بالاستعانة بمترجم حتى لو لم تتحقق فيه الشروط، كالإسلام، والحرية، وقد يقاس هذا الحكم بقول الطبيب النّصراني فيما اضطر اليه.

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،4 / 138، الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (ت 1099هـ)، شرح الزرقاني لى مختصر خليل، صححه عبد السلام محمد امين، دار التب العلمية، ط1: 2002، بيروت لبنان، 7 / 240.

[2] الدسوقي، نفس المصدر،4/ 139.

سادسا: المزكّي والشهود

يختار القاضي من يزكّي له الشهود فينصب رجلين يسألان عن حال الشهود، ويكون كشفهم في الّسر، ويجزئ الواحد المتنبه المأمون.

سابعا: الشهود

قال الدسوقي في حاشيته: وهؤلاء يحضرهم القاضي وجوبا يحفظ الإقرارات التي تصدر عن الخصوم خشية جحد الإقرار والحكم[1].

والمشهور أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان، فيكون إحضاره للشهود واجب، وإلا فلا فائدة في جلوسه، وهو الراجح من مذهب الإمام مالك رحمه الله في القول بوجوب الاشهاد.

ويوجد رأي آخر ينسب إلى مطرف، وابن الماجشون، وأصبغ وسحنون، إلى أنه يحكم بما سمع، وإن لم يشهد عنه بذلك.

ولا يفهم من وجوب الشهادة إحضار الشهود للشهادة، وإنما وجود أعوان القاضي القريبين منه بحيث يمكن أن يستدعيهم للحاجة، وهم الشهود المقامون عنده من الأعوان.[2]

المطلب الرابع: رواتب القضاة وأعوانهم[3]

الأصل أن القضاء كسائر الولايات لا يؤخذ عنه أجر ولا عوض، لأنه فرض تعيّن عليه، فمن كان غنيّ فإنه ينهى عن أخذ العوض على القضاء، أكان ذلك من بيت مال المسلمين، أو من المتداعين أنفسهم، ولكن إذا كان محتاج فلا بأس أن يأخذ من بيت المال، لأن القضاء لا يترك له الكسب.

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4/ 139

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 36، الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4 / 139، الحطاب، مواهب الجليل، 6، 118.

[3] القرافي، الذخيرة، 10 / 79.، ابن فرحون، تبصرة ألحكام، 1 / 33

وقد أجرى عمر بن عبد العزيز للقاضي مائة دينار[1] في السنة، وكان يوسع على عماله ويقول: ذلك لهم قليل إذا أقاموا كتاب الله وعدلوا.

أمّـا إذا لم يتعيّن عليه القضاء، ووجد الإمام من يتطوع للقضاء من أهل الولاية، لم يجز أن يولي من يطلب عليه الرزق، لأن بيت المال للمصالح، ولا مصلحة في الدفع إليه مع وجود المتبرع.

وفي عصرنا الحديث فإن الدولة تخصص للقضاة مرتبات ومكافأة، وتوسع لهم في أرزاقهم كما توفر لهم السكنى، ويخصص لكل قاض يعيّن في كل بلد.

قبول الهدية والرشوة:

ومن الأمور اللازمة في حق القاضي عدم قبول الهدية، وهو مذهب الإمام مالك، لأن قبول الهدية مظنة لدخول الفساد عليه، وهي ذريعة للرشوة ويلحق بالهدية المنفعة وانشد بعضهم

إذا أتت الـــهدية دار قـــوم تطايرت الأمـــــانة من كـــــواها

ولله درّ القائل: تزود حـــــكمة منـــــــــّي وخلّ القيـــــلا والقـــــــــــالا

فساد الـــــدّين والدنيـــــا قبـــــــول الحـــاكم المـــــالا

ولا يقاس بقبول النبي صلى الله عليه وسلم الهدية، وذلك لأنه معصوم، قال عمر ابن عبد العزيز لما رد الهدية، وقيل له أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل الهدية، قال: هي له هدية ولنا رشوة، لأنه كان يتقرب إليه لنبوته، ونحن يتقرب إلينا لولايتنا.[2]

---

[1] الدينار: عملة ذهبية يقدر وزنها 4،25 غ من الذهب وهو الوزن الشرعي ويقابله اثنين وسبعين حبة من الشعير، وهو الذي أقره النبي صلى الله عليه وسلم، ويرتبط به أحكام ومعاملات شرعية منها الأنكحة والحدود والزكاة، مقدمة ابن خلدون: 1 / 125 و126ا، أما هذه الأوراق النقدية فلا قيمة لها ولا حقيقة سوى الحبر الذي طبعت به، أو الورق المستخدم، وهي غش وسلب لثروات الشعوب.

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 33

واستعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من بني الأزد يقال له ابن اللّتبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا أهدي إلي، فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فقال: ما بال أقوام، نبعثه على بعض أعمالنا فيقول: هذا لكم، وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أبيه وأمّه فينظر يهدى إليه أم لا، والذي نفسه بيده لا يأخذ احد منها شيئا إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته[1].

وإذا امتنع القاضي عن تنفيذ ما تبين له الحق إلا بعد أن يعطى له شيء على سبيل الرشوة، فحكمه مردود غير جائز، ولا ينفذ قضاؤه، ولا يصير قاضيا. [2]

المبحث الثاني: أصول المرافعات الشرعية العامة

المرافعات في اللغة: بمعنى الشكوى الى الحاكم، جاء في قاموس المحيط رافعه الى الحاكم أي شكاه.[3]

أما في الاصطلاح لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا المصطلح من حيث دلالته على الشكل الذي هو موجود في عصرنا الحاضر، وإنما أطلق عليه قديما علم الأقضية والشهادات، أو كتاب القضاء، ومسطرة القضاء الشرعي الممثل في أصول المرافعات الشرعية التي تشير إلى الإجراءات والخطوات المتبعة في النظام القضائي الشرعي أمام الجهاز القضائي لحل النزاعات المعروضة، والفصل في القضايا والخصومات وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية[4]. هذه المسطرة تشمل مجموعة من القواعد والضوابط التي تهدف إلى ضمان سير العدالة بطريقة عادلة ومنظمة، بدءا من تقديم الدعوى وحضور الخصوم الى مجلس القضاء، إلى حين تحرير وثيقة الحكم النهائي الذي انتهت اليه الدعوى.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب من استعان بالعمال على الصدقة (الحديث رقم 7174). صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال (الحديث رقم 1832).

(2) الزرقاني، شرح الزرقاني، 7 / 230.

(3) الفيروزأبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت 817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط الثامنة: 2005، بيروت لبنان، 923.

(4) بدر الدين الزيتي، بدر الدين الحميدي، دراسة مصطلحية مصدرية في كتاب منهاج الناشئين من القضاة والحكام، لأبي الشتاء الصنهاجي (1365هـ)، ط الاولى: 2019، مطبعة طارق فاس المغرب، 14.

وبناء على ذلك نستخلص أن أصول التقاضي، أو المرافعات الشرعية، هي مجموعة الخطوات المتبعة في رفع الدعوى أمام القاضي، وتشمل النظام القضائي، وقواعد الاختصاص، وتنفيذ الأحكام القضائية.

فيما يلي توضيح لأهم جوانب مسطرة القضاء الشرعي.

المطلب الأول: أهمية أصول التقاضي والمرافعات الشرعية

لما كان القضاء الشرعي يستمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية، سواء كان من الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو من سائر الأدلة الشرعية المعتبرة، وبما له من أهمية في حفظ حقوق الناس ونشر العدل ودرء الفساد والظلم، كان لابد من وجود تنظيم يوضح اجراءاته واختصاصه، والتعامل مع أطراف الدعوى والخصوم وسير الخصومة، وتقديم الأدلة الإثباتية والدفوع والفصل في الخصومة، وإصدار الحكم، وإجراءات الطعن في الدعوى، إلى غاية تنفيذ الحكم النهائي القطعي.

وليس القصد من وضع وبيان إجراءات التقاضي الشرعية، هو مضاهاة أحكام الشريعة الإسلامية، وإنما هذه القواعد مبثوثة في بطون أمّهات كتب الفقه الاسلامي الزاخر بالأحكام القضائية الشرعية المستنبطة أصلا من أدلة شرعية، تضمّنها القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومصادر التشريع الإسلامي المختلفة.

والقصد من وضع هذه القواعد والإجراءات تنظيم وتسهيل أعمال القضاء، وما يتصل به لحاجة الناس لذلك، خاصة مع ضعف الوازع الدّيني، وحدوث أقضية ونزاعات جديدة، كما في القاعدة الذهبية، يحدث للناس من الأقضية، بقدر ما أحدثوا من الفجور، فالقضاء مؤسسة مستقلة يناط بها عبء ثقيل من مسؤولية فض النزاعات، وحفظ الحقوق، ونشر العدل، ورد المظالم، فإن كان تنظيمها محكما واجراءاته ميسورة وواضحة، أدت دورها كاملا على أفضل وجه، واطمأنّ الناس وخفّت الأعباء، وحفظت الحقوق، وهذا كلّه من مقاصد الشريعة الاسلامية، ومن أهم خصائصها، وهي المرونة في الوسائل والثبات في الأصول.

المطلب الثاني: أصول التقاضي العامة في القضاء الشرعي

نبين في هذا المطلب مسائل تعد أصولا في القضاء بيّنها العلماء، وهي تخدم السير الحسن لعملية القضاء، وتعدّ بمثابة قواعد عامة قضائية،

. وجوب العدل بين الخصوم

يرى المالكية وجوب التسوية بين الخصوم في دخولهم على القاضي والإقبال عليه واستماعه منهم، والنظر إليهم، وإن كان أحدهما مسلما شريفا والآخر كافر، كما يقدم المسافر على الحاضر وجوبا في سماع الدعوى إلا لضرورة، ثم السابق الى مجلس القضاء على المتأخر[1]، جاء في وصية عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى رضي الله عنهما: {وسوّ بين الناس في مجلسك وعدلك، ووجهك، حتى لا يطمع الشريف في حيفك، ولا ييأس الضعيف من عدلك}، لكن بعض آخر من الفقهاء يرى جواز رفع المسلم على الذمي[2]، فالأول ظاهر مذهب مالك رحمه الله، ورسالة عمر رضي الله عنه، والقول الثاني لمالك أيضا.[3]

والذي أرجحه: جواز رفع المسلم العدل، ذي الهيئة والقدر والمكانة، على سواه، سواء كان ذمياً أو مسلماً.

. الأصل الثاني: البينة على المدعي واليمين على من أنكر

وهذه أعظم قاعدة في القضاء، وأصل هذه القاعدة الجليلة الحديث النبوي الشريف من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {{لو يعطى الناس بدعواهم

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4 / 142

(2) الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 7 / 246

(3) خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت 776هـ)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م، مصر، 7 / 434.

لدعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر}}[1]، وقد بين العلماء أن الحكمة في كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر، أن جانب المدعي ضعيف، ودعواه خلاف الأصل والعرف، ولأن الأصل خلو الذّمة وبراءتها من التهمة إلا بالحجة، وهي البينة، وأما جانب المدعى عليه فقوي لموافقته الأصل والعرف، أي براءة الذمة، فعدل إلى الحجة الضعيفة، وهي اليمين، فالمدعى عليه أقوى المتداعيين سببا، والمدعي أضعفهما،[2] والمدعيان من الأركان السّت في القضاء، كما سنبينه في أركان الدعوى عند تناول الفصل الخاص بإجراءات التداعي في الفقه المالكي.

الأصل الثالث: جواز الطعن ونقض حكم القاضي

إن من أهداف القضاء في الإسلام تحقيق العدل المطلق، ويلزم من هذا أن يحكم القاضي بالحق ولا يحيد عنه، فأينما وجده حكم به، ونقض الحكم في الفقه الإسلامي يعني إبطاله وكأنه لم يكن، أو لم ينشأ أصلا، وهو غير النقد المستعمل عند فقهاء القانون الوضعي الذي هو أحد طرق الطعن بقصد التقويم القانوني في الحكم المطعون فيه.

وطلب نقض الحكم حق لكل من يعلم به، إن على مستوى القاضي، أو الخصوم، أو أي شخص ليس له صله بالقضية، وهو من باب سلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ومن الصور التي ينقض فيها الحكم:

الجاهل الذي لم يشاور، ولو وافق حكم الصواب[3] ويرى بعضهم أن أحكام العدل الجاهل على الجواز إذا حكم برأيه ولم يشاور العلماء، فأحكامه تتصفح ولا يرد منها إلا الخطأ.

---

(1) سبق تخريجه، مسلم، 3 / 1336.

(2) ميارة الفاسي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت 1072هـ)، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، تحقيق محمد سالم، دار الحديث، 2011، القاهرة، 1 / 16

(3) الجاهل المقصود به عند فقهاء المالكية هو العدل المقلد، الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 7 / 264

ـ أن يخالف نصا قاطعا من الكتاب والسنة والإجماع وعمل أهل المدينة، لأن عمل أهل المدينة مقدم على الحديث الصحيح[1]، وقد نص العلماء على أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع، وينقض ذلك إذا وقع على خلاف الإجماع، كمن حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد، لأن حرمان الجد بالكلية لم يقل به أحد من الأمّة[2].

ـ إذا حكم القاضي في المسائل المجتهد فيها لا ينقض، أي إذا حكم القاضي في مسألة خلافية بين العلماء، فلا يصح لقاضي الآخر نقض الحكم، لأن الحكم نص من الله تعالى على لسان الحاكم.

ـ أن يجتهد فيظهر له الصواب في غير ما حكم به عن طريق الاجتهاد، فيرجع إلى ما ظهر له.

ـ أن يحكم بالظن والتنجيز دون اجتهاد في الأدلة فينقضه هو وغيره [3].

ـ إذا حكم في قضية فيها اختلاف، ووافق قولا شاذا نقض حكمه، لأنه خالف الإجماع أيضا في هذه المسألة

ـ إذا قضى القاضي في مسألة ثم يرى ما هو أحسن منه، فيريد الرجوع عنه إلى ما رأى، فله ذلك إن كان على ولايته التي قضى بها القضاء الأول الذي يريد الرجوع عنه، وأما إذا كان القضاء الأول صدر عن قاض غيره لم يجوز له نقضه.[4]

المطلب الثالث: قواعد الاختصاص القضائي

الاختصاص القضائي هو مصطلح قانوني ويقابله في الفقه الإسلامي مصطلح الولاية، فالاختصاص القضائي يعني ولاية القضاء كما أن الشريعة الاسلامية لم تقم بوضع حد معين لما يدخل في نطاق اختصاص القاضي من توليه النظر في الدعاوى، وإنما ترك لولي الأمر أن يخصص ذلك بما

(1) الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 7 / 264.
(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 78.
(3) القرافي، الذخيرة، 10 / 134.
(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 80.

تقتضيه المصلحة، فقد أجاز الفقهاء أن تكون الولاية عامة للقضاء تشمل كل الدعاوى، أو خاصة ببعض الأنواع من حيث المكان أو النوع حسب المصلحة.

وعرّف بعض المعاصرين قواعد الاختصاص بأنها القواعد التي تحدد المنازعات والقضايا والمسائل التي تدخل في سلطة كل المحكمة[1]، وإجمالا أن الاختصاص القضائي، هو توزيع الاختصاصات على القضاة وتقيدها بالنوع والمكان محل النزاع.

الفرع الأول: الولاية العامة في القضاء

يقصد بالولايات العامة أن يعطي الإمام القاضي الحق في النظر في جميع الدعاوى والخصومات والأحكام، وللقاضي النظر في جميع وجوه القضاء من القليل والكثير بلا تحديد، عام حكمه في جميع النواحي من أبواب الفقه أو بعضها، كالنظر في الوصايا والأحباس والقسم والمواريث، والنظر في مال الغائب والأنساب، واليتامى، والجراحات، والإثبات، والتسجيل[2].

الفرع الثاني: الولاية الخاصة في القضاء

وهي الولاية التي يحدد فيها الإمام اختصاص كل قاض، أو أن ينصّب أكثر من قاض يستقّل كل واحد منهم بناحية يحكم فيها، ولا يتوقف إنفاذ حكمه على غيره، ويقتصر نظر القاضي فيما حدد له بناء على إذن الإمام، ولا يجوز له أن يقضي في غير ما تولاه من الأقضية والأحكام، بناء على أن ولاية القضاء تنعقد عامة وخاصة.

وقسم الفقهاء الولاية الخاصة إلى عدة أنواع نذكر منها:

أولا: الاختصاص الوظيفي، أو الموضوعي، أو النوعي

حيث ينظر القاضي في نوع معين من القضايا أو الأحكام، ولا يجوز له النظر في غيرها من القضايا.

---

[1] عبد الناصر ابو البصل، أصول المحاكمات الشرية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة ط 1، 2005، عمان ـ الاردن. ص88.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4 / 134.

ومن أمثلة ذلك: قاضي الأنكحة وما يتعلق بها، وقاضي الشرطة وقاضي المياه[1].....إلخ.

ـ الاختصاص بالنظر في القضايا بمذهب فقهي معين، وأن لا يخرج عليه، كمن كان قاضيا على مذهب مشهور عليه أهل البلد، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أداه اجتهاده إلى الخروج عنه، والنهي هو لتهمة أن يكون خروجه حيفا أو هوى وتشهّي.

لكن هذا الشرط بعدم الخروج، هو عمل بمقتضى السّياسة، خلافا لمقتضى الأصول باتباع المجتهد مقتضى اجتهاده.[2]

ـ تعدد القضاة في البلد الواحد، حيث ينفرد كل واحد منهم بالنظر فيما يرفع إليه، قال الباجي: وهو جائز، ودليله إجماع الأمة، لأنه لم يختلف أحد من زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين في زمن من الأزمان ولا بلد من البلدان.

وهذه التّولية مخصوصة في الولاية الخاصة دون العامة، كما أنه مخصوص بالقضاء دون ولاية التحكيم، بمعنى أن جواز تعدد القضاة لا يعني أن يشركوا في قضية واحدة ليتوقف حكم كل منهم على رضا صاحبيه، لأن الحاكم لا يكون النصف حاكم، بخلاف التحكيم في النوازل، فيجوز وقد فعله علي ومعاوية في تحكيمهما أبا موسى الأشعري، وعمرو بن العاص رضي الله عنه أجمعين.[3]

ـ أن يحكم القاضي في مسألة معينة مع وجود شرط للخليفة، أو استثناء، كأن يقول للقاضي المالكي لا تقضي في الأموال بالشاهد واليمين، والقاضي الحنبلي بمنع الإجارة الطويلة، فيجوز للخليفة

---

(1) الخرشي، أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، الطبعة: الثانية، 1317هـ، مصر، 7 / 144.

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 6 /99.

(3) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي(ت474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الاولى،1332 هـ، 7 / 131.

أن يستثني على القاضي، أو أن يحكم في قضية بعينها وتنتهي ولايته بالفصل والحكم فيها، أو لا يحكم بين فلان وفلان بعينه[1].

المطلب الرابع: الاختصاص المكاني

وكما أن ولاية القضاء تعّم وتخص باعتبار نوع الأحكام، فكذلك تخص باعتبار المكان والمحّلة والاقليم، فللخليفة أن يعيّن القاضي في مكان معين ليحكم فيه، وتنتهي ولايته في ذلك المكان المحدد له، وليس له ولاية فيما عدا ذلك بناء على قاعدة الاختصاص المكاني أو المحلي.

قال ابن عرفة: (يجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخصّ كلّ منهما بناحية من البلد)،[2] وإذا اختلف الخصمان في من يذهبان إليه من القاضيين، أجيبت للسابق منهما من رسل القاضيين بالمحّلة، وإن لم يكن لأحدهما ترجيح بسبق الطلب على الأخر، أقرع بينهما[3].

ومن القواعد التي تخدم الاختصاص المكاني مـــــــا:

. يلي اختصاص القاضي بمحل إقامة المدعى عليه:

الأصل إقامة الدعوى محل إقامة المدعي عليه بناء على القاعدة الشرعية، {أن المدعى عليه خال الذّمة والالتزامات}، فلا يجبر المدّعى عليه الحضور إلى بلد المدّعي، سواء كان الخصام في أصل، أو دين، أو في الذمّـــة.

وهذا إذا كان المدعى عليه مقيما بالبلد، فإن خرج عن بلده، فإن كان في ذمته دين طلبه منه أين وجده، وحاصله أن المدعى عليه إذا لم يخرج من بلده، فليست الدعوى إلا هناك، سواء كان المتنازع فيه داخل البلد، أو خارجه[4].

---

(1) الزرقاني، شرح الزرقاني لخليل، 7 / 235.

(2) ابن عرفة، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، المختصر الفقهي، 9 / 110.

(3) المواق، التاج والاكليل، 8 / 98.

(4) التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، 1 / 64.

وذكرت مسألة في كتب المالكية، وهي سؤال ما نصه: سئل عيسى عن الرجل من أهل قرطبة تكون له الدّار، أو الحق بجيّان، فيدعي رجل من أهل جيّان يريد مخاصمة القرطبي عند قاضي جيّان حيث الدّار، أو الحق المدعى فيه، أيرفع معه القرطبي المدعى عليه إلى هناك؟ فأجاب: لا، وإنما يكون الحكم بينهما حيث المدعى عليه.

قال ابن حبيب [1]: تعقيبا على ذلك: ولا يلتفت إلى حيث المدعي، ولا إلى حيث الدار التي ادعيت،[2] وأما إذا خرج المدعى عليه من بلده، فتكون الخصومة أمام القاضي في محل الأصل المتنازع عليه، كالدّار، أو العقار إذا لقيه هناك، وللمدعي أن يحبسه للمخاصمة في ذلك المحل، وإن كان دينا طالبه به حيث وجده.[3]

الفرع الثاني: وصاية القاضي على من هو تحت ولايته، وتعيين الأوصياء والأولياء في محل إقامته

يجوز للقاضي تعيين الأوصياء والأولياء على فاقدي الأهلية، والقصّر في حال فقد الولي، أو الوصي، أو الناظر، إما بالوفاة، أو الغيبة، لأن القاضي ولّي من لا ولّي له، ومثاله: للقاضي الحق في تزويج المرأة التي لا ولّي لها إذا كانت في محل ولايته، وإن لم تكن من أهلها، أي محل ولاية القاضي، كالشامية بمصر، وإذا غيرت إقامتها بعيدا عن محل ولاية القاضي، فليس له أن يزوجها، كما يجوز للقاضي أن ينظر في بعض شأن الأحداث والأوقاف إذا غاب الناظر عن الوقف إذا احتاج الوقف إلى ذلك، مراعاة للمصلحة، ويمضي ما فعله القاضي، وليس للناظر إبطال ما فعله في غيبته.

---

(1) عبد الملك بن حبيب، كان: عبد المِلك بن حبيب رحمه الله نَحَوياً، عُرُضياً شاعِراً، حافِظاً لِلأخبار والأنساب والأشْعار؛ طويل اللّسانِ، مُتَصَرِّفاً في فُنون العلوم. رَوى عنْه مُطَرِّف بن قَيْس، وبَقيّ بن مَخْلَد، وابن وضّاح، ويوسُف بن يَحيى المغاميّ في جَماعة، كان المغاميّ آخرهم مَوْتاً. وتوفّي: عبد المِلك بن حبيب) رحمه الله (في أوّل وِلايَة الأمير محمد رحمه الله: سنة ثمان وثلاثين ومائتين قال عنه ابن لبابة: هو عالم الاندلس ـ. ابن الفرضي، تاريخ علماء الاندلس، صححه عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م 1 / 315

(2) عبد الملك بن حبيب، عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي، الأحكام، تحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف قطر، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 هـ، 70.

(3) التسولي، البهجة، 1 /64

المطلب الخامس: مستند الحكم

الفرع الأول: المقضي به ومستند القضاء، إما من كتاب الله عز وجل، أو السنة النبوية وخبر الآحاد إذا صحبه عمل، والعمل مقدم على خبر الآحاد، واجماع الصحابة إن اختلفوا قضي بما صحبه العمل والقياس، وإن لم يجد قضى باجتهاده بعد مشاورة أهل العلم.

أولا: القرآن الكريم

أجمع الفقهاء على وجوب القضاء بكتاب الله، والعمل به، ولا يجوز أن يتعدى إلى غيره، قال تعالى: ﴿**إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَا أَرَىٰكَ ٱللَّهُ**﴾ النساء [105]

وقال سبحانه أيضا: ﴿**وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ**﴾ المائدة[49].

ثانيا: السنة النبوية الشريفة

فإن لم يجد في كتاب الله الحكم انتقل إلى السنة النبوية المطهّرة التي صاحبها العمل، فإن كان خبرا صحبت غيره الأعمال قضى بما صاحبته الأعمال، وهذا أصل من أصول الإمام مالك رحمه الله، إذ العمل مقدم على خبر الآحاد، فإن لم يجد في السنة، نظر في أقوال الصحابة المتفق عليها، فإن اختلفوا قضى بما صحبته الأعمال، ولا يخالف جميع الصحابة.[1]

ثالثا: الإجماع

والحكم بما هو من اجماع التابعين بعد الصحابة رضي الله عنهم، وكل عصر من العصور ينعقد الإجماع إلى يوم القيامة، لقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا**﴾ النساء [74]، وقوله صلى الله عليه

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 64

وسلم{{لَنْ تَجْتَمِعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ فَعَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ يَدَ اللَّهِ عَلَى الْجَمَاعَةِ}}[1]، فالله ضمن حفظ الجماعة فلم يجز عليهم الغلط والسهو[2].

رابعا: الاجتهاد

يقضي القاضي فيما يؤديه إليه النظر والاجتهاد في القياس على الأصول بعد مشاورة أهل العلم، فإن اجتمعوا على قول عمل به، وإن اختلفوا نظر في أحسن أقوالهم واختاره، وإن رأى خلاف رأيهم، قضى بما رأى إذا كان نظيرا لهم، لأن التقليد لا يصح للمجتهد، وإنما يصح له التقليد ما لم يتبين له في النازلة حكم.

ـ هل للمجتهد أن يترك النظر والاجتهاد، ويقلد من قد نظر واجتهد؟

اختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول له ذلك، وقيل ليس له ذلك، وقيل ليس له ذلك إلا أن يخاف فوات النازلة. [3]

خامسا: القضاء بالراجح من الأدلة في المذهب

إذا كان القاضي مجتهدا لا يجوز له أن يقضي إلا بالراجح عنده، وأما بعد انقطاع الاجتهاد المطلق والمقيد، فالواجب على القاضي التقليد والمشورة والوقوف عند مشهور مذهبه، أو ما جرى به العمل عند قضاة العدل، فمن حكم بقول شاذ أو ضعيف لم يصحبه عمل المتقدمين نقض حكمه. واعتمد أهل الأندلس وإفريقية في الفتيا والقضاء على قول ابن القاسم[4].

---

[1] الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، عام النشر: 1414هـ، 1994 م، القاهرة، حديث رقم: 9100، 5 / 218.

[2] القرافي، الفروق، 4 / 54

[3] الزبيدي، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، 1339 هـ، تونس، 1 / 22

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 65

وهو المشهور في المذهب[1].

الفرع الثاني: نقض أحكام الفاضي

تنقض أحكام الفاضي إذا خالف نص القرآن والسنة والإجماع، ينقض حكمه هو وغيره، أو قياس جلي ينقض حكمه فهو وغيره.

- إذا كان يلزم مذهبا معينا ويحكم بتقليده لا اجتهاده، فحكم فغلط، نقض حكمه هو دون غيره.
- إذا اجتهد فظهر له الصواب في غيره ما حكم به من طريق الاجتهاد، فيرجع إلى ما ظهر له.
- أن يحكم بالظن والتنجيز دون اجتهاد في الأدلة، فينقضه هو وغيره لأنّه فسق.
- إذا قضى في مسألة ثم يرى ما هو أحسن منه، فيريد الرجوع عنه إلى ما رأى فله ذلك إذا كان على ولايته التي قضى بها القضاء الذي يريد الرجوع عنه.
- أما إذا كان القضاء الأول صدر عن قاض غيره لم يجز له نقضه[2].
- أن يقصد مذهبا فيصادف غيره سهوا، ينقضه هو دون غيره، لأن ظاهره الصحة، وغلطه لا يعرف إلا من قوله، ولا يتصور ذلك في من تقدّمه، لأنه لا يطالع على غلط من تقدّمه إلا بقيام البينة على ذلك[3].

---

(1) عند المالكية، يُعَدُّ "المشهور" أحد درجات الأحكام في الفقه المالكي، وهو يُعَبِّر عن الحكم الذي عليه جمهور علماء المذهب المالكي، أي الأكثرية منهم، مع احتمال وجود رأي مخالف داخل المذهب. يُعتبر "المشهور" مرتبة أقل من "المتَّفَق عليه" في المذهب، ولكن أكثر اعتبارًا من "القول الضعيف" أو "الشاذ" الذخيرة للقرافي: يتعرض القرافي لمفهوم "المشهور" ويوضح كيف يُستدل به في الفقه المالكي، وكذا المدونة الكبرى للإمام مالك (جمعها سحنون): تعتبر "المدونة" أحد المصادر الأساسية للمذهب المالكي، وتحتوي على أحكام عديدة مشهورة داخل المذهب، القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ، شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة الطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1987م

(2) الذخيرة، للقرفي، 10 / 134

(3) خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي: التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، 8 / 425

- ونقض حكم القاضي الجائر ولو صادف الحق إذا كان معروفا بذلك، فإن جميع أحكامه ترد وافقت الصواب أو كانت خطا، لأنه لا يؤمن حيفه، وإن أظهر الصواب والحق وأشهد على ذلك، ويكون باطنه فيه الجور والتعدّي.[1]

الفرع الثالث: المقضي له

المقضي له هو الطرف الذي يحكم له القاضي في قضية معينة، ويطلق عليه أيضًا "المدعي" إذا كان هو الذي رفع الدعوى للمطالبة بحقوقه أمام القضاء. فالمقضي له يكون له الحق في الحصول على الحكم لصالحه بناءً على الأدلة والشهادات المقدمة، ويعني ذلك أن القاضي إذا وجد أن حقه مشروع ومثبت وفقاً للأدلة الشرعية المقدمة في الدعوى.

وهو أيضا كل من تجوز شهادته له، وثبت له حق.

وحكمه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم

اختلف الفقهاء على حكمه لأقاربه الذين لا تجوز شهادته لهم على أربعة أقوال[2]

القول الأول: المنع مطلقا، فلا يجوز أن يقضي لأبيه، ولا لابنه، ولا لمن لا تجوز شهادته لـــه.

القول الثاني: الجواز، إن كان من القيام بالحق، وقد يحكم للخليفة وهو فيه أقوى للتهمة.

القول الثالث: الجواز، إلا لزوجته وولده الصغير، ويتيمه الذي يلي ماله.

القول الرابع: التفرقة، فإن قال ثبت عندي لم يجز، وإن حضر الشهود وكانت الشهادة ظاهرة جاز إلا لزوجته وولده الصغير ويتيمه، والمقضي له بهذا المعنى إما أن يكون مدعي، أو مـــــدعى عليه في الدعوى، فإذا ثبت له الحق كان مدعي.[3]

---

[1] الدّميري: بهرام بن عبد الله بن عبد الزيز الدّميري (المتوفى: 805هـ): الشامل في فقه الامام مالك، تحقيق عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث . الطبعة: الأولى، 2008، مصر، 2 / 840

[2] ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 16،

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 92 / 93.

وحكم القاضي لنفسه

لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، لأن مبنى القضاء على الشهادة، فإن كان له قبل أحد شيء رفع ذلك الى غيره، وكّل وكيلا يخاصم عنه، وإن شاء خاصم، ولا يحكم لنفسه إلا أن يحكم عليها بالإقرار منه، على ما ادعاه خصمه عليه، وقال بعضهم: ولا بأس أن يقضي القاضي بين الخصمين، له على أحدهما دين إذا كان به موسرا، فإن كان معسرا لم يجز له النظر بينهما، مثل الشـــهادة مـــنه لأحدهما[1].

الفرع الرابع: المقضي فيه

اتفق الفقهاء أن القاضي يقضي في كل شيء من الحقوق، وإليه النظر في جميع وجوه القضاء، سواء كانت الحقوق حقا لله، أو حقا الآدميين، فهو نائب عن الإمام الأعظم، فيعقد الأنكحة، ويقدم الأوصياء، وينظر في الوصايا، والأوقاف، وقسمة المواريث، والنظر في مال الغائب والأيتام، والأنساب، والجراحات، والحجر على السفيه، وحكم الحاكم لا يتصور منه أن يحّل حلالا أو يحّرم حراما كما في الأموال والفروج وغيرها، وذلك مثل أن يشهد شاهد زور في امرأة اجنبيه أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له زوجة، قال الجمهور: لا تحل له وإن أحلّها القاضي بظاهر الحكم، خلافا للحنفية فالجمهور اعتمدوا حديث النبي صلى الله عليه وسلم: {{إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلّي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا، فإنّما اقطع له قطعة من النار}}[2].

---

[1] ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت463هـ): الكافي في فقه أهل المدينة. المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة ـ الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م، الرياض، 558 / 2

[2] حديث سبق تخريجه

فمعنى الحديث عام في الفروج وغيرها، وشبهة الحنفية القائلين بحّل ذلك أن اللّعان ثابت بالنص، وقد علم أنّ أحد المتلاعنين كاذب في دعواه، واللّعان يوجب الفراق، ويحرم المرأة على زوجها الملاعن، وتحل لغيره[1].

الفرع الخامس: المقضي عليه

مفهوم المقضي عليه: هو كل من توجه عليه حق إما بإقراره إن كان ممّن يصح إقراره، وإما بالشهادة عليه بعد العجز عن الدفع والإعذار إن كان ممّن تجوز شهادته عليه، ويمين الاستبراء إن كان الحق على ميت، أو غائب.[2]

والمقضي عليه إما أن يكون شخصا طبيعي، أو معنوي كبيت المال، أو الوقف، أو يكون حقا عام، وللمقضي عليه عدة صور وحالات:

وهي إمّا أن يكون حاضرا، أو غائبا، أو صغيرا، أو محجورا عليه، أو سفيها مولى عليه، أو ورثة مدعى عليهم في الميت.[3]

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4 / 244 و245، خليل، التوضيح في شرح مختصر ابن حاجب، 7 / 48

[2] ميارة، الاتقان والإحكام، 1 / 16

[3] الزبيدي، توضيح الأحكام، 1 / 21،

المبحث الثالث: الدعوى الشرعية، المفهوم والأركان والأنواع.

الدعوى في القضاء الشرعي هي عملية يقوم من خلالها أحد الخصوم (المدعي)، بتقديم طلب إلى المحكمة الشرعية للنظر في نزاع، أو قضية تتعلق بحقوقه الشرعية، أو المدنية، وتمثل الدعوى الوسيلة التي يلجأ إليها الأفراد لحماية حقوقهم أو المطالبة بها أمام القاضي الشرعي، سواء كان ذلك في مسائل الأحوال الشخصية، مثل الزواج والطلاق والميراث، أو في مسائل أخرى مثل العقود والنزاعات التجارية.

تبدأ الدعوى الشرعية بتقديم المدعي لطلب مكتوب إلى القاضي، يوضح فيه طبيعة النزاع والأسباب التي تدعوه لرفع الدعوى، وكذلك الأدلة والشهادات التي تدعم قضيته. يتولى القاضي الشرعي بعد ذلك دراسة القضية ويقوم باستدعاء المدعى عليه، (الخصم الآخر) لسماع وجهة نظره والرد على الدعوى.

يعتبر القضاء في الدعوى الشرعية مستندًا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث يلتزم القاضي بالبحث عن الحق والعدل وفقاً لأحكام القرآن الكريم والسنة النبوية، مع الاستعانة بأقوال الفقهاء والمذاهب الفقهية، ويتميز القضاء الشرعي بالحرص على تحقيق المصالحة بين الخصوم المتنازعة كلما أمكن، وذلك قبل إصدار الحكم النهائي.

وللدعوى أصول وإجراءات معينة تسمى أصول استماع الدعوى، وتثبت عند القاضي بوسائل وشروط معتبرة شرعا، حتى تكون صحيحة كاملة ومستوية الشروط، قصد البدء في النظر فيها من أجل الفصل بحكم نهائي.

ووجود هذه القواعد والأصول الغرض منه تنظيم عملية سير الدعوى بالنسبة للخصوم والقاضي، بحيث تكون من السهولة والوضوح بما يسهم في التوصل إلى الحق وإثباته وإيصاله إلى صاحبه بطريق آمن وبعيد عن الخطأ والتطويل، حتى يؤدي القضاء دوره المنوط به من إحقاق العدل،

لأن الدعوى في القضاء الشرعي تهدف إلى تحقيق العدالة وإنصاف المظلوم، وهي أداة أساسية لضمان حقوق الأفراد وحمايتها في إطار الشريعة الإسلامية.

وسنبين في هذا الفصل الدعوى تعريفها، وخصائصها وممارستها، وتقسيم الدعاوى والوسائل التي أقرها الشرع لممارستها وفق مسطرة فقهاء المذهب المالكي، حسب آرائهم وفتواهم وما جرى العمل عليه.

وللدعوى القضائية أركان، هي العناصر الأساسية التي يجب أن تتوفر حتى تعتبر الدعوى صحيحة ومقبولة أمام المحكمة في القضاء الشرعي، وتتشابه أركان الدعوى مع تلك الموجودة في الأنظمة القضائية الأخرى، مع مراعاة الخصوصية الشرعية، فالأركان الأساسية للدعوى القضائية تشمل:

المدعي: وهو الشخص أو الجهة التي ترفع الدعوى إلى المحكمة، يجب أن يكون للمدعي مصلحة قانونية مباشرة وحقيقية في رفع الدعوى، في الشريعة الإسلامية، يجب أن يكون المدعي قادرًا على تحمل المسؤولية القانونية (البلوغ، والعقل، وعدم الحجر).

المدعى عليه[1]: وهو الشخص أو الجهة التي ترفع ضدها الدعوى، يجب أن يكون المدعى عليه معلومًا ومعروفا، وأن يكون له أهلية قانونية للرد على الدعوى المرفوعة ضده.

موضوع الدعوى: هو الحق أو المسألة التي يدعيها المدعي ويطلب من المحكمة البتّ فيها، يجب أن يكون موضوع الدعوى محددًا وواضحًا، ويجب أن يكون له أساس شرعي أو قانوني معترف به في الشريعة الإسلامية.

السبب الشرعي أو القانوني: هو الأساس أو الدافع الذي يقوم عليه حق المدعي، يجب أن يكون السبب واضحا ومشروعا، ويستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية أو القوانين المعمول بها.

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، 197

المطالبة القضائية: هي النتيجة التي يسعى المدعي لتحقيقها من خلال الدعوى، مثل الحصول على حكم بحق مالي، أو استرداد حق.

الولاية القضائية: وهي السلطة القضائية التي تكون مختصة بنظر الدعوى والفصل فيها. في القضاء الشرعي، تختص المحاكم الشرعية بالنظر في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والأمور الشرعية.

بتحقق هذه الأركان، تصبح الدعوى القضائية مكتملة وقابلة للنظر أمام المحكمة، حيث يقوم القاضي الشرعي بفحصها والبت فيها وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والاجراءات ذات الصلة[1].

المطلب الأول: مفهوم الدعوى

الفرع الأول: الدعوى لغة: تعرف الدعوى في اللغة بأنها الطلب والتمني والادعاء، قال تعالى: ﴿**لَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِي أَنفُسُكُمْ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ**﴾ فصلت [31]، أي ما تطلبون.

وتأتي بمعنى الدعاء، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿**وَقَالَ رَبُّكُمُ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ**﴾ غافر[60].

وتأتي بمعنى الزعم نقول: ادعيت الشيء، أي زعمته لي حقا كان، أو باطلا.[2]

الفرع الثاني: مفهوم الدعوى في الاصطلاح

أورد فقهاء المالكية تعريفات للدعوى منها:

تعريف ابن عرفه: الدعوى قول هو بحيث لو سلّم، أوجب لقائله حقا[3].

شرح التعريف: قوله: ' قول' أي أصل الدعوى قول المدعي والجواب عن قوله من المدعى عليه

---

(1) ابو البصل" اصول المرافعات الشرعية والمدنية، 33، 45

(2) ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة، 1414 هـ، 14 / 319 . الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت نحو 770 هـ)، المصباح المنير، المكتبة العلمية بيروت، 1/ 194

(3) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 607

قوله: "بحيث" تفيد كون الدعوى لا توجب حقا ثابتا، لأن القول بالدعوى موصوف بتلك الحيثية حال إنكار المدعى عليه، بحيث لو سلّم المدعى عليه، فلا تسمى دعوى، وسمي حقا ثابتا.

قوله: " لو سلّم" أي أوجب لقائله حق، خرج بهذا القول إذا أوجب القول حقا على قائله إذا سلمه المقول له، كمن يثبت لنفسه على شخص أن في ذمته دين له.[1]

ويلاحظ على التعريف أنه خص الدعوى بالقول المجرد كونه أصلا ولا يشمل الكتابة، أو الاشارة المفهمة عند عدم القدرة هذا القول، والدعوى تثبت بالقول والكتابة، والمحاكم الآن لا تقبل الدعوى إلا بالوجود عريضة مكتوبة ويراعى فيها جانب الشكل والموضوع لقبولها. [2]

وعرفها القرافي: بأنها طلب معين، أو ما في ذمة معين أو أمر يترتب عليه نفع معتبر شرعا[3]

شرح التعريف: فالطلب المعين كدعوى السلعة المعينة اشتراها المدعي، أو غصبت منه في ذمة معين، كأن يكون معينا بالشخص أو بالصفة، كدعوى الدّية على العاقلة.

وقوله أمر يترتب عليه نفع معتبر شرعا، كدعوى الطلاق فهي غير معينة، ولا في الذمة، وإنما تحقق مقاصد صحيحة معتبرة شرعا.[4]

ومما يؤخذ على هذا التعريف ما يلي:

أنّه لم يقيد الطلب بكونه في مجلس القضاء، حتى يخرج بهذا الدعوى في المعنى اللغوي الذي يدخل في مفهومه الدعوى حال المسألة، والدعوى المراد النظر فيها والحكم عليها هي الدعوى بالمعنى الشرعي التي تكون في مجلس القضائي وأمام القاضي.

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة.608

[2] رأي الباحث: إن عدم تقديم عريضة مكتوبة قد يكون الأفضل في بعض الحالات، خاصة إذا كانت الدعوى بسيطة، إذ التعبير الشفهي قد يكون أيسر وأوضح للفهم من التعبير الكتابي

[3] القرافي، الذخيرة، 11 / 5

[4] القرافي، الذخيرة، 11 / 5

المطلب الثاني: أركان الدعوى

يقصد بأركان الدعوى الأمور التي تلزم للقيام، أي دعوى قضائية بحيث لو تخلفت أو تخلف أحدها سقطت الدعوى بعدم التأسيس، ولا يتصور وجودها أصلا، وهم المدعي، والمدعى عليه، والدعوى.

الفرع الأول: المدعي

عرفه ابن عرفة: المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شاهد[1].

شرح التعريف: قوله" من عريت دعواه"، أي لا يكون معها ما يشهد لها عرفا، وهو المرجح لها، وقوله "غير شهادة "، صفة للمرجح.

ومعنى التعريف أنه إذا اقترن بقول المدعي مرجح، أي بينة صدق في قوله.

وعرفه بعض المالكية بأن المدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد، فالمدعي من لم يتقوى جانبه بسبب، كحيازة أو شبه أو نكول صاحبه، أو امانة، أو كون المتنازع فيه ممّا شأنه ان يكون في حيازته وملكه.

ولكن يوجه إلى هذا التعريف نقد من حيث: إن قول المدعي خالف عرفا أو أصلا، كون أن الأمة أجمعت على أن الطالح الفاسد إذا خاصم وادعى على الصالح فلسا أو العكس، فإن الثاني مصدق منهما كائنا من كان، فإن الفاسق اذا كذّب الصّديق الصالح في دعواه الفلس، فالعادة تكذبه مع أنه مدعى عليه [2].

وعرف أيضا أنه من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها[3].

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 610

[2] الذخيرة، القرافي، 11 / 8

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام 1 / 63

الفرع الثاني: المدعى عليه

عرفه ابن عرفة: والمدعى عليه من اقترنت دعواه به، أي بالمرجح وهذا الشطر الثاني من التعريف الكلي الخاص بتعريف المدعي والمدعى عليه.[1]

وعرف المدعى عليه أيضا: من كان قوله على وفق أصل أو عرف[2].

والمدعي عليه كل من توجه عليه حق إمّا باقراره أو بالشهادة عليه بعد العجز عن الدفع، وبعد الإعذار إليه قبل الحكم.

ونقل ابن رشد عن سعيد بن المسيب أنه قال: المدعي من قال: قد كان، والمدعى عليه من قال: لم يكن، ومن عرفهما لم يلتبس عليه الحكم[3].

قال ابن رشد: ليس قوله هذا على عمومه في كل موضع، إنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي في قوله قد كان من سبب يدل على صدق دعواه، فإن كان له سبب يدل على تصديق دعواه، فإن كان له أقوى من سبب المدعى عليه القائل لم يكن بدأ عليه باليمين، كمن حاز شيئا من غيره مدة الحيازة في وجه المدعي فادعى الشراء، قبل قوله مع اليمين، وهو مدع يقول: قد كان والمدعى عليه يقول: لم يكون، وكذلك طالب الوديعة الذي سلمها بالإشهاد، فهو لم يأتمن المودع عنده لما أشهد عليه، فالقول قول صاحب الوديعة مع يمينه،[4] وإن كان طالبا لأن ظاهر حال المودع عنده أنه لا يدفع ما أسلم إليه ببيّنة إلا بالإشهاد ليبرأ منها، والأصل أيضا عدم الدفع، فاجتمع الأصل والغالب على تصديق صاحب الوديعة دون المودع عنده.[5]

---

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 610

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 140

(3) ابن رشد، ابو الوليد محمد بن حمد ابن رشد القرطبي (ت 520هـ)، المقدمات الممهدات، تحقيق، محمد حجّي، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الاولى: 1988، 2 / 192

(4) نفس المصدر، 2 / 192

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 143

وخلاصة القول في المدعي والمدعى عليه، أن كل طالب فهو مدّع، وكل مطلوب فهو مدعى عليه، وجمع القاضي ابن عاصم الغرناطي تعريف المدعي والمدعي عليه في قوله[1]:

تمييز حالي المدعي والمدعى عليه جمله القضاء جمعـــــــــــــــا

فالمدعي من قوله مجـــــــــــرد من اصل أو عرف بصدق يشهـــد

والمدعى عليه من قد عضـــــدا مـــــا قاله عرف أو اصل شهدا

وقيل من يقول قد كان ادعـــا ولم يكن لمن عليه يدعـــــــــى

ويمكن تمييز المدعي والمدعى عليه من خلال الفروق التالية من منظور الفقه الإسلامي:

أن مدار عـــلم القـــضاء يـــدور حـــول تمييـــز المدعي والمدعى عليه، فمن ميّـــز بينهما فقد عـرف وجه القضاء.

ومن جملة هذه الفرق:

- أن المدعي إذا ترك الخصومة فلا يجبر عليها، خلافا للمدعى عليه فإنه يجبر على الجواب.
- كل من قال قد كان، فهو مدعي، وكل من قال لم يكن، فهو مدعى عليه.
- المدعي هـو من يقوم بالإخبار عمّا في يـد الأخرين لنفسه، والمدعى عليه يخبر عمّا تحت يده هو لنفسه.
- المدعي هو أبعد المتداعيين سببا، والمدعى عليه أقرب المتداعين سببا.[2]
- المدعي قوله خلاف الأصل أو العرف، والمدعى عليه قوله وفق الأصل أو العرف.[3]
- المدعي هو من يقّر بحق لنفسه، والمدعى عليه يجحد ذلك الحق المقّر به على نفسه.

---

[1] ابن عاصم الغرناطي، تحفة الحكام، 18

[2] القرافي، الذخيرة، 11 / 8

[3] ميارة الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، 1، 15

الفرع الثالث: المدعى فيه

وهو الشيء المتنازع فيه بين الخصمين ويشمل جميع الحقوق من القليل والكثير، ويعد المدعى فيه ركنا أساسيا من أركان الدعوى، وبدونه لا يمكن للقاضي أن يصدر حكمًا أو قرارا في القضية.

وهو أيضا موضوع الدعوى القضائية أو الحق الذي يطالب به المدعي أمام المحكمة، ويعد المدعى فيه جوهر القضية التي يتم عرضها أمام القاضي، وهو يمثل الحق أو المصلحة التي يدعي المدعي أنها انتهكت، أو التي يسعى إلى حمايتها، أو استردادها من خلال رفع الدعوى الى القضاء.

في السياق الشرعي يمكن أن يكون المدعى فيه واحدا من عدة أمور:

ـ **أن يكون حقا مالي**: مثل المطالبة بدين مستحق، أو تعويض عن ضرر مالي.

ـ **أن يكون ح شخصي**: مثل طلب الطلاق، أو حضانة الأطفال، أو نفقة الزوجة والأطفال.

ـ **أن يكون حقا عيني**: مثل المطالبة بملكية عقار، أو استعادة ملكية مسلوبة[1].

يجب أن يكون المدعى فيه مشروعا وواضحا ومحددًا، بحيث يمكن للقاضي تقييمه والنظر في الأدلة المقدمة بخصوصه، ويعتمد حكم القاضي بشكل كبير على مدى وضوح المدعى فيه، ومدى تأييده بالأدلة الشرعية

وللمدعى فيه شرطان:

ـ أحدهما: تحقق الدعوى، أي يتم فيها الجزم والقطع احترازا من الشك أو الظن، كقول المدعي أظن أن لي عليك شيئا، فلا تقبل دعواه.

[1] لم يستخدم الفقهاء هذا النوع من التقسيمات في بيان انواع الحقوق، كما هو شائع في القوانين الوضعية، لكن لديهم مفاهيم تناولوها في مصنفاتهم حول مشابهة لهذه الحقوق المتعلقة بالأعيان والاشخاص، فالحق الشخصي ناتج عن الالتزامات بين الأفراد، كحق الدائن على المدين، وأبواب في تتناول العقود والالتزامات الاخرى مثل البيع والاجارة، وذكر القرافي أن العقود مبناها على تمليك المنافع والأعيان عن طريق الالتزام، اما الحق العيني فهو مرتبط الاعيان واشار اليه الفقهاء في باب الحيازة والملك والغصب، ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2، 344

. الثاني: بيان السبب الذي ترتب له به قبل خصمه فيما ادعاه كأن يقول: بعت له، أو سلفته ونحو ذلك، لاحتمال أن يكون قد ترتب عن قمار، أو غصب ممّا لا عبرة له شرعا.[1]

الْمدَّعى فيه إذا غرض صحيح أَي يترَتب عليه نفع شَرعِي احترازا من الدعوَى بقمحة أو شعِيرة أو عُشْرِ سمْسِمَة، ونحو ذلك

كون المدَّعي فيه ممَّا لَوْ أَقرَّ به المطلوب لقضى عليه به احترازا من الدعوى التي لا تسمع كدعوى على المحجور عليه ولو نصبه وليّه لمعاملات الناس بالمال.[2]

والمدعى عليه هو من يسأل عن بيان السبب، فإن جاهل أو غافل عنه فينبغي للقاضي أن يسأل ليلاّ يكون المدعى به غير جائز شرعا، لأن الأصل أن السائل هو الحاكم، فإن لم يبينه له فلا تسمع الدعوى، فإن غفل الحاكم عنه قام المدعى عليه مقامه [3].

المطلب الثالث: مجلس القضاء

مجلس القضائي هو المكان الذي يتم فيه النظر في الدعاوى قصد حل النزاع بين الخصوم والأصل أن لا يخصص مكان وموضع للقضاء، ويجوز أن يكون في أي مكان بشرط أي يكون مناسبا لهيبة القضاء والقاضي.

ولمجلس القضاء عند فقهاء المالكية له دور بارز في تنظيم وتطبيق الأحكام الشرعية وفق المذهب المالكي، الذي يعتبر أحد المذاهب الفقهية الأربعة الكبرى في الإسلام. يركز هذا المجلس على الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام وفقاً لأصول الفقه المالكي، ويعتبر مكاناً يجتمع فيه القاضي أو مجموعة من القضاة للنظر في القضايا التي ترفع إليهم..

---

(1) ابن عاصم الغرناطي، تحفة الحكام، 10

(2) القرافي، الفروق، 4 / 117

(3) عليش، محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الطبعة: الأولى،: 1404هـ - 1984 م،الناشر: دار الفكر – بيروت. 312 / 8

مكونات مجلس القضاء عند المالكية:

1. **القاضي:** هو الشخص المكلف من قبل السلطة الحاكمة بتولي القضاء وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية والمذهب المالكي، والقاضي هو العنصر المركزي في مجلس القضاء، ويتحمل مسؤولية الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام، ويجب أن يكون القاضي عند المالكية عالماً بالشريعة الإسلامية، عدلاً، عاقلاً، وبالغًا، بالإضافة إلى أن يكون له القدرة على الاستنباط من النصوص الشرعية.

2. **المفتون والعلماء:** قد يضم مجلس القضاء مجموعة من المفتين أو العلماء الذين يستشيرهم القاضي في المسائل الفقهية المعقدة، هؤلاء العلماء يمكنهم تقديم آرائهم واجتهاداتهم الفقهية للمساعدة في إصدار الأحكام، خصوصًا في القضايا التي تتطلب تفسيرًا دقيقًا لأحكام الشريعة.

3. **الشهود:** يؤدي الشهود دورًا مهمًا في مجلس القضاء عند المالكية، حيث يعتمد القاضي على شهاداتهم لإثبات الوقائع وتكوين قناعته قبل إصدار الحكم، يجب أن يكون الشهود عدولًا وثقات، وتستند شهاداتهم إلى الحقائق التي عاينوها مباشرة.

4. **المدعي والمدعى عليه:** هما طرفا النزاع، حيث يتقدم المدعي بدعواه أمام مجلس القضاء ويقدم الأدلة التي تثبت حقه، بينما يعطى المدعى عليه الفرصة للدفاع عن نفسه وتقديم ما لديه من بينات.

ويرى المالكية استحباب القضاء بالمسجد قال مالك رحمه الله: هو من أمر الناس القديم لأنه يصل فيه القاضي المرأة والضعيف.

وقال في المدونة: القضاء في المسجد من الأمر القديم وهو الحق والصواب، لأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وهو أقرب على الناس في شهودهم ويصل إليه الضعيف والمرأة[1]، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ **وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ**﴾ ص[21]، ويرى ابن حبيب وبعض متأخري المالكية أن يجلس برحاب المسجد داخله، وهو أحسن لدخول النصارى وأهل الملل والنساء والحيض، لقوله صلى الله عليه وسلم: {{جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم}}[2]، وهو قول مالك أيضا في الواضحة من رواية مطرف وابن الماجشون.

كما أن القضاء في المسجد يضفي هيبة على جميع أطراف القضاء الى المدعي والمدعى عليه ويكون أدعى أن يتحرى القاضي الحق والعدل.[3]

المطلب الرابع: أنواع الدعوى وشروطها

الفرع الأول: أنواع الدعوى القضائية

تنقسم الدعوى باعتبار ماذا توفر شروط الصحة إلى دعوى صحيحة ودعوى فاسدة:

الدعوى الصحيحة: وهي الدعوى المستوفية لجميع الشروط الشرعية، وتتضمن طلبا مشروعا، وهذه الدعوى يترتب عليها جميع أحكامها، وسيأتي الذكر لشروط صحة الدعوى الصحيحة.

الدعوى الفاسدة: وهي الدعوى التي اختلّ فيها شرط من شروط الصحة أو أكثر، أو وجد مانع من موانعها.[4]

وتنقسم أيضا الدعوى باعتبار أنواع المدعي عليهم إلى أربعة أقسام:

---

[1] المدونة: مالك ابن انس الاصبحي ت 179، دار الكتب العلمية، ط 1: 1994 . 4 / 13

[2] رواه ابن ماجة، ط دار الجيل، حديث 750 (ج2/ 68)

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 38 وينظر الخرشي: شرح مختصر خليل، 7 / 147

[4] القرافي، الفروق، 4 / 72

ـ الدعوى على الحاضر، الدعوى على الغائب، الدعوى على الصغير والسفيه والمولى عليه، الدعوى في مال الميت.

. الدعوى على الخصم الحاضر:

روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسيدنا علي رضي الله عنه: {{إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ، فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخَرِ، فَسَوْفَ تَدْرِي كَيْفَ تَقْضِي}} [1]، وجه الدلالة من الحديث النبوي النهي عن القضاء لأحد الخصوم قبل سماع كلام الأخر لأنه الأصل.

. الدعوى على الغائب:

لا يشترط المالكية حضور المدعى عليه لسماع الدعوى، فيجوز القضاء على الغائب قياسا على صدق المدعي إذا أثبت بينته[2]، والدعوى على الغائب كالدعوى على الحاضر، وهذا باب بيان الحق وجنسه ومقداره، كون البينة تشهد به ويفصل في دعوى الغائب على النحو الذي يجري في دعوى الحاضر، ويحكم عليه في استحقاق الأصول وجميع الأشياء والطلاق وغيره، وإذا كان المدعى عليه بعيد الغيبة لا يحكم عليه في الأصول، وإنما يثبت البينة ويوقع الشهادة، فإذا حضر عرفه بهم وأعذر إليه حتى يدفع عن نفسه وإلا حكم عليه.[3]

الفرع الثاني: شروط الدعوى الصحيحة

أن تكون الدعوى معلومة محققة لا تكذبها العادة[4]، أي تكون معلومة غير مجهولة، واشترط العلم بالمدعى به، فلا يلزم ويجبر المدعى عليه بإجابة دعوى المدعي إلا بعد معرفة المدعى به، كما أن القاضي لا يتمكن من القضاء بالدعوى إلا إذا كان المدعى به معلوما، فمن توهم أن له حق على الغير، أو لم يحدد قدره لم تسمع دعواه إلا إذا قامت بينة تؤكد وجود حق للمدعي لكن دون تحديده

(1) سنن الترمذي، حديث رقم: 1331 ـ 3/ 610

(2) القرافي: الذخيرة، 11 / 20

(3) ابن فرحون: تبصرة الحكام، 1/ 149

(4) القرافي، الذخيرة، 11 / 6

فتسمع الدعوى، ولزم المدعى عليه الجواب، ومثاله: كمن يدعي حقا في الدار أو الأرض وقامت له بينة تثبت وجود حق لا يعلم قدره فهي دعوى صحيحة.[1]

ولا يلزم من قبول الدعوى بيان شروط صحة الأمر المدعى إن كان معلوما، كأن يدعي رجل على أخر أنه أنكحه ابنته، فإنه لا يشترط في سماع الدعوى ذكر شروط النكاح.

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى ممّا لو أقر بها المدعى عليه لزمته، كأن يدعي رجل على رجل وجود هبة أو وصية بأنه لا فائدة من إلزامه ما لو أقر به لم يلزمه إذا رجع، فلا يلزم جواب المدعى عليه حتى يضيف إليه ما يلزم المطلوب بما ادعى.

الشرط الثالث: أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح شرعي احترازا من الأمور المحرمة، كدعوى بعشر سمسمة، فلا ينبغي للقاضي سماع مثل هذه الدعوى لأنه لا يترتب عليها نفع شرعي؛ وإنما القصد منها اللعب والتعنّت.[2]

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى ممّا لا تشهد العادة والعرف بكذبها، ومثاله: كدعوى الغصب والفساد والسرقة للرجل صالح معروف بالفضل لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به، فلا تسمع تلك الدعوى وتهمل.[3]

الشرط الخامس: أن تكون الدعوى محققة ومؤكدة، فلو قال المدعي أظن أن لي عند فلان ألف دينار، أو قال المدعى عليه أظن أني قضيته دينه، لا تسمع الدعوى لتعذر الحكم بالمجهول.[4]

ويمكن تصحيح الدعوى إذا كانت تتعلق بشيء من الأعيان وهو بيد المدعى عليه، فتصحيح الدعوى أن يبين أن ما في يد الخصم هو بطريق الغصب، أو الوديعة، أو العداء، أو العارية، أو الـرهن، إلى غير ذلك.

---

[1] ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 17

[2] القرافي، الذخيرة، 11 / 7

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 148

[4] ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 19

وإذا كانت الدعوى في ذوات الأمثال فإنه يذكر الكيلة، أو الوزن، أو المقدار.

وإذا كانت الدعوى في شيء من عقود السّلم أو القراض، ذكر الصفات المعتبرة، فيذكر كل نوع وما ينضبط به.، وغن كانت الدعوى في المقومات فيصفه وصفا تنضبط به قيمته.

أمّا إذا كانت الدعوى في الذّمة، فيبين أنه ترتب في ذمته عن طريق بيع، أو سلم أو قرض وغيره.

وفي جميع الحالات إذا نقص المدعي من دعواه طلب منه إتمامه، واذا أشكل في دعوى أمر بيّن ما أشكل [1].

المبحث الرابع: المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام

يستند القضاء الشرعي إلى مبادئ راسخة تنبع من الشريعة الإسلامية تهدف إلى تحقيق العدل ومنع الظلم والضرر، من خلال مجموعة قواعد متكاملة تجمع بين الثبات في الأصول، والمرونة في الاجتهاد في معالجة وتناول القضايا، فهو بذلك نظام يعكس شمولية الشريعة الإسلامية في تنظيم حياة الفرد والجماعة.

ومن أهم المرتكزات التي يقوم عليها النظام القضائي الإسلامي ما يلي:

المطلب الأول: وقت القضاء وزمانه والعطل القضائية

يجب على القاضي أن يختار أوقات قعوده للتصدي للقضاء والنظر في الدعاوى وسماع الخصوم والحجج، وقد حدد الفقهاء بعض الأوقات التي يمنع فيها الجلوس للقضاء، وتخيروا أوقاتا أخرى يسمح فيها للقاضي بمباشره القضاء حسب قدرته وطاقته، على أن تكون ساعات عمله غير مرهقة ومتعبة.

ومن الأوقات التي لا ينبغي فيها الجلوس للقضاء بين صلاة العشاءين، ولا في وقت السّحر إلا لأمر يحدث بتلك الأوقات، فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويسجن ويرسل الأمين والشرطة، ما عدا إصدار الأحكام فلا يحكم في هذه الأوقات[2] لأنها أوقات ضيقة.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 149 . 150

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 121 . القرافي، الذخيرة، 110 /61

وكذلك تجنب أيام الأعياد ويوم عرفة، ويوم التروية، ويوم سفر الحجاج، ويوم قدومهم، والأيام التي يعقد فيها المهرجان، وكلما يعمّ من سرور أو حزن، وكذلك يوم الجمعة لأنه عيد للمسلمين.

. إذا كثر المطر والوحل وأضر ذلك بالطريق، ويستثنى من هذه الأيام الأمور التي يخاف عليها فوات مصالح الناس وتعطل معاشهم، وما لا يسعه إلا تعجيل النظر فيه.[1]

والأفضل أن يكون له وقت في صدر النهار، وإن احتمل أن يقعد بعد العصر فليقعد وهو الأحسن، قال مالك: ينبغي للقاضي أن يكون جلوسه في ساعات من النهار ليّلا يكثر فيخطئ، وليس عليه أن يتعب نفسه نهاره كله، وقال بعضهم ولا بأس أن يتخذ القاضي أوقاتا يجلس فيها للناس، وينظر في ذلك بالذي يرفق به وبالناس، وجوز بعضهم جلوس القاضي بين صلاة المغرب والعشاء، وبعد آذان الظهر وصلاة الصبح، ما لم يجعله مجلسا يجبر عليه العامة،[2] فإطالة الجلوس يمنعه من استيفاء حجج الخصوم.[3]

والواقع أن تعيين أوقات محددة وتخصيصها للقضاء أمر اجتهادي بين الفقهاء، ولولي الأمر تنظيم ساعات عمل القاضي وأعوانه، وتحديد أيام للنطق بالحكم وسماع الخصم وبحث حججه والأدلة والبيانات، فالمسألة اجتهادية يقررها القائمون على سلك القضاء من قضاة وفقهاء، ويراعى فيها مصلحة الناس وراحة القاضي، وكذلك اختيار الموضع والمكان المناسب الذي يجتمع فيه القاضي والخصوم، ويكون معروفا يباشر فيه القاضي عمله ومريحا للقاضي والخصوم، كما هو حاصل اليوم من إنشاء محاكم ودور وأبنية مخصصة كلّيا للقضاء، ويراعى فيها جميع الأوصاف لمكان القضاء من هيبة ووقار، ويحفظ فيها ما يسجل ويدون من دعاوى وشهادة وحجج وأحكام في سجلات صكوك ووثائق تحفظ حقوق الناس.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 40

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 10

[3] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2 / 953

والأصل أن يفرد القاضي للرجال مجلسا وللنساء مجلس ولهما مجلس وأن يتخذ لأهل الذمة يوما ويجلس لهم في غير المسجد[1]، ويتجنب أن يقضي إذا طرقه هم أو نعاس او ضجر، ولا يقضي وهو جوعان ولا عطشان[2]، لأن جلوسه على أحد هذه الصفات يخاف بها ألا يأتي بالقضية صوابا[3]، وأصل هذا قوله صلى الله عليه وسلم: {{لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان[4]}}. وإذا حكم حال الغضب جـاز حكمه ونفـذ.[5]

المطلب الثاني: النظر في القضايا المستعجلة التي لا تتحمل التأجيل

النظر في القضايا المستعجلة هو عملية تتطلب اتخاذ إجراءات سريعة نظرًا لطبيعة القضية وأهميتها، والقضايا المستعجلة هي تلك التي يكون فيها خطر حقيقي يتطلب تدخلًا سريعًا من قبل القضاء.

ولم يرد مصطلح القضاء المستعجل في كتب المتقدمين من الفقهاء، ولكن يفهم معناه من خلال المسائل التي تحدث عنها الفقهاء وأوردوها في كتبهم وبحوثهم الفقهية في باب القضاء، ومن خلال الفتاوى والنوازل التي قضوا فيها عبر مختلف الأزمنة والأمكنة.

وإن مراعاة هذا النوع من القضاء هو ضمانة وحماية لما يخشى عليه الفوات من الحقوق بالتأخير،

---

(1) الونشريسي، احمد بن يحي الونشريسي (ت 914 هـ)، الولايات ومناصب الحكومة الاسلامية والخطط الشرعية، ومحمد الامين بلغيث، مطبعة لافوميك، ص 51

(2) الباجي، القاضي ابو الوليد سليمان الباجي الاندلسي (474هـ)، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق محمد ابو الاجفان، دار ابن حزم، ط1: 2002، بيروت لبنان، 115

(3) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 122

(4) صحيح البخاري: كتاب الأحكام، باب (كراهية القضاء في حال الغضب)، رقم الحديث (7158).و رواية مسلم: جاء الحديث في صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب (النهي عن القضاء بين الخصمين وهو غضبان)، رقم الحديث (1717)..

(5) ابن عرفة، نفس المصدر، 09 / 122

قال العلامة الإمام الطاهر بن عاشور رحمه الله: إن مقصد الشريعة من نظام هيئة القضاء كلها على الجملة أن يشتمل على ما فيه إعانة على إظهار الحقوق وقمع الباطل الظاهر والخفي[1].

وقد ذهب ابن عاشور إلى أبعد من ذلك حيث قال في قوله صلى الله عليه وسلم: {{إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ[2].}} أن الحديث فيه دلالة على أن طرق إظهار الحق مختلفة، وأن تلقي القاضي لأساليب المرافعات أحسنهم ما أعانه على تبين الحق، فإن التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها هو مقصد من السمو بمكان، وإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعيّنه بأكثر ممّا يستدعيه تتبع طريق يثير مفاسد كثيرة، منها حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه وذلك إضرار بحقه، ثم قال الناس اجترأوا على الحقوق تدريجيا وابتكروا تحيلات واستباحوا النكاية بخصومهم ليتوصلوا إلى تعطيل تنفيذ الأحكام عند صدورها، فأخذ القضاة والفقهاء يجعلون أساليب في إجراء الخصومات بقطع الشغب وتحقيق الحق.

ثم أضيفت غلى ذلك ضوابط كثيرة مفصلة في كتب النوازل، وإن من أحسن الوسائل للتعجيل بالفصل في الحقوق استحداث إجراءات تعجل في إظهار الحق[3]

وقد نص الفقهاء على الكثير من المسائل القضائية التي تستدعي التأجيل والحالة في النظر إليها دون تأخير خلاف سير الدعوى العادية.

ومن المسائل المبثوثة في بطون كتب الفقهاء ما يلي:

---

(1) الطاهر بن عاشور، العلامة الامام محمد الطاهر بن عاشور المالكي الاشعري السني، مقاصد الشريعة الاسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، ط: 2، 2001، دار النفائس، عمان الاردن، 498

(2) مالك، الامام مالك ابن أنس الاصبحي (ت 179هـ)، موطأ الامام مالك، رواية ابي مصعب الزهري المدني (ت 242هـ)، كتاب القضاء، باب الترغيب في القضاء بالحق، رقم: 2877، 2/ 459

(3) ابن عاشور، نفس المصدر، 512

النظر في أمر المحبوسين ليعلم من يجب إخراجه ومن لا يجب، فإن إبقاء المتهم في الحبس وإطالة سجنهم فيه من الضرر أشد ما يكون في الأموال[1].

ويشرع القاضي كذلك في النظر في الأوصياء، ثم في مال اليتيم، ثم اللقيط والضال، ثم بين الخصوم[2]، وهذه المسائل يبتدر القاضي فيها دون طلب من أحد الخصوم.

وأما قضايا الاستعجال التي تكون بطلب أحد الخصوم فتحكمها مجموعة من القواعد متمثلة في العديد من القضايا التي طرحها الفقهاء في كتب الفقه والقضاء والنوازل ومن جملتها:

دعوى منع التعرض للشيء المحاز في اليد وتسمى بالتوقيف المستعجل، ومثاله كمن يتصرفوا في الشيء المحاز تصرف الملك في ملكه وهو يدعي ملكيته، ويقوم شخص آخر يدعي ملكيته في ذلك المحوز، ويطلب المدعي أن يوقف له، وأن ترفع يد من هو بيده عنه إلى أن يقيم هو بينته، وتسمى هذه الحالة القانونية، حيلولة دون التعرض للشيء المحاز.

وأجاب الفقهاء أنه لا يجاب لذلك بمجرد دعواه، بل لا يوقف له إلا أن تكون له شبهه قوية.

ويشترط للحيلولة أو التوقيف، توفر شروط توجب التوقيف إذا كان المدعى فيه من الأصول[3].

. شهادة عدلان بملكية المدعى في الشيء المتنازع فيه، ويبقى لتنفيذ الحكم الإعذار للشهود عليه.

. شهادة عدل واحد، شهادة رجلان ينظر في تزكيتهما

. أما الدعوى في غير الأصول كالعروض والحيوان، وكل ما ينقل يكون بدعوى بينة حاضرة[4].

---

(1) المواق، التاج والاكليل، 8 / 105

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام،1 / 71

(3) ميارة، الاتقان والاحكام، 2 / 174

(4) المواق/ التاج والاكليل، 6 /106 و107

والغرض من التوقيف هو أن يمنع الذي هو في يد المدعى عليه أن يتصرف فيه تصرفا يفنيه كالبيع والهبة، أو يخرجه عن حاله كالبناء والتعمير والهدم، مع بقاء الحيازة له من غير أن ترفع عنه يده حتى يفصل نهائيا بين المدعين لاستكمال الحجج والشهود والبينات والآجال المضروبة، وهذا كله عند قيام الشبهة القوية بالنسبة للطالب المدعي.

أما إذا استوفى المدعي البينة، ودفع المدعى عليه فيما قامت به بينة المدعي، فإنه يضرب للمستحق منه الأجل وترفع يده كليا عن الشيء المحوز، فإن كان دارا أغلقت، أو أرضا منع من حرثها، أو حانوت له خراج وقف الخراج إلى حين استكمال الآجال والدفوع بالبينات.[1]

ويلحق بهذه المسألة تعويض الضرر، ويلزم المدعي بذلك إذا تبين أنه غير محق، وقد ترجم فقهاء المالكية لهذا النوع من الدعاوى بدعاوى الضرر، قال بعض العلماء إذا ألزم المدعى عليه بإحضار المدعى به لتشهد عليهم البينة، فإن ثبت الحق فمؤونة نقل وإحضار المدعى به على المدعى عليه، لأنه مبطل، وإلا فيقع عبء التعويض على المدعي، لأنه مبطل في ظاهر الشرع[2].

المطلب الثالث: وقف الأعمال المنشأة لضرر على الغير

إن وقوع الضرر الناتج عن القيام بأعمال جديدة قد تضر بالغير يعتبر من أهم القضايا والعناصر التي تطرح في الدعوى الاستعجالية، والدعوى الاستعجالية هي دعوى قضائية يطلب فيها من القاضي اتخاذ إجراءات فورية لحماية الحقوق أو منع وقوع ضرر لا يمكن إصلاحه لاحقاً.

في هذه الحالات، يقوم القاضي بتقييم ما إذا كانت الأعمال الجديدة التي تنفذ قد تؤدي إلى ضرر جسيم أو دائم للطرف الآخر، ويعتبر الضرر هنا مكوناً رئيسياً للدعوى الاستعجالية، حيث يجب على الطرف المتضرر إثبات أن هناك ضررًا محدقًا ووشيكا قد يلحق به إذا لم يتخذ إجراء سريع

[1] ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 79

[2] الذخيرة، القرافي، 11 / 41

من المحكمة، والقاضي في هذه الحالة قد يأمر بوقف الأعمال مؤقتاً أو اتخاذ تدابير احترازية أخرى لحماية الحقوق ومنع وقوع الضرر.

ومن أمثلة ذلك:

أن يفتح الجار كوّة أو طاق يكشف منها على جاره، فحينئذ يؤمر فورا بسدّها، أو كان يبني في داره فرنا أو حماما، أو كير حدّاد ما من شأنه أن يؤذي دخانه جاره، أو يصرف ماءه على جاره، أو يعلي بنيانا يمنع جاره الضوء والشمس[1]، ونقل من مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه إلا ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس وما كان في معناهما، إلا إذا ثبت ضرر ذلك، وقال ابن حبيب: وجوه الضرر كثيرة، وإنما تتبين عند نزول الحكم فيها ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة بل لا يزيد تقادم الضرر إلا ظلما وعدوانا[2].

وخلاصة ذلك وكل من أحدث ضررا أمر بقطعه، ولا ضرر ولا ضرار [3].

المطلب الرابع: من المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام المساواة أمام القضاء

لا يميز القضاء في الإسلام بين الناس في رفع دعاويهم وسماع خصوماتهم حسب طبقاتهم الاجتماعية، أو يخضع لتفضيل جنس على جنس وغيرها من أنواع التمييز الطبقي والاجتماعي، فالجميع سواء أمام القضاء مهما تباينت منازلهم ورتبهم واختلف انتمائهم.

وتتجلى مظاهر المساواة في القضاء في أمر الله تعالى به في كتابه العزيز، وحثّ رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه.

---

(1) ابن جزي، ابو القاسم محمد بن حمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت741هـ)، القوانين الفقهية، 224

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 2 / 352

(3) ابن جزي، القوانين الفقهية، 233

كما نص فقهاء المالكية على وجوب التسوية بين الخصوم في مجلس الحكم[1]، سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين، ولا فرق بين ذلك في الحاكم والرعية والغني والفقير والشريف والوضيع كلهم سواء في مجلس القضاء أمام القاضي، وأن يكون إقباله عليهم على حد سواء، وإن كان أحد الخصمين مسلم والآخر ذمي في تسويتها في المجلس كالمسلمين دون تفريق وتمييز[2].

واستدل المالكية على وجوب التسوية بين الخصمين بالكتاب والسنة والأثر.

أمر الله تعالى: القرآن الكريم يؤكد على العدل والمساواة في الحكم بين الناس. يقول الله تعالى: **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾** النساء [58]،هذا الأمر الإلهي يوضح أن العدل هو أساس الحكم بين الناس، ولا مجال للتمييز بينهم لأي سبب كان.

وقوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾** النساء 135، قال ابن عباس رضي الله عنهما مفسرا الآية الكريمة: هو في الخصمين يجلسان بين القاضي فيكون ليّ القاضي وإعراضه لأحدهما على الآخر، فالليّ على هذا مطل الكلام وجرّه حتى يفوت فصل القضاء وإنفاذه للذي يميل إليه القاضي.[3]

وقوله تعالى: **﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ﴾** البقرة [213]

---

(1) عبد الوهاب البغدادي، ابو محمد عبد الوهاب البغدادي(ت 466هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق، حميش عبد الحق، المكتبة التجارية مصطفى الباز، مكة المكرمة،1502

(2) المواق، التاج والاكليل، 8 / 118

(3) ابن عطية، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت 542هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط: 1، 1422هـ، 2/ 123

ومن السنة النبوية عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {{من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده، لا يرفعنّ صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر}}[1] ".

الحديث يسلط الضوء على أهمية العدل والمساواة في كل جانب من جوانب عمل القاضي، ليس فقط في حكمه، بل في كيفية تعامله مع الخصمين، سواء كان ذلك في الطريقة التي يتحدث بها، أو في إشاراته، أو حتى في موقعه الجسدي أثناء الجلسة، فالقاضي يجب أن يعامل كل طرف بنفس القدر من الاحترام والاهتمام، دون أن يظهر تفضيلًا أو تحيزًا لأي طرف. وهي دلالة واضحة من الحديث تنص صراحة على وجوب التسوية بين الخصوم في المجلس والسلام والكلام والعدل بينهم[2].

وقوله صلى الله عليه: {{إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، وَايْمُ اللَّهِ، لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا.}}[3]

هذا الحديث جاء في قصة المرأة المخزومية التي سرقت، وشفع فيها، فغضب النبي صلى الله عليه وسلم وبيّن أن إقامة حدود الله يجب أن تكون عادلة دون تمييز بين الناس، سواء كانوا شرفاء أو ضعفاء.

فالحديث يوضح أن العدالة تطبق على الجميع دون استثناء، حتى لو كانت فاطمة بنت النبي صلى الله عليه وسلم.

---

[1] البيهقي، السنن الصغرى للبيهقي، كتاب آداب القاضي، رقم: 3284

[2] الونشريسي، الولايات ومناصب الحكومة الاسلامية والخطط الشرعية، 49

[3] صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب إقامة الحدود والانتقام لحرمات الله، حديث رقم 6788.، وأخرجه مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، حديث رقم 1688.

ومن الآثار ما ورد في وثيقة عمر بن الخطاب إلى موسى الأشعري رضي الله عنهما قوله: {{آس بين الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك}}[1].

قال العلامة الطاهر بن عاشور: وأصل المساواة بين المسلمين وغير المسلمين الخاضعين لحكومة واحدة لا يحتاج إلى التعليل [2].

المطلب الخامس: استقلال السلطة القضائية في الإسلام

استقلال السلطة القضائية هو مبدأ أساسي في النظام القضائي الإسلامي، ويعتبر أحد الضمانات الرئيسة لتحقيق العدالة وحماية الحقوق، يشير استقلال القضاء إلى فصل السلطات بين الجهاز القضائي والأجهزة الأخرى، وعدم وجود أي تدخل من سلطة أو حاكم أو غيره ممن يؤثر على عمل القاضي ويمس بنزاهة العمل القضائي، ولضمان عدم تأثير أي جهة على قرارات القضاء أو تحيزه، حرصت شريعتنا الغراء على مبدأ استقلالية القضاء وكرست اختصاص وصلاحية كل سلطة سواء التشريعية منها أو التنفيذية وتحديد العلاقة بينهما، فليس لأحد أن يشرع في حكم الله تعالى، والعدول عن نصوص الشريعة واستبدالها بشرائع أخرى تضاهيها.

قال تعالى: ﴿**وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولئِكَ هُمْ الْكَافِرُونَ**﴾ المائدة [44]، وفي آية أخرى ﴿**فَأُولئِكَ هُمْ الظَّالِمُونَ**﴾ المائدة[45]، ﴿**فَأُولئِكَ هُمْ الْفَاسِقُونَ**﴾ المائدة،[47].

الآية متناولة لكل من لم يحكم بما أنزل الله، ولكنه في أمراء هذه الأمه كفر معصية لا يخرجهم عن الإيمان.[3]

---

(1) سنن الدارقطني، كتاب عمر ابن الخطاب الى أبي موسى الأشعري، رقم: 20614 ج5 / 369

(2) الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، 333

(3) ابن عطية، المحرر الوجيز 2 / 70

الفرع الاول: أدلة على حرص الإسلام في أحكامه على استقلال القضاء وسلطة القاضي

ومن النصوص الشرعيه الدالة على استقلال السلطات التشريعية والتنفيذية وحياد القاضي، قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين ءامنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الأخر ذلك خير وأحسن تأويلا**﴾ النساء[59].

ودليل الآية أن طاعة أولي الأمر قرنت بطاعتهم لله ولرسوله، قال مجاهد وجماعة: أولي الأمر أهل القرءان والعلم، والأمر إشارة إلى القرآن والشريعة، وفي موضع آخر قال تعالى: ﴿**ولو ردّوه الى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم**﴾ النساء[83]، أي يردونه إلى جماعة أولي الأمر فيفهمه الفاهمون من أولي الأمر والعلماء.[1]

وقال تعالى: ﴿**وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ وَٱحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيْكَ**﴾ **المائدة** [49]

الآية دليل على النهي في اتباع الهوى المضل، ثمّ حذّر الله تبارك وتعالى النبي صلى الله عليه وسلم أن يفتنه بنو إسرائيل ويصرفونه بامتحانهم عن شيء مما أنزل الله عليه من الأحكام[2].

ومن السنة المطهرة ما ورد عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {{أتدرون من السابقون إلى ظل الله عز وجل يوم القيامة؟" قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: "الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوه بذلوه، وإذا حكموا بين الناس حكموا بالعدل}}.[3]"

---

(1) ابن طية، المحرر الوجيز، 2 / 71

(2) ابن عطية، نفس المصدر، 2 /202

(3) عبد الرحمان الساعاتي، أحمد عبد الرحمن محمد البَنَّا الشهير «بالساعاتي» (1300- 1378 هـ)، وهو والد الشهيد حسن البنا، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ومعه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، دار احياء التراث العربي، الطبعة الثانية، باب التشديد على الحكام الجائرين، وفضل المقسطين، 15 / 211

الحديث يسلط الضوء على الصفات التي يجب أن يتحلى بها الأشخاص الذين يسعون لرضا الله ويطمحون إلى الجنة، وهي صفات تتعلق بالصدق، والعدالة والإيثار.

وقوله صلى الله عليه وسلم: {{إن المقسطين في الدنيا على منابر من اللؤلؤ يوم القيامة}}[1].

ومن نصوص السنة النبوية عن عائشة رضي الله عنها أن قريشا أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا من يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالوا ومن يجترئ عليه إلا أسامة حبّ رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكلمه أسامه فقال رسول الله صلى الله عليه: {{أتشفع في حد من حدود الله، ثم قام فاختطب: أيها الناس، إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليهم حد، وأيم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها}}[2].

الحديث توجيه النبوي لأمته متمثلة في سلطة الإمارة والقضاء ومن بيدها الأمر والنهي أن تتحرى العدل في تطبيق حدود الله، ولا تنصاع أو تهون أمام تدخل أي حاكم أو حاشيته، أو رهط أو وصاية، أو تقبل الرشوة فتحيد عن الحق وتعدل عنه فيحصل الظلم والفساد، ومن عصى إماما أو قاضيا أو حاكما فيما أمر به من الحق، أو حكم به من وجه العدل، فقد عصى الله ورسوله وتعدّ حدوده، وأما من قضى بغير العدل أو حكم بغير الحق فطاعته غير لازمة[3]، لقوله صلى الله عليه وسلم: {{لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق}} [4]، وقوله صلى الله عليه وسلم: {{من ولّاه الله أمرًا ثم لم يعدل، فقد خان الله ورسوله}}.[5]"

---

[1] صحيح مسلم: كتاب الإمارة، باب فضل الأمير العادل وعقوبة الجائر، حديث رقم 1827.

[2] سبق تخريجه في الصحيحين.

[3] الرجراجي، ابي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، اعتنى به: ابو الفضل الدمياطي، قدمه: علي لقم، مركز التراث الثقافي، المغرب، دار ابن حزم، ط: 1 2007، 8 / 57

[4] صحيح البخاري: كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، حديث رقم 7257، وفي رواية، لا طاعة لمخلوق في معصية الله عز وجل.

[5] صحيح البخاري: كتاب الأحكام، باب من استرعى رعية فلم ينصح، حديث رقم 893. صحيح مسلم: كتاب الإيمان، باب استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار، حديث رقم 142.

هذه التوجيهات تبرز أهمية الالتزام بالعدل والحق في جميع الأمور المتعلقة بالحكم والقضاء، وأن أي خروج عن هذه المبادئ يعتبر تعديًا على حدود الله ورسوله.

قال سحنون: ولا ينبغي للقاضي أن يكون معه في مجلسه من يشغله عن النظر، كانوا أهل فقه أو غيرهم، فإن ذلك يدخل عليه الحصر والاهتمام بمن معه.[1]

وجميع هذه النصوص التشريعية بعد استقرائها يتبين لنا أنها كلها تحثّ على العدل بين الخصوم من خلال مبدأ استقلال القضاء، والحفاظ على حياد القاضي وبعده عن ما يؤثر في قضائه وحكمه، وبتطبيق مبدأ استقلال القضاء وحياد القاضي تتحقق الغاية والغرض المقصود من القضاء، ألا وهو إقامة العدل في سائر الخصومات والحكومات بين الناس وتعيين الحقوق حسب الاستحقاق.

الفرع الثاني: عوامل استقلال القضاء في الإسلام

هناك مجموعة من العوامل تحافظ على استقلال القضاء أذكر منها على سبيل الإيجاز

الحرية: إن مفهوم الحرية التي اشترطها الفقهاء لتولي منصب القضاء لها مدلول أكبر من وصف التخلص من ربقة العبودية، فإدراج شرط الحرية هو بمثابة السلامة من نفوذ غيره من حاكم أو سلطة، أو أي جهة أخرى تمس بحرية القاضي ما من شأنه أن يغير أو يؤثر في حكم القاضي بين الخصوم أو في النوازل والقضايا المختلفة، قال تعالى: ﴿**ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْناهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ**﴾ النحل[57].

حيث ضرب الله مثل العبد بهذه الصفة مملوك لا يقدر على شيء من المال ولا من أمر نفسه، وإنما هو مسخّر بإرادة سيده المدبر [2]، وعادة النفوس في الأصل تكره الانقياد والإذعان لحكم وقضاء من تقرر عليه لسواه ملك.[3]

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 42

[2] ابن عطية، المحرر الوجيز، 3 / 409

[3] ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 11

وقد علل ابن عاشور شرط وجود الحرية كون الرق حق على العبد، فهو محكوم لمالكه ولا يسعه إلا مصانعته، فيصير للسيد للعبد أثر في إجراء النوازل التي يباشرها مملوكه.

وأضاف أيضا: أن هذا ما يومئ إلى وجوب تجرد القاضي عن كل ما من شأنه أن يجعله تحت نفوذ غيره،[1]

فوجود الحرية الذي أوجبه الفقهاء هو عامل من عوامل استقلال القاضي وحياده، فلا ينحاز في حكمه تحت أي تأثير أو ضغط من أي جهة مهما كانت.

ومن المعقول:

أن النفس البشرية في الغالب تأبى الظلم حتى لو قبلت به مكرهة، فكيف بحالها إذا رفعت قضيتها ودعواها إلى من تعتقد أنه ينصفها ويحقق لها العدل، فإذا به يميز بين الخصوم ابتداء بأن يمنع أحد الخصوم من طرح حجته، سواء بمنعه من الكلام أو قطع سماع دعواه أو إيذائه بكلام أو رفع صوته عليه، أو نهره أو لكون أحد الخصوم ذمّيا وغيرها من أوجه التمييز والاحتقار بين أطراف الخصومة؛ ممّا يؤدي إلى اختلال ميزان العدل من بداية سير الدعوى، فلا يمكن للخصم استكمال دعواه وعرض حجته وهو يرى خصمه متقدما عليه ولديه من الحظوة في مجلس القضاء، فيدرك أن القضاء لن ينصفه مما يؤدي إلى زيادة الظلم، وهذا مخالف لمقصد الشارع من وضع القضاء وتنصيب القضاة ليحكم بين الناس بالعدل ويحقق القسط والميزان.

المطلب السادس: الحكم بالظاهر وحكم القاضي لا يحل حراما

ومن المبادئ التي اختصت بها الشريعة الإسلامية في سائر الأحكام والنوازل والعوائد والعادات، وتميزت به عن القوانين الوضعية، الحكم الظاهر عن طريق وسائل الإثبات الكاشفة والمبينة للواقعة والقضية، إذ ليس للحاكم والقاضي أن يبحث في النوايا والسرائر، ويطلع على ما في الصدور حتى

[1] ابن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، 502 / 503

ينفذ حكمه، وإنما تترك البواطن لله حيث هو العدل المطلق وحده يتولى الظاهر والباطن، فالعدل في الحياة الدنيا نسبي، ولا يكمل إلا عند الوقوف بين يدي الله تعالى للحساب الأخروي.

قال صلى الله عليه وسلم: {{إنما أنا بشر وإنكم تختلفون إلي فلعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار}}.[1]

فالقاضي يقضي على الخصم بما يسمع منه من إقرار وإنكار أو بينات، وإنما تعبدنا بالبينة والإقرار، وهو المسموع لقوله صلى الله عليه وسلم: إنما اقضي على نحو ما أسمع.

وقد أجمع الفقهاء أن القاضي لو قتل أخاه لعلمه بأنه قتل من لم يجب قتله من المسلمين لم يرثه لوجود التهمة، عملا بالحكم على الظاهر، وما يعزز القضاء الإسلامي وجود الوازع الديني في الفرض والمجتمع المسلم ما يساعد في تقويه الحكم الظاهر، فيكمل ظاهره مع باطنه، فالقضاء هو بيان الحكم الشرعي المرتبط بأحكام الفقه من حلال وحرام وواجب ومكروه مع تنفيذه، فإذا عجزت وسائل الإثبات الظاهرة من بينات وحجج وإقرار في بيان الحق وإظهاره، كان للوازع الديني والأخلاقي دافع يحث المسلمين على التزام الحق والاعتراف به والعمل به بناء على ترتب الثواب والعقاب على أفعال المكلفين[2].

وقد زخر التاريخ الإسلامي بضرب أروع صور الالتزام والرجوع إلى الحق، ومثاله ما وقع في قصة اليهودي في خصومته مع سيدنا علي أبن ابي طالب لما رأى من أخلاق المسلمين وعدل الإسلام آثر

---

[1] مالك، موطأ الامام مالك، باب الترغيب في القضاء بالحق، 2/ 719

[2] ابن عبد البر، ابو عمر بن عبد البر النمري القرطبي (ت 463هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والاسانيد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، حققه بشار عواد معروف وآخرون، مؤسسة الفرقان للتراث الاسلامي، لندن، ط: 1 عام 2017 ج 22 / 217

الرجوع والاعتراف بالحق، ثم أسلم بعد ذلك، وما جاء في قصة ماعز والمرأة التي أصابت حدا فقالت: يا رسول الله إني أصبت حدا فأقمه عليّ.[1]

ومن فروع هذه المسألة القاعدة الفقهية: أن القضاء عند مالك إخبار، فينعقد في الظاهر دون الباطن.[2]

بمعنى أن حكم الحاكم الظاهر لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، كما تقدم في الحديث النبوي، {فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعه من النار}.

فقد أجمع الجمهور أن الأموال والفروج سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا، قال تعالى: ﴿ **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ** ﴾البقرة [188]، وكما هو محرم في الأموال فهو محرم في الفروج وغيرها.

ومثاله أن يشهد شاهد زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة، فلا تحل له ولو أحلها الحاكم بالحكم له زوجة، وإذا وطئها فهو بذلك زان ومتعد، وشفعة الجار إذا قضى بها حنفي على مالكي فلا تحل.[3]

وإذا حكم الحاكم بما هو في الباطن على خلاف ما حكم به لم ينفذ حكمه في الباطن، ويبقى المحكوم فيه عمّا هو عليه، والحديث المتقدم ذكره صريح في أن حكمه بما ليس بجائز للمحكوم له لا يحله له، لأنه حكم بسبب غير صريح في الباطن فلم ينفذ الحكم له في الباطن[4].

قال ابن شاس: إنما القضاء إظهار لحكم الشرع لا اختراع له، فالقضاء وإن لم ينقض، لا يغيره الحكم في الباطن، ويبقى على المكلف على ما كان قبل قضاء القاضي[5].

---

(1) نفس المصدر، 15 / 42

(2) المقري، عبد الله محمد بن أحمد المقري، (ت 759هـ)، قواعد الفقه، تحقيق: محمد الدردابي . الرباط، مطبعة الامنية، 512

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 4 / 244 / 145 وابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 144

(4) القاضي عبد الوهاب، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، الاشراف على نكت مسائل الخلاف: المحقق: الحبيب بن طاهر الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1420هـ - 1999م ا، 9 / 963

(5) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3/ 1017

المطلب السابع: اجتهاد القاضي

اجتهاد القاضي في الشريعة الإسلامية هو عملية فقهية يقوم فيها القاضي بالبحث والدراسة للوصول إلى حكم شرعي في قضية معينة بناءً على النصوص الشرعية، {القرآن الكريم والسنة النبوية} ومبادئ الفقه الإسلامي، واجتهاد القاضي يصبح ضروريًا عندما لا يكون هناك نص صريح وواضح في القرآن أو السنة حول قضية معينة، أو عندما تكون النصوص متشابهة أو عامة، وتحتاج إلى تفسير وتوضيح.

تعريف الاجتهاد: لغة: بذل الوسع[1].

اصطلاحا: بذل الوسع في طلب صواب الحكم[2].

والاجتهاد المطلوب في القاضي هو الذي عبر عنه المام الشاطبي أنه لا يمكن أن ينقطع حتى ينقطع أصل التكليف، أي عند قيام الساعة[3].

وهذا الاجتهاد قائم على تحقيق المناط بإثبات الحكم بمدركه الشرعي، مع بقاء النظر في تطبيقه على الجزئيات والحوادث الخارجية.

وتولية المجتهد واجبة إذا وجد، وإذا فقد فجاز تولية المقلد بشرط أن يختار أعلم المقلدين ممّن له فقه نفيس، وقدرة على الترجيح بين أقوال مذهب إمامه[4]، وأما تولية القاضي المقلد لا تكون إلا عند

---

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 304

(2) الباجي، أبو الوليد الباجي الاندلسي، الاشارة في اصول الفقه مع الحدود في الاصول، تحقيق، محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط: 1، 2003، 118

(3) الشاطبي، ابو اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي (ت790هـ)، الموافقات، تحقيق ابو عبيدة ال سلمان ـ تقديم عبد الله ابو زيد، دار ابن عفان، ط: 1، 1997، 5 / 11، 12

(4) الحطاب، مواهب الجليل، 8 / 89

الضرورة، قال القاضي أبو بكر ابن العربي: ويقضى بفتوى مقلد بنص نازلة، فإن قاس على قوله أو قال يفهم من هذا كذا، فهو متعدّ[1].

وقد حثى الشارع الحكيم على الاجتهاد والنظر وإعمال العقل والتفكير وذم التقليد والانقياد بدون تفكير، قال تعالى: ﴿**بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهْتَدُونَ**﴾ الزخرف[22]، وقال سبحانه وتعالى أيضا: ﴿**وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ**﴾ البقرة[170].

ومن السنة المطهرة: ما روي عن الحارث بن عمرو ابن أخي المغيرة بن شعبة عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ بن جبل، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن سأله كيف يقضي؟، فعن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم حين بعثه إلى اليمن قال له: {{كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟" قال: أقضي بكتاب الله. قال: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يُرضي رسولَ الله}}.[2] واجتهاد سيدنا معاذ بالرأي يراد به الاجتهاد في رد القضية من طريق القياس إلى معنى الكتاب والسنة، ولم يرد به الرأي والهوى، هذا تأكيد على أن اجتهاد القاضي أو المفتي في الشريعة الإسلامية لا يعتمد على الآراء الشخصية المبنية على الهوى، أو الخواطر الذاتية. بدلاً من ذلك، يجب أن يكون الاجتهاد مستندًا إلى قواعد وأصول شرعية ثابتة، مستمدة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وأيّ مصدر من مصادر التشريع الإسلامي.

---

[1] القرافي، الذخيرة، 10 / 16

[2] ابي داود، سنن ابي داود، كتاب الاقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، رقم: 3592

وفي الحديث دليل أن ليس للحاكم والقاضي تقليد غيره فيما يريد أن يحكم به[1]، فالاجتهاد فيما لا نص فيه موافق لما جاء في الحديث الشريف.

المطلب الثامن: مبدأ شمول القضاء في الإسلام للجميع المنازعات

يتميز القضاء الشرعي في الدولة بالشمول في القضايا والمنازعات والخصومات قال تعالى: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**﴾ النساء[65]، وقال تعالى في حق غير المسلمين: ﴿**فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾المائدة[42]، فأحكام الشريعة الإسلامية تشمل جميع المنازعات والنوازل والحوادث المستجدة، فكان المقصد العام من التشريع فيها حفظ نظام الأمة واستدامة صلاح المجتمع بصلاح نوع الإنسان، ويشمل صلاحه صلاح عقله وصلاح عمله وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم[2].

نظام الشمول في الشريعة الإسلامية جاء لإصلاح الحياة ودرء المفاسد وقطع الشر والسبل المؤدية إليه، فجاءت أحكامها لمعالجة واحتواء النوازل والقضايا المستجدة بما تحويه من كلية وقواعد فقهية عامة وخاصة، لذا فإن النظام القضائي كأحد دعائم الشريعة الإسلامية وأساسياتها يتناول الفصل والحكم في كل الوقائع والحوادث والدعاوى العادية والطارئة، ما يثبت أن نظام القضاء في الإسلام يحقق كمال الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

---

(1) الخطابي، ابي سليمان بن محمد الخطابي (ت388هـ)، معالم السنن. شرح سنن أبي داود، تحقيق: محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط: 1: رقم 1، 4/ 165

(2) ابن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، 148

وخطة القضاء من أعظم الخطط الشرعية قدرا وأجلها نظرا، وعلى القاضي مدار الأحكام والنظر في جميع وجوه القضاء[1] من الحقوق سواء كان حقا لله تعالى، أو حقا للآدميين، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى[2].

وبهذا يتضح أن القاضي يحكم فيه كل ما يدخله الخلاف والمنازعة وتتحقق فيه الخصومة، وأما ما اختلف فيه لمصلحة الدنيا كأخذ الزكاة في مواطن الخلاف فهو حكم وقضاء من جهة التنازع، لا إخبار عن نصاب اختلف فيه، لأن حكمه من هذا الوجه هو من باب الفتوى لا من باب القضاء[3].

المطلب التاسع: علانية جلسات التقاضي

تؤكد الشريعة الاسلامية على احترام مبدأ علانية المحاكمة؛ ممّا يسمح لغير الخصوم بحضور جلسات المرافعات عالميا إلى غاية إصدار القاضي الحكم، وهو ما جرى العمل به منذ العهد النبوي على انعقاد مجلس القضاء في المساجد الذي هو مكان عام يؤمّه ويقصده المسلمون، وقد ذكر فيما تقدم أن المالكية يقدمون المساجد على غيرها من الأماكن في إقامة وعقد مجالس القضاء، وهذا دليل على علانية المرافعات وجلسات المحاكمة.

بل إن المسجد يصلح أن يكون أحسن مجلس قضاء، حيث الجماعة من الناس، إلا إذا كان حصل ضرر بتردد غير المسلمين والنساء الحيض، فيجلس القاضي في رحبة المسجد للقضاء حتى يصل إليه الضعيف والمرأة والذمي، وهو أقرب للناس في خصومتهم وشهود لهم، فلا يحجبون عنه،[4] إضافة إلى جواز أن يضم مجلس القاضي الفقهاء والعدول يجالسهم فيما يحتاج إليه من فقههم

---

(1) ابو الاصبغ، عيسى بن سهل بن عبد الله الاسدي القرطبي الغرناطي، ديوان الاحكام الكبرى أو: الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام، تحقيق: يحي مراد، دار الحديث، مصر، 2007، ص28

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، 4 / 244

(3) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 1 / 33

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 38 / 39

وشهادتهم[1]؛ ممّا يعزز من علانية المحاكمات والجلسات بحضور القاضي والخصوم والفقهاء والشهود وغيرهم ممّن حضر من عامة الناس.

وهذا دليل على نيّة المرافعات أمام الناس مما يحقق نزاهة القضاء وعدالته لأنه يضمن الإشراف والرقابة على أعمال القاضي ويتعرفون على الواقعة محل النزاع، ويسمعون الحجج والبينات والدفوع والحكم؛ ممّا يساعد في الحفاظ على نزاهة القضاء، ويضمن عدم تحيز القاضي وغلطه ويحقق العدل والمساواة، وإحاطة القاضي بأهل المشورة والعلم يمنع عنه الخطأ، وتجمّع الناس وحضور الجلسات يضمن المساواة والعدل بين الخصوم والشفافية في نزاهة القضاء.

وهذا كله يحمل القاضي على أن يجتهد في أداء واجبه ويتحرى العدل من بداية رفع الدعوى إلى غاية إصدار الحكم النهائي؛ ممّا يزيد ثقة المتقاضين في جهاز القضاء ويطمئن الرعية ويشعرهم بالحماية والأمان على حقوقهم.

وقد أصاب الونشريسي في تحديد السلطات واختصاص كل واحدة منها وأبان بالتفصيل عن مهام القاضي المجملة في كتب الفقه، وذكر ما ينفرد به القضاة دون سائل الحكام والولاة باعتبار أن كل هذه السلطات هي ولايات وخطط شرعية.

ومن جملة هذه المهام: [2]

- قطع التشاجر والخصام بين المتنازعين، إما عن طريق الصلح بينهم أو بإجبار بحكم قضائي.
- استيفاء الحق لمن طلبه إمّا بإقرار أو بينة.
- النظر في الأحباس وتفقدها وإصلاحها وإعمارها وتفقد جميع أحوالها
- تنفيذ الوصايا على شرط الموصي به وافقت الشرع وفقا للقاعدة شرط الواقف كنص الشارع.

---

[1] أبي زيد القيرواني، ابو محمدعبد الله بن ابي زيد القيرواني الفقيه المالكي (ت 386هـ)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الامهات ن تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو،و محمد حجي واخرون، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان، الطبعة: 1 . 1999، 8 / 20

[2] الونشريسي، الولايات ومناصب الحكومة الاسلامية والخطط الشرعية، 57 / 58

- تزويج الأيامى بالأكفاء إذا عدّ من الأولياء، وفي حال عضل الولي أو فقده، خلافا لأبي حنيفة إذ لا يرى ذلك من واجبات القاضي، لأن الأيم تملك أن تزوج وتعقد لنفسها.
- إقامة الحدود سواء تعلقت بحقوق الله أو الآدميين
- النظر في المصالح العامة وكفّ التعدي في السوق والدور والطرقات إذا تقدم اليه بطلب
- تصفح الشهود وتزكيتهم وتفقد الأمناء، واختيار من يصلح منهم لذلك
- وجوب العدل والتسوية بين القوي والضعيف والشريف والوضيع.[1]

كما أن سير مسطرة القضاء وفقا مبدأ علانية الجلسات ليس على إطلاقه، إذ راعى الشرع الحنيف الجانب المتعلق بخصوصية الأفراد وما يتعلق بالمجتمع والأسرة في كثير من الحالات، ووفق بين النظام العام وحياة الأفراد الشخصية وحقق التوازن ما بين علانيه المرافعات وسرية الجلسات المغلقة بما يستوجب النظام العام ومبدأ احترام خصوصية الأفراد وعدم المساس بها حتى في أثناء نظر المنازعات والخصومات، ومن ذلك نرى أن الشارع الحكيم وسع كثير من العقود المتعلقة بحياة الناس ورفع الغبن عنهم بتسهيل شروطها وأحكامها كسائر العقود من قراض وشركة مساقاة وبيوع وغيرها من المعاملات، وشدد في مسائل أخرى، كالشهادة لتوهم حصول العداوة، فاشترط العدد والحرية كما في شهادة الزنا، فلم يقبل فيها إلا أربعة شهود يشهدون شهادة تامة كاملة غير ناقصة او متناقضة على فعل الزنا دون اختلاف أو نقص في الشهادة، لأن مقصود الشارع هو الستر من الفضيحة، كما لم يلزم الزوج الملاعن بالبينة سوى أيمانه، ولم يوجه إليه حدّ القذف حفاظا على الأسرة وصونا للأعراض عن أسباب الإرتياب[2].

وبهذا إن تحقق مبدأ علانية الجلسات وما ورد من استثناء الأصل الكلي في إجراءات التقاضي الشرعي، هو بمثابة الأساس الذي يراعي اختلاف الأحوال والأزمان والمناسبة بما يحقق المصالح ويدرأ المفاسد.

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، 4 / 244

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 2 / 154

وأمـــــا فيما يخص النطق بالحكم فقد أجمع المالكية أن الحكم لا يكون إلا بالإعلان والجهر، سواء كان سير ونظر الدعـــاوى علانية أو سرا، لأن الســـر في النطق بالحكم يهين الحكومة ويوقع المظنة للقاضي [1].

المطلب العاشر: النظر في أمر المسجونين، وأولياء المحجور عليهم من وصي ووكيل

الفرع الأول: النظر في أمر المسجونين

إن ممّا يتوصل به إلى استخراج الحقوق والزجر عن الجناية تقرير العقوبات بحسب السياسة والشرع، ويعد السجن أحد هذه العقوبات الملجأة لاستخلاص الحقوق وأيضا كوسيلة للتأديب والزجر، ومن ثم فإن العقوبة بالسجن له حدّين من حيث ما خف منه كالحبس اليسير دون تشديد وتغليظ، أو غليظ ثقيل مقرون بالعذاب قال تعالى: ﴿**إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾ يوسف [25].

واتخاذ السجن بهذا الاعتبار من جهة الخفة والثقل بحسب حال المسجون[2]، كما يحرص الحاكم والقاضي على إطلاق وتسريح من لم تقم عليهم شبهة ولا سبب يوجب الحبس، إذ هو من أعظم الثواب، وقد اختلف أهل العلم في العقاب بالسجن بين مجيز ومانع، فمن قال بالمنع احتج أنه لم يكن في عهد النبي صلى الله عليه وسلم سجن أو ثبت أنه حبس أحدا، وقال من يرى بالجواز أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سجن بالمدينة في تهمة[3].

---

(1) نفس المصدر، 1 / 48

(2) ابن الأزرق، محمد بن علي بن محمد الأصبحي الأندلسي، أبو عبد الله، شمس الدين الغرناطي ابن الأزرق (ت 896هـ)، بدائع السلك في طبائع الملك تحقيق: علي سامي، وزارة الاعلام، العراق، الطبعة: 1، ص 168/ 169

(3) الباجي، ابو الوليد الباجي سليمان بن خلف الاندلسي، فصول الاحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد ابو الاجفان، دار ابن حزم، جامعة ام القرى مكة المكرمة، 103

كذلك يجب تفقد المسجونين قبل سماع الدعوى، لأن من أهم الخطوات التي يحرص عليها القاضي قبل سماع الدعوى هو النظر في أمر المسجونين، وأن لا يهمل أمرهم[1]، كما يحرص الحاكم أو القاضي على إطلاق وتسريح من لم تقم عليهم شبهة ولا سبب يجيب الحبس.

فقد يكون فيهم من طال مكوثه في الحبس ما يزيد عن المـــدّة التي فرضها القاضي عليه، فيكون ذلك ظلما وجورا وتعدّ على أحــد أهم حقوق الناس، وهو الحرية.[2]

ويلزم القاضي بالنظر في من حبس بسبب مالي، فمن كان عليه إعسار أنظره، ومن علم لدده ألزمه الحبس.

أ ـ في مدة الحبس

لما كان الحبس أحد أنواع العقوبات التقديرية فللحاكم أن يحدد مدة السجن، لأن الأمر موكول إلى اجتهاده وتقديره بحسب ما تقصده المصلحة، وعلى حسب ما يظهر له من تهمة الغريم ولدده وظلمه، ويراعي القاضي المحبوسين في الحقوق فلا يجب عليه أن يشدد أو يضيق عليهم، فله في فترة سجنهم السماح لهم في الاجتماع والحديث وخدمة المريض منهم إن احتاج لمن يخدمه، كزوجة أو أمة، وأن لا يمنع من اجتماع الزوجان إن حبسا لدين إن طلبا ذلك، وكذا سائر الحقوق من زيارة الأقارب في حال مرض بعضهم وخيف عليهم الموت، وكذا حضور جنازتهم[3].

---

(1) ابن الجلاب، عبيد الله بن الحسن بن الحسن ابو القاسم ابن الجلاب (ت 378هـ)، التفريع في فقه الامام مالك، تحقيق سيد كسروى حسن، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط: 1 2007، 2 / 257 و258

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 44

(3) ابن يونس الصقلي، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي – جامعة أم القرى، الطبعة: الأولى، 1423هـ - 2013 م، ص 616 و617.

قال مالك رحمه الله: لا يسجن الحر ولا العبد في الدين، حتى يعلم من أمره ويتبين أنه متهم، وتحقق أنه خبأ مالا أو غيّبه، فله حبسه وإن لم يجد من ذلك شيئا خلى سبيله وسرّحه، ويكون الحبس بقدر ما يتلوّم من اختباره، وله أن يأخذ عليه حميلا ولا يسجنه[1].

ب ـ ما يشرع فيه عقوبة الحبس

عد القرافي ما يشرع فيه عقوبة الحبس فيما يلي:

- حبس الجاني لغيبة المجني عنه.
- حبس الآبق عاما حفاظا للمالية حتى يعرف ربه.
- حبس الممتنع عن دفع الحق إلجاء إليه، حبس الجاني تعزيرا وردعا.
- حبس عن التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة، مثل حبس من أسلم على أختين وامتنع عن التعيين.
- حبس الممتنع من أداء حق الله تعالى، وحبس من أقر بمجهول عين في الذمة وامتنع عن تعيينه.[2]

وأضاف بعض الفقهاء سببين آخرين موجبين للحبس:

ـ أحدهما يتعلق بتوقيف وحبس الشيء المدعى فيه، والأخر حبس الاختبار لمن ينسب إليه فعل السرقة[3].

الفرع الثاني: النظر في أولياء المحجور عليهم من وصي ووكيل

يعتبر النظر في شأن أولياء المحجور عليهم في الفقه الإسلامي، مثل الوصي والوكيل، من الأمور المهمة التي تتعلق بحماية حقوق القصر وغيرهم من الفئات التي تحتاج إلى رعاية ومزيد عناية، والوصاية

(1) مالك، المدونة، 4 /59

(2) القرافي، الفروق، 4/ 133و134

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 2 / 312

تعتبر من الأمور الأساسية في الفقه المالكي لأنها تحافظ على حقوق القاصرين وتضمن حماية أموالهم ورعايتهم في حال عدم وجود الأب أو الجد.

والوصي هو "الشخص الذي يعينه الأب أو الجد لرعاية القاصر بعد وفاته"، وهو يعتبر ممثلًا للقاصر ويقوم بجميع الأعمال التي تحفظ مصلحته المالية والشخصية.[1]

أجاز الفقه تصرفات وأفعال السفيه حتى يحجر عليه السلطان[2]، والقاضي ينظر في أمر اليتامى والمحجور عليهم من وجود وصي أو وكيل يقوم بحماية وصيانة أموالهم او يقوم بتنصيب أوصياء ووكلاء عنهم حتى لا تضيع حقوقهم، ويقوم هؤلاء الوكلاء والأوصياء بالخصومة عنهم حتى يبلغوا الرشد، أو يرفع الحجر عن سفهائهم.

فيأمر القاضي بمنع كل من لا وصي له ولا وكيل وكل سفيه يستوجب الولاية عليه من مداينته ومتاجرته، ويرفع كل من هؤلاء إلى القاضي ليولي عليهم ويحجر عليهم[3]

وبين الفقهاء الوجه الصحيح في التعامل مع أموال اليتامى حتى لا تبقى محجورة بأن تدفع إلى من يتجر فيها تطوع ورغبة ف ثواب الله قصد نمائها وزيادتها للموصى عليهم، وحتى لا تأكلها الزكاة إذا بقيت مكنوزة دون حركة أو تجارة، كما نص العلماء أيضا أن القاضي إذا لم يجد من يتّجر بأموال اليتامى فعليه أن يدفعها لمن يوثق به حتى يحفظها[4]

---

(1) الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل" 4 / 453، ومن شروط الوصي ان يكون بالغا عدلا غير فاسق عاقلا، قادرا على القيام بأعمال الوصاية. ينظر الى شرح خليل للشيخ عليش منح الجليل، 9 / 583

(2) الخشني، محمد بن الحارث الخشني (ت 361هـ)، اصول الفتيا في الفقه على مذهب الامام مالك، تحقيق: الشيخ محمد الجدوب، ابو الاجفان، عثمان بطيخ، الدار العربية للكتاب، 1985، ص414

(3) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة: الثانية، 1408هـ- 1988 م، 233/9.

(4) نفس المصدر، 9 / 233

والقاضي أيضا هو المخوّل بتولي النّظر في أمر السفيه واليتيم الذي لا وصي له، فيتولى ذلك بنفسه ويعين ويقيم له من ينظر فيه، والصغار والسفهاء إذا كان لهم أب فيتولى الحجر عليهم حتى الرشد، وفي حال فقد الأب يعين له وصي ووصي الوصي أيضا يحل محل الوصي الأول[1]

ويشهد القاضي على من أحجر عليه في مجلسه ولا يزول الحجر إلا بحكم الحاكم، قال تعالى: ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**﴾ النساء [6]، ولا يرفع الحجر حتى يتحقق بما أنيط الى الوصي في معرفة من هو في ولائه، فقط يعتقد الوصي تمام قدرة من هم في ولائه على حفظ أموالهم واستطاعة صيانتها، والأمر لا يكون كذلك، فالقاضي هنا يستقصي الأمر ويحققه حتى يتبين له ما رآه الوصي من قدرة كمال رشد المحجور عليهم وأهليتهم في التصرف في أموالهم، فحينئذ يصدر القاضي حكمه برفع الحجر، ولا بأس أن يدفع الوصي مال من هو تحت وصايته من غير افتقار إلى حكم الحاكم، وهو قول الإمام مالك[2].

المطلب الحادي عشر: تزكية الشهود، وتجريحهم

الفرع الاول: الشهود

يلزم من القاضي البحث والتقصي عن حالة الشهود، ويسأل عنهم في السّر، وذلك يكون بتعيين رجل من أهل العدل والرضا يتولى مسألة الاستقصاء عن حال الشاهد، فيسأل أهل مسجده عنه وعن عمله حتى يركن إلى معرفه حالته، وإن كان به جرحه أو لا، كلّ هذا يتم في السّتر.

---

[1] المازري، أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (ت 536 هـ)، شرح التلقين، محمَّد المختار السّلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة: الطبعة الأولى، 2008 م، 3 / 242 و243.

[2] نفس المصدر، المازري، شرح التلقين، 3 /243

ويرى الإمام مالك أنه لا يجوز للقاضي أن يعمل بشهادة الشهود في القضاء حتى يسأل عنهم في السر، ولا يقبل بالتزكية أقل من رجلين، ويستحسن أن يكثر من المعدّلين على الشاهد، وألّا يقبل في التزكية أقل من رجلين.[1]

وأول ما ينظر فيه القاضي ما يحتاج إليه ليضبط به الأحكام القضائية وهم الشهود المؤهلون للشهادة، فهم بمثابة القضاة، وأما القاضي فهو المنفذ للحكم وفق شهادة الشهود[2]، قال تعالى: ﴿**ستكتب شهادتهم ويسألون**﴾ الزخرف [19].

ولما كثرت شهادة الزور بأرض العراق قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: {والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول}، وقال أيضا: {لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين}.[3]

وتجوز شهادة الطبيب فيما يختص بمعرفته إذا سأله القاضي وإن كان غير عدل أو نصرانيا إذا لم يوجد سواه، ولا تجوز شهادة من لا يعرف حاله من عدالته أو جرحة في موضع من مواضع الشهادة.[4]

ويجوز التجريح في الشهود من غير تفسير للجرحة القادحة التي تمنع من أداء الشهادة، ولا يكون التجريح إلا في السّر[5].

وصفة التجريح يكتفي فيه القول أن الشاهد مجروح ومثله لا تجوز شهادته.[6]

---

(1) ابن زمنين، الامام ابي عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن ابراهيم ابن ابي زمنين، (ت 399هـ)، منتخب الأحكام، تحقيق: عبد الله بن عطية، مؤسسة الريان مكة المكرمة، ب ط، ص110، الامام مالك، المدونة، 4 /13

(2) المكناسي، القاضي ابي عبد الله بن عبد الله المكناسي (ت917 هـ)، مجالس القضاة الحكام والتنبيه والاعلام فيما افتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام، تحقيق نعيم عبد العزيز، مركز جمعة الماجد، الطبعة الاولى: 2002، 1 / 140 و141

(3) مالك، موطأ الامام مالك، 2 / 480 و481، رقم 2932ـ 2933

(4) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، فتاوى ابن رشد، تحقيق: المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الاولى: 1987، ج2/ 1043

(5) ابو الوليد الباجي، فصول الاحكام، 125

(6) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/ 258

الفرع الثاني: شروط يجب تحققها في الشهود ولزومها

اشترط الفقهاء مجموعة من الشروط يجب تحققها في صفة كل شاهد حماية لحقوق فروج الناس أن تبذل وتضيع، وهذه الشروط تعكس حرص الفقه الإسلامي على ضمان العدالة والدقة في الإثبات والشهادة، لتجنب الظلم والتلاعب بالحقائق، وأهم هذه الشروط[1]:

- . التأكد من ولاية الولي في عقد النكاح قصد التحفظ على الولاية في تعيين الولي الشاهد.
- . ألا يشهدوا في بيع الأصول إلا بعد ثبوت العيب رفعا للشغب بين المتبايعين من القيام بالعيب
- . عدم كتمان شهادة الغريم بملأ الذمة
- . ألا يكتب التصديق لربّ الدّين في الاقتضاء لأنه من باب هدية المديان ولعدم الأمن في الناس.
- وجوب تحفظ الشاهد للتعريف حتى لا يخدع بما يوثق به، كان تكون المرأة التي أشهدته على نفسها أتت بالمرأة وهو يعرفها بالثقة فقالت له: تعرف أن هذه فلانة وبنت فلان، فلا يجوز له أن يشهد لها بتعريف المرأة له وإن كانت عنده ثقة[2].
- . أن لا يشهد الشاهد إذا عرف المشهود له ولم يعرف المشهود عليه، أو عرف عين المشهود عليه ولم يعرف المشهود له، أو لم يعرفهما معا، فلا يشهد البتة، فيلزم الشاهد معرفة ما شهد عليه.
- . ألا يمكن الشاهد المطلق من براءة الطلاق كان بالثلاث إلا بعد نسخة في السجل، خوفا من الإرتجاع بعد وقوع الثلاث.[3]
- . ألا يأخذوا على أداء الشهادة أجرا؛ لأنه من أكل أموال الناس بالباطل قال تعالى: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوٓا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ**﴾ النساء[29].
- . ألا يكون التصديق في الضرر بين الزوجين إلا بيمين فيه تحفظ للعصمة وسدّا للذريعة؛ لأنها إذا جعلت بيد المرأة طلقت نفسها متى رأت أن تفعل ذلك، كان لضرر أو لغير ضرر.

---

(1) المكناسي، مجالس القضاة والحكام، 142 و149

(2) ابن رشد، البيان والتحصيل، 10 / 169

(3) ابن رشد، فتاوى ابن رشد، 1611

- . ألا يكتبوا الإشهاد على الزوج للرجعة بعد مضي شهر من تاريخ الطلاق حتى يشهد على المطلقة أن عدتها لم تنقض.
- . ألا يشهد البدوي على القروي في الحقوق التي جرت العادة بالتوثق فيها في الحاضر، كالوثائق والصدقات والأحباس ونحو ذلك، فلا يجوز لأهل البادية الشهادة فيه، وجاز في الأموال والقذف والجرح والقتل[1].

الفرع الثالث: في تجريح الشهود

المشهور في المذهب والمفتى به أنه لا بد في الجرح ذكر سبب التعديل، والقول بالعدالة[2] بأن التعديل يحصل بعد صحبه طويلة واختبار الأفعال الكثيرة يسقط لما فيه من المشقة، بخلاف الجرحة كما أن أسباب الجرح كثيرة[3]، إذ لابد من ذكر سببه الاختلاف العلماء فيها مع غموض بعضها، فإذا كوشف بسبب التجريح إن أمكن معرفة إن كان فيه غلط أو لا[4]، سئل ابن رشد عن شاهد مشهور في الخير يعتقد مذهب أهل الظاهر، هل ذلك جرحة في شهادته أم لا، فأجاب رحمه الله في فتاويه فقال: إن إبطال القياس في أحكام شرائع الدين عند جـميع العلـــماء بدعة، فـمن اعتقد به ودان به فهـو جـــرحة.[5]

---

(1) ابن بزيزة، عبد العزيز بن ابراهيم بن احمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة (ت 673هـ)، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، الطبعة الاولى: 2010، ج 2/ 1370

(2) وَالْعدْل هُوَ من يجْتَنب الْكَبَائِر ويتحفظ من الصَّغَائِر ويحافظ على مروءته، الْمَشْهُور انه لا يشْتَرط فِي الشَّاهِد انْتِفَاء الذُّنُوب فَإِن ذَلِك مُتَعَذر (القوانين الفقهية 203)، وتقبل شهادة الفاسق اذا تاب وعرفت توبته (بداية المجتهد 4، 245).

(3) أسباب الجرح: حصول تهمة بسبب عداوة دنيوية بين الشاهد وأحد المدعين، كَمُخَاصَمَةِ مَشْهُودٍ عَلَيْهِ مُطْلَقًا، ينظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل[الحطاب]164/6 أيضا لتهمة بسبب المحبة فإنها مؤثرة في اسقاط الشهادة (بداية المجتهد 4، 246)

(4) ميارة الفاسي، الامام ابي عبد الله محمد بن احمد ميّارة الفاسي، فتح العليم الخلّاق في شرح لامية الزقاق، تحقيق: رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، ط: 1، 2008، ص276 و277

(5) ابن رشد، فتاوى ابن رشد، 3 / 1436

وسئل بعضهم عن شهادة أهل القرية إذا فيه يجري بينهم وبين من يطرأ عليه من بيعه والنكاح والطلاق والجراحات، قال الونشريسي: إذا لم يكن فيهم عدول جازت شهادة أمثلهم، وقيل يستكثر منهم ويقضي بشهادتهم[1].

وذكر الفقهاء من تردّ شهادتهم بسبب الجرحة

شهادة من اشتهر بالكذب، والمغنّي ومن يستمع إليه، والنائحة، ومن يثبت لعبه بالحمام وأدمن عليه، بشرط اشهارهم بذلك لأنه ينقص من المروءة، وهو من الخساسة والدناءة.

عدم الضبط والحفظ المؤدي لعدم تذكر تفاصيل الواقعة عند الشاهدة[2]

ولا تقبل شهادة مجهول الحال ولا السفيه؛ لأنه مخدوع، ومنها أن لا يكون بدعيا، سواء تعمد، أو جهل أو تأوّل.

[1] الونشريسي، ابو العباس احمد بن يحي الونشريسي التلمساني، المعيار المعرب والجامع المغرب، خرجه جماعة من الفقهاء، اشراف مجمد حجي، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية،

[2] الخرشي، شرح الخرشي 7 / 176

الفصل الثاني

فـــي وسـائل الإثـــبـــات

الفصل الثاني: في وسائل الإثبات

وسائل الإثبات الشرعية هي الأدوات والطرق التي يعتمد عليها القضاء الشرعي لإثبات الحقائق والتحقق من الوقائع في القضايا المعروضة أمامه، تعتمد هذه الوسائل على الشريعة الإسلامية، وهي تعتبر أساسًا لإصدار الأحكام العادلة، والقاعدة العامة في الدعاوى والقضائية أن يطلب من المدعي الدعوى ويسأل المدعى عليه عنها وما يدعيه المدعي، فإن أقر المدعى عليه ثبت الحق للمدعي وتقرر الحكم بالإقرار، وفي حال الإنكار يطالب المدعي بإقامة الدليل والبينة على دعواه فيما يدعيه، وهذا ما يعرف بوسائل الإثبات الشرعي في الدعوى القضائية، ووسيلة إثبات الحق قد تكون إقرار أو شهادة الشهود، أو نكول المدعي عليه عن حلف اليمين التي وجهت إليه، وهي وسائل متفق عليها بين فقهاء كما توجد وسائل وطرق أخرى لإثبات الحق مختلف في حجيتها والعمل بها بين الفقهاء، كالأخذ بالقرائن، وعلم القاضي، والقياف، والقسامة والقرعة، إضافة إلى وسائل إثبات حديثة كالبصمة والخبرات.

وسأقسم المبحث إلى عدة مباحث، أفرد في كل مبحث وسيلة من وسائل الإثبات، وأختم هذا المبحث بمسألة تعالج قضية تعارض الأدلة والبينات التي يقدمها الخصوم.

تمهيد:

البينة لها دور أساسي في القضاء الشرعي، لأنها الوسيلة التي يعتمد عليها القاضي في التحقق من الوقائع واتخاذ قراره بناءً على ما يثبت له من حقائق. تستخدم البينة لإظهار صدق دعوى المدعي، أو لدفع الدعوى عن المدعى عليه.

البينة هي حقيقة لكل ما يبين الحق ويظهره، وتأتي غالبا بمعنى الشهادة والشهود، لأنه لا يتبين الحق إلا بقولهم ويرتفع الإشكال بشهادتهم، واستدل الفقهاء لما جاء في سورة يوسف عليه السلام في قوله تعالى: ﴿**وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ**﴾ يوسف[18]، بإعمال كل دليل كحجة وأمارة أقاموها مقام البينة.

وذكر الإمام القرافي رحمه الله فائدة لطيفة في بيان الفرق بين قاعدة الأدلة وقاعدة الحجاج والأسباب، فقاعدة الأدلة يعتمد عليها المجتهدون في بناء أحكامهم، وقاعدة الأسباب يعتمد عليها المكلفون كالزوال والغروب لمعرفة أوقات الصلاة ورؤية الهلال وغيرها من الأسباب التي يترتب عنها أفعال المكلفين.

وأما قاعدة الحجاج فهي التي يعتمد عليها الحكام والقضاة في إصدار الأحكام، لقوله صلى الله عليه وسلم: {{فلعّل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع}}[1]، والحجاج تشمل سائر البيانات كالإقرار، والشهادة، واليمين والنكول التي يقضي بها الحاكم.[2]

ويعد تعريف البينة لكل ما يبين الحق ويظهره أعم وأشمل ويتفق مع المعنى اللغوي الذي يأتي بمعنى الحجة والدليل، والجانب العملي منه في اعتبار كل حجه ودليل مصدرا للإثبات، وهذا وارد أيضا في كثير من عبارات فقهاء في العديد من أبواب الفقه فإن إطلاق البينة عندهم يراد به الحجة،

---

(1) صحيح البخاري: كتاب المظالم والغصب، باب: الحاكم يحكم بالقتل على من وجب عليه دون البينة (2447)

(2) القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي (684هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، 1416 هـ - 1995 م، ص183

عدا باب الدعوى والبينات فإنهم يقصرون مفهوم البينة على الشهادة من قول الشهود والإقرار واليمين والنكول وشهادة الشهود، ولم أقف على تعريف جامع لمعنى البينة عند فقهاء المالكية إلا عند الإمام ابن فرحون حيث استعملها بالمعنى العام بكل وسيلة تظهر الحق وتبينه[1].

[1] القرافي، الفروق، الفرق 16 ـ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1/ 240

المبحث الأول: الشهادة

ذكرنا آنفا أن إطلاق الشهادة عند الفقهاء يراد به البينة فالأصل إطلاق البينة على كل ما يبين به الحق، ولكن الفقهاء قصروا البينة على الشهادة لأنها من أهم أنواع البينة، فهي أأكد الحجج والطرق في الإثبات باعتبار أنها أظهر من غيرها في بيان الحق وإثباته.

وسيأتي في هذا المبحث ذكر مسائل مهمة تتعلق بالشهادة بغرض الإحاطة بالموضوع نظرا لتشعب وكثرة المواضيع المتعلقة بالشهادة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الشهادة دليل مشروعيتها

المطلب الثاني: دليل مشروعية الشهادة وحكمها

المطلب الثالث: شروط الشهادة الأداء

المطلب الرابع: شروط تحمل الشهادة

المطلب الخامس: مراتب الشهادة

المطلب السادس: التحمل والأداء في الشهادة

المطلب السابع: في مراتب الشهود

المطلب الثامن: كيفيه النقل في الشهادة على الشهاده

المطلب التاسع: الرجوع عن الشهادة

المطلب الأول: مفهوم الشهادة

لغة: تأتي الشهادة في الاصطلاح اللّغوي، بمعنى العلم، والحضور، والحلف، والمشاهدة، وهي المعاينة والخبر القاطع، والشاهد هو الحاضر.[1]

مفهوم الشهادة في الاصطلاح: عرفها ابن عرفة" قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم، بمقتضاه إن عدّل قائله مع تعددّه أو حلف طالبه[2]".

قوله بحيث يوجب على الحاكم سماعه، خرج منه الرواية والخبر القصيم للشهادة، لأن الشهادة أداء وقوله على الحاكم، ولم يقل القاضي؛ لأن الحاكم أعمّ من القاضي، قوله إن عدّل قائله: خرج به مجهول الحال ومن لم تثبت عدالته.

قوله مع تعدده: خرج به إخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيا أخر بما كتب إليه، وإنما يعني بتعدده نقل الشهادة، لأن القاضي المنقول إليه ذلك له الاجتهاد في صحة الثبوت المنقول اليه.

ويحفظ على تعريف ابن عرفة اشتراطه للعدالة، وهي غير معتدة في الصبيان في حال الشهادة على الجراح.

وأجاب الرصاع عن هذا واعتبره رخصة ولا يتعارض مع التعريف، كونه وضع لبيان الحقيقة الشرعية وأن ما عرض فيها لمانع أو رخصة لا يعارض ذلك.[3]

وعرفت الشهادة أيضا بأنها إخبار الحاكم عن علم ليقضي بمقتضاه.[4].

---

[1] الفيروزأبادي، القاموس المحيط 896

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 225

[3] الرصاع، شرح حدود بن عرفة، 582

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4 / 164

المطلب الثاني: دليل مشروعيه الشهادة وحكمها

مشروعية الشهادة من الكتاب قوله تعالى: ﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ**﴾ البقرة [282]، وقوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ الطلاق [2]

وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ**﴾ المائده [106]، وقوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ**﴾ البقرة[282].

والنبي صلى الله عليه وسلم شاهد على أمته يوم القيامة وأمته شاهدة على الأمّم، قال تعالى: ﴿**وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا**﴾ البقرة [143].

وشهادة الله بما شهد به لنفسه، وشاهدة الملائكة وأولوا العلم، قال تعالى: ﴿**شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ**﴾ آل عمران[18].

وبعض أفراد الأمة شاهد على بعض في الدنيا في سائر ما يدور بينهم من المعاملات والهبات والجنايات وغيرها مما يقع بينهم[1].

حكم القيام بالشهادة

أمر الله تعالى بالقيام بالشهادة وعدم كتمها قال تعالى: ﴿**وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**﴾ الطلاق [2]، وقال أيضا: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ**﴾ النساء [135]، وقال تعالى: ﴿**وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا**﴾ البقرة [282].

[1] ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 274

والشهادة فرض وواجب على الجملة، يحمله بعض الناس عن بعض، كالجهاد والصلاة على الجنائز وغيرها؛ ممّا إذا قام به البعض سقط عن الغير، فإذا أقيم بها فقد امتثل الأمر وسقط الغرض[1].

وقال مالك في قوله تعالى: ﴿**وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا**﴾ البقرة[282]، إنما هو من يدعى إلى الشهادة بعد أن يشهدوا ما قبل أن يشهد، فأرجوا أن يكون في سعة إن كان ثمّ من يشهد، وحكي عن مالك أنه ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس[2].

وأما من ناحية التعيين فمن كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها، ويلزمه الأداء والقيام بها إذا دعي إليها.[3]

قال ابن عرفة: الأداء عرفا إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به، وهو واجب عينا[4].

المطلب الثالث: شروط الشهادة

للشهادة شروط محددة يجب توفرها لكي تقبل وتعتبر دليلاً وحجة في الحكم، وهذه الشروط تهدف إلى ضمان صحة وموثوقية الشهادة، ومنع التلاعب أو الفساد في تقديم الأدلة، وهذه أبرز شروط الشهادة في القضاء الشرعي.

أولا: الحرية

فلا تقبل شهادة العبد لقوله تعالى: ﴿**ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ**﴾ النحل [75]، وهو مثل في هذه الآية الكريمة في هذه الصفة أن العبد المملوك لا يقدر على شيء من المال ولا من أمر نفسه، والشهادة تجري مجرى الولايات والتمليكات، والعبد لا ولاية له على غيره، ولو

---

(1) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 281

(2) المواق، التاج والاكليل، 8 / 232

(3) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 281

(4) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 598

كانت له الشهادة لكان يجب عليه إجابة إذا دعي لها، وهو لا يملك من أمره شيء، وتجوز شهادته إذا اعتق من الرق، وهذا حال الأداء لا حال التحمل، إذ يصح تحمل الرقيق للشهادة ويؤديها بعد عتقه[1].

ثانيا: الإسلام

ويشترط في الشاهد أن يكون مسلما لأن الشهادة فيها معنى الولاية، خلافا لمن أجاز شهادة الكافر في الوصية في السفر، وحجتهم الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ**﴾ المائدة [106]،وتعلق بعضهم بقوله تعالى: ﴿**وْآخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ**﴾ المادة [106]، وردّ المالكية بأن الشهادة تكون من العدول قوله تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ الطلاق [2]، وأن اختيار الشهود يكون بالرضا عليهم قال تعالى: ﴿**ممّن ترضون من الشهداء** ﴾البقرة [28إ]، والاسلام شرط صحة العدالة والرضا.[2]

ثالثا: البلوغ

إن كتمان الشهادة منهي عنه قال تعالى: ﴿**ولا تكتموا الشهادة**﴾ البقرة[282]، والشاهد مأمور بأدائها والقيام بها، والأمر والنهي لا يتوجه إلى غير المكلفين، فغير البالغ ليس مكلفا شرعا والشهادة ولاية، والصبي لا ولاية عليه قال صلى الله عليه وسلم: {{رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم

---

(1) ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت 542هـ-المحرر الوجيز في تفيسير الكتاب العزيز، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، الطبعة: الأولى - 1422 هـ، الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت، 3 / 409

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، 4/ 165 / ابن رشد المقدمات الممهدات، 2 / 285.

حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحتلم وعلى المجنون حتى يعقل}}[1]، وأجاز مالك شهادة الصبيان في الجراح والقتل ما لم يتفرقوا أو يدخل بينهم كبير، أو يخببوا في أي شيء كان ذلك.[2]

رابعا: العقل

فعدم العقلي ينافي التكليف، وتقدم ذلك في الحديث الشريف من رفع التكليف والخطاب عن المجنون، فمن لا عقل له لا يعرفه الشهادة فكيف بأدائها.

وأضاف أهل العلم شروط أخرى كأن يكون من أهل اليقظة والتحرز لأنه لو كان من أهل الغفل والبله لم يؤمن عليه أن يشهد بالباطل [3]، وعدم الفسق بجارحة، فلا تصح الشهادة من الزاني والسارق، والشارب للخمر، أو المحجور عليه لسفه، أو بدعي كالقدرية والخوارج والمجسمة.

ويستحب أن يكون صاحب مروءة[4] يصون نفسه عما يوجب ذمها والإنتقاص منها، لأن المروءة لازم العدالة، ومن لا يبالي بسقوط منزلته ودناءة همته فهو ناقص العقل، والنقص يوجب عدم الثقة به، وإذا تعذر وجود عدل بهذه الأوصاف كما في زماننا هذا يكتف بالحر المسلم البالغ المستور الحال.[5]

الفرع الثاني: شروط تحمل الشهادة

أولا: العقل لابد أن يكون عاقلا وقت التحمل، فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يميز، فتحمل الشهادة يحتاج إلى فهم الواقعة ولا يتأتى هذا إلا بالعقل.

---

[1] ورواه النسائي في سننه الكبرى (حديث رقم 7349).

[2] مالك: المدونة، 4 / 26

[3] ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 285

[4] المروءة: هي المحافظة على فعل ترك ما فعله مباح يوجب الذم عرفا، كالأكل في الأسواق لغير الغريب، الحطاب، مواهب الجليل: 6 / 152

[5] الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت 1241هـ): بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، بدون طبعة وبدون تاريخ، الناشر: دار المعارف 4 / 240 ولحطاب، مواهب الجليل، 6 / 152

ثانيا: يرى المالكية جواز شهادة الأعمى إذا عرف ما يشهد عليه وأثبته، وكذلك إذا شهد الرجل على المرأة من وراء الستر إذا عرفها.

قال مالك: وقد كان الناس يدخلون على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم بعد موته وبينهم حجاب يسمعون منهن ويحدثون عنهن، وأيضا فإنه يجوز للأعمى أن يطأ زوجته مع أنه لا يدرك غير كلامها.

وهذه الشهادة تكون مخصوصة بالأقوال وفي غير الأفعال، فالأفعال والمرئيات لا تجوز شهادته إلا بما تحمّله من الشهادة في غير الأقوال قبل العمى، فإنها تجوز وتقبل منه[1].

ومن صور شهادة الأعمى في الأقوال أن يسمع جاره وراء حائط ولا يراه يسمعه يطلق امرأته، فيشهد عليه وقد عرف صوته، قال مالك: شهادته تجوز.[2]

وشرط قبول الشهادة الأعمى منوط بكونه فطن ولا تشتبه عليه الأصوات، ويتأكد من المشهود له، فإن شك في شيء من ذلك لم تجد شهادته ولم تقبل.

وقال ابن القاسم وأشهب وابن الماجشون: لا تجوز شهادة الأعمى في الزنى، لأنه إنما يشهد على الرؤية[3].

وتجوز شهادة الأخرس ويؤديها بإشارة مفهمة أو كتابة، وشهادة الأصم في الأفعال لأن الأصم البصير يضبط الأفعال ببصره دون القول؛ لتوقف ضبطها على السمع وهو معدوم، فلا تقبل شهادته في الأقوال ما لم يكن سمعا قبل الصمم فتجوز[4].

---

[1] ابن رشد، البيان والتحصيل، 9 / 444 و الحطاب، مواهب الجليل، 6 / 254

[2] مالك، المدونة، 2 / 93

[3] اللخمي، التبصرة، 6 / 698

[4] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 4 / 243

المطلب الرابع: مراتب الشهادة

تنقسم الشهادة إلى ثلاثة مراتب:

شهادة توجب الشيء المشهود به دون يمين.

شهادة توجب الشيء المشهود به مع اليمين.

شهادة لا توجب الشيء المشهود به إلا أنها توجب حكمه.

الفرع الأول: الشهادة التي توجب الشيء المشهود به دون اليمين

ـ أربعة شهود عدول

وتكون في الشهادة على الزنا واللواط، قال تعالى: ﴿**ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ**﴾ النور[4]، وتكون الشهادة بذكر الصفة، وتؤدى في وقت واحد بعد أن يسمع الحاكم شهادة كل واحد منهم بعد تفرقهم قبل الأداء، وإلا لم تقبل ويحد الجميع، ورؤيا الشهود تكون دفعة واحدة أو متعاقبا مع الإتصال.

ـ شهادة شاهدان عدلان

كذا في الرجعة إذا ادعى الزوج بعد انتهاء العدة وأنكرت، فلا تقبل دعواه إلا بعدلين اثنين يشهدان على حصول الرجعة، وكذلك في ادعاء النكاح يثبت بعدلين اثنين، وكذا العتق هو الطلاق والإسلام والردة والبلوغ والولاء والتعديل، والعفو عن القصاص، والنسب والتدبير والكتابة والوكالة والوصية شرط ذلك كله التعدد والذكورية، وحاصله أن كل ما ليس بمال ولا يؤول إليه لا يكفي فيه إلا عدلان[1]، قال تعالى: ﴿**وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ**﴾ الطلاق[2].

ـ شاهد وامرأتان في الأموال.

[1] الصاوي، حاشية الصاوي، 4 / 267 ـ ميارة الفاسي، شرح التحفة، 1 / 70

جميع الحقوق والأموال كالأجل والخيار والشفعة والإجارة، وقتل الخطأ وكل جرح لا يجب إلا المال فيثبت بشهادة رجل وامرأتين.

. الشهادة على ما لا يطلع عليه الرجال من النساء كالولادة وعيوب النساء، فيكتفي بشهاد امرأة واحدة أو امرأتان.[1]

. شاهد واحد في ما يؤديه من علم وخبرة، كالقائف والطبيب ومقيم العيب ومكشف القاضي في التعديل والتجريح

. شهادة الصبيان فيما يقع بينهم من الجراح [2]، وشهادة الصبيان خلاف الأصل، ولقبول شهادتهم شروط أهمها:

- الذكورة، فلا تقبل شهادة الإناث منهم، وهو قول مالك في المدونة.[3]
- الاتفاق على الشهادة وعدم افتراقهم لأنه مظنة إلى تعليمهم، وألا يدخل بينهم كبير ولو كانوا مجتمعين خوف تعليمهم أو تبديلهم في الشهادة، وأضاف بعضهم شرط الحرية.
- التمييز فلا يقبل قول غير المميز منهم[4].

الفرع الثاني: الشهادة التي توجب الشيء المشهود به مع اليمين

وذلك في جميع حقوق الأموال الخسيس منها والنفيس العين وغيره، ولا يثبت بهما النكاح والطلاق والعتاق وجميع الحقوق الخارجة عن الأموال[5].

والحكم بالشاهد واليمين متفق عليه في المذهب المالكي، وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشاهد واليمين في الأموال دون العتق والنكاح والطلاق والحدود، وفي موطأ ذلك أن رسول

---

[1] المواق، التاج والاكليل، 8 / 209

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 254/1

[3] مالك، المدونة، 26/4

[4] ميارة، شرح التحفة، 73/1

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام ، 1 / 255

الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد واليمين، وفي رواية أنه صلى الله عليه وسلم {قضى بشاهد ويمين في الحقوق}[1].

قال ابن عرفه: أن اليمين مع الشاهد في الحقوق المالية كشاهدين[2]، لكن إذا شهد على المدعى عليه بالطلاق أو العتق فلا تترك الشهادة بالكلية بحيث يكون وجودها كعدمها، بل يطالب المشهود عليه بالإقرار أو الحلف، فإن أنكر وامتنع منهما وقع الخلف في المسألة بين أهل العلم على روايتين:

الرواية الأولى: يحكم عليه بمقتضى الشهادة، وبهذا قال أشهب ومحمد بن الحكم.

الرواية الثانية: يحبس لمدة معينه ليقر أو يحلف، وبهذا أخذ ابن القاسم وأكثر المالكية[3].

ما يقوم مقام الشهادة في قوة الدعوى في الحقوق، اختلاف في مقدار الحق في الرهن، فالقول قول المرتهن فيما يدعيه، مالم تجاوز قيمة الرهن مع يمينه، وهو الشاهد العرفي، فحوز المرتهن للدين فإنه كالشاهد في قدر الدين[4].

ومثاله أيضا: قول المرأة في دعوى المسيس مع يمينها، وأيضا إذا ادعت امرأة بعد موت على رجل أنه تزوجها، فيكفي فيه شاهد وامرأتان، أو أحدهما مع يمينها من حيث المال، فيقضى لها بالإرث في الصداق، ولا تحرم على أصوله ولا عدّة عليها عند ابن القاسم، ويلغز في هذه المسألة لشخص يرث من غير ثبوت سبب من أسباب الإرث[5].

---

(1) مالك، موطأ الامام مالك رواية أبي مصعب الزهري، 2 / 472 رقم: 2911

(2) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 8 / 382

(3) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1052

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 255

(5) الصاوي، حاشية الصاوي على أقرب المسالك، 4 / 269

والقاعدة العامة في القضاء من أقام بينة يثبت بها الشيء المتنازع حكم له فيه بها من غير يمين، وهذا فيما تشهد فيه البينة بالقطع، أما ما شهدت فيه بظاهر الحال استنادا على الظن من غير قطع بذلك فيتوجب يمين الطالب استظهارا على باطن الأمر[1].

وجود اليد مع مجرد الدعوى أو الحوز مع تكافؤ البينتين، فإذا تكافأت البينتان سقطتا، ويبقى الشيء المحوز عليه بيد الحائز، ويحلف لأن البينتين سقطتا وبقيت الدعوى، فوجب على المنكر اليمين لقوله صلى الله عليه وسلم: {{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}}، وإذا عجز المدعي عن البينة وتوجهت اليمين إلى المدعى عليه فامتنع عن اليمين، فإن نكوله يصير كالشاهد فيحلف المدعي معه ويستحق[2].

وإذا عجز المدعي عن البينة وتوجهت اليمين على المدعى عليه فامتنع منها فإن نكوله يعد كالشاهد، فتعود اليمين إلى المدعي ليحلف ويستحق ما ادعاه[3].

الفرع الثالث: الشهادة التي توجب حكما ولا توجب الحق

. شهادة الشهود غير العدول في استحقاق الشيء المعين فإنها توجب توقيفه.

. شاهد امرأتان على الطلاق والعتق أو النكاح، فإنها تجيب اليمين على المدعى عليه عند من لا يرى القضاء باليمين والشاهد.

وأخيرا الشهادة التي لا توجب الشيء المشهود به

وهي الشهادة التي لا عمل لها كشهادة الزور، اختلال شرط العدالة أو لوجود التهمة كشهادة أب لإبنه أو الابن لأبيه، وكل ما اختل فيه الشرع لا تقبل شهادته.[4]

---

[1] ميارة، شرح التحفة، 1 / 77

[2] ابن يونس الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، 17 / 502

[3] ميارة، شرح العاصمية، 1 76

[4] ابن رشد، البيان والتحصيل، 2 / 293

المطلب الخامس: التحمل والأداء في الشهادة

أولا: شهادة التحمل

تحمل الشهادة من فروض الكفاية قال تعالى: ﴿**وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ**﴾ الطلاق[2]، ولا يجب على الشاهد التحمل إلا إذا خشي تلف الحقوق، فإباية الناس والإعراض عنها بالكلية إضاعة للحقوق وأيضا ليس كل من تحمل الشهادة يؤديها لأن إجابة الكل إضاعة للأشغال[1]، ويجوز تحمل الصبي والكافر والفاسق ويؤدون بعد زوال هذه الأوصاف لأن المقصود هو الوثوق بالشاهد عند الأداء[2].

ثانيا: شهادة الأداء

أما أداء الشهادة والقيام بها فرض على الكفاية أيضا، إلا أن يتفق ما يتعين معه وجوبها كخوف الفوات، ولا يوجد غير شاهدين ويجب على من تحمل الشهادة إذا تعينت عليه ودعي إليها لأدائها القيام بها، فإن كانوا أكثر من اثنين فأدى منهم اثنان الشهادة أمام الحاكم سقط الفرض عن الباقين.[3]

وإن كانت الشهادة بعيدة لم تلزمه نحو مسافة أربعة برد، وهي مسافة القصر لأن شأنها المشقة ويجوز للشاهد الانتفاع إن كان على مسافة القصر من المشهود له لعدم تعين الأداء عليه كأن ينفق عليه ذهابا وإيابا أو يهيئ له المركوب من دابة ونحوها ليحضر ويشهد له[4].

والترخيص بالانتفاع للشاهد هو نظير للسفر، لا في نظير الشهادة فلا يجوز حيث تعينت عليه

وفي ابتداء الشاهد لأداء شهادته قبل أن يدعى إليها يأتي ذلك على ثلاثة أقسام:

---

(1) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1051

(2) القرافي، الذخيرة، 10 / 153 . القاضي عبد الوهاب، التلقين، 2 / 211

(3) ابن شاس، نفس المصدر، 3 / 1051

(4) الصاوي، حاشية الصاوي، 4 / 286

- يجب عليه الابتداء ويتعين عليه فيما كان ذلك من حقوق الله ويستدام فيه التحريم كالطلاق والعتاق والأحباس.
- لا يجب عليه الابتداء فيه ويجوز له ذلك فيما يتعلق بحقوق الله، ولا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر، وترك الابتداء فيه أولى لأنه من باب الستر على الغير.
- ما لم يبدأ فيه بالشهادة حتى يدعى إليها، فإن دعي إليها أدى وإن لم يدعى إليها سكت، وهذا فيما يتعلق بحقوق الناس بعضهم على بعض، مثاله: من أصلح بين رجلين جاز له أن يشهد بالصلح ولا يشهد بما أقر به أحدهما، وكذلك من قال له رجلان اسمع منا ولا تشهد علينا، فلا يشهد حتى يطلب منه ذلك إن احتيج إلى شهادته.[1]

المطلب السادس: في مراتب الشهود

مراتب الشهود تختلف باختلاف حال الشاهد

. فأولها الشاهد العدل المبرز في العدالة العالم بما تصح به الشهادة، فتقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل في التجريح إلا بالعداوة.

. العدل غير المبرز، فتقبل شهادته في كل شيء، ويقبل فيه التجريح بالعداوة وغيرها.

. الشاهد الذي لا يتوسم فيه العدالة ولا الجرح، هو والشاهد الذي يتوسم فيه الجرحة، فلا تقبل شهادة هؤلاء دون تزكية.

. والمحدود في القذف بمنزلته على مذهب مالك[2]

أما شاهد الزور فلا تقبل شهادته أبدا وإن تاب وحسنت حاله، وروي عن ابن القاسم أن شهادته تقبل بعد التوبة إن عرف بالصلاح ويكون ذلك قبل أن يظهر عليه شهادة الزور[3].

---

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، 205

[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، 205

[3] ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 288

. أما تزكية النساء فلا تجوز في وجه من الوجوه، لا فيما تجوز فيه شهادتهن، ولا في غير ذلك، ولا يجوز للنساء أن يزكّين غيرهن من النساء ولا الرجال، قال مالك: وليس للنساء من تزكية قليل ولا كثير، ولا تقبل تزكيتهن على مال ولا غير ذلك[1].

المطلب السابع: كيفية النقل في الشهادة على الشهادة

اختلف الفقهاء في الحكم بالشهادة على الشهادة، فمذهب مالك قبولها وإعمالها في جميع الحقوق من حقوق الله تعالى وسائر الحقوق الآدميين من مال أو حد أو قصاص، وشرط صحة تحملها الموجب لقبولها أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع أن يشهد على شهادة أو على أن فلانا أشهدني بكذا، ويشترط في صحة نقل الشهادة إذن المنقول عنه في شهادة الناقلين بشهادته.

ويشترط أيضا أن يشهد بما سمع من غير زيادة ولا نقصان، ولا يجوز النقل عن حاضر ليس بمريض وإنما ينقل عن المريض أو الغائب، ولا ينقل عن غير العدول، ولا يعدّ النقل وحده عن الشاهد بتعديل له حتى يعدّله الناقلون أو يعرفه القاضي بالعدالة[2].

وصورة نقل الشهادة عن المريض مثلا: أن يكون شهد عند القاضي فلان بن فلان، وفلان بن فلان، أن فلانا أشهدهما لمرضه المانع له من الخروج أن شهادته الواقعة في هذا الكتاب حق حسب وقوعها فيه.

كما تجوز شهادة النساء على الشهادة في الأموال مع رجل في المال، أو الوكالة عليه، ينقلن عن رجل أو امرأة، وهنّ وإن تعدّدن كرجل واحد.[3]

ومنع بعضهم شهادتهم على الشهادة ولا على وكالة في مال، قال ابن القاسم: وما يمتنع فيه شهادتهن لا ينقلن فيه الشهادة من غيرهم، كان معهن شاهد رجل ام لا.

---

[1] مالك، المدونة، 4 / 24

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 435 . الصاوي، حاشية الصاوي، 4 / 290

[3] ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8 / 3383

قال ابن يونس: إنما ينقل عن مريض أو غائب إلا النساء فينقلن عن الحاضرة الصحيحة، لأن الأنوثة عذر كالمرض[1].

ولا ينقل في الحدود إلا في غيبة بعيدة، أما في اليومين والثلاثة فلا تقبل شهادة الناقلين، وفي غير الحدود فجائز، بشرط أن يكون المنقول عنهم مرضى لا يقدرون على الحضور[2].

المطلب الثامن: الرجوع عن الشهادة

لا يخلو الرجوع في الشهادة بعد أدائها من ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: الرجوع قبل الحكم والاستيفاء

الحالة الثانية: الرجوع بعد القضاء وقبل الاستيفاء

الحالة الثالثة: الرجوع بعد الحكم والاستيفاء

قد يرجع الشهود أو بعضهم عن شهادتهم قبل الأداء أو بعده مكذبين شهادتهم أو مدعين التوهم والغلط فيها، فما هي الآثار التي تترتب على رجوعهم عن شهادتهم؟ وما هي مسؤولية شاهد الزور والمتعمد الكذب استيفاء الحكم عملا بشهادتهم.

هذا ما سنبيّنه في هذه الفقرة من خلال معرفة مفهوم الرجوع عن الشهادة، وأنواع حالات الرجوع عن الشهادة.

قال ابن عرفة في معنى الرجوع عن الشهادة: هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه.[3]

---

[1] مالك، المدونة، 4 / 24

[2] القرافي، الذخيرة، 10 / 288

[3] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 602

الحالة الأولى: أن يكون الرجوع قبل الحكم والاستيفاء، كأن لم يصرح الشاهد بالرجوع، ولكن طلب التوقف في قبول شهادته لحصول شك وتوهم ثمّ عاد وطالب القضاء بها، جاز قبولها على الإطلاق والقضاء بها، لأن الوهم والشّك يعرض للعالم ثم يذهب عنه ويرجع الى اليقين، واشترط مالك في قبول هذه الشهادة البروز في العدالة[1].

وقد يكون الرجوع عن شهادة بعد القضاء وقبل الاستيفاء، وقع خلف في المسألة بين الفقهاء، قال أصبغ لا يستوفي، وعند ابن القاسم أنه يستوفي كما في الأموال، وقال القياس نفوذه، واستحسن ألا ينفذ في الدّم لحرمته، ومثاله: كأن يشهد على رجل السرقة ثم قال قبل القطع وهمنا بل هو الآخر، لم يقبل على واحدة منهما وخرجوا من حد العدالة لإقرارهم أنهم شهدوا على الوهم والشك[2].

وقد يكون الرجوع عن الشهادة بعد الحكم والاستيفاء

وقع خلاف في الرجوع عن الشهادة بعد الحكم والاستفاء، فظهر فريق أنه إذا توهم الشهود، أو أشبه فإنه لا شيء عليهم من غرم أو أدب، وأما إذا اعترفوا بأنهم زوروا غرموا ما أتلفوا ويؤدبون.

وقال آخرون يغرموا ما أتلفوا في الحد بالوهم والشك، ويؤدب المتعمدون[3]، روي ابن وهب أن عليا ابن أبي طالب رضي الله عنه شهد عنه اثنان على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بآخر وقالا: كنا وهمنا وهذا هو، فأبطل شهادتهما عن الآخر وأغرمهما دية الأول، وقال: لو أعلمكما تعمدتما قطعه لقطعتكما[4].

ورأي آخر يرى أنه يقتص من المتعمدين إذا رجعوا بعد الحكم من قتل أو قطع[5].

---

(1) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1059

(2) المواق التاج والاكليل، 8 / 240

(3) ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8 / 436

(4) القرافي، الذخيرة، 10 / 297

(5) ابي زيد، النوادر والزيادات، 8 / 436

المبحث الثاني: الإقرار

الإقرار في القضاء الشرعي هو أحد وسائل الإثبات القوية والمعتبرة، ويعني اعتراف الشخص على نفسه بحق أو بواقعة معينة، سواء كان ذلك في حقوق الله أو حقوق العباد. ويعتبر الإقرار حجة ملزمة للشخص الذي أقرّ، ولا يحتاج إلى بينة أخرى لإثباته، لأنه يعد اعترافا طوعيا وصريحا بحقيقة ما. فالإقرار يعد من أقوى الأدلة في القضاء الشرعي، لأنه يعبر عن إقرار الشخص بحقوق الآخرين، ويكون لهذا الإقرار أثر قوي في الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام، إلا أنه حجّة قاصرة على المقر غير متعدّ كما في البيّنة.

المطلب الأول: مفهوم الإقرار ودليل مشروعيته

الفرع الأول: مفهوم الإقرار

لغة: هو الاعتراف.[1]

اصطلاحا: قول يوجب حقا على قائله، وعرفه ابن عرفة: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه.[2]

شرح التعريف: خبر يذهب حكما صدقه على قائله، أي أن الحكم قاصر على قائله ولا يتعداه إلى غيره، والقاعدة القضائية أن الإقرار حجة قاصرة بخلاف الشهادة فهي متعدية إلى الغير في الحجة، والأصل في الإقرار اللزوم من البّر والفاجر لأنه على خلاف الطبع.

وقوله أو بلفظ نائبه، فيدخل إقرار الوكيل وتخرج الإنشاءات كبعت وطلقت، وكنطق الكافر بالشهادتين، وتخرج الرواية والشهادة وإن كانا خبرين لأن الرواية خبر يوجب حكم صدقه على كل أحد، والشهادة خبر يوجب حكم صدقه على غيره فقط.[3]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، 5 / 8'

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 7 / 115

[3] الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، 6 / 164 ـ القرافي، الذخيرة، 4 / 76 ـ النفراوي، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر بدون ط، 1995، 2 / 246

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الإقرار

ثبتت مشروعية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع.

أدله مشروعية الإقرار من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ**﴾ آل عمران[81 . 82].

وجه الدلالة من الآية الكريمة وصف لتوقيف الأنبياء عليهم السّلام على إقرارهم بالميثاق والتزامهم له وأخذ عهد الله فيه، فالقول الأول هو إيداع الشـهادة واستحقاقها، والقول الثاني من الآية هو الأمـر بأدائها[1].

قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ**﴾ البقرة[84].

وجه الدلالة في الآية أن هذا الميثاق أخذ عليكم فالتزموه وهو ضد الجحد[2].

. دليل مشروعية الإقرار من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه وسلم: {{واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فرجمها}}[3]، وكذا ما ورد في حديث ماعز بن مالك الأسلمي، جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: {{طهّرني، فقال: ويلك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه. قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال: طهّرني يا رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ذلك، حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله

(1) ابن عطية، المحرر الوجيز، 1 / 466

(2) نفس المصدر،1 / 174

(3) صحيح البخاري: كتاب المحاربين، باب الاعتراف بالزنا (6827)، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب رجم الثيب في الزنا (1697).

صلى الله عليه وسلم: فِيمَ أُطهّرك؟ فقال: من الزنا. فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أَبِهِ جنون؟ فأُخبر أنه ليس بمجنون، فقال: أشرب خمرًا؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر. قال: أزنيت؟ قال: نعم. فأمر به فرُجم}}.[1]

وحديث حديث المرأة الغامدية: عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا، فقالت: {{يا نبي الله، أصبتُ حدًّا فأقمه عليّ. فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال: أحسنْ إليها، فإذا وضعت فأتني بها. ففعل، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فشُدّت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرُجمت، ثم صلى عليها}}.[2]"

.حديث النبي صلى الله عليه وسلم: عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {{إنما البيع عن تراضٍ}}[3].

الشرح: هذا الحديث يدل على أهمية الإقرار في المعاملات المالية، حيث يشترط رضا الطرفين والذي يكون عادة من خلال الإقرار.

حديث النبي صلى الله عليه وسلم: عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {{على اليد ما أخذت حتى تؤديه}}.[4]

الشرح: يدل الحديث على أن الإنسان مسؤول عن كل ما يقبض بيده، وبالتالي فإن الإقرار بالمسؤولية عن الحقوق واجب.

. دليل مشروعية الإقرار من الإجماع والقياس

---

[1] صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا (1695).

[2] صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب رجم الثيب في الزنا (1698).

[3] رواه ابن ماجه في سننه(2246)

[4] أخرجه أبو داود في سننه (كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، حديث رقم 3561).

أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة موجبة، فهو أهم وأقوى الأدلة التي تبنى عليها الأحكام القضائية.

. ومن المعقول أن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والشك، فإذا كان قبول البينة من الغير في إثبات الحق فالأصل أن يكون الإقرار أولى بالنظر والقبول، البينة والإقرار في كل إخبار بحق للغير ولا يتصور أن يكذب العاقل ويثبت على نفسه حقا يضّر به نفسه، فالمدعي عليه إذا أقر على نفسه بحق على غيره فلا تسمع عليه الشهادة، فيكون بذلك الإقرار أوكد وأظهر من الشهادة.

يظهر من الأدلة المذكورة أن الإقرار له أساس شرعي في الإسلام سواء في الأمور المتعلقة بالحقوق الشخصية أو المعاملات المالية، وأن القرآن الكريم والسنة النبوية كلاهما يؤكدان على أهمية الإقرار والاعتراف بالحق.

المطلب الثاني: أركان الإقرار وشروطه

أركان الإقرار في الفقه الإسلامي تتمثل في أربعة أركان رئيسية، وهي: الصيغة، المقرّ، والمقرّ به، والمقرّ له[1]. وفيما يلي توضيح لكل ركن:

الصيغة: وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه يدل على توجه الحق قبل المقر ويقوم مقام اللفظ الإشارة والكتابة والسكوت.

فإن قيل للمريض لفلان عندك كذا؟ فأشار برأسه النعم عدّ هذا إقرار منه.

والإقرار بالكتابة كأن يكتب بيده بمحضر القوم وأشهد على ما في الكتاب لزمه، وإن لم يقرأه عليهم، والإقرار بالسكوت كالتصرف في تركة الميت وغريمه حاضر ساكت لم يطالب فلا حق له إلا إذا كان له عذر[2].

---

[1] النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 246

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 2 / 52/ 53

وصيغة الإقرار باللفظ الصريح كتسلفت وغصبت وفي ذمتي، وفي علي كذا، وأودع عندي كذا، وما في معناها وما تتضمن معنى الإقرار في سائر الألفاظ: من قال لرجل أعطني كذا فقال: نعم سأعطيكه أو أبعث لك به، أو ليس عندي اليوم، فهو إقرار بجواب نعم، وبلا صريح واستعمالها في إنكار النفي إثبات[1]، قال تعالى: ﴿**أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ**﴾ الأعراف [172].

شروط صحة الإقرار:

اشترطوا في صحة الإقرار توفر جملة من الشروط تتعلق بكل من المقر والمقر له والمقر به.

أولا شروط المقر:

يشترط في المقر أن يكون بالغا عاقلا مختارا، فلا يصح إقرار الصبي غير البالغ، ولا إقرار المجنون، ولا إقرار المكره لقوله صلى الله عليه وسلم: {{إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه}}[2]، فإذا أقر البالغ الصحيح طائعا غير مكره لزم بما أقر به من ماله أو قصاص، ولا ينفعه الرجوع، وإذا أقر بما يوجب عليه حدّا كالزنا والسرقة له الرجوع ويلزمه الصداق والمال[3].

وأما إقراره على نفسه وغيره فيقبل في حق نفسه، ويكون شاهدا لغيره؛ لأن الإقرار حجة قاصرة وغير متعدية في الحكم على الغير.

. ألا يكون المقر غير محجور عليه[4]، ولا يقبل إقرار المريض لمن يتهم عليه كالقريب والصديق [5].

---

(1) ابن عرفة، المختصر الفقهين 7 / 128 / 129

(2) البيهقي: السنن الكبرى، باب من زنى بإمرأة مستكرهة، 8 / 410

(3) ابن فرحون، نفس المصدر، 2 / 53

(4) النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 246

(5) المواق، التاج والاكليل، 7 / 211

وإقرار الزوج لزوجته بدين في مرضه على منهاج مالك وأصحابه أنه إن علم ميله لها وصبابته بها، سقط إقراره لها، وإن علم بغضه لها صح إقراره، وإن جهل حاله معها سقط إقراره[1].

وكل من أقر لوارث أو غير وارث في صحته بشيء من الأموال والديون أو البراءة، أو قبض أثمان المبيعات فإقراره جائز عليه.

ويستثنى إقرار المريض لبعض ورثته في مرضه الذي مات فيه، حيث وقع الخلف بالقول بالجواز والمنع، فحمله بعضهم على الوصية لا يجوز إلا لمن لا يتهم فيه، وإقرار المريض بغير الوارث، ومن لا يتم عليه يقع صحيحا كإقرار الصحيح[2].

فإن أقر العبد بما يلزم لزمه في جسده من قطع أو قتل صدق فيه، وما آل إلى غرم سيده لم يقبل إقراره.

وإن أقر المأذون له من عبد أو مدبر، أوأم ولد بدين، أو وديعة أو عارية لزم له ذلك عند مالك[3]

ثانيا: شروط المقر له

اشترط في المقر له أن يكون أهلا لاستحقاق الإقرار لحمل إن قيده بما يصح، كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية أوصى له بها أو ميراث صح، وإن قيده بما يمتنع بطل، كقوله لهذا الحمل عندي مائة دينار من معاملة عاملني بها[4].

. أن لا يحصل منه تكذيب المقر إن كان أهلا بالتكذيب

وشرط المقر وشرط به أن يكون حقا بحيث يلزم المقر.[5]

---

(1) المواق، نفس المصدر، 7 / 221

(2) ابن عبد البر، الكافي، 2 / 887

(3) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 7 / 116

(4) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 7 / 122

(5) العدوي، أبو الحسن العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت / لبنان، 2 / 1189.

المطلب الثالث: الرجوع عن الإقرار

رجوع المقر عن إقراره في حقوق الله (كالحدود)، القاعدة العامة إذا اعترف الشخص على نفسه بجريمة تستوجب حداً، مثل الزنا أو السرقة، ثم رجع عن إقراره قبل إقامة الحد، فإن الفقهاء يرون أن رجوعه يقبل، ولا يقام عليه الحد بناءً على إقراره السابق، وذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والرجوع عن الإقرار يعد شبهة.

قول الإمام مالك: الإمام مالك يرى أن الشخص الذي يعترف على نفسه بجريمة الزنا ثم يتراجع عن اعترافه ويقول إنه لم يفعل، يقبل رجوعه ولا يقام عليه الحد، والسبب في ذلك أن الحدود لا تقام إلا ببينة عادلة، أو باعتراف صريح وثابت لا تراجع فيه.

الدليل من السنة: في حديث ماعز رضي الله عنه، حينما رجع أثناء تنفيذ حد الرجم فرماه الناس بالحجارة حتى مات، قال النبي صلى الله عليه وسلم: {{هل لا تركته لعله يتوب ويتوب الله عليه؟}}، وهذا يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يميل إلى قبول الرجوع عن الإقرار في الحدود، مع إتاحة الفرصة للتوبة.[1]

ثانياً: الفرق بين حقوق الله وحقوق العباد:

في حق الله تعالى (كالقطع في السرقة)، إذا رجع المقر عن إقراره بالسرقة قبل تنفيذ الحد، يقبل رجوعه ويسقط عنه حد القطع؛ لأن القطع حق لله تعالى، وحقوق الله مبنية على التخفيف والرحمة.

وأما في حقوق العباد (كالمال في السرقة، أو الصداق في غصب امرأة)، إذا اعترف الشخص بجريمة تتعلق بحقوق العباد، مثل السرقة وما يترتب عليها من رد المال المسروق، أو غصب امرأة، وما يتعلق بالصداق، فلا يصح الرجوع عن الإقرار فيما يتعلق بحق العبد، فالحق المالي للعباد يجب الوفاء به، ولا يسقط بمجرد الرجوع عن الإقرار[2].

---

[1] الباجي، ابو الوليد الباجي الاندلسي (ت 474هـ)، المنتقى شرح موطأ الامام مالك، مطبعة السعادة مصر، ط1، 143/7

[2] ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 9 / 114

الخلاصة:

رجوع المقر عن إقراره في حقوق الله تعالى كالحدود، يقبل ويعتبر شبهة تدرأ الحد، بينما في حقوق العباد، فإن الرجوع عن الإقرار لا يسقط الحقوق المالية للعباد، ويجب الوفاء بها.

المبحث الثالث: اليمين

اليمين في القضاء الشرعي هو وسيلة لإثبات الحق أو نفيه، ويستخدم كأحد الأدلة في القضايا التي يتعذر فيها تقديم أدلة أقوى مثل الشهود أو البينة، ويعتبر اليمين من أهم الأدوات التي يلجأ إليها القاضي عندما تكون الأدلة غير كافية أو في حالة الشك، إذ للقاضي تحليف الخصم إن عجز المدعي عن إقامة البينة المعتبرة أو غيرها من وسائل الإثبات، أو إقرار المدعى عليه، وهي حجة شرعية يلجأ إليها لحسم النزاع في بعض القضايا.

المطلب الاول: مفهوم اليمين ودليل مشروعيتها

الفرع الأول: مفهوم اليمين

لغة: اليمين معنى القسم مؤنث، لأنهم كانوا يتماسحون بأيمانهم فيتحالفون[1].

اصطلاحا: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله، أوصفته كبالله، والله وأيم الله، وحق الله وعظمته وجلاله وكلامه، والقرآن والمصحف[2].

من قال: أحلف وأقسم وأشهد أن لا أفعل كذا، فإذا أراد بالله، فهي يمين، وإلا فلا شيء عليه، وإن قال لا افعل كذا لم يكن هذا يمينا عند مالك[3].

---

[1] الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 1796

[2] خليل، خليل الجندي المصري (ت 776هـ)، مختصر خليل، تحقيق، احمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط: 1، 2005، ص82

[3] مالك، المدونة، 1 / 580

الفرع الثاني: دليل مشروعية اليمين

قوله تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيم**﴾ آل عمران: [77].

وذكر أن سبب نزول هذه الآية الكريمة خصومة الأشعث بن قيس مع رجل من اليهود في أرض فوجبت اليمين على اليهودي، فقال الأشعث إذا يحلف يا رسول الله، ويذهب مالي فنزلت الآية.

وروي أيضا أن الأشعث اختصم في أرض مع رجل من قرابته فوجبت اليمين على الأشعث وكان مبطلا قد غصب تلك الأرض في الجاهلية، فنزلت الآية فنكل الأشعث عن يمينه. [1]

ومدلول الآية عموما أن هؤلاء هم الذين يخونون العهود التي عقدوها مع الله، أو يحلفون الأيمان الكاذبة من أجل تحقيق مكاسب دنيوية تافهة، كالمال أو المناصب، أو أي منفعة مادية، وهي مثال على الظلم والخيانة التي يعاقب الله عليهما في الدنيا والآخرة.

ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: {{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}}[2].

عن وائل بن حجر رضي الله عنه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال الحضرمي: {{يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي وفي يدي، ليس له فيها حق، قال النبي 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 عن شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك}}[3].

---

(1) ابن عطية، المحرر الوجيز، 1 / 460

(2) البيهقي في "السنن الكبرى" (252/10) عن ابن عباس رضي الله عنهما، وأخرجه أيضًا الدارقطني (228/4).

(3) أخرجه مسلم في صحيحه (رقم: 1711).

الشرح: في هذا الحديث يبين النبي صلى الله عليه وسلم أنه عندما لا توجد بينة لدى المدعي، تعرض اليمين على المدعى عليه، وإذا حلف، يحكم له بالحق.

من هذه الأحاديث النبوية الشريفة، نستنتج أن اليمين تستخدم كوسيلة لإثبات الحق أو نفيه في حالة غياب البينة القاطعة، فاليمين في القضاء وسيلة شرعية تؤكدها السنة النبوية وتساهم في تحقيق العدالة ومنع الظلم.

المطلب الثاني: أنواع اليمين وصفتها

اليمين في القضاء الشرعي تستخدم كوسيلة لإثبات الحق أو نفيه في حالة غياب الأدلة القاطعة، وهناك عدة أنواع من اليمين تستخدم في القضاء الشرعي، لكل منها شروط وتطبيقات معينة، فيما يلي توضيح لأنواع اليمين في القضاء الشرعي:

أولا: يمين المنكر على نفي الدعوى

اشترط في يمين المنكر على نفي الدعوى عند مالك أن تكون بينهما خلطة، ولا تجب بمجرد الدعوى، قال صلى الله عليه وسلم: {{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}}، وقال لأحد رجلين تخاصما: {بينتك أو يمينه}[1]، وظاهر معنى الحديث أنه هناك خلطة بين المدعي والمدعي عليه، فإذا تحقق ذلك وكان هناك لطخ وشبهة وجبت اليمين وإلا فلا، فإن ثبتت الخلطة حلف المدعى عليه وبرئ، فإن نكل لم يحكم للمدعي بنكوله حتى يحلف على ادعائه فإن أبى عن اليمين لم يحكم له بشيء.

وتعرف الخلطة بمعاملة الناس مثل التجارة بعضهم لبعض، ومن كان بخلاف هذا كالرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعي، أو المرأة المستورة المتحجبة فلا تجب اليمين عليهم إلا بالخلطة[2]، وتثبت الخلطة بشهادة شاهدين بمعرفة وجود معاملة بين المدعي والمدعى عليه، وهذا صيانة لأهل الفضل

[1] أخرجه البخاري في "صحيحه"رقم: 4552، 4553

[2] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2 / 921 . 922

والمنزلة عن البذلة وكف الأطراف عنهم، ودلالة الحديث لم ترد لإرادة العموم والاستغراق لمن تجب عليهم يمين أو الخصومة، ما يمنع التعلق بعمومه لأن المعتمد في المفهوم من الألفاظ العموم وشبهها ما يظهر من قصد لا مجرد صيغة العموم[1]،

أن مقصود الحديث بيان من عليه البينة واليمين لا بيان حال المدعى عليه، جريا على قاعدة اللفظ إذا ورد لمعنى لا يحتج به في غيره، وظهور هذا القصد فيه يمنع من التعلق بعمومه، كما في قوله صلى الله عليه وسلم: { فيما سقت السماء العشر}[2]، أن المقصود تمييز النوع ببيان الجزء الواجب في الزكاة وتخصيصه بحكم الاستغراق في ما دلت عليه الصيغة، لا بيان ما تجب فيه الزكاة من الأنواع، لذلك لم يعمم الحكم في الجنس ولا في القدر عند المالكية، خلافا لأبي حينفة [3] في استدلاله بالحديث على بيان الجزء الواجب إخراجه في الزكاة، فشمل الخضروات والفواكه واعتد أيضا بقوله تعالى: ﴿**وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَومَ حَصَادِهِۦ**﴾ الأنعام [41] في عموم الجزء الواجب إخراجه في الزكاة.

ودليل من اعتبر الخلطة في توجيه اليمين:

النص: ما روي عن علي رضي الله عنه وهو صحابي غمام لا مخالف له، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {{البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إذا كان بينهما خلطة}}[4].

وباثبات هذه الزيادة أخذ الصحابة، والفقهاء السبعة[5].

---

(1) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1083

(2) البخاري في صحيحه (كتاب الزكاة، باب العشر فيما يسقى من ماء السماء، رقم: 1483

(3) . القرافي، الفروق، 4 / 138

(4) لم أقف على تخريج الحديث بهذه الزيادة (اذا كان بينهما خلطة) وانما وردت الزيادة في كتب الفقه لدى السادة المالكية، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة 3 / 1082

(5) فقهاء المينة السبعة: سعيد بن المسيب، القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، عروة بن الزبير، خارجة بن زيد بن ثابت، أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، سليمان بن يسار، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة 3 / 1082

النظر والقياس: أما من جهة المعنى والنظر وعملا بسد الذرائع، وهي منع المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع، فلو أحلفنا كل مدعى عليه بنفس الدعوى لتطرق بذلك كل من يريد إيذاء غيره وإغرامه أن يدعي عليه شيئا، فإذا أنكره أحلفه لتهمته بذلك[1]، وهذا صيانة لأهل الفضل والمنزلة والمروءة والديانة عن البذلة وكف الأطراف عنهم.

وهذه المسألة هي إحدى المسائل التي جرى فيها العمل على خلاف المشهور، وهو أمر سائغ في المذهب[2]، وقد قرر علماء المذهب المالكي أن جريان العمل على خلاف المشهور والراجح لا يعتبر مبررًا كافيا للعدول عن القول المشهور في المذهب، إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط، وهذه الشروط تشمل:

ثبوت جريان العمل بذلك: يجب أن يكون هناك دليل واضح وثابت على أن العمل يجري وفق هذا الرأي أو القول، وليس مجرد تطبيق عابر أو حالة فردية.

معرفة محل جريانه: يجب تحديد ما إذا كان جريان العمل عامًا في جميع البلدان، أو خاصًا منطقة معينة، وأيضًا معرفة الفترة الزمنية التي كان يجري فيها هذا العمل.

التأكد من جهة الفقهاء المقتدى بهم: يجب أن يكون من قام بجريان العمل من الفقهاء أو الأئمة المعتبرين في المذهب، المعروفين بالعلم والاجتهاد، حتى يكون لعملهم وزن في الترجيح بين الأقوال.

معرفة السبب للعدول عن المشهور: من الضروري فهم الأسباب التي دعت هؤلاء الفقهاء أو القضاة إلى العدول عن القول المشهور واعتماد القول الآخر، فقد يكون لديهم سبب قوي أو ضرورة معينة أدت إلى ذلك.[3]

---

[1] القاضي عبد الوهاب، بن علي بن نصر البغدادي، 1999، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، 2 / 958

[2] القرافي، تمييز الفتاوى عن الاحكام، 79

[3] عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، 2007، نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل، دار يوسف بن تاشفين، موريتانيا 137 / 136

وبالتالي، لا يجوز تقديم العمل على القول المشهور والراجح إلا بعد استيفاء هذه الشروط والتأكد من الأسباب التي دفعت إلى العدول، وذلك لضمان أن يكون العدول مبررًا ومستندًا إلى أصول وقواعد المذهب المالكي.

ولا اعتبار للخلطة في مرض الموت عند الاحتضار إذا ادعى وقال لي على فلان كذا من المال، ثم مات، فيحلف المدعى عليه ولا تراعى الخلطة في يمينه ولا يحلف في غيرها إلا بإثبات الخلطة، لأن المريض يعتقد أنه منتقل إلى الآخرة فتبعد التهمة في أن يدّع محالا، وتسقط الخلطة كما في القسامة صيانة للدماء واحتياط لها[1]، ويشهد شاهدان بمعرفته حاصلة في حق المدعي والمدعى عليه[2].

وسئل ابن القاسم عن الخلطة التي توجب اليمين قال: يسالفه ويبايعه ويشتري منه مرارا، وأما إن اشترى منه مرة ثم يأتي فيبيعه فليس له بذلك يمين[3].

ولا تكون الخلطة في دعوى بيع العقار بالمبايعة الواحدة، ولا تجب اليمين في بيع العقار إلا بشبهة، وهو الشاهد العدل[4].

وخالف مالكية الأندلس الإمام مالك رحمه الله في مسألة الخلطة كشرط في اليمين فأوجبوا اليمين بمجرد الدعوى، فتتوجه اليمين على المدعى عليه المنكر بمجرد الدعوى، دون وجود خلطة بين المدعي والمدعى عليه.[5]

وهذه هي إحدى المسائل التي خالف فيها أهل الأندلس الإمام مالك.

---

(1) الونشريسي، ابو العباس الونشريسي التلمساني، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع وفروق، تحقيق: حمزة ابو فارس، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان، ط: 1، 1990، 520

(2) الخشني، اصول الفتيا، 303

(3) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 17 / 477

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 238

(5) ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 20

قال الإمام ابن غازي[1]:

قد خولف المذهب بالأندلس في ستة: منهن سهم الفرس
وغرس الأشجار لدى المساجد والحكم باليمين قل والشاهد
وخلطة، والأرض بالجزء تلي ورفع تكبير الآذان الأول

ويستثنى من اعتبار الخلطة في اليمين بعض المسائل حصرها الفقهاء فيما يلي:

مريض مرض الموت كما تقدم ذكره

التجّار والصنّاع حيث أنهم نصبوا أنفسهم للناس، قال اللخمي: هذا إن ادعى المدعي ما يشبه أن يتجر به وإلا لم يحلفه.

المتهم بالسرقة، وكذا أي يمرض في الرفقة ويدعي أنه دفع ماله إلى رجل

الغريب ينزل مدينة فيدعي أنه استودع رجلا مالا ويشترط، أن يراعي في الوديعة ثلاثة أوجه:

- . أن يكون المدعي يملك مثل ذلك جنسا وقدرا.
- . ثبوت ما يوجب الإيداع
- . أن يكون المدعى عليه ممن يودع مثله[2].

ثانيا: يمين المدعي مع شاهده وتسمى اليمين الجالبة[3]

قال مالك: يقضى بالشاهد واليمين في الجراح، ولا يقضى في غيرها من الحقوق البدنية؛ وعلل القضاء بالشاهد واليمين في القصاص جراح العمد بأنه يصالح عليها بالمال في بعض الأحوال، كما أنه

---

(1) ميارة، الاتقان والإحكام، 1 /21، وأوصلها القاضي المكناسي إلى ثمان عشرة مسألة، وعدها في آخر باب ضربه من كتابه، مجالس القضاة والحكام، ص 886

(2) الونشريسي، عدة البروق، 520 و521

(3) القرافي، الفروق، 4 / 149

لو جعل القصاص فيها بخلاف الأموال، وأن لا يحكم فيها بالشاهد واليمين لأدى ذلك إلى الإجتراء على الدماء، فإذا علم أنه يقتص منه بالشاهد واليمين كان ذلك إنكافا وزجرا[1].

ويثبت بالشاهد واليمين جميع الأموال، كالقرض والبيع والشراء والإيجارات والشفعة والقراض والمساقاة والصلح والكفالات، وكل ما يكون المقصود منه المال[2]، دون النكاح والطلاق والحدود والقذف[3]، وهذا القول لمالك وهو المشهور والمعمول به في المذهب.[4]

وهذه المسألة مثل نظيرتها الخلطة التي خالف فيها الأندلسيون مالك، قال ابن سلمون[5]: وليس عندنا القضاء باليمين والشاهد إلا في رجل يقوم بوثيقة قد مات شهوده إلا رجل واحد منهم فيحلف القائم معه ويستحق [6]، وهذه المخالفة معللة بفساد أهل الزمان وخراب الذمم، وتغير الأحوال ما اضطرهم لمنع القضاء بالشاهد الواحد واليمين في الأموال والجراح.

---

(1) الونشريسي، نفس المصدر، 518

(2) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1545

(3) البراذعي، خلف ابن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني ابو سعيد البراذعي المالكي (ت 382هـ)، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق، محمد الامين ولد محمد سالم، دار البحوث للدراسات الاسلامية، ط: 2002، 2 / 371

(4) ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8 / 391

(5) ابن سلمون بن علي بن عبد الله بن سلمون الكناني (ت 741هـ) من أهل غرناطة يكنى أبا القاسم كان رجلاً فاضلاً عالماً بالأحكام عارفاً بالشروط صدر وقته في ذلك وسابق حلبته إلى الرواية والمشاركة قل في الأندلس مكان شذ عن ولايته.قرأ على الأستاذ أبي جعفر بن الزبير وغيره وأجازه الراوية المعمر أبو محمد بن هارون الطائي وأبو العباس بن الغماز والفرضي أبو إسحاق التلمساني وأبو محمد الحلاسي ومن الديار المصرية أبو محمد الدمياطي، ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، 1 / 397

(6) ابن سلمون، الامام الفقيه ابي محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني (ت 741هـ)، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام، تحقيق: عبد الرحمان الشاغول، دار الافاق العربية، القاهرة، ط: 1، 2011، 1 / 602

ثالثا: يمين المدعي على صحة دعواه

إذا كان الحق على الغائب أو الميت مؤجلا وقام الطالب عند حلول الأجل فلا بد من يمين القضاء[1]، ولا تسمع الدعوى في مال الميت إلا بعد ثبوت موته وعدد ورثته، فإذا ثبت الدين بالشهادة وأعذر فيه للورثة وعجزوا عن الدفع حلّف القاضي المدعي يمين القضاء أنه ما اقتضى ذلك الدين ولا شيئا منه، ولا يسقط عن الميت بوجه وأنه باق له في تركته بعد وفاته[2].

ويمين القضاء استحسنها الفقهاء احتياطا على حفظ مال من لا يمكن الدفع عن نفسه، إما في الحال كالغائب والصغير، أو في المآل كالميت، فهي دعوى مقدرة لا حاصلة فهي يمين في مقابلة في ردّ دعوى الغريم البراءة من الحق[3].

وفي أصول الفتيا لابن حارث الخشني: أن كل من قضي له على غائب، أو ميت أو طفل يحلف أنه لم يقبض ولم يضع ولم يحل، وهذه اليمين تسمى يمين القضاء أو يمين الاستبراء[4]، قال ابن عرفة: وشرطه الحكم على الغائب بقضاء الدين عليه مع البينة به يمينه على بقاء دينه عليه الى حين الحـــكم له بذلك[5].

وصفة لفظ يمينه أن يحلف حيث يجب الحلف قائما مستقبل القبلة، بالله الذي لا إله إلا هو ما اقتضيت من فلان، ولا قبضت شيئا عنه ولا استحلت به على أحد ولا أحلت به أحدا عليه، ولا وهبته له ولا شيئا منه، ولا قدمت أحدا يقضيه منه وإنه لباق عليه إلى يمينه هذا[6].

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل، 6 / 215

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 156

(3) ميارة، شرح العاصمية، 1 / 100

(4) الخشني، اصول الفتيا، 302

(5) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 199

(6) ابن عرفة، نفس المصدر، 9 / 200

أما صيغة اليمين المحلوفة، وهي بالله الذي لا إله إلا هو في جميع الحقوق، وقيل يزاد في القسامة واللعان عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، وقيل يزيد اليهودي الذي أنزل التوراة على موسى، والنصراني يزيد الذي أنزل الإنجيل على عيسى[1]، ويحلف عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم في ربع دينار فأكثر إن كان في المدينة، وفي غير المدينة يحلف ذلك في الجامع.

ولا يشترط استقبال القبلة وهو ظاهر نص المدونة، فيحلف مستقبل القبلة، حكاه اللخمي وابن يونس عن ابن الماجشون ومطرف[2].

ولا يحلف حين الصلاة إلا في الدماء واللعان، وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الإمام استحلفه، وتخرج المستورة فيما له بال من الحقوق إلى المسجد وتحلف فيه، وتحلف في الشيء اليسير في بيتها ويبعث إليها من يحلفها. [3]

المطلب الثالث: النكول عن اليمين

النكول عن اليمين في القضاء الشرعي يعتبر دليلاً على عدم صدق المدعى عليه في نفي الدعوى، ويعد ذلك قرينة على صدق المدعي إذا امتنع المدعى عليه عن حلف اليمين دون وجود سبب مقبول، فيمكن للقاضي أن يحكم بناءً على هذه القرينة لصالح المدعي، هذا إلا إذا طلب القاضي من المدعى عليه أن يحلف اليمين وامتنع عن ذلك بدون عذر مقبول، يعد هذا النكول عن اليمين نوعاً من الإقرار الضمني بالدعوى الموجهة ضده، وقد يختلف الحكم حسب ظروف القضية ونوع الدعوى والقواعد المعمول بها في القضاء الشرعي وهو جراء يساعد في تحقيق العدالة وإظهار الحقيقة في النزاعات القضائية.

---

(1) ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، 201

(2) ابن ناجي التنوخي، قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني، (ت 837هـ)، شرح التنوخي على متن الرسالة، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط: 1، 2007، 353

(3) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1079

تعريف النكول: امتناع من وجبت عليه أو له يمين منهما، فالنكول هو الإمتناع مطلقا، فإذا وقع امتناع فهو نكول[1].

إذا استحلف المطلوب فنكل لم يقضى للطالب حتى يرد اليمين عليه، فإن جهل المطلوب أرسل الحاكم طلب ردها، وعليه أن يعلمه بذلك، ولا يقضي حتى يردها، فإن نكل الطالب فلا شيء له.

وروي أن المقداد اقترض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم، فلما كان وقت القضاء جاء بأربعة آلاف، فقال عثمان أقرضتك سبعة آلاف، فترافعا إلى عمر رضي الله عنه فقال للمقداد تحلف وتأخذ، فقال عمر لعثمان لقد أنصفك، فلم يحلف عثمان، فنقل عمر اليمين إلى المدعي عليه، فكان إجماعا وقياسا على النكول لأنه لم يخالفهم غيرهم فيه[2].

قال مالك: لا يجب الحق بنكول المدعى عليه حتى يحلف المدعي، وهو مذهب أهل المدينة. [3]

ويتم نكوله بقوله لا أحلف، وكذلك قوله: أنا لكن عن اليمين أو بقوله للمدعي أحلف أنت أو يتمادى في الامتناع على اليمين، فإن التمادي مع نطقه بمثل هذه الألفاظ فهو نكول، وإن كان بدون هذه الألفاظ فهو يشبه الامتناع من الجواب، وإذا نكل بالنطق أو الامتناع من اليمين ثم أراد أن يحلف لم يقبل منه ولم يلزم ذلك خصمه إلا إن شاء.

وإذا نكل المدعى عليه وردت اليمين على الطالب فلم يحلف، وقال لي بينة قريبة، وطلب من الغريم كفيلا أخذ منه كفيل بنفسه مدة خمسه أيام إلى الجمعة[4].

وهذا الحكم خاص بدعوى التحقيق، بمعنى لا ترد اليمين على الطالب إلا في دعوى التحقيق، فإن كان موجب الدعوى التهمة كأن يتهم شخصا بالسرقة فإنه لا يحلف الطالب، بل يغرم المدعى

---

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 611

(2) القرافي، الذخيرة، 11 / 76 و77

(3) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 510

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 255

عليه بمجرد نكوله، لأن المشهور توجه يمين التهمة بمجرد الدعوى، ولا يحتاج إلى إثبات خلطة ويغرم المدعى عليه لمجرد نكوله[1].

وإذا أقام الطالب شاهد أو لم يحلف معه ورد اليمين على المدعى عليه، ثم رام أن يحلف مع شاهده قبل أن يحلف المدعى عليه لم يكن له ذلك، ويحلف المدعى عليه ويبرأ.

ودليل المالكية أن النكول قد حصل منه فلم يكن له أن يحلف بعده، لأنه إذا نقل اليمين إلى جنبة المدعى عليه فقد تعلق بذلك حقا له فليس له أن ينقله عنه بغير رضاه[2].

ولا ترد اليمين على المدعي في حالة إذا أقام شاهدا وأبى أن يحلف معه فله يمين المطلوب، فإن نكل المطلوب غرم ولا ترد اليمين على الطالب لأنه هو ردّها[3].

ودليل المالكية في رد اليمين مع النكول على المدعي[4]، قوله صلى الله عليه وسلم: {{تحلفون وتستحقون دم صاحبكم، قالو: لم نحضر، قال: فتبريكم اليهود خمسين يمينا}}[5].

ويعد نكولا إذا تعينت اليمين في جهة المدعى عليه فقال للمدعي: أحلف فإن ذلك يعد نكولا منه عن اليمين فلم يكن له الرجوع عن ذلك لأن بنكوله ترتبت اليمين في جهة خصمه، وإن كانت اليمين في جهة المدعي فقال للمدعى عليه أحلف، فقد نكل عن اليمين كما في الذي قبله[6].

---

(1) النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 221

(2) القاضي عبد الوهاب، الاشراف على نكت المسائل، 2 / 967

(3) ابن يونس الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، 17 / 471

(4) القاضي عبد الوهاب، الاشراف، 2 / 966

(5) الحديث في صحيح البخاري (رقم: 6769)

(6) الونشريسي، عدة البروق، 507

المطلب الرابع: في تعارض البينات والبينة بعد حلف اليمن

الفرع الاول: تعارض البينات

تعارض البينات يشير إلى وجود بينات، أدلة أو شهادات متناقضة أو متعارضة يقدمها طرفا النزاع؛ ممّا يجعل من الصعب على القاضي الوصول إلى حكم نهائي بناءً على الأدلة المقدمة، في مثل هذه الحالات، يتعين على القاضي استخدام قواعد خاصة لتقييم الأدلة وترجيح أحدها على الآخر.

وتعارض البينات هو اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى[1]، ويكون التقابل بينهما على وجه يمنع كل منهما صاحبه، فإن أمكن الجمع جمع بينهما، وإن لم يمكن الجمع صير إلى الترجيح في حال التناقض، وإن تعذر الترجيح سقطت البينتان، وبقي المدعى في يد حائزه[2]، لأن الحوز مما يقع به الترجيح لثبوت الملكية لكل منهما، فيحصل للحائز الحوز[3].

ويمكن استخلاص القواعد التي تحكم تعارض البينات على النحو الآتي:

أولا: عند تكافؤ البيانات

لا يخلو الشيء المدعى فيه في حالة تكافؤ البينات بثلاثة أوجه:

الحالة الأولى: إما أن يكون الشيء المدعى فيه بيد أحدهما، وإما أن يكون في يد غيرهما، أو لا يكون بيد أحد.

فإن كان بيد أحدهما وأتى كل واحد منهما ببينة، فإن تكافأت البينتان سقطت وبقي الشيء بيد الحائز له، والخلف في وجوب اليمين عليه والراجح يأخذه بيمين[4]، ومثاله أن يقيم المدعي البينة

---

(1) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 463

(2) خليل، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن حاجب، 8 / 3

(3) ميارة، شرح التحفة، 2 / 172

(4) الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل، 8 / 141

على دور أو عروض أو عبيد أو دنانير وغيرها من الأشياء وهي في يد المدعى عليه، وأقام المدعى عليه البينة أنها له، قال مالك: إذا تكافأت البينتان في العدالة فالذي هي في يده أولى بذلك.[1]

وقد قضى صلى الله عليه وسلم لمن هو بيده عند تكافؤ البينات، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة، فقال كل واحد منهما: {{نتجت هذه الناقة عندي، وأقاما البينة، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده}}[2].

الوجه الثاني: أن يكون الشيء المدعى به في يد غيرهما، فإن ادعاه لنفسه من هو بيده الحوز ولا بينة له فالمدعى فيه يكون لمن قبلت بينته ممّن لم يكن في يده، فإن تكافأت البينتان أو سقطتا قولان في المذهب.

القول الأول: أنه يبقى له ملكا وهو لمالك في المدونة

القول الثاني: يؤخذ منه الحائز له ويقسم بين المدعين الآخرين، لأن كلتا البينتين شهدتا أن الحائز لا حق له في المدعى فيه.

الوجه الثالث: ألا يكون المدعى فيه بيد أحد من المتداعين فمن قويت وزادت بينته في العدالة أخذه وحازه، وإن تكافئت وتساوت البينتان، فإن كان المدعى فيه شيء مأمون كالدور والأرضين قولان في المذهب:

أحدهما: أنه لا يقسم أبدا ويبقى كغيره من عفو بلاد المسلمين

الآخر: أنه يقسم بينهما بعد الطول

---

[1] مالك، المدونة، 4 / 45 و46

[2] أخرجه الدارقطني في سننه (228/4)

وأما إن كان المدعى فيه غير مأمون كالحيوان والعروض والثمار فيقسم بينهما في الحال[1]، وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم لرجلين اختصما في بعير وجاء كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما[2].

في ترجيح البينة بالعدالة لا بكثرة العدد

العدالة عند مالك لا ينظر فيها إلى كثرة العدد، والعدالة عنده أن يكونوا جميعا عدولا عند الناس، وإن كانت بينة أحدهما اثنين والآخر مائة فقد تكافئت البينتان[3].

. العمل بالبينة المؤرخة الأقدم

إذا كانت إحدى البينتين مطلقة والأخرى مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقة وإن أرّختا قضي بالأقدم، وإن كانت الأخرى أعـــدل سواء كانت بيد أحـــدهما أو تحـت أيديهما، أو تحت يـــد ثالث، أو لا يـــد عليها[4].

. الجمع بين البينتين معا

إن أمكن الجمع بين البينتين جمع بينهما[5]، ومثاله كمن قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة إردب حنطة، وقال الآخر بل هذين الثوبين بثوبين سواه في مائة إردب حنطة، وأقاما جميعا البينة، لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائة إردب[6]

وأيضا جمع الدعاوى في يمين واحدة يعني تقديم حلف واحد ليشمل جميع القضايا أو الدعاوى المتصلة بنفس الموضوع، أو الحق المطلوب، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء لتجنب تكرار الحلف عن كل قضية على حدة، خاصة إذا كانت هذه الدعاوى ترتبط بمسائل متشابهة أو لها نفس الأطراف.

---

(1) الرجراجي، مناهج التحصيل، 8 / 142 و143

(2) مالك، المدونة، 4 / 45 و46

(3) مالك، الدونة، 4 / 45 و46

(4) المواق، التاج والاكليل، 8 / 253

(5) الدردير، الشرح الكبير، 4 / 261 و262

(6) المواق، التاج والاكليل، 8 / 253

قال ابن سهل[1]: جمع الدعاوى في يمين واحدة فيه خلاف والذي جرى به العمل جمع الدعاوى في يمين واحدة إلا في يمين الرد فلا تجمع مع غيرها عند المالكية، والدعاوى وإن كثرت فتجمعها يمين واحدة كما تجمع دعوى واحدة [2].

الفرع الثاني: بينة المدعي تشهد له بالحق بعد يمين المدعى عليه

إذا حلّف الطالب المطلوب ثم وجد بينته التي تشهد له بالحق بعد تحليف المدعى عليه، فلا تقبل إلا لعذر أو نسيان، وحكم البينات الغائبة غيبة بعيدة حكم البينات التي لم يعلم بها، وأما إذا علمها حين تحليف المطلوب فلا تقبل في مشهور المذهب[3].

والعذر والنسيان كأن يزعم أنه وجد بينة بما ادعاه ولم يكن يعلم بها، فإنه يحلف أنه ما علم بها حين استحلافه، فللحاكم سماع بينته والحكم بمقتضاها، قال ابن مطرف وابن ماجشون: أن لرجل حق وهو عالم ببينته وهي حاضرة معه فحلف له لم يضره استحلافه له، ويقضى بها، ويأثم حين ألجأه إلى البينة وهي حاضرة معه[4].

وإذا طلب من وجبت عليه يمين أجل لينظر في حسابه وأمره، أمهل بقدر ما يراه، وله أن يؤخرها ليوم أو يومين والثلاثة لينظر في محاسبته، وليس له ذلك إلا برضاء الطالب وإذنه لأن على القاضي إنفاذ الحق على الخصم إذا وجد لذلك سبيلا[5].

---

(1) ابن سهل بن محمد بن سهل بن مالك الأزدي، يكنى أبا الحسن كان رأس الفقهاء وخطيب الخطباء البلغاء وخاتمة رجال الأندلس تفنن في ضروب من العلم وبالجملة فحاله ووصفه في أقطار الغرب – بل وفي غيرها من الشرق – لا يجهله أحد، كان من أفضل أهل عصره تفنناً في العلوم وبراعة في المنثور والمنظوم محدثاً ثقة ضابطاً عدلاً ثبتاً حافظاً للقرآن العظيم مجوداً له متفنناً للعربية وافر النصيب من الفقه وأصوله، ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، الديباج المذهب في، 1 / 396

(2) ابو الاصبغ، ديوان الأحكام الكبرى، 94

(3) النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 223

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 345

(5) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 510

المبحث الرابع: وسائل أخرى للإثبات، (القرائن والقسامة)

حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق العدل وإنصاف المظلوم وإرجاع المظالم إلى أصحابها والأخذ بالظالم وتقرير حقوق لأصحابها وأهلها، ولما كان صاحب الحق مطالب بإثبات حقه بوسائل الإثبات التي نصبتها الشريعة من البينات والشهادة والإقرار واليمين، كما أن القضاء الاسلامي لم يهمل الوسائل الأخرى إن عدمت وسائل الإثبات المتفق عليها، ومن بين هذه الوسائل القرائن التي تعتبر طريقا من طرق الإثبات بحيث تصلح إن وجدت دليلا لإثبات يؤخذ بها يأخذ بها القاضي وتجعل مستندا للحكم.

وبالتالي القرائن يمكن أن تكون مستندًا قويًا للحكم، خاصة عندما تعززها حقائق أخرى أو تتوافق مع مجريات الأمور والمعطيات التي تساعد في تحقيق العدالة، فالشريعة الإسلامية تهدف دائمًا إلى تحقيق العدل والمساواة وإنصاف المظلومين، مع التمسك بشرع الله ودينه في كل الأحكام والقرارات.

المطلب الأول: مفهوم القرائن وأقسامها

الفرع الأول: لم أقف على تعريف للقرائن لدى فقهاء القدامى، وغاية ما في الأمر أنهم يشيرون إليها في ثنايا كتبهم بمصطلح العلامة والقرائن والأمارات، والسبب يرجع إلى كونها واضحة معلومة لا تحتاج إلى بيان.

ويمكن تعريفها بأنها أدلة غير مباشرة تستند إلى أمور ظاهرة ومنطقية، تستخدم لاستنتاج حقيقة غير مباشرة تعزز أو تؤكد حدوث واقعة معينة، بعبارة أخرى، هي مجموعة من الشواهد والملابسات التي تحيط بالواقعة محل النزاع، والتي يمكن أن تساعد في توجيه القاضي لاتخاذ قرار بشأنها.

الفرع الثاني: أقسام القرائن بحسب قوتها في الاثبات

تنقسم القرائن إلى قرائن قاطعة قوية، وقرائن أخرى غير قاطعة أو ضعيفة

القرائن القوية: وهي القرائن ذات الدلالة القوية الواضحة والأمارات والعلامة على الواقعة المنسوبة وهو المعول عليه في المذهب في العمل والحكم بها.

القرائن المتوسطة: وهي القرائن التي لم تقوى إلى درجة يمكن الاحتجاج بها، ويقع فيها الشك والريب، وحكمها التوقف فيها إلى حين الكشف والنظر فيها وسلوك طريق الاحتياط في العمل والحكم بها.

القرائن الضعيفة أو الكاذبة: هذا النوع من القرائن لا يصلح أن يرقى أن يكون دليلا يحتج به؛ لأنه مرجوح ولا يقوى على الاستدلال به ولا يلتفت إليه في الأصل.

المطلب الثاني: دليل القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والامارات من الكتاب والسنة

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ **تعرِفُهُم بسيماهُم**﴾ البقرة [273]، دل أن السيماء المراد بها حال يظهر على الشخص حتى إذا وجد ميتا في دار الإسلام وعليه الزنّار، وهو غير مختون لا يدفن في مقابر المسلمين.

قوله تعالى: ﴿**وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ**﴾ يوسف [18]، قال القرطبي في تفسيره الآية الكريمة قال علماؤنا: لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم قرنه الله بهذه العلامة، علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التمويه إذ لا يكون افتراس الذئب ليوسف عليه السلام وهو لابس القميص ويسلم القميص، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بسلامة القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية على إعمال القرائن والأمارات في مسائل كثيرة من الفقه[1].

[1] القرطبي، تفسير القرطبي الجامع الكبير لأحكام القرءان، 9 / 149

قوله تعالى: ﴿**وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ**﴾ يوسف[28]، وهذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم والعمل بالقرائن والأمارات فيما لا يحضره البينات.

فإن قيل إن تلك الشريعة لا تلزمنا لا يسلم، لأن كل ما أنزله الله علينا فإنما أنزل لفائدة ومنفعة لنا [1]،قال تعالى: ﴿**أُولَٰئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ ٱقْتَدِهْ**﴾ الأنعام [99].

من السنة النبوية:

ما رواه ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {{الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها}}[2]، وجه دلالة الحديث اعتبار صمت البكر قرينة على موافقتها وقبولها الزواج، لأن حياءها يمنعها من التعبير باللفظ الصريح، فصمتها دليل وأمارة على رضاها، وقد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: {{أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسرورا، تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تر أن مجززا نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض}}[3].

ومن القرائن أيضا معرفة العفاص والوكاء في اللقطة، أو ما قام ذلك من صفتها فيحلف المدعي على صحة دعواه ويستحقها اعتمادا على مجرد القرينة[4].

---

(1) القرافي، الفروق، 4 / 168 و169 ـ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1، 131

(2) اخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب "إذا أنكح وليٌّ أيمًا وهي راضية، جاز"، رقم: 5136

(3) ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي بن حجر العسقلاني (773- 852 هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، قام بإخراجه: محب الدين الخطيب [ت 1389 هـ]، المكتبة السلفية ودار المعرفة، مصر، ط: 1، 1390 هـ، ج 12 / 56

(4) زروق، شهاب الدين أبو العباس الفسي المعروف بزروق (ت899هـ)، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، حققه: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمي ة، بيروت لبنان، ط: 1، 2006، 2 / 831

ومثاله أيضا الرّكاز إذا كان عليه علامة للمسلمين سمي كنزا، وحكمه حكم اللقطة يعرف سنة، وإن كان عليه شكل الصليب أو الصور، أو رسم ملك من ملوك الروم، فهو ركاز وفيه الخمس[1] وهذا عملا بالعلامات والقرائن.

ولقد أرشدنا الله تعالى إلى التفطن والتيقظ والنظر في الأمارات والعلامات، ومن ذلك أن الله تعالى جعل فور التنور علامة لنوح عليه السلام على حلول الغرق بقومه، وجعل فقد الحوت علامة لموسى عليه السلام على لقائه الخضر، وجعل منع زكريا الكلام ثلاثة أيام رمز له على هبة الولد.

والعمل بالحكم بالقرائن غير مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم: {البينة على المدعي واليمين على من أنكر}، فالحديث ينص صراحه على وجوب الأخذ بالبينة في الفصل في دعاوى الخصوم؛ لأنها الدليل القضائي المعمول عليه.

وجواب هذا الاعتراض أنه صلى الله عليه وسلم لم يرد بهذا الحديث إلا الموضع الذي تكمل فيه البينة، فمتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها ولم يعدل عنها الى غيرها إلا بوجود بينه[2].

وفقهاء المالكية في مسألة الاعتماد على القرائن في الإثبات والقضاء، فهم مجمعون على الأخذ بالقرائن في الجملة، وإن كان بينهم اختلاف في بعض التفاصيل والشروط الخاصة بتطبيقها في حالات معينة، والمعول عليه في العمل بالقرائن إن قويت حكم بها، وإن ضعفت فلا يلتفت إليها، وإن توسطت توقف فيها وكشف عنها وسلك طريق الاحتياط.

هذا كله ما لم يعارض معارض، فإن عارض ذلك شيء نظر فيه[3].

---

[1] القرافي، الذخيرة 3 / 70 ـ مالك، المدونة، 1 / 329

[2] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 240 و241

[3] ابن فرحون، نفس المصدر، 2 / 131

المطلب الثالث: في القسامة

القسامة هي إحدى وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، وتستخدم في حالات القتل، أو الجروح التي تقع في ظروف غامضة ولا توجد بينة واضحة أو شهود مباشرون على الجريمة. القسامة تأتي في إطار حماية حقوق الدماء وضمان تحقيق العدالة في الإسلام.

والهدف من القسامة هو إعطاء وسيلة لأولياء الدم أو المدعين لإثبات دعواهم في حالة عدم وجود أدلة مباشرة، وتساعد في تحقيق العدالة ومنع الجرائم التي تتم في الخفاء. كما أنها تمنع القتل العمد أو غير العمد الذي لا يمكن إثباته بوسائل الإثبات العادية.

القسامة تعتبر من الأحكام التي تعزز من مكانة حفظ الدماء في الإسلام وتعطي وسيلة للتعامل مع الجرائم الغامضة والمشبوهة.

الفرع الأول: تعريف القسامة وصفة أدائها

القسامة هي حلف خمسين يمينا أو جزءها على اثبات الدم

قال الرصاع: خمسين يمينا إما من رجلين يحلف كل واحد منهما خمسا وعشرين توزع الأيمان عليهم، وقال مالك: لا يجوز أقل من اثنين، وإن كان أولياء الدم أكثر من ستين كستين وليا، فقد نقل عن ابن القاسم أنه لا بد أن يحلف جميع الأولياء ولا يجتزئ بخمسين منهم.[1]

وسبب القسامة ثبوت ما هو مظنة لإضافة قتل الحر المسلم للذمي[2]، وتجب القسامة إذا لم يمتكن أولياء القتيل من معرفة القاتل وكان هناك لوث (لطخ) في القتل.

فالقسامة لا تثبت بمجرد دعوى أولياء القتيل أن فلانا، أو جماعة ارتكبوا جريمة القتل فيشترط وجود اللّوث، أي التهمة وهي قرينة على صدق دعواهم يحلفون خمسين يمينا ويستحقون الدم[3]،

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 626

(2) الرصاع، نفس المصدر، 628

(3) النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 222

والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم: {لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟ فَقَالُوا: لَا، قَالَ: أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ؟ قَالُوا: لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِائَةِ نَاقَةٍ} [1].

الفرع الثاني: صفه أداء القسامة

وصفة أداء القسامة أن يحلف أولياء الدم خمسين يمينا في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس أن هذا قتله، فيجب بها القصاص في القتل العمد، والدية في القتل الخطأ، فإن كان في القتل العمد فلا يحلف النساء ولا الصبيان ولا رجل واحد، وإنما يحلف رجلين فأكثر كما تقدم فإن نكلوا عن الأيمان ردت على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا أنه ما قتله فإن نكل بعد الأولياء قولان:

القول الأول: يحلف من بقي منهم ويأخذ نصيبه من الدية

القول الثاني ترد اليمين على المدعى عليه فإن نكل حبس حتى يحلف، فإن طال حبسه ترك وعليه جلد مائة وحبس عام.[2]

الفرع الثالث: أركان القسامة وشروطها

أ . أركان القسامة

قتل حر المسلم في محل لوت إذا لم يثبت القتل ببينة ولا إقرار من المدعى عليه

ويستثنى من القسامة العبيد والكفارة والأطراف واللوث[3]، وهو أمارة يغلب بها الظن على صدق مدعي القتل كشهادة العدل الواحد على رؤية القتل، أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول وبيده سكين أو سيف وعليه أثر الدم[4].

---

[1] اخرجه البخاري، كتب الديات، باب "إذا قتل مسلم معاهدًا، فلا يُقتل به، رقم 6898

[2] ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، 229

[3] اللّوث: هو الأمر الذي ليس بالقوي، والمراد به القرينة الظاهرة الدالة على القتل، الرصاع: شرح حدود ابن عرفة 629 / 630

[4] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1131

والخلف في شهادة الشاهد الواحد والجماعة غير العدول والنساء روايتان: أحدهما أن شهادتهم لوث، والرواية الأخرى أن شهادتهم ليست بلوث[1]، في والمشهور في المذهب أنه الشاهد العدل، قال مالك ذلك، وهو أعلى اللوث وأحقه وأبينه[2].

ب: شروط القسامة

ومن شروط القسامة أن يدعى الدم على رجل بعينه بلوث يرجح الدعوى على بينه على المدعى عليه، وإلا بالإقرار، فإن قامت عليه البينات أو أقر بالقتل، كان القود واجب بغير قسامه.

- أن يكون المقتول حرا مسلما فإن كان عبدا أو ذميا فلا قسامة فيه؛ وعلّة ذلك أن العبد مال، وكذلك إذا كان كافرا، فالمسلم لا يقتل بالكافر، وإن كانا ذميين فالمشهور أنه لا يحكم بينهما في قسامة، واختلفوا في الصبي.
- أن يكون في قتل، فإن كان في جرح أو في الأطراف فلا قسامة فيه.
- أن يكون مع الأولياء الأيمان، فاعتبار اللّوث هو سبب مرجح للدعوى مع الأيمان.

وتوفر هذه الشروط يعتري أحد حالات وجوب القسامة أربعة:

- قول المقتول، دمي عند فلان عمدا.
- أن يشهد على الضرب والجرح شاهدان عدلان، ثم يقيم أياما بعد ذلك ثم يموت.
- أن يشهد شاهد واحد عدل أن فلانا قتل فلانا غيلة.
- أن يحضر لفيف من السواد والنساء والصبيان والنفر غير العدول ويشهدون على واقعة القتل [3].
- أن يوجد مع المقتول رجل معه سيف، أو آلة القتل أو ملطخا بالدم.
- أن يكون المقتول في محله قوم أعداء له، أو يكون المقتول في دار مع قوم ويقتل بينهم[4].

---

[1] القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1342

[2] ابن شاس، نفس المصدر، 3 / 1132

[3] ابن بزيزة، روضة المستبين، 2 / 1237 و1240

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، 229

خلاصة الفرق بين القرائن والقسامة

القرائن أدلة غير مباشرة تستنتج من الوقائع المحيطة، والقسامة أيمان تؤدى في قضايا القتل بشبهة قوية، وتستخدم القرائن في جميع القضايا (قتل، قيافة...)، بينما القسامة في قضايا القتل العمد أو شبه العمد فقط.

والقرائن تعتمد على تقدير القاضي لقوة الدلالة، والقسامة تحتاج إلى شبهة قوية وأيمان تؤدى من قبل أولياء الدم.

ومن حيث الحجية القرائن قوتها تتفاوت بحسب الظروف والواقعة، والقسامة تستعمل كوسيلة استثنائية عند عدم وجود أدلة كافية.

الفـصل الثالث

أصول سماع الدعوى وعقد المقالات بين الخصوم، وكيفية بدء الدعوى وإصدار الأحكام وتنفيذها في مسطرة القضاء المالكي

الفـصل الثالث: أصول سماع الدعوى وعقد المقالات بين الخصوم، وكيفية بدء الدعوى وإصدار الأحكام وتنفيذها في مسطرة القضاء المالكي.

يعتبر سماع دعوى الخصوم وابتداء الحكم بينهم في مسطرة القضاء الشرعي عملية تتبع مجموعة من الأصول والقواعد والإجراءات، مع اعتماد القاضي على أدلة واضحة وحجج موثقة قبل إصدار الحكم، والتي تهدف في الأخير إلى ضمان العدالة والإنصاف بين المتداعين، وهذه الأصول تناولها فقهاء المالكية بالتفصيل في كتبهم.

وسيتناول هذا الفصل ثلاثة مباحث مهمة في إدارة المرافعات الشرعية:

المبحث الأول: عقد المقالات وإدارة المرافعة في مسطرة القضاء عند المالكية

المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي والطعن فيه

المبحث الثالث: تنفيذ الحكم القضائي

المبحث الأول: عقد مقالات الخصوم وإدارة المرافعة

يعدّ عقد المقالات في القضاء الشرعي مرحلة جوهرية في سير الدعوى، حيث يتيح للخصوم عرض حججهم ودفوعهم أمام القاضي بطريقة واضحة ومنظمة، ويهدف هذا العقد إلى تمكين القاضي من الإحاطة بموضوع النزاع واستيعاب جوانبه المختلفة من أطراف الدعوى، بما يضمن تحقيق العدل وفق القواعد الشرعية.

المطلب الأول: عريضة الدعوى

من الإجراءات القضائية عند بدأ الترافع أمام القضاء تقديم عريضة الدعوى أمام القاضي، قال تعالى: ﴿**فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ**﴾ المائدة [42]، فالحكم لا يكون إلا بعد أول خطوة في القضاء وهي تقديم الدعوى إما مشافهة ومباشرة، أو على شكل عريضة مكتوبة تحوي موضوع الدعوى والمقال.

وفي كيفية رفع الدعوى أمام المحاكم الشرعية، يقدم الطالب الدعوى مكتوبة وتعد في ورق معتاد الكتابة تتضمن موضوع الدعوى وفق قالب شكلي معين مع مراعاة الجانب الموضوعي في عرض الدعوى، ليكون القاضي على بصيرة ممّا اشتملت عليه الدعوى من الفصول يتمكن من معرفه أنها من مشمولات أنظاره أو لا[1].

ويطلق على الدعوى المكتوبة في عرف القضاء والتي في رسم وطلب المدعي من خصمه الجواب عليه (توقيفا)، ويسمى أيضا مقالا[2]، لأن المدعي صاحب الدعوى يوقف المطلوب على كتابه ويطالبه بالجواب على ما بين يدي القاضي[3].

---

(1) جعيط، محمد عبد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة، سوق العطارين، تونس ط: 2، ص 03

(2) المقالات هي دعوى الخصوم وما يتعلق بها، ويعرف ايضا بضبط وكتب أقوال الخصوم (المصباح المنير، 2 / 519)، حلى المعاصم، 1 / 45، وأورده ابن المناصف، ابي عبد الله محمد بن عيسى بن محمد بن أصبغ المعروف بابن المناصف، في فصل (تقييد المقالات وعقد السجلات) كتاب تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام، تحقيق: نفل الحارثي، 1989، والكتاب عبارة عن تحقيق مخطوط بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة، ص 201 / 202

(3) التاودي، شرح العاصمية، 24 ـ ميارة، شرح العاصمية، 1 / 36

إلا أن الأصل في رفع الدعوى أن تكون مشافهة، حيث كان القضاء في مبتدأ نشأته، ثم تطور عبر مراحل زمنيه مختلفة، ثم احتيج إلى تسجيل وتقييد دعاوى الخصوم، إلا أن عدم تسجيل وتقييد الدعوى أحسن إذ لا حاجة إليه إذا كانت الدعوى بسيطة، فربّ قول كان بالخطاب أقرب للفهم من الكتاب.

ومن أسباب ظهور التقييد للدعاوى أيضا كثرة تشعبات الدعاوى وتفرعها وعظم المال المتنازع فيه، فوجب بذلك التقييد لأنه أضبط للأحكام وينحصر ذهن القاضي للنظر في فحوى الدعوى والخصومة، وهذا يحصل بالتسجيل والتقييد في السجل المعدّ لذلك.

ومن شأن القضاة تقييد مقالات الخصوم وشهادات الشهود، والطبع عليها بعد أن يؤرخوها ويشهدوا عليها عدول ويرفعونها إلى من يثقون فيه، حتى يتكامل أمر الخصوم ويفصل الحكم، وللقاضي أن يأمر بتنفيذ كل ما احتج به الفريقان ويثبت بيد كل منهما، ويكون ذلك مشهودا فيه بديوانه خشية أن ينسى فيذهب أمر الناس[1].

ويتعين على كاتب القاضي تولي عقد المقالات الواقعة بين يدي القاضي، ويتجنب التطويل ويقصد الإيجاز والاختصار في تنفيذ المقالات.

وقد وقع خلاف في صيغة رسم المقالات من الناحية الشكلية، فأورد بعضهم الاكتفاء بالكنية عن ذكر اسم القاضي فيقول: حضرني فلان ابن فلان ادعى كـــذا في دعواه، قال بعضهم: يأتي بلفظ الخبر، قال عند القاضي فـلان بن فلان قاض جمـــاعة بموضع كذا، ويأتي على ذكر اسـم المدعي وبيـان مـقاله[2].

واقتضت النظم والتراتيب في بعض المحاكم الشرعية التي تتولى الفضاء وفق مذهب الامام مالك في البلاد التونسية، أن القاضي لا يحيل الدعوى على دائرة العدول لتسجيل المقال إلا بعد أن تحول الدعوى على كاتب مكلف بإعطاء ورقة خاصة يبين فيها نوع النازلة، تسلم للطالب ويدفع معلوما

(1) ابن المناصف، تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام، ج 2 / 519، 520

(2) الباجي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، 118 و119

يسمى رستم الدعوى إلى دائرة التسجيل، ويختلف هذا الرسم باعتبار نوع النازلة، وبعدها تسلم ورقة تتضمن دفع المعلوم ويتقدم بها حتى يمكنه النظر في القضية، ثم يحيل الدعوى إلى دائرة العدول لكتب المقال وتوضع هذه الورقة بملف وإدبارة الدعوى[1].

المطلب الثاني: تبليغ الخصم

تبليغ الخصم يتناول كيفية إيصال الحقائق والمعلومات المتعلقة بالنزاع أو الدعوى إلى الخصم بطريقة شرعية، وهناك قواعد وأصول يجب اتباعها عند تبليغ الخصم في المنازعات الشرعية، وهي تختلف باختلاف الظروف والنوازل، حيث يقوم القاضي بعد تقييد مقال الدعاوى وضبطه بتوجيهه تبليغ المدعى عليه والإرسال عن طريق أحد اعوانه ليرفعه لمجلس القضاء بعد استيفاء الطالب وتقديم دعواه، سواء كيف شفهية أو كتابية مقيدة حسب طبيعة الدعوى وما تقتضيه، كما تبين وتقدم في ذكر تقييد المقالات.

ويخضع هذا في تحديد مكان تواجد الخصم حسب القرب والبعد ولا يخلو من حالات.

- أن يكون المدعى عليه على يسير الأميال مع أمن الطريق، فالقاضي يبعث في طلبه ويكتب إليه دون الحاجة إلى الخاتم.
- أن يكون بعيدا عن محل إقامة المدعي إما حسّا من جهة المسافة، أو معنويا من جهة الخوف وعدم أمن الطريق، فيرسل إليه مع الخاتم، ومن سير الحكام اتخاذ الطابع، فإذا أتاه مدع دفع إليه طابعا يرفع به خصمه الذي معه في المصر[2].

وقرر الفقهاء أن رفع المدعي عليه المطلوب يكون مقيدا بشرط صدق المدعي في دعواه، فالقاضي لا يدفع طابعه ولا يرفع المطلوب حتى يأتي المدعي بشبهه (اللّوث) تقوي دعواه وطلبه ومدى صدقه، وتسمى عند الفقهاء (بالمخيلة)أي دليل الصدق الطالب[3]، وهذا تجنبا لدعاوى التعنّت الكيدية الباطلة التي قد تطال أمثل القوم من أهل الديانة والصلاح، وقد تقدم بيان ذلك في

(1) عبد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية، 77 / 78

(2) التاودي، حلى المعاصم، 1 / 59 و60

(3) الباجي، فصول الاحكام، 121

فصل إثبات الخلطة في وجوب توجيه اليمين على المدعى عليه، وهذا خلافا لواضعي قوانين واجراءات التقاضي الوضعية التي أضحت بديلا عن القضاء الشرعي وإجراءاته، فهذه القوانين تسمح برفع المطلوب بمجرد تقديم الدعوى وتحرير المحضر وفق مفهوم خاطئ لقاعدة أن الناس سواسية أمام القضاء، والذي قد يؤدي أحيانًا إلى استغلال النظام القضائي في رفع دعاوى تعسفية أو غير مبنية على دليل كاف.

قال ابن عرفة: من استعدى الحاكم يستنصره على من معه في مصر أو قريبا منه أعطاه طابعا في جلبه، أو أرسل رسول، وإن بعد من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهد بالحق، فيكتب لمن يثق به عن امتناعه، إما أنصفه وإلا فليرجع معه.[1]

المطلب الثالث: جواب الخصم على مقال المدعي، وطلب الإعذار وضرب الآجال

– سماع الدعوى وجواب الخصم

إذا أوقف الخصم على وثيقة الطالب ليقتضي جوابه فله أن ينظر في فصول الوثيقة وما حوته، فإن تضمنت فصولا كثيرة للمدعي عليه الحق أن لا يكلف في الجواب على الدعوى حتى يأخذ نسخة من المقال ويطّلع عليها ويعرف حيثياتها.

وإن لم تتضمن المقالة ما يستدعي النظر فيها لعدم احتوائها على معاني كثيرة وغريبة يجهلها المدعى عليه، وكانت ممّا يمكن قراءته وفهمه دون عسر وصعوبة فلا يمكّن من نسخة منها، ويجبر على الجواب فيما ادعي عليه.

وهل يكون جواب المدعى عليه بأمر وطلب من القاضي، أو يحتاج إلى طلب المدعي ذلك من القاضي.

في المسألة قولان:

[1] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 212

القول الأول: أمر قاضي الخصم المدعى عليه بالجواب عن دعوى المدعي إن استحقت الدعوى جوابا، ولا يتوقف أمره بالجواب على طلب المدعي لوضوح مقاله وحالة التداعي، وهو مقتضى ظاهر المذهب[1].

القول الثاني: أن يطلب المدعي من القاضي جواب المدعى عليه، فلا يأمر القاضي المدعى عليه بالجواب حتى يطلبه المدعي.

والراجح أن ظهور مقصود المدعي من الدعوى كاف في طلب الجواب من خصمه[2].

المطلب الرابع: طلب الأعذار وضرب الآجال

طلب الأعذار وضرب الآجال في القضاء الشرعي هو قيام أحد الخصوم بطلب تأجيل النظر في الدعوى أو تأخير اتخاذ الحكم بسبب ظروف معينة تحول دون الحضور أو الاستمرار في الدعوى، أو الحاجة إلى جلب بينة غائبة، وهذه الأعذار يجب أن تكون مبررة ومقبولة ولا تؤثر على سير الدعوى أو تضر بأحد الخصوم.

الفرع الأول: مفهوم الأعذار

لغة: مصدر عذر واسمه العذر، وجمعه أعذار، ويراد به رفع اللّوم[3].

اصطلاحا: سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه[4].

جاء في القرآن ذكر الأعذار نحو قوله تعالى: ﴿**لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا**﴾ النساء [165]، وقوله تعالى: ﴿**وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ. لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ**﴾ النمل

(1) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 2 / 154

(2) ميارة الفاسي، شرح لامية الزقاق، 189

(3) الفيومي، المصباح المنير، 2 / 398

(4) ابن عرفة، المختصر الفقهي 9 / 159

[20 . 21]، فجعل له سيدنا سليمان عذرا إذا أتاه بسلطان مبين، فلم يتسرع في تنفيذ العذاب عليه حين تأخر عن الحضور.

ونص الفقهاء على وجوب الإعذار قبل الحكم، فالحكم بلا إعذار باطل، والإعذار على الحاكم والقاضي واجب على كل حال وهو المشهور والعمل به عند أهل المذهب[1]، وذهب اسحاق ابن منذر[2] أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق، لأنه من قبيل من لم يجب قبوله وليس نظره بحجه، فطلب الخصوم الإعذار من الحقوق لكل من المدعي والمدعى عليه.

ومن قال بعدم شرط الإعذار في الحكم في غير ظاهر ومشهور المذهب، يتخرج على ما إذا حصل العلم بالشهادة كشهادة الجمع المفضي إلى التواتر فلا حاجة للإعذار، وإلى هذا ذهب بعض فقهاء الأندلس والمغرب كابن رشد. [3]

وإذا أعذر القاضي إلى من توجه الإعذار إليه سواء كان المدعي أو المدعى عليه سأله إن بقيت له حجة؟ فإن قال: نعم، وطلب التأجيل[4]، ضرب له الأجل بحسب الواقعة وتترك الأجال وتحديدها لاجتهاد القاضي، بحسب ما يظهر له من حال الخصوم بطلب الآجال من تطويل أو تقصير[5].

---

(1) التاودي، حلى المعاصم، 107، 189 ـ ابن جزي، القوانين الفقهية، 198

(2) بو بكر محمد بن إسحاق بن منذر بن السليم الأندلسي هو عالم أندلسي بارز، وُلد سنة 302 هـ، وعُرف بأدبه، فقهه، حفظه للحديث، وزهده. تعلم على يد علماء كبار في الأندلس والمشرق مثل أحمد بن خالد وابن الأعرابي. تولى منصب قاضي الجماعة في قرطبة عام 356 هـ، واشتهر بعلمه الغزير وصدقه في تطبيق أحكام الشريعة. من مؤلفاته المهمة كتاب "التوصل لما ليس في الموطأ" وكتاب في الحديث. توفي عام 367 هـ.، مخلوف: محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت 1360هـ)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الازلى: 2003، 1 / 147

(3) البرزلي، الامام الفقيه والعمدة الحافظ ابو القاسم بن احمد البلوي القيرواني التونسي الشهير بالبرزلي وهو شيخ الرصاع التلمساني شارح حدود ابن عرفة، (ت 841هـ)، أخذ عن العلامة ابن عرفة، لازمه نحو أربعين سنة، واحمد بن حيدرة التزري، وأخذ عنه ابن ناجي، وحلولو وغيرهم، كتابه فتاوى البرزلي جامع مسائل الاحكام لما نزل من القضايا والاحكام بالمفتين والحكام، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الاسلامي بيروت لبنان الطبعة الاولى: 2002، 4 / 95 و96

(4) الأجل هو المدة التي يضربها القاضي والمهل لأحد المتداعيين أو لهما معا حتى يتسنى اكمال الحجج واحضار البينات.

(5) ابن فرخون، تبصرة الحكام، 1 / 201

والأصل فيه ما جاء في قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعري ما نصه: {... واجعل لمن ادعى حقا غائبا أو بينة أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينته أخذت له بحقه، وإلا سجلت القضية عليه فإنه أنفى للشك وأجلى للعمى}[1]، ومن القرءان قوله تعالى: ﴿**قَالُوا الْآنَ جِئْتَ بِالْحَقِّ**﴾ البقرة[71].

الفرع الثاني: ضرب الآجال وصفة تسجيله

ولما كان ضرب الآجال من اجتهاد القاضي، فإنه يراعى في ذلك حال الخصوم، فإن المصدق المؤمن الذي لا يتهم على أنه يدعي باطلا فللقاضي أن يضرب له الأجل ويعطيه المهلة ويزيد له فيها حتى يتمكن من إحضار الحجة والبينة.

وإن كان الخصم ملدّا[2]، ويعرف أنه إنما يريد بالآجال الإضرار بخصمه وتأخير حقه عنه، فيمنع من التأجيل ولا يمهل له[3].

وصفة كتب وتسجيل الآجال أن يقول القاضي: أجّل قاضي كذا فلان ابن فلان في اثبات ما ادعاه في المقال أعلاه، أجلا مبلغه كذا من غد تاريخه[4]، ولا يعدّ ولا يدخل في الحساب اليوم الذي يكتب فيه الأجل ولا يحتسب به، وإذا تم وانقض الأجل الأول يضرب الأجل الثاني بحسب اجتهاد القاضي، ويكتب في اليوم الثاني بعد الأجل الأول، وهكذا يفعل في الآجال كلها بعد أن أخذ من خصمه فلان حميلا شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه، وعلى المؤجل بالتزامه حكم الأجل واعترافه

---

(1) الأثر الذي ورد في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه يُعتبر من الآثار المشهورة التي تنقل في أبواب القضاء والسياسة الشرعية. وهذه الرسالة تُعد دستورا قضائيا متكاملًا، وكان لها تأثير كبير في ضبط أحكام القضاء في الإسلام. التاودي، شرح العاصمية، 26

(2) الملدّ، اللدود من اشتدت خصومته فهو ألدّ، والالد الخصم شديد الخصومة الذي لا يزيع الى الحق (الفيومي: المصباح المنير، 2 / 521.

(3) ابن رشدن البيان والتحصيل، 9 / 108

(4) التاودي، حلى المعاصم، 107، 108

بأن بينته في البلد أو على قرب منه، وعلى الحميل بالحمالة على عين المتحمل عنه ورضاه من أشهدوه به[1].

المطلب الخامس: تداعي الوكيل والموكل

إذا كان صاحب الحق نفسه لم يشترط فيه البلوغ والرشد، فللصبي والسفيه أن يقوم بطلب حقوقهما؛ وإنما الممنوع تمكينهما من المال.

فالقائم بالدعوى إما أن يكون صاحب الحق، أو وكيله، أو ناظره من أب، أو وصي، أو قاض[2].

الفرع الأول: تعريف الوكالة

لغة: الواو والكاف واللام أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك، وسمي الوكيل لأنه يوكل إليه الأمـر[3].

اصطلاحا: الوكالة نيابة ذي حق غير ذي إمرة، ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته[4].

وعن طريق الاستقراء دل أن كل ما فيه حق للموكل أو عليه غير خاص به جاز فيه التوكيل، وما ليس كذلك لا يصح.

شرح قيود التعريف: فقوله ذي حق خرج به من لا حق له، غير ذي إمرة، أخرج به الولاية العامة والخاصة، ولا عبادة لغيره فيه، فخرج به إمام الصلاة، ويخرج من الوكالة المحجور عليه ليس له أن يوكل لأنه فاقد حق التصرف.

---

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 206

(2) جعيط، الطريقة المرضية، 89

(3) ابن فارس معجم مقايس اللغة، 6 / 136

(4) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 437 و438

ولا يجوز توكيل وكيلين، فللموكل أن يوكل وكيلا واحدا وليس له عزله إلا إذا ظهر منه غش أو تدخل في الخصومة أو ميل مع المخاصم[1].

والوكالة في الخصومة تكون من غير رضا الخصم، وفي نقل الحق لا بغير رضا إلا لعذر[2].

الفرع الثاني: أركان الوكالة وما يجوز فيه النيابة

الركن الأول: ما يكون فيه التوكيل، الموكل فيه

كل أمر قابل للنيابة، وهو ما لا يتعين بحكمه مباشرة كأنواع البيع والحوالات والشركات والمضاربة والمساقاة والنكاح والطلاق وسائر العقود والفسوخ.

ولا يجوز التوكيل في سائر العبادات كما تقدم في تعريف الوكالات إلا المالية منها، كأداء الزكاة وعلى خلاف في الحج، ويلحق المنع في الأيمان والشهادات والإيلاء واللعان والظهار فلا تجوز النيابة الشرعية فيها[3].

كما لا يجوز التوكيل في المعاصي لأنها ظلم وتعدي وباطل، وتجوز الوكالة في قبض الحقوق والخصومة في الإقرار والإنكار واستيفاء الحدود والعقوبات[4].

ثانيا: الموكل والوكيل

وهو كل من جاز له التصرف لنفسه جاز له أن يوكل عنه فيما يجوز النيابة فيه، وجاز له أن ينوب فيه عن غيره إلا أن يعرض ما يمنع من توكيله فلا يوكل، كتوكيل الذمي[5].

---

(1) الرصاع، نفس المصدر، 437، 441 ـ ميارة، شرح العاصمية، 1 / 129

(2) المقّري، أبي عبد الله محمد بن احمد المقري التلمساني، (ت 759هـ)، قواعد الفقه، تحقيق، محمد الدردابي، دار الايمان، الرباط، الطبعة الاولى: 2012، 485

(3) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 825

(4) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1238 ـ ابن عبد البر، الكافي، 2 / 187، ولا يقال بأن الوكالة في استيفاء الحقوق أنه وكالة في إمرة، لأن ذلك وكالة على فعل لا إمارة فيه (شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، 438).

(5) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 826، 8827

والحكمة في اقتضاء منع توكيل الذمي أنه إذا وكّل في بيع ونحوه فقد يأتي على الحرام في معاملته، وأما توكيله في التقاضي فلربّما بأحقادهم القديمة على المسلمين يستعلون عليهم قصد إذلالهم في الخصومات، والشرع يمنع إذلال المسلمين خاصة من الكفار، وقال بعضهم بالكراهة في توكيل الذّمي[1].

أما الصيغة فهي كل ما يدل على ذلك عرفا كقوله: وكّلتك أو أنت وكيلي، ويمضي كل ما فعله الوكيل سوى أربعة أمور فلا تمضي إلا بتنصيص الموكل له عليها، وهي:

طلاق زوجة، وبيع دار الموكل، وتزويج بكر، وبيع عبده القائم بشؤونه.[2]

وإن كان التوكيل من غير الإقرار والإنكار عن موكله كان توكيلا ناقصا ويلزم على الموكل إتمامه، إلا إذا كان الوكيل وصي على يتيمه في المخاصمة فليس له الإقرار، والمفتى به عند المالكية أن إقرار الوصي لا يجوز على يتيمة، قال مالك: لابد من الإعذار في الوكالة لأن الوكيل يقّر عن موكله وينكر ويصالح إن كان جعل إليه ذلك، ويلزم الموكل فكيف لا يعذر فيه[3]؟.

كما لا يشترط حضور الخصم مع الوكيل[4]، فلا يخاصم في الغائب إلا بوكالة عند الحاكم[5]، والوكالة في الخصومة جائزة من الحاضر والغائب سواء برضى الخصم وبغير رضاه.

وإذا شرع الخصوم في الدعوى بين يدي القاضي أو الحاكم ليس لأحدهما أن يوكل عند مالك لأنه ضرب من اللّدد، عدا إذا خشي من خصمه استطالة القضية فيجوز له أن يؤكل من ينوب عليه في المخاصمة بحضرة الحاكم[6]، ولا يسمع القاضي دعوى الوكالة حتى يثبت عنده ذلك بشاهدين عدلين أو بشاهد ويمين عند مالك وابن القاسم، ويشهد الشهود عند القاضي على معرفة عين الموكل،

---

(1) ابن الجلاب، التفريع في فقه الامام مالك، 2 / 376

(2) التسولي، محمد التاودي شمس الدين علي بن قاسم التجيبي الزقاق، الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق، المطبعة التونسية 1303هـ، 107

(3) ابن الاصبغ، ديوان الاحكام الكبرى، 56، 57

(4) القاضي عبد الوهاب، المعونة 1237

(5) ابن الجلاب، التفريع، 2/ 372

(6) ابن عبد البر، الكافي، 2/ 787 ـ القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، 558

وإن حضر الوكيل والخصم وتقّارا على صحة الوكالة، ولو صدق الخصم المدعى عليه واعترف بالمدعى به وأقر به لم يجبره الحاكم على دفعه حتى يثبت عنده صحة الوكالة لجواز تواطئ الوكيل والخصم في ذلك، وكما أنه أيضا متعلق بحق غيرهما [1].

الفرع الثالث: عزل الوكيل

يعتبر عزل الوكيل من المسائل المهمة التي ترتبط بأحكام الوكالة، الوكالة في الشريعة الإسلامية هي تفويض شخص للقيام بعمل معين نيابة عن الموكل، ويحق للموكل أن يعزل الوكيل وفقاً لشروط محددة، نعرض هنا أبرز أحكام عزل الوكيل وفقاً للمذهب المالكي:

يحق للموكل عزل الوكيل متى شاء، لأن الوكالة في أصلها عقد جائز، أي أنه يمكن فسخه من أي طرف في أي وقت، إلا إذا ترتب على ذلك ضرر بالوكيل أو بالتزاماته تجاه الغير.

لا يشترط للعزل أن يكون الوكيل مقصراً أو مخالفاً، بل يحق للموكل عزله بدون سبب.

2. كيفية العزل:

الوكالة عقد جائز، وللموكل حق عزل الوكيل متى شاء[2].

ويتم العزل بوضوح، ويشترط أن يعلم الوكيل بالعزل، لأن العزل قبل إعلام الوكيل لا يكون نافذا في حقه[3]، وبالتالي يستمر الوكيل في التصرفات التي تقتضيها الوكالة حتى يعلم بالعزل.

يجوز أن يكون العزل بشكلٍ صريح، كأن يقول له: "قد عزلتك"، أو بشكل ضمني من خلال تصرفات تدل على العزل، مثل توكيل شخص آخر لنفس المهمة.[4]

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 173

[2] مالك، المدونة: الجزء 4، ص. 204.

[3] الدردير، شرح مختصر خليل" للشيخ الدردير.الجزء 4، ص. 532.

[4] مالك، المدونة، 4 / 206

3. آثار العزل:

إذا علم الوكيل بالعزل، تنتهي الوكالة مباشرة ولا يجوز له الاستمرار في التصرف نيابة عن الموكل، وأي تصرف يقوم به الوكيل بعد علمه بالعزل يكون باطلاً ما لم يجزه الموكل.

إذا كان الوكيل قد بدأ في تنفيذ عمل الوكالة ولم يخطر بالعزل، فإن تصرفاته تعتبر صحيحة حتى لحظة علمه بالعزل[1].

4. عزل الوكيل الخاص والعام:

الوكيل الخاص الذي يكلف بمهمة معينة ينتهي عمله بعد إتمام هذه المهـــــمة أو بعزله، أمـــــا الوكيل العام الـــذي يفوض في عـــدة أعـــمال، فيجب أن يتم عزله بشكل صريح ليتم إنهـــاء وكالتـــه.[2]

5. عزل الوكيل في حالة غياب الموكل:

إذا كان الموكل غائبًا ولم يتمكن الوكيل من معرفة عزله إلا بعد فترة، فإنه يكون مسؤولًا فقط عن التصرفات التي قام بها حتى لحظة علمه بالعزل[3].

ومن عزل وكيله إذا ظهر منه غش أو ما اطلع عليه من عوراته وأراد الوكيل المعزول أن يتوكل لخصمه فأبى الأول، فلا يقبل قوله، ويتوكل الوكيل الأول لخصمه بعد عزله [4].

وقال بعضهم أنه يمنع من الوكالة لأنه صار كعدّوه، ولا يوكل عدو على عدوه[5].

وإذا تعدى الوكيل حدود وكالة موكلهن فأقر بالبيع أو الشراء ولم يجعل له موكله ذلك إلا في حدود الخصومة على وجه الإقرار والإنكار في الخصام لم تجز مقالته فيما تعداه[6].

---

[1] ابن جزي، القوانين الفقهية، ص. 317.

[2] النفراوي،"الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني 2./ 245.

[3] الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل" للشيخ الحطاب الرعيني.: 6،./ 343.

[4] ابن فرحون، تبصرة الحكامن 1 / 183

[5] الحطاب، مواهب الجليل 5 / 185

[6] الونشريسي، المعيار المعرب، 10 / 323

المطلب السادس: الصلح بين الخصوم

الصلح جائز بين المسلمين إلا ما أحل حرام أو حرم حلال، وقد ندب الله عباده وأرشدهم إلى الصلح، قال تعالى: ﴿**لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا**﴾ النساء [114].

ولا بأس أن يطلب القاضي الصلح بين الخصوم لأنه وسيلة شرعية لحل النزاعات والخلافات بين الناس بطرق سلمية وودية، ويعد من المبادئ الأساسية التي تشجع عليها الشريعة الإسلامية لتجنب القضايا والدعاوى الطويلة والمنازعات والهدف من الصلح هو تحقيق العدالة والتقريب بين الأطراف المتخاصمة بعيدا عن الخصومة والتعصب.

الفرع الأول: مفهوم الصلح لغة واصطلاحا

الصلح في اللغة: يعني التسوية والتوفيق بين الأطراف المتنازعة، ويراد به إزالة النزاع والخصام والتوصل إلى اتفاق يرضي جميع الأطراف، يقال: "صالَحَ فلانٌ فلاناً"، أي وافقه وأزال بينهما النزاع.[1]

اصطلاحا: هو الانتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه وهو مندوب[2]

ويعرف أيضا: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتخاصمين برضاهم، ويجوز في الحقوق المالية وغيرها، يشترط في الصلح أن يكون عقدًا مبنيًا على التراضي بين الطرفين وألا يكون فيه ما يتضمن إسقاط حق واجب أو تضييع حق أحد الأطراف[3].

---

[1] لسان العرب لابن منظور، الجزء 2، صفحة 517

[2] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 421

[3] المدونة الكبرى للإمام مالك، تحقيق: محمد أبو الأجفان، الجزء الثالث، صفحة 38-40 وينظر، "الشرح الكبير" للدردير، الجزء الثالث، صفحة 86.)

وقد كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري{{أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا}}[1].

فإن أشكل على القاضي في الدعوى لتعارض الأدلة فيأمر الخصوم بالإعادة حتى يفهم عنهم، فإن أشكل عليه وجه الحكم فلا يحل له الإقدام على الحكم باتفاق، فيرشد الخصومة للصلح أو يصرفهما إلى قاض آخر لاحتمال أن لا يشكل عليه الحكم[2]، كذلك يأمر بالصلح إن خيف من الحكم أن يؤدي إلى شحناء ويفاقم الحكم الأمر بين الخصوم ويعظم خاصة إذا تعلقت الدعوى بين ذوي الرحم أو ذوي الفضل والهيئات والصفات العليا، فقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: {ردّوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القاضي يورث الضغائن }[3]، يشير إلى حكمة عمر رضي الله عنه في التعامل مع النزاعات بين الأقارب، إذ كان يرى أن الحل الودي والتصالح بين الأقارب أفضل من الاحتكام إلى القضاء، لأن القضايا القضائية قد تؤدي إلى تفاقم الخلافات والضغائن بين العائلات[4].

فإذا تقدم الخصمان أمام القاضي مجلس القضاء، فيبتدر بسؤالهما عن خصومتها أو يسكت، ويتكلم المدعي منهما، فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يسمع حجة المدعي، وبعدها ينتقل إلى سماع حجة المدعى عليه، ونص الفقهاء أنه يستحسن أن لا يسأل عن المتهم منهما وإن زعم أن كل منهما هو المدعي، فينظر إن كان أحدهما جلب الآخر، فالجالب منهما هو المدعي، وإن لم يعرف من الجالب منهما فله أن يبدأ بسؤاله حتى يميز بين المدعي والمدعى عليه[5].

وقد سبق الإشارة في عقد المقالات وتقييد الدعوى على كيفية رفع هذا الإشكال وصار الأمر إجراءً شكليا لدى المحاكم الشرعية بوجود الدعوى مقيدة ومكتوبة في السجلات المخصصة والمعدة لذلك، وكذا تبليغات الخصوم وحضور الشهود وجميع هذه الإجراءات تسهل عملية التمييز بين

---

(1) المدونة، مالك، 4 / 379

(2) ابن فرحون تبصرة الحكام، 11 / 43 . ميارة، شرح لامية الزقاق، 220

(3) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 /153

(4) ميارة، شرح لامية الزقاق، 179

(5) الخرشي، شرح مختصر خليل، 7 / 87، 88

الخصوم في الدعوى، وإنما كان ذلك سابقا لما كانت الدعوى مشافهة غير معقدة ولا تحتاج إلى تقييد، والخصوم يرتفعون إلى القضاء ويفصل في الحكم كلّه دون الحاجة لتقييد وتسجيل في المحاضر والسجلات، ثم لاحقا احتيج لتسجيل الدعوى والأحكام، وكان الشيخ سحنون إذا سمع الدعوى والإنكار أمر كاتبه بكتابتهما ويعرض ذلك على الخصمين فإن وافقا أقره، وبدأ في سماع البينات والحجج والدفوع بعد معرفة المدعي والمدعى عليه منهما، وإن خالفت الدعوى أمر بإخراجهما[1].

وكما ذكر في بيان معرفة سبب الدعوى فللقاضي أن يعرف المدعي الطالب بالحق من أين وجب له ما يدعيه في دعوى، كبيع أو سلف، أو ضمان، أو تعد وشبهة، ولا يكلف بأكثر من ذلك[2].

يلاحظ أن الإجراءات الشرعية التي كانت في القديم لم تكن تستلزم تسجيل الدعوى في سجلات كما هو الحال اليوم. وإنما كان يتم الفصل في القضايا مباشرة بعد سماع الدعوى والإنكار من الخصوم.

فإن قاربت الحجج من الخصوم غير أن أحدهما يكون ألحن من الآخر بحجته، أو تكون الدعوى في أمور قد درست وتقادمت فله أن يأمر بالصلح، وإن تبين له موضع الظالم من المظلوم لم يسعه إلا أن يحكم فصل القضاء.

الفرع الثاني: أنواع الصلح وشروطه

والصلح على ضربين:

إما أن يكون الصلح على إقرار، كأن يقول المدعي لي عليك كذا، فيقر المدعى عليه به ثم يتصالحان على ذلك، وقد اتفق العلماء على جوازه[3].

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل، 6 / 148، 149

(2) الدردير، الشرح الكبير، 4 / 527، 528

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، 2/ 257،258

أو يكون الصلح على الإنكار، كأن يقول المدعي لي عليك كذا، فينكره ثم يتصالحان بأن يدفع له شيئا في مقابله، والمالكية يجوزون هذا النوع من الصلح بشرط أن يكون عن رضا دون إكراه، ويعتبرونه من قبيل المعاوضة (أي مبادلة شيء بشيء)، ولكن بشرط أن يكون المدفوع فيه محددا ومعروفا.

وهذا النوع من الصلح وقع الخلف فيه[1]، والمتفق عليه إن كان صلحا من إقرار أو إنكار صح إن كان على طوع ولا يدخله إكراه[2].

شروط الصلح:

من الشروط المتفق عليها في المذهب المالكي:

- أن يكون الصلح عن طوع ورضا دون إكراه.
- أن يكون الشيء المتصالح عليه معلوماً ومحدداً.
- أن يكون الصلح غير مخالف للشريعة، أي ألا يتضمن ما هو محرم أو غير جائز شرعاً.[3]

المطلب السابع: ابتداء الحكم بين الخصمين

إن بمعرفة حال المدعي والمدعي عليه تسهل مسطرة القضاء وتتبين جميع مسائل القضاء، فبمعرفه ركنا القضاء من مدعي ومدعى عليه، عرف وجه القضاء واتضحت حقيقة الدعوى.

ويبدأ الحكم بين الخصمين عند انعقاد مجلس القضاء بوجود الخصمين أمام القاضي، ويجب أن يتوفر القاضي على الأهلية للحكم وأن يكون الخصمان حاضرين أو ممثَّلين بموجب وكيل، ويجب أن يستمع القاضي إلى الدعوى والرد عليها من قبل المدعى عليه، ثم يستمع إلى البينة والشهود إن وجدوا، والقاضي يتخذ قرار الحكم بناءً على الأدلة والشهادات الشرعية.

---

[1] الباجي، فصول الاحكام، 163

[2] ميارة، شرح التحفة، 1 / 343

[3] القرافي، الذخيرة، 6 / 133

ولما كان الأصل براءة الذمة وخلوها من جهة الخصم المدعى عليه طولب المدعي بإقامة البينة على ما ادعاه في دعواه، وبعد التحقق من صحة الدعوى وسؤال القاضي المدعي الطالب للحق من أين وجب له ما ادعاه في دعواه، حيث لا يشرع للقاضي السير في الدعوى ولا الحكم على المدعي عليه حتى يعرف السبب الذي أوجب له الحق لأن بيان السبب من تمام صحة الدعوى،[1] ونقل القرافي في إجماع الأمة على أن الطّالح إذا ادعى على الصالح فلسا أو بالعكس، فالتالي منهما مصدق ولو كان أفسق الناس، ولا يصدق الصالح على الطالح ولو وصل الصالح إلى أقصى مراتب الصلاح إلا بوجود البينة، وهذه الجزئية من المسائل التي قدم فيها الأصل على الغالب.[2]

وقال اللخمي المدعي بالخيار بين ثلاث:

أولا: أخذ المدعى بغير يمين على أنه متى عاد المدعى عليه إلى الخصومة كان له ذلك.

ثانيا: أن يحلف الآن ويحكم له به بكمال الحجة بالحلف بعد أن يعلم أن المدعي عليه لم يقر أو ينكر، فيحكم عليه كالناكل وليس له أن ينقض حكمه وإن أتى بحـــجته، إلا إذا أتى ببينة لم يكـــن يعلم بـــها.

ثالثا: سجـــن المدعى عليه حتى يقر أو ينكـــــر[3].

وإذا استحلف المدعي المدعى عليه بالحق المطلوب منه مع وجود الخلطة بينهما ولا بينة للمدعي، قال مالك: إن حلف المدعى عليه بـــرئ، وإن أبى الحلفان لم يقض على المدعى عليه بالحق حتى يحلف المدعي على حقه، ولا يقضي القاضي بالحق إذا نكل المدعى عليه عن اليمين إلا إذا حلف المدعي صاحب الحق، ولم يختلف في ذلك أهل المدينة، وإن نكل الجميع المدعي والمدعى عليه عن اليمين بطل حق المدعي. [4]

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، 2

[2] الذخيرة، القرافي، 11 / 08

[3] اللخمي، التبصرة، 11 / 5533 . القرافي، الذخيرة، 11 / 09 ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 509

[4] مالك، المدونة، 4 / 07

وللإمام مالك قولان[1]: الظاهر الذي تقدم في قلب اليمين، ودليلهم ما رواه مالك، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ردّ في القسامة اليمين، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قتل رجل من بني هاشم رجلاً من الأنصار، فرفعوا القتيل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: {{أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا: كيف نحلف ولم نحضر ولم نرَ؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يمينًا. قالوا: كيف نرضى بأيمان قوم كفار؟ فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده}}[2].

إذ لو حلف الأنصار استحقوا دم صاحبهم بما يوجب أيمانهم من القصاص والدّية، وليس للمدعى عليه القصاص أن يحلف ويبرؤا إلا إذا نكل أصحاب الدم عن أيمان القسامة فترد الأيمان على المـــدعى عليهم [3].

القول الثاني: أن اليمين لا تنقلب بالنكول، وإنما يقضى بالنكول لأن الشهادة لما كانت إثبات الدعوى، واليمين لإبطالها، وجب أنه بنكول المدعى عليه عن اليمين القضاء عليه، لأن الدعوى تحققت، وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعي هو خلاف الأصل. [4]

ويتفرع عن هذا يمين التهمة إذا قويت وجبت، لقوله صلى الله عليه وسلم: {البينة على الدعي واليمين على من أنكر}[5]، فيحق الحق على المدعى عليه بالنكول دون أن ترجع اليمين على المدعي[6].

وهو المشهور عنه رحمه الله فلا تنقلب يمين التهمة على المدعى، فإن نكل المدعى عليه حبس حتى يحلف[7]، ومثاله: دعوى المودع على المودع عنده تعدّيه على الوديعة، ودفع المودع عنده الدعوى

---

[1] الباجي، المنتقى، 7 / 55، 56

[2] اخرجه البخاري، كتاب الديات، باب القسامة، رقم: 6847

[3] ابن رشد، بداية المجتهد، 4 / 252

[4] ابن رشد نفس المصدر، 4 / 252

[5] سبق تخريجه

[6] ميارة، شرح العاصمية، 1 / 100

[7] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 407

بتلف الوديعة، سقط المودع عنده إلا أن يتهم فيحلف، فإن نكل ضمن، ولا ترد اليمين على المدعي[1].

ويحرص القاضي على عرض اليمين على المدعى عليه، ويبين له حكم النكول، ولو طلب المهلة أمهل، وإن قال المدعى عليه: بيني وبينه حساب، وطلب التأجيل أمهل حتى يراجع حسابه بعد إقامة كفيل بوجهه[2].

وفائدة قلب اليمين على المدعي هو أن انتقال اليمين بنكول المدعى عليه إلى جنبة المدعي، لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعي أقوى سببا منه، فانتقلت اليمين إلى جهته، كما أن وجود اليمين في جنب المدعى عليه يقوي سببه ببراءة الذمة في الأصل[3].

المطلب الثامن: أنواع البينات، (الشهادة)

والبينة تكون بحسب الحقوق المشهود فيها، وهي مرتبة على اختلاف القوة والضعف، نذكر منها على سبيل الإجمال لا التفصيل.

أربعة شهود رجال بالغون، شاهدان عدلان اثنان، شاهد وامرأتان، شاهد ويمين المدعي، شاهد ونكول المدعى عليه، امرأتان ونكول المدعى عليه، يمين المدعي ونكول المدعى عليه، يمين المدعي مع قوة السبب، امرأتان في انفرادهما، شهادة الصبيان، أيمان الأولياء في القسامة، شهادة السماع، كتاب قاض إلى قاض، معرفة العفاص والوكاء في اللقطة[4].

الفرع الأول: الشهادة بحسب حقوق المشهود فيها

فشهادة أربعة شهود رجال بالغون: تكون في الزنا، إما الشهادة على رؤية فعل الزنا، أو الشهادة على الشهادة به.

---

[1] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 511

[2] ابن شاس، عقد الجوهر الثمينة، 3 / 1085

[3] القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1570

[4] القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1543 ـ ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 292، 293

شاهدان عدلان: يصلح لجميع الأحكام التي تثبت في البدن وفي المال[1].

يعتبر الشاهدان العدلان من شروط الإثبات في القضايا المتعلقة بالأحكام التي تثبت على البدن (مثل الحدود والقصاص)، وفي المال (مثل الديون والعقود)، المذهب المالكي يشترط فيه وجود شاهدين عدلين لإثبات بعض الحقوق والأحكام.

الشاهدان، والمرأتان، والشاهد ويمين المدعي، والمرأتان واليمين لسائر الحقوق والأموال[2]، كالشهادة على أن فلانا أقرض وأسلف فلان مبلغا من المال أو غصبه، أو الشهادة على البيع والإجارة والجنايات الخطأ والعمد التي لا قود فيها وكل ما مقصوده المال والتعويض.

أما الشاهد ونكول المدعى عليه، فيخص كل موضع قابل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين كما تقدم.[3].

وسؤال القاضي للمدعي يكشف ما يدعيه إذ لعلّه يكون بغير وجه حق، وللمدعي عليه أن يسأل الطالب المدعي عن سبب وجوب الحق المطالب به، ويطالب القاضي المدعى عليه بالإجابة حتى يبين السبب الذي أوجب الحق للمدعي[4]، إذ يقتضي سماع الدعوى والنظر.

فإذا تبين للقاضي أنها لا توجب حكما أمرهما بالانصراف ولم ينظر في الدعوى كالأمر التافه الحقير[5]، قال القرافي: إن الشرع لا يعتدّ من المقاصد إلا بما ارتبط بغرض صحيح يحقق مصلحة أو يدفع مفسدة، ولذلك لا تقبل الدعوى في الأمور التافهة التي لا يختلف فيها العقلاء عادة[6].

وبعد معرفة أن الدعوى صحيحة يأمر الحاكم المدعى عليه بالجواب عن الدعوى، فإن لم يقر أو ينكر يجبر على الإقرار أو الإنكار قال مالك: في من كانت بيده دار ادعى رجل أنها لأبيه أو جدّه،

---

(1) ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 6 / 308، 310

(2) مالك، المدونة الكبرى، 6 / 87، 90، 101 ـ ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 6 /257

(3) القرافي، الفروق، 4 / 150

(4) المواق، التاج والاكليل، 8/ 121 ـ ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 155

(5) ابن غازي، محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي(ت 919هـ)، الكليات الفقهية على مذهب الامام مالك، تحقيق: جلال علي الجهاني، ص60.

(6) القرافي، الفروق، الفرق: 204، 4 /07

فسئل من هي بيده فلم يقر أو ينكر أنه يجبر على أن يقر أو ينكر، فإن لم يرجع فيقر أو ينكر حكم للمدعي بلا يمين، وإذا أثبت المدعي أن الدار التي في يد المدعى عليه كلف المدعى عليه البينة كيف صارت إليه، فإن أتى ببينة شهدت له بالحوز لها بقيت بيده، ويسأل المدعي لتركه يحوزها كل هذه المدة من الزمان[1]، فإن بين وجهها الحق والسبب بأن قال بإسكان أو كراء، كلّف البينة فإن عجز ضرب له الأجل، فإن لم يأتي بشيء من الحجج والبينات عجّزه الحاكم وسجل حكمه للمدعي عليه بالحوز[2].

وإذا أنكر المدعى عليه، فعلى المدعي إقامة البينة. ويكون موقفه بعد ذلك إما بإقامة البينة، أو الإقرار بعدم وجود بينة لديه، أو الادعاء بأن البينة غائبة عنه، أو التأكيد على أن لديه بينة على بعض الحقوق وليس كلها..

الحالة الأولى: المدعي يقيم البينة في بعض الحقوق

ليس له إحلاف المدعي عليه إن التزم أنه له بينة ولم تكن له بينة فيما زعم، فإن لم يلتزم إحضار البينة ليس له إحلاف المطلوب حتى يقيم البينة، وأن يجمع دعاويه فيحلف المطلوب له على الجميع[3].

أن يقيم المدعي الشاهد على مال، فلما سئل عن مقداره وسببه[4]، ما درى ما سببه وما مقداره.

وعند مالك في المسألة قولان:

الأول: إلغاء تلك البينة والشهادة كأنها لم توجد ويحلف المطلوب وترفع الدعوى بالحلفان.

---

(1) اللخمي، التبصرة، 11/ 31، 53 ـ ابن المناصف، تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام، 529

(2) الأصبغ، ديوان الاحكام الكبرى، 46

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 6 / 126 ـ جعيط، الطريقة المرضية، 126

(4) الكافي، محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام شرح تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت لبنان، ط: 1، 1991، ص41

الثاني: يلزم القاضي المدعى عليه بالإقرار بالحق وإلزامه بالسجن، فإن أقر بقدر من المال المدعى عليه أداه للطالب ويبرى بعد حلف اليمين ما بقي في ذمته شيء للمدعي إذا نازعه المدعي فيما أقر به، وأما إذا لم ينازعه فلا يمين عليه[1].

الفرع الثاني: تكليف المدعي إقامة البينة الغائبة القريبة والبعيدة

في حاله إذا أنكر المدعى عليه الدعوى وسأل القاضي البينة فيما ادعاه المدعي، وهذه الحالة إما أن تكون قريبة أو بعيدة، الحاكم يجيب المطلوب إلى التأجيل إن طلب ذلك لإحضار بينته الغائبة.

وفيما يلي أحكام البينة الغائبة القريبة، والبينة الغائبة البعيدة

أولا: البينة القريبة

إذا كانت البينة قريبة، يلزم المدعي بإحضارها دون تأخير.

ولا يعذر المدعي في تأخير إحضار البينة القريبة إذا كان من الممكن إحضارها خلال فترة وجيزة، القاضي عادة يحدد للمدعي وقتا مناسبًا لإحضار هذه البينة، وإذا لم يفعل ذلك، قد يتم الحكم على أساس ما هو متوفر من أدلة أخرى.

ثانيا: البينة البعيدة

إذا كانت البينة بعيدة، يعطى المدعي مهلة مناسبة لإحضارها، وإذا أثبت أن بينته بعيدة، قد يمنحه القاضي وقتًا إضافيًا بحسب تقدير المسافة والظروف.

وقضاة المالكية يراعون في هذا الشأن ظروف المدعي، ويعطى الوقت الكافي لإحضار بينته، ومع ذلك يجب أن يثبت المدعي أنه قادر على إحضار هذه البينة في الوقت المحدد، وإلا فقد يحكم بناءً على الظروف المتاحة.[2]

---

[1] التسولي، البهجة، 1، 223، 224

[2] مالك، المدونة الكبرى، ج 5، ص 188. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل"، ج 6، ص 103-104 . ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات"، ج 8، ص 150.

تناولت مسألة البينة الغائبة في كتاب القضاء، حيث يوضح الإمام مالك كيفية تعامل القاضي مع طلبات المدعي المتعلقة بالبينة الغائبة.

أمّا قيام البينة أمام القاضي فهي على ثلاثة اقسام:

- أن تكون البينة مع كل من المدعي والمدعى عليه
- ألا بينة لواحد من الخصوم
- أن يختص واحد منهما بالبينة.

فإن أقام كل واحد منهما بينته نظر إلى أعدلهما من غير اعتبار وضع البدار والحوز، فإن تكافئتا وكانت يد واحد منهما في المدعى فيه حكم له مع يمينه.

فإن كان الشيء المدعى فيه بين أيديهما أو لا أحد له يد عليه حلفا واقتسما.

وإن كان بيد ثالث آخر قولان: أحدهما انتزاعه منه مع حلف اليمين

والآخر بقاؤه تحت يده لتعارض البينات وتسقط الدعوى.

وإن كان في يد أحدهما حكم له به مع اليمين، وإن كانت البينة عند واحد سوى الآخر فالحكم له، وصاحب اليد لا يكلف البينة ابتداء [1].

ويمكن القول أن فقهاء المالكية تعرضوا لمسألة جواز استئناف الأحكام في الاصطلاح الفقهي، حيث عبر عنه بمصطلح الدفع في الدعوى لأن الدفع ليس إلا مجرد النّظر في الدعوى مرة أخرى.

ويظهر هذا في اختلاف فقهاء المالكية فيما لو أتى المحكوم عليه ببينة لم يعلم بها، وطلب فسخ الحكم وهذا على ثلاثة وجوه:

الأول: تسمع البينة إذا شهدت بما يوجب الفسخ أي فسخ الحكم، وهو قول ابن القاسم

الثاني: أنها لا تسمع وتعتبر لاغية، وهو لسحنون.

[1] ابن المناصف، تتنبيه الحكام على مآخذ الاحكام، 588 ـ القرافي، الفروق، 4 / 62

الثالث: إن قام بها عند ذلك القاضي أو الحاكم نقضه، وإن قام عند غيره لم ينقضه، وهو لابن المـــــوّاز[1].

وأما الحالة التي منعها الفقهاء في قيام المحكوم عليه بطلب فسخ الحكم عند القاضي العالم العادل فيقصد به العالم المجتهد، لأن المراد بالعالم هو المجتهد والمقابل له المقلد[2].

المطلب التاسع: الدفوع في الدعوى

الدفوع في القضاء الشرعي هي الحجج أو الأسباب التي يقدمها المدعى عليه للدفاع عن نفسه ضد الدعوى المقدمة ضده، ويمكن تقسيمها إلى دفوع موضوعية ودفوع إجرائية.

الدفوع الموضوعية: هي الدفوع التي تتعلق بأصل الحق المتنازع عليه، مثل إنكار الحق أو دفعه، وهي تدور حول نفي أو إنكار ما يدعيه المدعي من حق، مثال على ذلك دفع عدم الملكية أو عدم الدين[3].

الدفوع الإجرائية: هي الدفوع التي لا تتعلق بالحق المتنازع عليه مباشرة، وإنما تتعلق بالإجراءات القضائية، مثل الدفع ببطلان الإجراءات أو عدم اختصاص المحكمة.

أولا: تعتبر الدفوع الموضوعية جزءًا من وسائل الدفاع الشرعي عن الحقوق التي يتنازع عليها الأطراف في الخصومات، الدفوع الموضوعية في الفقه الإسلامي عامةً، وفي المذهب المالكي خصوصًا، تتعلق بإنكار أو نفي ما يدعيه المدعي، ويشمل ذلك إنكار الملكية، أو نفي الدين، أو أي حق يدعيه الطرف الآخر، ومن أمثلة ذلك، إذا ادعى شخص أنه يملك عقارًا، فيمكن للمدعى عليه أن يدفع بعدم الملكية أو بعدم صحة البيع[4].

---

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 90

(2) الزرقاني، شرح الزرقاني على المختصر الخليلي، 7 / 263

(3) مالك، "المدونة الكبرى"، 5 / 151

(4) الونشريسي، المعيار المعرب، 7 / 122

أمثلة على الدفوع الموضوعية:

دفع عدم الملكية: إذا ادعى المدعي ملكية أرض أو عقار، يستطيع المدعى عليه أن يدفع بإنكار الملكية، أي أنه لا يقر بأن المدعي هو المالك الشرعي.

دفع عدم الدين: إذا ادعى المدعي أن للمدعى عليه دينًا، يمكن للمدعى عليه أن يدفع بإنكار هذا الدين، ويطالب المدعي بإثبات دعواه.

الدفوع الموضوعية في الفقه المالكي تعد وسيلة قانونية مهمة للدفاع عن النفس، حيث إنها تركز على جوهر الدعوى وتستهدف نفي الحق المدعى به.

الدفوع الإجرائية في الفقه المالكي ترتكز بشكل أساسي على الاعتراضات المتعلقة بالإجراءات القضائية والمتطلبات الشكلية التي تسبق النظر في جوهر الدعوى، وتهدف هذه الدفوع إلى تعطيل أو إسقاط الدعوى بسبب عدم الالتزام بالقواعد الإجرائية أو الشكلية، دون أن تكون متعلقة بإنكار أو نفي الحق محل النزاع.[1]

أمثلة على الدفوع الإجرائية:

بطلان الإجراءات الشكلية: يحدث هذا البطلان عندما ترفع الدعوى بشكل مخالف للقواعد الشكلية، مثل عدم تقديم الدعوى بشكل صحيح أو عدم توقيع الوثائق المطلوبة، أو أن تكون الدعوى غير واضحة ومبهمة ولو كانت غير مكتوبة.[2]

الدفع بعدم الاختصاص المكاني: يمكن للمدعى عليه الاعتراض على اختصاص قاض المحلة إذا قدمت الدعوى في مكان لا يملك قاضيها الصلاحية في المحلة للنظر في القضية[3].

---

[1] مالك، المدونة، 3 / 55 ـ الدردير، الشرح الكبير، 4 / 118 ـ الونشريسي، نفس المصدر، 9 / 233

[2] مالك، المدونة، 4 / 93

[3] المواق، التاج والاكليل، 8 / 98، الزرقاني، شرح الزرقاني، 7 / 235 ـ ابن غازي، لمحمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي [ت 919] هـ، شفاء الغليل في حَلّ مُقفَل خليل، تحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة – جمهورية مصر العربية، الطبعة: الأولى، 1429 هـ – 2008 م، 2 / 991

الدفع بالتقادم:

يتعلق هذا الدفع بإنتهاء مدة معينة يحددها القاضي بعد مرورها لا يمكن للمدعي رفع دعوى جديدة، ويعني ذلك أن الدعوى لا تقبل لأن الحق قد تقادم.[1]

المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي في مسطرة القضاء عند المالكية

إن من تمام القضاء وكماله بعد سير مسطرته والتسلسل في إجراءات الدعوى، ابتداء من رفعها مرورا بالنظر فيها وفق إجراءات نظر الدعوى من سؤال الخصوم وسماع الحجج والبينات، وضرب الأجال والأعذار، والإقرار والنكول والدفوع وجميع ما يطرأ على الدعـــاوى أثناء سيرها من أحوال مختلفة، فجميع هذه المسائل المتعلقة بالقضاء بدون حكم فيها وتنفيذ لا قيمة لها، إذ لا معنى للقضاء إلا بوجود الحكم، وهنا يظهر الفرق بين الفتوى والقضاء من حيث نفوذ الثاني على الأول، وقد جاء في رسالة القضاء لسيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه الموجهة إلى أبي موسى الأشعري إذ تعدّ من أبرز واهم المصادر الأولى في أصول القضاء صدر الاسلام حيث قال فيها: { فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ فيه}[2]، وقال تعالى في بيان وجوب التسليم المطلق لحكم النبي صلى الله عليه وسلم في قضائه: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**﴾ النساء [65].

وكي تتحقق العدالة يحتاج الحكم إلى تنفيذ لأن إصدار الحكم بحد ذاته لا يكفي لإرجاع الحقوق لأصحابها أو إنهاء النزاعات؛ بل يجب تنفيذ الحكم بشكل عملي على أرض الواقع، وتنفيذ الحكم هو خطوة حاسمة بعد صدور الحكم، لضمان تطبيقه الفعلي وحماية حقوق الأطراف المتنازعة. والتنفيذ يمكن أن يكون طوعياً أو جبرياً، ويستند إلى حجة شرعية تضمن العدالة وتحقق المقاصد الشرعية.

---

[1] ابن رشد، البيان والتحصيل، 8 / 99

[2] سنن الدارقطني، كتاب عمر ابن الخطاب الى أبي موسى الأشعري،رقم: 20614 ج5 / 369

كما أنّ الفصل في الخصومات يحافظ على المجتمع واستقراره ويحفظ له الحقوق والحرمات بإقامة العدل، فلولا إصدار الأحكام وتنفيذها لما قطعت المنازعات بل تزداد وتحتدم وتؤجج العامة وتغير صدورها فتتجرأ على الأحكام فيفشوا الفساد ويكثر اللّجج والهرج، وحسم هذا منوط بتحقيق العدل من خلال تنفيذ الأحكام وإقامة الحدود الشرعية بوجود سلطة حاكم عادل يحفظ الله به الدين ويقيم به نظام الحياة، ونقل عن الإمام علي كرم الله وجهه في رسالته إلى الأشتر النخعي: { وأعطه من المنزلة لديك مالا يطمع فيه غيره من خاصتك}، وهذه المنزلة التي للقاضي منوطة بمدى تنفيذ الأحكام وإقامتها على النحو الشرعي فإن الله يزع بالسلطان مالا يزع بالقرآن.

فالحكم القضائي هو القرار الذي يصدره القاضي بناءً على الأدلة والبينات الشرعية لحسم نزاع أو تحقيق حق. ويتميز المذهب المالكي بعدة خصائص في ما يتعلق بإصدار الأحكام القضائية، مستمدًا من قواعد الشريعة الإسلامية والأصول الفقهية.

وستبين معنى الحكم أكثر من خلال تعريف علماء المالكية له مع شرح كل تعريف وذكر القيود.

المطلب الأول: مفهوم الحكم القضائي

الفرع الاول: مفهوم الحكم لغة واصطلاحا

لغة: الحكم بمعنى المنع، وسمي القضاء حكما لأنه يمنع الظلم والتعدي[1]، قال تعالى: ﴿**وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ** ﴾النساء [58].

اصطلاحا: عرفه ابن عرفة: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين[2].

والحكم المراد به هو الحكم الشرعي، خرج به غير الحكم الشرعي كالحسي والعقلي[3]، والحكم الشرعي هنا هو من جهة الإلزام لا من جهة التنفيذ لتعذر ذلك عليه، كالحكم على الجبابرة والملوك، فإلزام الحكم موجود، أما القدرة على التنفيذ لا وجود لها في حق العاجز.

---

(1) ابن فارس، معجم مقايس اللغة،2 / 91

(2) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 85

(3) ميارة، الاتقان شرح العاصمية، 1 / 9

وهذا الذي يتخرج عليه معنى نفوذ الحكم، ويبقى نفوذه من طريق الإلزام لا من طريق التنفيذ.

قال القرافي: الحكم إنشاء إلزام.[1]

فقضاء القاضي إلزام الحق أهله، وقد يكون الحكم أيضا بغير صفة الإلزام، كالحكم أن الواقعة يتعين فيها الإباحة وعدم الحجر[2].

ويخرج أيضا عقد قضاء المرأة وإن كانت من أهل الاجتهاد، فالاجتهاد حاصل على قبول فتواها في الحلال والحرام والنوازل والأحكام، وإنما الخلف في وقوع القضاء منها، لأن القضاء هو أحد مراتب الكمال ونوع من أنواع الإمامة الكبرى، والمرأة ناقصة فلا يتعقد منها قضاء قياسا على ذلك، وقد تقدم ذكر ذلك في الفصل التمهيدي في منع تولي المرأة منصب القضاء[3].

المطلب الثاني: خطاب القضاة لبعضهم البعض

إن نفاذ حكم الحاكم والقاضي يستفاد من الولاية أو البلد المعين فيه القاضي، ويكون معزولا عما عداه من الأقاليم، فلا ينعقد فيه حكمه ولا خلاف بين الأئمة في ذلك.

وإذا شافه قاض آخر في الحكم فلا يثبت الحكم إذا كانا في محلين مختلفين، فلا ينفع سماعه أو إسماعه إلا إذا كانا قاضيين لمحلة واحدة، فيعتمد الحكم لأنه صار أقوى من الشهادة على كتاب القاضي.

ومثاله: أنه ليس للقاضي أن يزوج امرأة خارجة عن ولايته حتى تدخل في ولايته.

ولا بأس أن يكتب القاضي إلى قاض آخر في عمل آخر إذا اقتضت الحاجة لذلك، مثال: إذا كان في ولايته يتيم لحقته الحاجة وله مال في عمل آخر، فيكتب إلى وال ذلك العمل يبين فيه حال الطفل اليتيم وحاجته ويقضي منه بيع ماله وينفذه اليه[4].

---

(1) القرافي، الفروق، 1 / 510

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 /11

(3) الونشريسي، عدة البروق، 481

(4) القرافي، الذخيرة، 10 / 118

إذا مات القاضي أو عزل بعد الحكم

إذا حكم الإمام الميّت أو القاضي فأحكامهم ماضية بعد موتهم في كل ذلك، نافذة من تسجيل وحدود وقصاص وغيره، فالحكم منه ماض مستمر لا يكون لمن جاء بعدهم نقضه ولا تغييره، ونقل عن مطرف وابن الماجشون، في الرجل يغلب على بعض الكور ويولي قاضيا ثم يظهر عليه، فأقضيته ماضية ونافذة إذا لم يكن فيها جور وخطأ[1]، وسواء أكان القاضي الأول مات أو عزل قبل تنفيذ الحكم أو بعد إصداره، كمن قضى لرجل فمات القاضي أوعزل ولم يستوفي المقضي له الحق، فيمضي القضاء الأول الذي قضى به القاضي الأول وليس للقاضي الثاني اللاحق النظر فيه أو أن يستأنف مع الخصوم الدعوى من جديد وأول[2].

ويجب التفريق بين خطاب القاضي قبل عزله لقاض آخر على صفة الشهادة أو الإخبار.

فإن كان إخباره على صفة الشهادة فلا يجوز، وصورته كأن يحتج أحد الخصوم أن قاض بلد كذا قضى له بنحو كذا، فيسأله البينة ويأتيه بكتاب من عند القاضي الأول أنه حكم له بحق كذا أو ثبت عنده لفلان كذا، فهو بمثابة الشهادة من القاضي، وهذا لا يجوز.

والصورة الصحيحة أن يطلب ابتداء من القاضي أن يخاطب له القاضي الآخر بما ثبت له من حق أو ما حكم به له في الدعوى، فخاطبه بذلك فهذا صحيح لأنه على هذا الوجه هو مخبر لا شاهد، لأن شهادة القاضي المعزول لا تجوز فيما ذكر أنه حكم فيه وحده ولا مع غيره[3].

ويذكر في الكتاب اسم المحكوم عليه واسم أبيه وجده وحليته وإقامته وصناعته أو تجارته والشاهد على حكمه، وتكون عدالة الشهود ظاهرة للقاضي الآخر المكتوب إليه، والكتاب الخال من الشهادة على القاضي لا أثر له، قال ابن القاسم وابن الماجشون: ولا بد من شهود بأن هذا الكتاب من عند القاضي الفلاني، وزاد بعضهم أنهم يشهدون بما فيه[4].

---

(1) ابن المناصف، تنبيه الحكام، 500، 501

(2) ابن زمنين، منتخب الأحكام، 2 / 226

(3) ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 11 / 257

(4) ابن شاس عقد الجواهر الثمينة، 3 / 1026

المطلب الثالث: الفرق بين الحكم والفتوى والتصرفات التي تقع من الحكام والقضاة وليست حكما

الفرع الأول: الفرق بين الفتوى والحكم

إنّ كلا من الحكم والفتوى إن كان خبرا من الله تعالى يجب اعتقاده والتسليم به، ويلزم ذلك المكلف كله، هذا من جهة الجملة.

إلا أنّ بينهما فرقا نوضحه على النحو التالي:

فالفتوى هي إخبار عن الحكم الشرعي ولا إلزام فيها، فهي محض بيان للحكم الشرعي وإظهار من جهة المفتي للمستفتي وليس على سبيل الالزام.

وللمستفتي أن يأخذ بقول عالم آخر في المسألة التي سؤل عنها وطلب الحكم الشرعي فيها ويعدل عن القول الآخر.

أما الحكم فهو إخبار وإظهار للحكم الشرعي على سبيل الإنشاء والإلزام، فهو بيان للحكم الشرعي مع التنفيذ.

فالمفتي كالمترجم لأحكام الله ناقلا عنه، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينفذ ويمضي الأحكام بين الخصوم بحسب ما يظهر له من الدليل الراجح والسبب الواقع في تلك القضية الواقعة[1]، فحكم الحاكم زيادة على إظهار الحكم الشرعي كالمفتي، فهو ينفذ الأحكام ويمضي ما اجتهد فيه على وفق القواعد والإجراءات بين الخصوم.

قال ابن عاصم الغرناطي:

منفذ بالشرع للأحكام لـــــه نيابة عن الامـــــام[2]

---

[1] القرافي، الفروق، 4 / 89 ـ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام، 97

[2] ابن عاصم الغرناطي، تحفة الحكام، 06

قال تعالى: " "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً" النساء 65.

فوجب بذلك الإذعان والتسليم والطاعة لأنه يلزمه سواء رضي أم لا، والرضا المقصود الظاهري وليس الباطني[1].

واختلف فيما إذا كان عمل القاضي تقريرا للحادثة كمن رفعت إليه امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فأقره وأجازه ثم عزل وجاء غيره قولان

الأول: أنه ليس بحكم ولغيره فسخه.

الثاني: أنه حكم ويلزم نفاذه، وهو قول ابن القاسم[2].

الفرع الثاني: في التصرفات التي تقع من الحكام والقضاة وليست حكما

قد ينشأ عن بعض الحكام تصرفات فيها لبس لدى الكثير من الفقهاء هل هي من قبيل الحكم أم لا؟ لأن الحكم القضائي لا يجوز الإعراض عنه أو نقضه أو مخالفته، خلافا لتصرفات الحاكم التي ليست بحكم إذ يمكن لغيرهم تغييرها أو المخالفة فيها؟

وقد ذكر القرافي عددا من التصرفات التي ليست بأحكام نجمل منها على سبيل الحصر بعض المسائل التي لها علاقة بأحكام القضاة، لأن تصرفات الحكام والأئمة أنواع كثيرة ليس من قبيل الحكم.
النوع الأول:

- جميع العقود، إلا أن يتوقف الحكم على إبطال تصرفات متقدمة على الواقعة كتزويج اليتيمة بعد أن تزوجت من غير الزوج التي هي عنده والقاضي يعلم ذلك، فالعقود الأخيرة تقتضي فسخ ما سبقها.
- إثبات الصفات نحو ثبوت العدالة والجرح والأهلية والمطالبات، وإثبات الحجاج الموجبة لثبوت الأسباب الموجبة للاستحقاق كالإقرارات والبيانات إذا اطلّع القاضي على خلل تعقبه.

---

[1] جعيط، الطريقة المرضية، 116

[2] القرافي، الذخيرة، 10 / 120

- إثبات أسباب الأحكام الشرعية نحو النوازل ورؤية الهلال في رمضان، ومختلف الفتاوى في الأحكام في العبادات وغيرها كالطهارة في المياه ووجوب الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- تنفيذ الأحكام الصادرة عن الحكام فيما تقدم فيه الحكم من غير المنفذ
- تعاطي الأسباب ووصول الحقوق إلى مستحقيها كأخذ الكفلاء والسجن وأخذ الرهون وتقدير مدة السجن
- التصرف في أنواع الحجاج كعدم سماع البينة كمن حلف قبلها، وكاعتبار الخلطة في الدعوى عند مالك.[1]

المطلب الرابع: أنواع الحكم القضائي

بيّنا فيما تقدم الفرق بين الحكم والفتوى، وأن الحكم يكون فيما يتناول الخصام والتداعي بالإلزام، وإلا كان فتوى وإخبار عن حكم شرعي لا غير.

ويحصل الحكم إما بالقول أو الفعل أو التقرير

الفرع الأول: الحكم اللفظي أو القولي

يعد الحكم اللفظي أو القولي من العناصر الأساسية التي تحدد كيفية إصدار الأحكام.

فقد يكون الحكم الذي يصدره الحاكم مدلولا عليه بالقول، كقوله حكمت بفسخ هذا العقد، أو هذا النكاح، أو حكمت بصحته أو فساده، سواء كان ذلك الحكم وجاهيا أمام الخصوم وهو الأصل، أو غيابيا.

فيدل القول على الحكم في قول الحاكم أو القاضي أشهدكم أني قضيت وحكمت بكذا، وكذلك لو كتب الحكم بيده فالكتابة تدل على الحكم، كما في كتاب القضاة إلى بعضهم بعضا بعد الإشهاد على أحكامهم، فجميع هذه الأحكام سواء تعلقت بالقول أو الفعل أو التقرير هي أمر نفساني دال على حكم الحاكم، فتارة يخبر عن الحكم بالقول وتارة بالفعل وأخرى بالإقرار وتارة

[1] القرافي، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 180، 186

بالإشارة، فدل أن الحكم غير القول والكتابة والفعل، وإنما هي دالة على الحكم من حيث إنه معنى قائم في النفس كالكلام والإخبار فهو في العقل بعد الفكر فيه قبل أن يعبر عنه بالألفاظ والإشارة والكتابة.[1]

ويلحق بالحكم القولي نوع آخر يكون ضمنيا أو قصدي أي يكون مدلولا عليه بالقول قصدا وتضمنا، مثاله كفسخ عقدين معا أو نكاحين، فمجموع الحكمين مدلول عليه قولا، وكل واحد منهما مقصود بتضمن الحكم لكل واحد منهما.

وقد يكون الحكم القولي مدلول عليه باللفظ التزاما، كالحكم بصحة بيع العبد الذي أعتقه من أحاط الدّين بجميع ماله، فيدل بالالتزام على الحكم بإبطال العتق لأنه لو صح البيع بطل العتق، فيكون الحكم القولي بذلك دلّ على صحة البيع ودالا بالتضمن والقصد على الالتزام بإبطال العتق[2].

الفرع الثاني: الحكم الفعلي

وأما إمضاء الحكم بطريق الفعل إنما يستفاد بالالتزام كإبطال العقود وفسخ النكاح، كمن تزوجت زواجا يقتضي الفسخ ولم يقع دخول، فالقاضي يفسخه وهو حكم يستلزم فعل فسخ العقد، أو الحكم بوقف مسجد، أو عتق عبد فهو حكم فعلي بإلزام لكل مكلف يمنع بيعهما، وفسخ النكاح كمن رفع لقاض رضاع كبير فحكم بأن رضاع الكبير يحرم ويفسخ النكاح لأجل ذلك، وأيضا بيع الحاكم ملك من استغرق الدّين جميع ماله فإنه حكم يستلزم فعل نقل الملك عنه[3].

الفرع الثالث: الحكم التقريري

تقرير الحاكم على الواقعة وقع الخلاف في كونه حكما أو لا؟ ففي العقود والتصرفات المالية يمكن للقاضي أن يصدر حكمًا تقريرياً لتصحيح عقد، أو تقرير وضع مالي إذا كان الواقع متفقا عليه

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 134

[2] مالك، المدونة، 3 / 135 ـ عليش، محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت 1399هـ)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، دار المعرفة، بدون ط، 1 / 220 ـ ابن جزي، القوانين الفقهية، 2 / 190

[3] القرافي، الذخيرة، 10 / 121

بين الأطراف، كمن زوجت نفسها فوقع ذلك إلى قاض حنفي يجيز النكاح بغير إذن وليها، فقضى به وأنفذه ثم أتى قاض مالكي أو شافعي ممّن لا يجيز النكاح بغير ولي، قال ابن القاسم: ليس لغيره فسخه، ولو فسخه لأخطأ في الحكم، لأن إقراره عليه كالحكم به[1]، وهذا الخلاف هو سبب ضعف الدلالة لتقرير الحاكم لأن المسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف فيها وفي غيرها من مثيلاتها كفسخ أو بيع أو إجارة هو اجتهادي بمعنى لا يوجد منع من الاجتهاد في الحكم، فالقضية التي حكم فيها بالفسخ فإنها تحتاج إلى إنشاء نـــظر من قاض آخر بعد إن رفعت إلى قاض قبله ولم ينظر فيها حتى مات أو عـــزل[2]، وهذا معنى الحكم التقريري.

ويتلخص أن جميع الأحكام سواء أكانت قولا، أو فعلا، أو تقريرا، إنما هي أمور دالة على الحكم كسائر ما يقوم بالنفس من الأحكام والأخبار وغيرها[3].

المطلب الخامس: تسبيب الحكم

لما كان حكم الحاكم المنفذ للشرع بالأحكام فإنه لا يتصور فيه الأحكام التكليفية الخمسة، وإنما المقصود منه هو سد باب الخصومات والنزاعات ورد المظالم، وأنّ الحكم الواجب هو ما يتصور أن يكون سببا لذلك، كالحكم بوجوب النفقة للمطلقة البائن عند من قال بذلك، والتحريم كالقضاء بفسخ النكاح وإرجاع المرأة إلى ما كانت عليه من التحريم، وكحكم الإباحة نحو القضاء برد الأرض بعد إحياء مواتا لزوال سبب الإحياء والندب والكراهة، فإنما يقع على سبيل الفتوى من الحاكم لا على سبيل الحكم.

فهذه الأحكام لا يتطرقها حكم الحاكم إذ لا إلزام فيها؛ وإنما شرع الحكم كما تقدم لدرء الخصومات ودفعها[4]، ولا يندفع الخصام إلا بالتنفيذ والإلزام بدءا من ثبوت الحكم في المرتبة الأولى ومرورا بإصداره، وختاما بتنفيذه[5].

---

(1) مالك، المدونة، 2 / 121

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 6 / 139

(3) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 141 ـ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 103، 134

(4) القرافي، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 69

(5) تبصرة الحكام، 2 / 132

وجميع هذه الأحكام لا تندفع إلا بطريق الإلزام، وضابط ما يحتاج له الحكم مع وجود سببه الشرعي ما وجد فيه أحد الأسباب التالية:

السبب الأول:

أن يكون ذلك الأمر مما يحتاج إليه نظر وتحرير وبذل جهد في تحقيق سببه ومقداره، كالطلاق بالإعسار، والطلاق بالضرر، والطلاق على المولى، والتطليق على الغائب، إذ يحتاج الحكم بالطلاق على هذه الحالة إلى تحقيق ونظر حالة الإعسار وتقديرها، وكذلك باقي الصور الأخرى حسب حالتها وما أشبه من المسائل إذ لا بد فيها من حكم الحاكم.

وأيضا في تقدير تحرير التعزيرات حسب نوع الجناية وحال الجاني والمجني عليه حتى لا يقع في الحكم الحيف والظلم[1].

السبب الثاني:

ما يفوض حكمه إلى الحكام والولاة، لافتقار ترتيب الحكم على سببه إلى حكم الحاكم [2]، فلو فوض ذلك إلى جميع الناس لأدى إلى حصول الفتن والشحناء والفساد.

ومثاله تطبيق الحدود الشرعية فهو منوط بالحكام والولاة، لا الناس والجماعات.

السبب الثالث:

أن يكون ممّا قوي فيه الخلاف مع تعارض حقوق الله تعالى وحقوق الخلق، إذ لا بد فيه من حكم الحاكم.

ومثاله: كبيع من أعتقه المدين إذ لا بد فيه من حكم الحاكم، لاجتماع حق الله تعالى وحق العباد، فحق الغرماء في مالية العبد، وحق الله تعالى في العتق، وحق سيده في براءة ذمته من الدين، مع ملاحظة قوة الخلاف الحاصل في ذلك[3].

---

[1] الحطاب، مواهب الجليل، 3 / 489

[2] المواق، التاج والاكليل، 8 / 91

[3] القرافي، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام، 151، 160 ـ الحطاب، مواهب الجليل، 66 / 330

وبناء على هذا انقسمت الأحكام إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مالا يفتقر للحكم لعدم اشتماله على هذه الأسباب، نحو العبادات كلها وتحريم المحرمات جميعها المتفق عليها، ويلحق بها المختلف فيها.

والثاني: ما يفتقر للحكم لاشتماله على أحد هذه الأسباب، ومثاله التطليق على الغائبين، وفسخ الأنكحة الفاسدة.

والثالث منها: ما اختلف فيه لتردده بين كونه يشتمل على أحد الأسباب أو عدم ملابسته لها.

ومثاله: فسخ النكاح بعد التحالف على قدر المهر، وكذا فسخ البيع بعد تحالف المتبايعين[1]، فالخلاف هل يفتقر للحكم أو لا يفتقر إلى حكم الحاكم.

وقد جرى الخلاف في توقف الفسخ فيهما على حكم الحاكم وعدم توقفه عليه[2].

خلاصة تسبيب الحكم:

من أجل تحقيق محاكمة عادلة نصت أغلب التشريعات الوضعية على وجوب تسبيب الأحكام لضمان حق المتقاضين وحمل القضاة على وجوب تسبيب الحكم والأحكام وتمحيص القضايا، لأنه حق للمتقاضي ضمن مبادئ المحاكمة العادلة حتى تجيئ الأحكام وفق القوانين لتحقيق العدالة ومنح الخصوم فرصة الطعن فيها للوصول إلى صواب الحكم النهائي، أو بيان خطأه قصد تصحيحه، ولم يلزم الفقهاء في الشريعة الإسلامية تسبيب الأحكام أي بذكر النص الشرعي الذي بني عليه الحكم القضائي، وإنما هو متروك للحاكم أو القاضي حسب اجتهاده وما تمليه المصلحة وتقتضيه الضرورة.

وقد بينا كيف فصل فقهاء المالكية ببيان أنواع الأحكام وربطها بأسبابها، وكانت الخلاصة أن الأسباب المؤدية للحكم ثلاثة واندرج تحتها أيضا ثلاثة أقسام.

---

[1] المواق، التاج والاكليل، 6 / 479

[2] القرافي، تمييز الفتاوى عن الاحكام، 160

منها ماكان الحكم فيه مفتقرا للأسباب واشتماله على بعضها، ومنه ما كان لا يفتقر للحكم لعدم اشماله على الأسباب، ومنها ما اختلف فيه لتردده بين كونه يشتمل على سبب أو عدم اشتماله عليها.

والأصل في هذا أنه لما كان القضاء بيانا للحكم الشرعي مع تنفيذه فإنه يعسر على كثير من العامة تدارك وفهم المعنى، وإنما يكتفى بالفصل فيه بعد سماع الخصوم في الدعوى واستيفاء الحجج والبينات والبث في الحكم، إلا أنه لا يخلو من ذكر وبيان أسباب الحكم من خلال المحاضر والوثائق والسجلات القضائية المدونة للأحكام لدى الكثير من الفقهاء والقضاة.

المطلب السادس: الطعن في أحكام القضاة

يحرص الفقه الإسلامي من خلال أداة القضاء إلى الوصول للحق، فأينما وجده قضى وحكم به.

كما أن جواز الطعن في أحكام القضاة وتعقبها هو صحيح الفقه، وأما ما نصه الفقهاء على عدم جواز تعقب أحكام الحاكم هو مخصوص بالحاكم العادل، قال صاحب المختصر الخليلي: (ولا يتعقب حكم العدل العالم)[1]، فالحاكم العدل إذا حكم في شيء ثم عزل أو مات، وولي بعده غيره فإنه لا يتعقب فيما حكم به، لأن تعقبها يؤدي إلى كثر النزاع واحتدام الخصام وكثرة التشغيب، كما نصت القاعدة العامة، لا يجوز نقض حكم القاضي إذا كان قد حكم بناءً على الاجتهاد وفق الشريعة، ولو كان اجتهاده مرجوحا، وذلك حفاظا على هيبة القضاء واستقرار الأحكام، ومن أبرز ما يشير إليه المالكية في هذا السياق هو أن "حكم الحاكم يرفع الخلاف"[2]، وليس المراد بالتعقب أنه إذا وجد حكم غير صحيح أو فاسد وتبين أن القاضي حكم بما هو مخالف لقاطع الكتاب والسنة والإجماع أو القياس الجلي المعتبر، فإن للغير أن ينقضه وجوبا مع بيان السبب الذي نقض الحكم لأجله[3]، لأنه خالف الحق والمقطوع به، فإذا لم يفسخ القاضي نفسه الحكم حتى جاء قاض آخر

(1) خليل، مختصر خليل، 220

(2) المصدر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 376

(3) الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، 7 / 163

بعده فإنه يجب على من أتى من بعده أن يفسخ هذا الحكم لأنه مما يقطع ببطلانه ولا يجوز الحكم به[1].

وأما مسألة الطعن في الأحكام وطلب نقض الأحكام في القضاء الإسلامي ليس مخصوصا على أطراف الدعوى، بل هو حق لكل من علم به، ولو لم تكن له صلة بالحكم والقضية استنادا إلى سلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الشريعة الاسلامية المخولة لكل فرد مسلم القيام به، وهي سلطة رقابية يتحقق بها الإصلاح وتحقيق المصلحة وإحقاق الحق ونشر العدل.

ونخلص أن مراد الفقهاء القدامى في معنى النقض هو إبطال الحكم، ويتضح من خلال ما بيناه في أمرين اثنين:

أولا: أنه لا يجوز باتفاق تعقب أحكام القضاة المتصفين بالعدل والعلم، فليس لأحد من القضاة تعقب أحكامهم على وجه الكشف والتنقيب، وإنما ينقض منها ما خالف القرآن والسنة والاجماع[2].

ثانيا: اختلف الفقهاء في نقض حكم من كان قبله إن كان الخطأ في مسألة هي محل خلاف، أو إذا كان القاضي قد أصدر حكمه بناء على شهادة زور، أو الطعن بسبب ظهور بينة جديدة في الحكم إذا ظهرت أدلة جديدة بعد صدور الحكم كانت مخفية على القاضي، وتغير هذه الأدلة وجه الحكم، وذكر خليل في مختصره فروعا ينقض فيها حكم العدل العالم في مثل هذه المسائل المختلف فيها[3]، فالقاضي الجاهل العدل تتصفح وتتعقب أحكامه فما كان منها صوابا في خلاف أنفذ، وما كان خطأ لا خلاف فيه ردّه.

---

(1) اللخمي التبصرة، 11 ص 5335

(2) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر بدون طبعة، 4 / 149، 151

(3) ونقض وبين السبب مطلقا ما خالف قاطعا أو جلى قياس: كشفعة جار وحكم على عدو أو بشهادة كافر أو ميراث ذي رحم أو مولى أسفل أو بعلم سبق مجلسه أو جعل بتة واحدة أو أنه قصد كذا فأخطأ ببينة، خليل، مختصر خليل، 220

واختلف في أحكام القضاة الذين لا ترضى أحوالهم ولم يحكموا بالجور كأحكام أهل البدع والأهواء، قال ابن القاسم: لا يمضى منها شيء إلا ما علم صحة باطنه بالبينة العادلة، وقال أصبغ: هي كأحكام العدل الجاهل تتصفح فيمضي ما كان صحيحا ويرد الخطأ منها[1].

ونخلص أن الطعن في أحكام القضاة والحكام غير جائز كقاعدة عامة، إلا استثناءً في بعض الحالات كالحكم بخلاف نص صريح أو ظهور خطأ واضح أو ظهور بينة جديدة تؤثر في الحكم.

المطلب السابع: حكم القاضي بالجور أو الخطأ والإقرار بذلك منه

إذا حكم القاضي بالجور أو الخطأ وأقر بذلك، فإن لهذا الإقرار آثارًا مختلفة تعتمد على نوع الخطأ أو الجور الذي ارتكبه، وكذلك على حالة الحكم نفسه.

الفرع الأول: إذا أقر القاضي بخطأ في الاجتهاد أو حكم بخلاف النص أو الإجماع

إذا حكم القاضي بناء على اجتهاد معتبر في الفقه الإسلامي ثم تبين له بعد ذلك أنه أخطأ في اجتهاده، فالأصل أن حكمه ينفذ ولا ينقض، لأن الحكم صدر بناءً على اجتهاد شرعي.

ومع ذلك إذا أقر القاضي بخطئه وجب تصحيح الحكم، وهذا يعتمد على نوع القضية وظروفها[2].

وإذا تبين ان القاضي حكم بخلاف النص أو الإجماع في النازلة أو الدعوى، ثم تبين أنها مسألة نص عليها القرآن أو السنة أو الإجماع، نقض حكم الحاكم هو وغيره من القضاة في تلك النازلة، ويفسخ الحكم لأنه خالف الحق والمقطوع به، فإن لم يفسخ القاضي نفسه الحكم حتى جاء قاض آخر بعده، فإنه يجب على من أتمن بعده أن يفسخ هذا الحكم لأنه مما يقطع ببطلانه، ولا يجوز الحكم به [3].

---

[1] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 134

[2] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 376-378

[3] اللخمي، التبصرة، 11/ 5335

الفرع الثاني: حكم القاضي إذا أقر بالجور

إذا أقر القاضي بأنه تعمد الجور أو الظلم في حكمه، فإن حكمه ينقض مباشرة، لأنه لا يمكن قبول حكم مبني على الجور أو الظلم في الشريعة الإسلامية، ويعتبر هذا من باب الفساد في القضاء.

قال مالك: إذا حكم القاضي وتعمد الجور والظلم كالحكم بالرجم والقطع أو الضرب، فإنه يقاد منه وإن لم يباشر ذلك الحكم بنفسه.

وفرق بين إذا كان الجور أو الخطأ منه متضمنا لحكم في قضية مال فإنه يغرم الحاكم للمحكوم عليه، كإقرار الشاهد بعد الحكم بالزور إن كان حكمه خطأ، ويعاقب إن حكم بالجور فيما أقر به ويعزل ولا يولى القضاء ولا تقبل له شهادة أبدا، وإن أحدث توبة بعد ذلك كشاهد الزور[1].

قال ابن الماجشون: إن أقر بجور فله أن يرجع مالم يفت القصاص، ولا أخذ المال، وما أقر من تعمد الجور فيه أو قامت بينة بذلك وفيه القصاص فيقتص منه.

واختلف فيما إذا قال بعد القصاص أخطأت على قولين:

القول الأول: أن الدّية على عاقلة الإمام والقاضي، وليس من بيت مال المسلمين، وهو لابن القاسم

القول الثاني: أنه إذا نفذ القصاص وكان القاضي قد أخطأ في الحكم، فإن القصاص يعتبر هدرا ولا شيء عليه من جهة الدّية أو التعويض.

وإذا أقر القاضي بالخطأ بعد الحكم وقبل التنفيذ، فإن كان في مال فليس عليه شيء[2].

---

[1] اللخمي، التبصرة، 11 / 5362 ـ ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات 8 / 104، 105

[2] ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8، 104 ـ اللخمي، التبصرة، 11/ 5364

المبحث الثالث: تنفـــيـــــــــذ الحكم القضائي

تنفيذ الحكم القضائي يعد واجبا شرعيًا في الفقه، حيث إن الامتثال لأوامر القضاء يعتبر ضروريًا لحفظ الحقوق وتحقيق العدل بين الناس. استنادا للنصوص الشرعية، قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط**﴾ النساء [135]، وقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ**﴾ النساء[58]، حيث دل النص بأمر وجوب الحكم بالعدل وتنفيذ الحكم بناء على ما أصدره القاضي.

ومن السنة النبوية، قول صلى الله عليه وسلم: {{إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ}}[1].

وتبرز أهمية تنفيذ الأحكام القضائية في ضمان استقرار المجتمع، ومنع الظلم وحفظ الحقوق، كما أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام يؤدي إلى ضياع الحقوق ويغير صدور الخصوم بالحقد مما يدفعها إلى سلك سبل أخرى غير شرعية لتحصيل حقوقها فيحدث الهرج والتعدي وانتهاك الحرمات، إذ القضاء بدون تنفيذ يقلل من هيبة القضاة والحكام في نفوس العامة وهو أمر خطير يفتح باب المفاسد الكثيرة.

وتعد مرحلة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن الهيئات القضائية المرحلة الأخيرة في مسطرة القضاء الشرعي، وسير ذلك أن القضاء على ثلاثة مراحل:

المرحلة الأولى: الثبوت، بما ثبت للقاضي بعد سماع الحجج والبيات وتقديم طلبات الاعذار وما يلحق الدعوى من ابتداء سماعها الى غاية النطق بالحكم.

المرحلة الثانية: إصدار الحكم القضائي كان وجاهيا او غيابيا

المرحلة الثالثة: تنفيذ الحكم القضائي بالاستعانة بوسائله المعينة على التنفيذ

[1] أخرجه البخاري: باب كراهية الشفاعة في الحدّ اذا رفع الى السلطان: حديث رقم: 6788 ـ 8 / 160

المطلب الأول: حقيقة التنفيذ

لغة: يأتي معنى نفذ على عدة معان منها، الإمضاء يقال رجل نافذ في أمره أي ماض فيه[1].

اصطلاحا: عرف فقهاء المالكية التنفيذ باعتبار مصدر الحكم وهو على قسمين:

أحدها، تنفيذ القاضي حكم نفسه.

الثاني، تنفيذ القاضي حكم غيره

أ ـ تعريف التنفيذ بالمعنى الأول:

إلزام بالحبس وأخذ المال بيد القوة ودفعه لمستحقه وتخليص سائر الحقوق، كإيقاع الطلاق على من يجوز له إيقاعه عليه ونحو ذلك.[2]

ب ـ تعريف التنفيذ بالمعنى الثاني:

أن يصرح القاضي بأنه حكم وأمضى حكم غيره بأن يقول: ثبت عندي أن فلانا الحاكم أو القاضي قضى بكذا وكذا.

أو يقول: حكمت بما حكم به الأول وألزمت بموجبه ومقتضاه.[3]

المطلب الثاني: وسائل تنفيذ الحكم

هناك وسائل وآليات مختلفة لتنفيذ الأحكام القضائية حسب نوع الحكم، سواء كان يتعلق بالحقوق المالية أو العقوبات أو غيرها، وسأتناول هنا بعض الوسائل الرئيسية لتنفيذ الأحكام القضائية بناء على ما ذكره فقهاء المالكية في مختلف مصادرهم.

---

(1) الازهري، محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط: 1، 2001، ج 19/ 314

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 132

(3) ابن فرحون، نفس المصدر، 1 / 133

الفرع الأول: الوساطة والتسوية قبل التنفيذ

في بعض الأحيان، يمكن للقاضي أن يلجأ إلى محاولة الوساطة بين الأطراف للتوصل إلى تسوية مرضية قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبري، هذه الوسيلة تستخدم لتجنب تصعيد النزاع ولتقليل الآثار السلبية للتنفيذ الجبري.

قال القرافي: "وينبغي للقاضي أن يجتهد في الإصلاح بين الخصمين قبل الشروع في التنفيذ، فإن أصر الطرف الممتنع، لزمه التنفيذ الجبري"[1].

الفرع الثاني: منع المحكوم عليه من السفر

للقاضي أن يصدر أمر بمنع المحكوم عليه من السفر، كالغريم يريد سفرا قبل حلول الأجل أو ظهر منه ريبة أنه يريد بالسفر التغيب والهروب إلى بلد لا تجري فيه الأحكام، فإنه في هذه الحالة يتوثق منه أو يمنع من السفر لأجل التهمة[2].

الفرع الثالث: حبس المدين

من الوسائل المساعدة على تنفيذ الأحكام حبس المدين

وحبس المدين عند الفقهاء على ثلاثة أوجه:

أحدها: حبس تلوّم واختبار فيمن جهل حاله.

ثانيها: حبس من ألدّ واتهم بأنه خبأ ماله

الثالث: حبس من أخذ أموال الناس وقعد على أدائها وادعى العدم، وماطل وتبين كذبه لدى القاضي كمن لبس الثياب الفاخرة وله خدم، فحاله مما لا يخفى فيها ظاهر اليسر والغنى[3].

وأما حبس الإختبار فيقدره القاضي بحسب ما يستبرأ أمره ويكشف به عن حاله.

---

[1] القرافي، الذخيرة، الجزء الخامس، ص. 200

[2] التسولي، البهجة شرح التحفة، 1 / 301

[3] ابن رشد، المقدمات الممهدات، 2 / 308 ـ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4 / 145 ـ التسولي، الهجة شرح التحفة، 2 / 536

وأما حبس من ألدّ فإن أمر القاضي بحبسه لأجل إقراره أو أدائه، أو يحلف ويسرّح.

وأما حبس من أخذ أموال الناس وماطل في أدائها وادعى العدم فيحبس أبدا حتى يؤدي أو يموت في السجن، وروي عن سحنون أنه يضرب بالدّرة وهو مذهب مالك أن يضرب الخصم على اللّد إذا تبين أنه ظالم، والتماطل في أداء أموال الناس من أظهر اللّد وأبينه[1].

قال مالك: ولا يصار إلى الحبس إذا لم يتهم أن المدين أخفى المال وغيبه، أو لم يتبين لدده حرا كان أو عبدا لقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ**﴾ البقرة [280]، وإنما حبسه ليستبرئ أمره ما يتلوم من اختباره وكشف حاله وماله[2].

تنفيذ العقوبات البدنية (الحدود والتعزيرات):

إذا كان الحكم متعلقا بعقوبة بدنية، كإقامة الحدود أو التعزير، فإن تنفيذ هذه الأحكام يتم بواسطة الحاكم أو من ينوب عن القاضي يصدر الحكم، لكن التنفيذ يتولاه الحاكم بعد التأكد من استيفاء الشروط الشرعية.

"وأما الحدود فإنها لا تقام إلا بعد ثبوت الجريمة بالبينات الشرعية، ويكون تنفيذها من قبل الحاكم".[3]

الفرع الرابع: بيع أموال المدين والمفلس

للقاضي إجبار المدين والمفلس على البيع لقضاء الغرماء، فإكراه القاضي هنا جائز لأنه أكره على البيع في حق شرعي وهذا لجبر المدين غير المفلس لقضاء الدين الذي هو عليه في ذمته، وجبر المفلس على البيع أيضا لقضاء غرمائه، فالبيع ماض ولا يرد إليه، فبيعه هو بأمر القاضي تحت الضغط

(1) مالك، المدونة، 4 / 13

(2) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 17 / 614 ـ ابن الاصبغ، ديوان الاحكام الكبرى، 519

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، الجزء الثاني، ص. 384:

والإكراه، وهذا أحد الوسائل المعينة على تنفيذ الأحكام فيما يتعلق بالخصومات المالية واستيفاء الحقوق لأهلها بعد ثبوتها[1].

الفرع الخامس: الحجز الاحتياطي

للقاضي أن يتخذ إجراء يتمثل في منع تصرفات المدعى عليه خشية الهروب أو تبديد أمواله، ويتحول الحجز الاحتياطي إلى حجز تنفيذي عند صدور الحكم ويكون قابلا للتنفيذ بإثبات حق الدائن، كما في بيع أموال المدين والمفلس لاستيفاء حق الغرماء.

وعند إصدار القاضي الأمر بمصادرة أموال المدعى عليه حال عدم إمثال أوامره، وبعد حصول التبليغ ولم تثبت بينة توجب ما يمنعه من الحضور، وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه فيمن ظهر لدده وتهرب من الخصومة بعد الإنذار له أنه أمر بعقل جميع ضياعه من دور وحوانيت وأمر من يسكن الحوانيت بإخراج مالهم فيها، فلما فرغت عقلها وسد عقلها وبقيت مغلوقة حتى ثبت هروبه ثم عاد ليخاصم، فأمر فحل العقل.

ويوضع جميع المحجوزات، المنقولة وغيرها، في يدٍ أمينةٍ تابعة لهيئة القضاء، يشرف عليها موظفو القضاء ومعاونوه[2].

خلاصة التنفيذ:

التنفيذ الطوعي هو الوسيلة المثلى والأولى لتنفيذ الأحكام القضائية.

إذا رفض المدعى عليه التنفيذ، يتم اللجوء إلى التنفيذ الجبري عبر الحجز على الأموال أو الحبس التنفيذي.

يمكن استخدام البيع الجبري للأملاك لسداد الديون.

العقوبات البدنية تُنفذ بواسطة السلطة التنفيذية بعد صدور الحكم.

---

[1] ميارة، الاتقان والإحكام شرح العاصمية، 12/2

[2] ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8 / 132

أحيانًا يلجأ القاضي إلى الوساطة والصلح لتجنب التنفيذ الجبري.

المطلب الثالث: تعجيل تنفيذ الحكم[1]

ممّا لا شك فيه أن من الإجراءات المعينة على تنفيذ الأحكام القضائية السرعة في البتّ والفصل فيها، فكثير من القضايا لا يسع تأخير تنفيذ الحكم فيها لأنه قد يؤدي غلى فوات الحقوق أو وقوع الضرر، فكثير من القضايا تتطلب الاستعجال في تنفيذها.

لكن هذا لا يعني السرعة في إصدار الحكم دون تثبت وعلم، فقد نص فقهاء المالكية على منع تنفيذ الحكم قبل ظهور وجه الحق، فإذا التبس الحكم على القاضي بأن ظهر تعارض في البينات أو تداخل في دعاوى الخصوم أو يكون الالتباس من جهة جهل القاضي للحكم، فالواجب على القاضي مشاورة أهل العلم وسؤالهم واستعلام حكم الله فيه وسؤال أهل الذكر حتى يزول الإشكال ويظهر له وجه الحكم وصوابه[2].

الفرع الأول: تعجيل النظر في مال الأوصياء من اليتامى، والسفيه المستوجب للولاية

يأمر القاضي مناديه أن يمنع الناس عن مداينتهم ومتاجرتهم، ويرفع إليه كل من علم مكانه من هؤلاء ليولى عليه ويحجزه وأنّ كل من داين أو باع بعد مناداة الإمام فهو مردود.

وفعل الإمام هذا حفاظا على حقوقهم وأموالهم من الضياع والبذل حتى ينصب لهم الأوصياء[3]

الفرع الثاني: حلف يمين القضاء

ويمين القضاء لمن له حق على غائب وإنما أداها على سبيل الاستحسان كما قرره أهل العلم من جهة تعجيل الحكم للمدعي على المدعى عليه إن كان غائبا أو ميتا، ومن جهة أخرى هو حفظ

---

[1] ميارة، شرح تحفة الحكام، 1 / 27

[2] ميارة، شرح لامية الزقاق، 219

[3] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 45

لمـــــال الغائب وحيطة للك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه[1]، وفي هذه الحالة يتم إقرار اليمين كإجراء تحفظي للتأكد من عدم إسقاط الدين أو الحق عن الغائب دون مبرر.

ويحكم على الغائب في العروض ولا يحكم عليه في الأصول إلا أن تكون الغيبة بعيدة منقطعة[2]،

ففي العروض يمكن أن يحكم على الغائب فيما يتعلق بالعروض، أي الممتلكات المنقولة أو الديون المالية.

وأما الأصول فلا يحكم على الغائب في الأصول، مثل العقارات أو الأملاك الثابتة، إلا في حالة أن تكون الغيبة طويلة الأمد أو منقطعة، حيث يعتبر التأخير فيه ضرر على المدعي.

ويحكم للمرأة الطالبة للنفقة على مال زوجها، فيحكم لها بالنفقة وهو حكم على سبيل التعجيل لأن تأخير تنفيذ حكم النفقة حتى يحضرها زوجها ضرر علي المرأة.[3]

الفرع الثالث: الحجز التنفيذي

يعد الحجز التنفيذي من بين أهم الوسائل المساعدة على استيفاء الحقوق وتخليصها، فهو إجراء وقائي وتنفيذي يقع بعد الحجز الاحتياطي يستخدم لضمان تنفيذ الأحكام القضائية أي أنه إجراء وقائي ينقلب إلى تنفيذي بعد ثبوت حق الدائن وحصوله على كل أو جزء من أموال المدين عند تبين تمنعه عن الأداء أو ظهر منه اللّدد، وذلك لبيعها قصد استيفاء الحقوق الثابتة أو التي هي محل نزاع.

ونص الفقهاء أنه يمنع من إتلاف شيء من ماله فيما لا يلزمه مما لم تجر العادة بفعله كالهبة وما ليس معتادا كنفقة حج التطوع، ولا يحجر عليه فيما يلزمه من نفقة والديه أو زوجة أو ابنه ولا ما جرت به العادة من نفقة العيدين وكسوة السائل[4].

---

(1) ميارة، شرح لامية الزقاق، 319

(2) ابن رشد، البيان والتحصيل، 9 / 295

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 4 / 322، 335

(4) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 6 / 395، 397

ويشترط لإيقاع الحجز التنفيذي ما يلي:

طلب الغرماء من القاضي الحجز على المدين، ثم يخطر المدين قبل تنفيذ الحجز

وجود حكم قضائي: يجب أن يكون هناك حكم قضائي نهائي يلزم المدين بأداء مبلغ معين.

الأموال القابلة للحجز: يشترط أن تكون الأموال المحجوزة قابلة للحجز.

وقف تصرف المدين موقوف على نظر القاضي، إمضاءً أو ردًّا، بعد الإعذار[1].

[1] مالك، المدونة الكبرى، 4 / 03 ـ الدردير، الشرح الكبير، 3 / 240، 250

الباب الثانــي

تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة والطلاق وسائر أنواع الفرقة ـ

- الفصل الأول: تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة،
- الفصل الثاني: دعـــاوى الطلاق والخـــلع وسائر أنواع الفرقة، وما يتعلـــق بها من اقرار وإنكار

الفصل الأول

تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية

من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في

الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة ـ

الفصل الأول: تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال اجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة ـ

تعدّ الأحوال الشخصية من أهم الجوانب التي تعنى بها الشريعة الإسلامية، كونها تمس حياة الأفراد والأسرة والمجتمع، وقد تميز الفقه المالكي بإرساء قواعد متينة في معالجة هذه المسائل عبر نظام قضائي دقيق، حيث اعتنى بتفصيل إجراءات التقاضي الشرعية التي تتناول مختلف القضايا، مثل أحكام النكاح، والطلاق، والنفقة، والحضانة، والوصية، ومن خلال هذه القواعد يسعى القضاء الشرعي إلى تحقيق مقاصد الشريعة الاسلامية في تنظيم العلاقات الأسرية وحماية الحقوق مع مراعاة الظروف الفردية لكل حالة.

ويهدف هذا الباب الدراسي إلى تقديم دراسة تطبيقية حول الأحكام القضائية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وفق مسطرة القضاء الشرعي في الفقه المالكي، مع التركيز على إجراءات التقاضي الشرعية التي تحكم هذه القضايا، وسيتم استعراض نماذج وأمثلة قضائية واقعية تضمّ نوازل وفتاوى ومسائل عالجها قضاة وفقهاء المالكية وفقا لأصول المذهب المالكي، مع تحليل كيفية تعامل الفقه المالكي مع هذه المسائل من خلال منظومة قضائية إجرائية تتسم بالمرونة والاجتهاد.

ويعدّ هذا الباب فرصة لتطبيق المفاهيم النظرية على الوقائع العملية المتعلقة بالأحوال الشخصية كونها الجانب الوحيد الذي بقي يطبق في غالب البلاد الإسلامية؛ ممّا يتيح للدارسين فهما أعمق للإجراءات القضائية الشرعية حسب المذهب المالكي.

وسيقسم هذا الباب إلى فصلين، يتناول الفصل الأول حقيقة النكاح وأركانه وشروطه، كمبحث أول، ويختص المبحث الثاني منه بدعاوى النكاح وما يلحق به من البينات والإقرار والإنكار، وأما الفصل الثاني يشمل مبحثين، المبحث الأول منه يتناول الطلاق وسائر أنواع الفرقة وما يترتب عنه من أحكام فقهية، ويختم بمبحث ثان يعرض قضايا ومسائل دعاوى الطلاق والخلع والنفقة، حيث يتم عرض دعاوى النكاح والطلاق مع عدم الإسهاب في بيان الأحكام الفقهية والقضائية إلا بقدر ما يتعلق بها، كما يتم الاقتصار على المذهب المالكي لأن الدراسة مقتصرة عليه ولسيادتها على البحث

وآثرت البعد عن الإطالة، واختصرت النظر والبحث في عديد المسائل المحفوظة لدى الفقهاء والقضاة وعلماء الشروط والتوثيق المتقدمين منهم والمتأخرين وما حوته من وافر الأحكام والنوازل ما لا تسعه التواليف الطوال والمصنفات العظام، فعمدت إلى جمع ما تفرق وتركت ما فيه الخلف إن ضمّ إليه وحكي عنه الضعف في القول والدليل قدر الإمكان، وأضفت إلى ذلك بعض الصكوك والوثائق المستعملة في توثيق عقد النكاح، وذكر المهر أو الطلاق والرجعة والنفقة ممّا يحصل به التكملة.

المبحث الأول: مفهوم النكاح، وأركانه، وأصل مشروعيته

حثّ الشارع الحكيم على النكاح وثبت بكثير من الأدلة الشرعية، وحقيقته أنه أمر جبل الله الخلق عليه، لما ركب فيهم من الشهوات قصد بها النسل[1]، قال تعالى: ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ**﴾ النور [32]، والنكاح في الشريعة الإسلامية من العقود الأساسية التي أولتها النصوص الشرعية أهمية كبيرة، حيث يمثل النواة الأولى لبناء الأسرة والمجتمع، فهو عقد شرعي يجمع بين الرجل والمرأة برضا الطرفين وفق أحكام وضوابط حددتها الشريعة الإسلامية، ومن خلاله تتحقق العديد من المقاصد الشرعية، مثل تحصين النفس من الفتن، والمحافظة على النسل، وبناء مجتمع متماسك يقوم على القيم والمبادئ الأخلاقية.

وسنعرض في هذا المبحث مفهوم النكاح وحقيقته وأصل مشروعيته.

تعتبر قضايا النكاح وما يتفرع عنها من أمور مثل البينات والإقرار والإنكار من المسائل الحيوية في القضاء الشرعي، لما لها من ارتباط مباشر بحقوق الأفراد وتنظيم الأسرة، وهي اللّبنة الأساسية للمجتمع، جرى تناول هذه القضايا بشكل دقيق حيث وضع الفقهاء أطرا واضحة لكيفية التعامل مع دعاوى النكاح، وقد جاءت هذه الأطر الفقهية لتراعي توازن المصالح بين الأطراف، مع الالتزام بالضوابط الشرعية التي تكفل استقرار الأسرة والمجتمع؛ مما يعكس حكمة التشريع الإسلامي في معالجة أدق القضايا بحكمة وعدل.

[1] ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج4، 452.

المطلب الأول: مفهوم النكاح وأصل مشروعيته

الفرع الأول: مفهوم النكاح

لغة: تناكحت الأشجار أي تداخلت أغصانها، ويأتي بمعنى تزوج أو عقد، ويستخدم بمعنى الوطء[1]، ويطلق على العقد مجازا من إطلاق المسبب على السبب.[2]

اصطلاحا: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حر متها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر[3].

الفرع الثاني: أصل مشروعية النكاح وحكمه

أباح الشارع النكاح على وجهين: أحدهما، عقد النكاح، والثاني التسرّي، أي ملك اليمين[4]، وتظافرت النصوص الدالة على مشروعية النكاح باعتبار الوجهين.

أدلة مشروعية النكاح:

قوله تعالى: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**﴾ النساء[3].

قوله تعالى: ﴿**وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ**﴾ النور[32].

قوله تعالى: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴾الروم[21]، وقوله تعالى: ﴿**وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً**﴾ الرعد38.

---

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج1، 120

(2) القرافي، الذخيرة، ج4، 188.

(3) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 235.

(4) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1، 452.

وقال عليه الصلاة والسلام: {{أربع من سنن الأنبياء والمرسلين، الحياء، والتعطر، والسواك، والنكاح}}[1].

أدلة مشروعية التسرّي وملك اليمين:

قوله تعالى: ﴿**وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ**﴾ النساء[24].

قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ المومنون**﴾ المومنون[5 ـ 6].

النكاح مشروع في الإسلام بالأدلة الواضحة من القرآن، وكذلك تظافرت نصوص من السنة النبوية دعت إلى النكاح، وملك اليمين كان مشروعا في سياق محدد عبر التاريخ.

واحتج بعضهم بقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**﴾ النساء [3]، على عدم وجوب النكاح لأنه خير بينه وبين التّسري، والتّسري غير واجب، فيكون النكاح غير واجب.[2]

وقال بعض المالكية أن جميع الأدلة والنصوص الدالة على النكاح تحمل على الندب، وتركه والتفرغ للعبادة والعلم هو الأفضل، والرّاجح في المذهب إن لم تمل نفسه إليه، كما قطع بهذا في النظر إلى أحوال الناكحين فتختلف أحكامه باختلاف أحوالهم.

فيكون واجبا على من لم يقدر الصبر على الوطء ويخشى على نفسه العنت.

ومكروه لمن لم يحتج اليه، وخاف أن لا يقوم بما أوجبه الله عليه فيه من نفقة وقيام بالزوجة وإعالتها.

---

(1) اخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في فضل النكاح: كتاب النكاح: 391/3 رقم 1080، قال الترمذي حسن غريب.

(2) ابن عرفة، محمد ابن عرفة الورغمي التونسي ت803 هـ، تفسير ابن عرفة، تحقيق جلال الاسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط1، 2008، ج3، 31.

ومباح إذا وجد مؤنته وليس به حاجة إلى النساء[1]، روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: {إني لا اتزوج المرأة ومالي بها حاجة، وأطؤها وما أشتهيها، قيل له وما ألجأك إلى هذا يا أمير المؤمنين؟ قال: إنما ذلك رجاء أن يخرج الله مني من يكاثر به النبي صلى الله عليه وسلم النبيئين يوم القيامة}، وقوله أيضا: {إني لأقشعر من الشَّاب لَيست لَهُ امْرَأَة، وَلَو أعْلَم أنه لَيْسَ من الدُّنْيَا إلا ثَلَاثَة أيام لأحببت أن أتزوج فِيهِنَّ}[2].

ويكون مندوبا إذا كانت نفسه تدعوا إليه وتشوش عليه أفعاله إذا تركه كليا.

والخطبة ليست بواجبة، أجاز مالك النظر الى المرأة عند الخطبة، ومحل النظر مخصص بالوجه والكفين لا غير، وأجاز غيره النظر إلى جميع البدن عدا السوأتين، ففي الحديث أن المغيرة خطب امرأة فقال له صلى الله عليه وسلم: {{أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما}}[3]، وكره استغفالها ولا ينظر إليها إلا بإذنها[4]..

وحكم الخطبة أنها مستحبة، والتصريح بخطبة المعتدة حرام، وجاز التعريض، وتحرم الخطبة على خطبة الغير بعد التراكن[5].

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية النكاح

ـ يحقق الزواج مقاصد كثيرة، وأهمها حفظ النوع البشري بالإنجاب وإعمار الأرض لقوله صلى الله عليه وسلم: {{تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة}}[6]، فتكثير سواد الأمة المسلمة نعمة، قال تعالى: ﴿ **وَاذْكُرُوا إِذْ كُنتُمْ قَلِيلًا فَكَثَّرَكُمْ**﴾ الأعراف[86].

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 3/ 30

(2) ـ ابن حجر الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت 974هـ)، الإفصاح عن أحاديث النكاح، المحقق: محمد شكور أمرير الميادييني: دار عمار – عمان – الأردن ـ الطبعة: الأولى، 1406 هـ . 57 / 58

(3) سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة. الحديث رقم: 1087المجلد: 2: 274.

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، 31

(5) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج2، 409 و410.

(6) سنن ابن ماجه: الحديث رقم 1845، كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح. المجلد: 1: 592

ـ المحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها، قال صلى الله عليه وسلم: {{الولد للفراش وللعاهر الحجر}}[1].

إضافة إلى مقاصد أخرى كثيرة متنوعة من تحصين الفرج وإعفاف النفس لكل من الزوجين، والمنع في الوقوع في الحرام والفواحش والزنا لقوله عليه الصلاة والسلام: {{فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج}}[2]، فالزواج بالحرائر ونكاح الإماء يقضي على الوطر لكل من الزوجين لأن الغريزة والشهوة من الأمور الفطرية، ولا طريق لقضائها إلا بالزواج ولذلك شرع، فشهوة الجماع شهوة قوية تغلب على الإنسان فتوقعه في المحرمات والأشياء الرذيلة وهو لا يشعر[3]، قال صلى الله عليه وسلم: {{حبّك الشيء يعمي ويصم}}[4]، فحب أي شيء يعمي صاحبه ويصم، فيجعله أعمى عن عيوب المحبوب أصم عن سماعها، فلا يبصر قبيحا من فعله إلا بعد الوقوع.

ـ تحقيق السكينة والطمأنينة والمودة بين الزوجين، فعلاقة الزواج مبينة على المكارمة والمفاهمة لا على المشاكسة والمماكسة، قال تعالى: ﴿**هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ**﴾ البقرة[187]، وقال سبحانه أيضا: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [الروم: 21].

ـ تكوين الأسرة في إطار التكافل العائلي والتعاون على تربية النسل والإنفاق على المرأة والأولاد، وهو من أعظم أبواب الخير والمعروف.

والخلاصة: أن النكاح يحقق خمسة خصال عدها العلماء، فهو يعفّ الطّرف، ويحصن الفرج، ويكثر النّسل، ويبقى الذّكر، ويعظم الأجر[5]

---

(1) صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش. الحديث رقم: 1457المجلد: 2: 1081

(2) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم. الحديث رقم: 5066المجلد: 5: 195.

(3) الونشريسي، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق ص224 رقم، 276

(4) سنن أبي داود، كتاب الأدب. الحديث رقم: 5130

(5) اللخمي، التبصرة، ج4، 1776

هذه الخصال توضح أن النكاح في الإسلام ليس مجرد عقد اجتماعي، بل وسيلة لتحقيق الأهداف الدينية والدنيوية، ولضمان استقرار الفرد والأسرة والمجتمع بشكل عام.

المطلب الثالث: أركان النكاح وشروطه عند المالكية

قبل بيان أركان النكاح وشروطه في الفقه المالكي نتطرق إلى مفهوم كل من الركن والشرط والفرق بينهما.

أولا الركن: لغة: عرفه الجرجاني في التعريفات[1]، ركن الشيء جانبه القوي ومنه قوله تعالى: ﴿**قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ**﴾ هود [80]، وهو قول لوط عليه السلام، والركن هنا بمعنى العصبة الجانب القوي الذي يعمد إليه الإنسان لنصرته ومعونته.

ثانيا: اصطلاحا: الركن ما كان جزءا من حقيقة الشيء وماهيته، أو ما تتوقف عليه الماهية.[2]

الشرط لغة: العلامة، والشرط أول الشيء ومنه أشراط الساعة، لأن علامة الشيء أوله.[3]

اصطلاحا: ما كان خارجا عن حقيقة الشيء[4]، والشرط ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده ولا عدم لذاته، فمن شرط وجوب الصلاة تحقق البلوغ أي ما يلزم من عدمه عدم وجوب الصلاة، ولا يلزم من وجوده وجود الوجوب لاحتمال وجود المانع كالحيض، ولا عدم الوجوب عند انتفاء المانع.[5]

---

(1) الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (ت 816هـ)، التعريفات: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الناشر: دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ -1982م ص 112.

(2) الصاوي، ابو العباس الخلواتي، ت1241هـ: بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، دار المعارف ب، ط، ج1 ص258.

(3) الزبيدي: محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس: تحقيق: جماعة من المختصين، من إصدارات: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت – المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت،: دار الهداية، ودار إحياء التراث / النشر: (1385- 1422 هـ) = (1965- 2001 م)، 19 / 405

(4) الجرجاني، نفس المصدر، ص 112.

(5) الصاوي، نفس المصدر، ج1، 258.

المطلب الرابع: أركان النكاح

عدّ المالكية أركان النكاح إلى خمسة:

ذكر صاحب المختصر خليل، أن ركنه ولي وصداق ومحل وصيغة.

والمحل يراد به طرفا العقد الزوج والزوجة، فيكون بذلك خمسة أركان، الزوج والزوجة، والولي والصداق والصيغة.[1]

وذهب بعضهم إلى أن الولي والشهود والصداق شروط لصحة النكاح، لا أركان له.[2]

الفرع الأول: الولي

لا يصح النكاح بدون الولي لقوله صلى الله عليه وسلم: {{لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل}}[3]، وقال تعالى: ﴿**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ**﴾ البقرة[232]،

فالمرأة لا يصح أن تعقد لنفسها ولا على غيرها، والآية الكريمة دليل أنه لو كان جائزا للمرأة إنكاح نفسها لم تكن معضولة بمنع الولي.

وفي الحديث الشريف، {{لا تنكح المرأة، ولا المرأة ونفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها}}[4].

ويشترط في الولي البلوغ، العقل، الحرية، الاسلام، الذكورة، أن يكون مالكا لأمر نفسه[5].

وتنقسم الولاية إلى ولاية خاصة وعامة

---

(1) الخرشي، على المختصر، ج 3، 172 والحطاب، مواهب الجليل، 3 / 419.

(2) الدميري، برهام ابو البقاء الدمياطي ت 808 هجري، تحبير المختصر على مختصر خليل، تحقيق عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه "1: 2013، ج2 / 543.

(3) اخرجه ابو داود: باب الولي/كتاب النكاح برقم 2085، 1 / 635.

(4) اخرجه ابن ماجة: باب لانكاح الا بولي كتاب النكاح رقم: 1882، 1/ 606.

(5) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1 / 473.

وتشمل الولاية الخاصة الأب ووصيه والقرابة وهي العصبة، وتشمل الابن والأخ والجد والعم وابن العم، ولا يزوجون إلا البالغة باذها على الأصح[1].

وولاية الأب نوعان: جبر للبكر إن كانت صغيرة أو كبيرة، والصغيرة إن كانت ثيبا، والخلف في العانس البكر، وقال ابن القاسم بجبرها.

والبالغة أربعون عاما وقيل ثلاثين وقيل خمس وثلاثون، وخمس وأربعون، وخمسون سنة[2]، والرواية الأخرى عدم إجبار المعنسة.

وبتحرير محل النزاع يتخرج كونه على وجه الإجبار اعتبارا بغير المعنسة بعلة البكارة.

وعدم الإجبار أن السبب الموجب للإجبار في البكر الصغيرة في خبرتها بالأمور وعدم معرفتها بمصالحها، وهو منتف عن العانس، فقام مقام ذلك الثيوبة في رفع الإجبار عنها [3].

الفرع الثاني: الصيغة

يراد بالصيغة ما يتم بين طرفي العقد، وهما الزوج والزوجة من إيجاب وقبول، وبها يتحقق الرضا بين الزوجين، وصيغته كل لفظ دل على الأبد مدة الحياة، ويصح بلفظ أنكحت، وزوجت وصدقت، واختلف هل ينعقد بلفظ الهبة أم لا[4]؟

قال القاضي عبد الوهاب: يصح النكاح بلفظ الهبة إذا قصد به النكاح سواء ذكر المهر أم لا[5].

---

(1) ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، 133

(2) الدميري، بهرام الدمياطي، الشامل في فقه الامام مالك، حققه عبد الكريم نجيب، مركز المخطوطات نجيبويه، ط1، 2008، 1/ 321

(3) القاضي عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، مكة المكرمة، المكتبة التجارية احمد الباز، 720

(4) التنوخي، ابن ناجي التنوخي، شرح الرسالة لابن ابي زيد القيرواني، تحقيق فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1،2007: 2/ 3

(5) القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، تحقيق محمد ابراهيم بوروبية، دار ابن حزم، بيروت لبنان: ط1 ـ 2009، ص 305 رقم654

وقال بعضهم لم يصح إذا كان بلفظ الهبة ولم يسم فيه المهر.

ولا يشترط تقدم الإيجاب على القبول، بل يندب ولزم النكاح بالصيغة، وإن لم يرض الآخر، ولو قامت قرينة على الهزل منهما[1].

ولا تجوز الإشارة في حق القادر على النطق، وأما العاجز فيجوز الإشارة منه ولا بد من الفورية بين الإيجاب والقبول، فلا يجوز الفصل بينهما بخلاف الترتيب بين تقديم الإيجاب والقبول فلا يشترط.

واستثنى فقهاء المالكية حالة واحدة في مسألة أن يقول شخص إذا مت زوجت ابنتي فلانة من فلان، صح ذلك[2].

الفرع الثالث: الصداق

أولا: الصداق عند المالكية ركن من أركان النكاح، وعدّه البعض شرطا من شروط النكاح.

قال ابن رشد: أما حكم الصداق فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة ولا يجوز التواطؤ على تركه[3]، بدليل قوله تعالى: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**﴾ النساء [25]، وقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا**﴾ النساء [20]، فلا يصح النكاح بدون الصداق، وإذا اتفق الزوجان على إسقاط المهر كان النكاح فاسدا، لأنه ركن من أركان النكاح أو شرط صحة لمن اعتبره كذلك، ويرى الإمام مالك أن النكاح عقد معاوضة كالبيع، والصداق كالثمن والبيع بشرط أن لا مقابل أو ثمن لا يصح، فكذلك النكاح بلا مهر.

---

(1) الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر ب، ط ج2 م 291

(2) النفرواي، الفواكه الدواني، 2 / 05

(3) اين رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3 / 45

وأما مقداره فاتفقوا أنه ليس لأكثره حد، قال تعالى: ﴿**وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا**﴾ النساء[20]، وفسد الصداق إن نقص عن قيمة ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضة شرعية، أو ما كان في قيمتهما.[1]

ويفضل عدم المبالغة في الصداق لقوله عليه الصلاة والسلام: {{من يمن المرأة قلة صداقها}}[2]، وجاز في نكاح التفويض بأن لايسمى المهر أو يسكت عنه.

ثانيا: شروط الصداق

- أن يكون منتفع به للزوجة متمول؛[3] ممّا يجوز تملكه وبيعه من العين والعرض والأصول، ولا يجوز في الخمر والخنزير وغيرهما.
- أن يكون معلوما فلايجوز بمجهول ويستثنى نكاح التفويض، ولا يشترط وصف العروض في الصداق.
- السلامة من الغرر كالبعير الشارد والعبد الآبق ويلحق هذه الشروط فروع أخرى.

فلا يجوز النكاح على الخدمة أو تعليم القرآن كصداق، ولا يجوز جعل العتق لأمته صداقا لها.

جاز تأخير المهر ويكون نقدا إلى أجل معلوم وأقصى حد أربعون سنة، ويفضل في المهر المؤجل تقديم أقله، وهو ربع دينار ذهبي أو ثلاثة دراهم فضة شرعية[4].

ثالثا: وجوب المهر واستحقاقه

يجب جميع المهر بالدخول أو بالموت، والزوج بدخوله بزوجته يستوفي حقه، فيتعين عليه المهر كاملا في حق زوجته المدخول بها سواء كان مسمى وقت العقد أو مؤجل، ويجب لها مهر المثل إن لم يكن مسمى أو حصلت الفرقة بينهما، ودليل وجوب المهر كاملا قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ**

---

(1) المواق، التاج والاكليل، 5/ 186 ـ ابن رشد، بداية المجتهد 3 / 45

(2) الطبراني: المعجم الأوسط (3612)

(3) الرصاع: حدود ابن عرفة، 255

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية، 135 وابن رشد: بداية المجتهد، 3 / 46 . 47 . 48

زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ النساء[20].

ودليل وجوبه بالموت انعقاد الإجماع على ذلك[1].

ويرى مالك وجوب المهر كله بالدخول، ونصفه بإرخاء الستور ما لم يكن مسيس[2].

ويثبت نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول والمسيس قال تعالى: ﴿**وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ**﴾البقرة[237]. ويجب مهر المثل في نكاح التفويض بالوطء لا العقد ولا الموت[3]، وروي في المذهب قول بوجوب مهر المثل بالموت وهو قول شاذ.[4]

رابعا: تأجيل المهر

فصل المالكية في حكم تأخير المهر، فقالوا إن كان المهر معينا حاضرا وجب تسليمه للمرأة أو لوليها، ولا يجوز تأخيره في العقد ولو رضيت بالتأخير، فإن تم اشتراط التأجيل في العقد فسد إلا إذا كان الأجل قريبا كاليوم واليومين والخمسة، ويجوز للمرأة التأجيل من غير شرط.

وإن كان المهر غير معين فيجوز تأجيله، وجاز إلى حين الدخول إن كان الزوج غنيا، ولا يجوز إن كان فقيرا، وإن كان المهر المعين لها غائبا عن البلد صح عقد النكاح.[5]

---

(1) ابن جزي، القوانين الفقهية: 135 وو ابن رشد: بداية المجتهد، 3 / 47 . 48

(2) ابن رشد، بداية المجتهد 3 / 48

(3) ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، 135

(4) ابن عرفة: المختصر الفقهي، 3 / 486

(5) الصاوي، بلغة الشالك، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1995، 2 / 280

الفرع الرابع: المحل، الزوج والزوجة

أولا: الإسلام وفيه أربعة صور بالنسبة للزوجين

- نكاح مسلم ومسلمة جائز
- نكاح كافر وكافرة جائز
- نكاح مسلم وكافرة جائز مع الكراهة.
- نكاح كافر لمسلمة غير جائز.[1]

غير أن مالكا رحمه الله كره نكاح أهل الحرب خشية أن تلد ولدا فيكون على دين الأم[2].

ويلحق بهذه الصور مسائل:

إذا ارتد الزوج المسلم لدين زوجته النصرانية أو اليهودية فسخ العقد بطلقة واحدة ويفرق بينهما، وقال أصبغ: لا يفرق بينهما لعلة أن الحيلولة بين المسلمة والمرتد استيلاء الكفار على المسلمة وليس هناك استيلاء بين المرتد والكتابية، ومنه إذا تاب ورجع الى دين الاسلام فلا تحرم عليه لبقاء ما كان كما كان عليه من نكاح بين مسلم وكتابية[3].

ثانيا: البلوغ

زواج الصبي متوقف على إذن وليه أو وصيه، فله إجازته أو فسخه قبل البناء وبعده، ولا تستحق الصداق، وقال سحنون: لا يجوز النكاح وإن أجازه الأب أو الوصي.

ثالث: الرشد

زواج السفيه بغير إذن وليه جاز إمضاؤه إن كان فيه مصلحة وإلا رده قبل الدخول، ولا صداق قبل الدخول وبعده لها صداق بقيمة ربع دينار.[4]

---

[1] ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، 131.

[2] الامام مالك، المدونة، 2 / 214.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 2 / 270. وينظر ابن جزي، القوانين الفقهية، 132

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية 132

رابعا: الكفاءة

قال ابن عرفة: الكفاءة المماثلة والمقاربة مطلوبة بين الزوجين[1]، ونكاح غير الكفئ ليس بمحرم، وعلة ذلك ان الكفاءة ليست شرطا في صحة النكاح[2].

والكفاءة معتبرة في الدين والحال[3] من الإسلام والحرية والمال، وليس شرطا اليسار، وكذا السلامة من العيوب الموجبة للخيار.[4]

وعدّ ابن الحاج في نوازله الأوصاف في الكفاءة ستة

ـ الحرية والدين والنسب واليسار والحرفة والخلو من العيوب الموجبة للخيار[5].

فأما الدين يعتبر، والفاسق ليس بكفؤ للعدل، قال صلى الله عليه وسلم: {{عليك بذات الدين تربت يداك}}[6].

والحرفة والصنعة، فأصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة وصانع الزينة لا يكافئ أصحاب الحرف الدنية كالحجّام والخباز.

وأما اليسار ففيه قولان: أحدهما غير معتبر، لأن الفقر ليس بنقيصة، والآخر من جهة العرف أنه نقص، فالموسرة تنفق من مالها على نفسها وأولادها، وذلك معدود من جهة العرف نقصا في حق الرجل.[7]

---

(1) ابن عرفة: المختصر الفقهي، 3 / 256

(2) ابن الحاج، ابن الحاج التجيبي القرطبي الشهيد، وهو غير ابن الحاج الكبير التلمساني صاحب المدخل، ت 529 هـ: نوازل ابن الحاج، دراسة وتحقيق: احمد شعيب اليوسفي، الجمعية المغربية للدراسات الاندلسية، ط 1: 2018، 3 / 683

(3) المواق: التاج والاكليل، 5 / 106

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية، 132

(5) ابن الحاج، نوازل ابن الحاج، 3 / 683

(6) اخرجه البخاري، 2 / 1958

(7) ابن الحاج: نفس المصدر 3 / 684، 685، 686

خامسا: الصحة

لا يجوز نكاح المريض والمريضة على المشهور في المذهب، وفسخ إن حصل إلا إن صح قبل الفسخ، وإن فسخ قبل البناء فلا صداق لها ولا ميراث، وإن دخل فلها الصداق، وإذا مات أحدهما قبل الفسخ فلا ميراث، وللمريضة قبل الدخول أو الموت المسمى من المهر[1].

سادسا: عدم الإحرام

لا يجوز نكاحه ولا إنكاحه، ويفسخ إن دخل وكان الولد فسخ بغير طلاق وقيل بطلاق.[2]

الفرع الخامس: الشهادة

تميز عقد النكاح في الشريعة الإسلامية عن سائر العقود الأخرى باشتراط الإشهاد عليه حتى تثبت صحته ويترتب عليه آثاره، وهذا لشرف محله وعظم شأنه إذ يتعلق بالأعراض والأبضاع والأنساب وجميع آثاره من ثبوت النسب والإرث وحرمة المصاهرة.

وسنبين حكم الإشهاد في النكاح عند المالكية، وكذا نكاح السر بكتمان الشهادة.

تعتبر الشهادة شرطا في النكاح وليس شرطا في صحة العقد، فإن تزوج ولم يقم الشهود فنكاحه صحيح، ويندب الإشهاد له، وإنما يجب الإشهاد عند الدخول.

فإن تزوج ودخل بزوجته قبل الإشهاد على النكاح فسخ النكاح بطلقة واحدة بائنة، ويحدّان إن ثبت الوطء.

ونكاح السّر باطل ويعاقب الزوجان والشهود على الكتمان، قال ابن يونس: لا يعاقب الشاهدان إن جهلا، وكذلك شهادة الولي لا تجوز ولا تدرأ الحد، جاء في المدونة عن رجل وجد مع

---

[1] قول آخر في المذهب بالجواز حال احتاج المريض إلى النكاح، الدردير، الشرح الكبير، 2 / 276 ـ الحطاب، مواهب الجليل، 3 / 481

[2] المواق: التاج والاكليل: 5 / 90، ابن جزي، القوانين الفقهية، 132

امرأة في بيت، فشهد أبوها وأخوها أن الأب زوجها إياه، قال لا يقبل قولهما ولا يجوز نكاحه ويعاقبا.[1]

ويشترط في الشهود: [2]

- الإسلام، جاء في المدونة أن رجلا تزوج نصرانية بشهداء نصارى، أيجوز نكاحه؟. قال مالك: لا أرى أن يجوز نكاحه بشهادة النصارى[3].
- العدد، أن يكونا رجلين عدلين مع العلم بالواقعة، وقبل شهادة الأعمى على ما يتحقق علمه بسمعه.
- البلوغ، وهذا شرط خاص بالذكور المسلمين لانتفاء الرجولة عند كل من الطفل والمرأة[4]، قال تعالى: ﴿**وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِجَالِكُمْ**﴾ البقرة[282].
- العقل، فلا تقبل شهادة المجنون والمعتوه لأن النكاح عقد على الأبضاع كما تقدم، فيتحوط له أكثر من غيره من سائر العقود.
- كما لا تقبل شهادة السفيه المحجور عليه.
- العدالة، لا تقبل شهادة الفاسق.
- التيقظ، شرط يخرج به المغفل الذي يخدع بسرعة ولو كان مشهودا له بالصلاح.

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل: 3/ 410، ابن فرحون: تبصرة الحكام، 2 / 152، وقال ابن ناجي في تهذيب المدونة ان العقوبة هي لمجرد الخلوة، وليس فيه ما يدل على الاستبراء والذي أقول به، لأن الاستبراء معلوم من سوء الظن، وهذا أقوى، 2 / 62. وقال ابن رشد: ويحتمل ان يكون سقط عنهما لشهادة الأب والأخ أن الأب زوجها إياه، فرأى ذلك شبهة تسقط الحدّ، البيان والتحصيل: 4/ 476

(2) الامام مالك: المدونة، 2 / 128

(3) الامام مالك، نفس المصدر،2 / 128

(4) ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ، أحكام القرءان، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان: ط ـ الثالثة، 1423 هـ - 2003م، 1 / 333

- عدم التهمة، فتحقيق هذا الشرط يمنع شهادة كل ذي قربى لقريب كشهادة الولد لأبيه أو الأب لابنته.[1]
- عدم أخذ الأجرة على الشهادة بلا خلاف.[2]

المبحث الثاني: دعاوى النكاح والاختلاف في الصداق والجهاز والعيوب، وما يتعلق بها من البينات والإقرار والإنكار

يعتبر تداعي الزوجين واختلافهما في مسائل النكاح موضوعا متشعبا يمكن أن يتناول عدة جوانب، فقد يكون الخلاف بين الزوجين إما حول أصل الزوجية وصحة النكاح والعيوب الموجبة للخيار وما يتبع ذلك من آثار، والاختلاف في مقدار الصداق ونوعه أو صفته، ونظرا لأهمية هذه المسائل سنخصص هذا المبحث لعرض القضايا القضائية المتعلقة بالتداعي في الزوجية وما يرتبط بها من أمور، حيث سنبدأ بعرض صورة الدعوى المطروحة، ثم سيرها وفق إجراءات التقاضي المتبعة في المذهب المالكي، وفي نهاية المطاف سنوضح الحكم الشرعي والقضائي المتعلق بكل مسألة من هذه المسائل، مستندين في ذلك إلى الأصول الشرعية والقواعد الفقهية المعتمدة في المذهب وكذا ما أفتى وقضى به فقهاء المذهب من خلال فتاويهم ونوازلهم في مختلف ما عرض عليهم من قضايا في الموضوع.

المطلب الأول: دعاوى ادعاء النكاح وعقد المقالات وسيرها وفق مسطرة القضاء الشرعية والحكم فيها

تستعرض هذه المقالة سير دعاوى النكاح أمام القضاء الشرعي في الفقه المالكي، لمعالجة المسائل والقضايا المتعلقة بصحة عقد النكاح وإثبات الزوجية أو نفيها وما يترتب على ذلك من آثار كالتمكين من الزوجة والإلزام بالنفقة والميراث وغيرها من الأحكام المتعلقة بالفصل في الخصومة وإصدار الحكم، بدءا من تقديم الدعوى وسماع المدعين ومن له علاقة بالدعوى من أطراف أخرى،

[1] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 2 / 335 وعليش: منح الجليل، 3 / 258
[2] ابن جزي، القوانين الفقهية، 327

وطرق الإثبات من بينات والنظر فيها، وتقديم الدفوع وضرب الآجال، ووصولاً إلى الحكم النهائي الذي يصدره القاضي وفقا للقواعد الشرعية المعتمدة في المذهب المالكي.

الفرع الأول: دعوى الرجل نكاح امرأة

المقالة:

إذا ادعى رجل نكاح امرأة وأنكرت مقالته، وصورة الدعوى أن يدعي فلان ابن فلان أنه تزوج فلانة بنت فلان كانت بكرا أو ثيبا مطلقة أو متوفى عنها زوجها، ويلاحظ وجوب انقضاء العدة بولاية وليها على مهر قدره كذا نقدا معجلا كان أو مؤجل أو مقدم وكالئه كذا.

وسمعت المرأة المقالة وسئلت عنها؟ وأجابت بإنكار ما هو منسوب إليها في صريح الدعوى المذكورة[1].

إجراءات سير الدعوى:

يكلف القاضي الزوج البينة على صحة النكاح أو الدخول، فإن أحضر البينة التي تشهد له بصدق دعواه أعذر القاضي للمرأة بحسب ما يراه من التلوم عدد أيام إلى شهر وحسب الاجتهاد منه في ذلك.

فإن كان أقصى تقدير شهر، يبتدأ بعشرة، ثم عشرة أخرى، ثم سبعة أيام، ثم يحكم بالنكاح إذا انقضى الأجل واصرم ولم تدفع المرأة أو تأتي ببينة.

وإذا سأل المدعي وطلب المهلة لإحضار البينة أجّل لإحضارها، وفيه خلف عند الفقهاء في اشتراط الحميل.

فإن عجزت الزوجة المدعى عليها في الدفع في تلك المدة وانقضى الأجل المخصص للتلوّم حكم عليها بالزوجية وجميع آثارها من التمكين من نفسها، وعليه النفقة وسائر أمور الزوجية.

[1] الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء 2، 352-358

وإن أبطلت المدعى عليها الدعوى فلا يمين عليها[1]

الفرع الثاني: إنكار الزوجة دعوى النكاح وإقرارها بموت زوجها

إذا ادعى الزوج نكاح امرأة وأنكرت ذلك وبقيت على إنكارها حتى مات الرجل المدعي، ثم أقرت المرأة بصحة دعوى النكاح بعد موت الزوج. فلا تسمع مقالتها لأن طول مكثها على إنكارها حتى مات الزوج صار كالبينة، وإقرارها بعد هذا الطول كأنها أكذبت تلك البينة بمضمر إنكارها، ويحكم أنه لا ميراث لها منه[2].

الفرع الثالث: ادعاء امرأة على رجل النكاح

دعوى المرأة على رجل النكاح، وأنكر الرجل الدعوى ولا بينة للمرأة فلا يمين لها سواء كان معها شاهد واحد أو لم يكن.

فإن أقامت المرأة شاهدين والرجل منكر ولا مدفع له للدعوى، لزمه النكاح ويترتب على هذا الحكم ما يلي:

ـ البناء وقت الدخول

ـ الطلاق ويلزمه نصف الصداق المشهود به، فإن أبى الطلاق أو الدخول والبناء، فالحاكم أو القاضي يطلق عليه بعد تأجيله أربعة أشهر من وقت إبايته[3].

والمشهور في المذهب: فيمن ترك وطء زوجته لغير يمين يطلق عليه بغير ضرب الأجل[4].

---

(1) المواق: التاج والاكليل، 5/ 124 و130

(2) المواق: التاج والاكليل، 5 / 129 و130 ـ الحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، 4 / 197 و198.، المدونة، مالك، 4 / 328 و329.

(3) ابن المناصف، تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام، 604

(4) الحطاب: مواهب الجليل، 3 / 535.

الفرع الرابع: دعوى الزوج أنه تزوج مسلمة ثم ظهر أنها كافرة

لم يعد الإمام مالك الكفر عيبا يردّ به النكاح ويقع فيه الخيار، فإن تزوج المسلم امرأة ثم تبين أنها نصرانية فلا خيار للزوج إن لم يتحقق إسلامها من كفرها، ولا حجة له حتى يشترط أنها مسلمة أو يطمئن ويعلم أنه تزوجها ظنا منه أنها مسلمة لما كان يسمع منها فيكون كتمان الكفر وإظهار الإسلام كالشرط في النكاح وله الخيار فيه، ولا قيام للمرأة إن لم تعلم أنه مسلم، وقالت ظننت أنه نصراني [1].

والخلاف فيما إذا ادعى الزوج أنه على دينها النصراني فتزوجته، فلها الخيار عند مالك، لأنه غرّها ومنعها شرب الخمر وغيره كأكل الخنزير.[2]

قال ربيعة[3]: لا خيار لها، وليس الإسلام بعيب.[4]

والراجح والأظهر قول مالك: وليس هذا من جهة أن الإسلام ليس بعيب، وإنما لما دخلت عليه.

الفرع الخامس: ادعاء الزوج أن زوجته هي البنت الصغرى، والأب ينكر ويدعي البنت الكبرى.

المسألة أن يكون للأب بنتان صغرى وكبرى وزوج إحداهن وأشهد على ذلك، ثم نسي الشهود أيهما الزوجة المشهود عليها الصغرى أم الكبرى، وادعى الزوج نكاح الصغرى والأب يدعي الكبرى.

---

[1] ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات/ 4 /527

[2] اللخمي، التبصرة، 4 / 904

[3] مفتي المدينة الإمام الجليل الثقة أدرك جماعة من الصحابة وأخذ عنهم منهم أنس رضي الله عنه وعنه أئمة منهم مالك، قال مالك: ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة الرأي، توفي سنة 136هـ[753م]، مخلوف، محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت 1360هـ)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، علق عليه: عبد المجيد خيالي: دار الكتب العلمية، لبنان، ط: 1 / 2000، 1 / 70

[4] اللخمي، التبصرة، 4 / 904.

بعد سماع القاضي مقالة الخصوم ولا بينة، فلا يمين على الأب، ولو طلب الزوج اليمين ونكل الأب فلا يتم النكاح بنكوله.

ويحكم القاضي بقطع النكاح بطلقة واحدة على الزوج للتي أقر أنها زوجته منهما، ولها نصف الصداق[1].

الفرع السادس: دعوى نكاح امرأة متزوجة

المقالة: دعوى الرجل نكاح امرأة وهي متزوجة تحت عصمة رجل آخر، ودفعت دعوى المدعي بطول الغيبة واعتبرت أن الغيبة سبب للطلاق، فتزوجت من رجل آخر، وقال الزوج لا علم لي.

فعلى المدعي إقامة البينة على دعواه، فإن عجز لزم الزوج اليمين، وإن جاء المدعي ببينة تشهد له بالنكاح أعذر للزوج حتى يأتي بما يسقط البينة مع اليمين.

وإن عجز عن الدفع حكم القاضي بإرجاع المرأة إلى الزوج الأول المدعي مع يمينه ببينونتها منه[2]، قال ابن رشد: لو زعمت امرأة أن زوجها طلقها وبانت منه ولم يظهر إنكار، أو تزوجت وأنكر طلاقها لزمه اليمين، وإن لم يك معها شاهد لأن المدة الطويلة وعدم الإنكار من قبل كالشاهد العدل أو أقوى فتجب اليمين.[3]

الفرع السابع: دعوى رجلين نكاح امرأة وأنكرت إياهما

تجمع المطالب وتعقد المقالة مع إنكارها للدعوى

وسير الدعوى أن يكلف كل واحد من المدعين بالبينة على دعواه تثبت صحة النكاح مع ضرب الآجال في إحضار البينة.

---

(1) الونشريسي، أبي العباس احمد بن يحي الونشريسي (ت 914 هـ)، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأطرم، دار البحوث الاسلامية وإحياء التراث، الامارات، الطبعة الاولى: 2005 ص426 و427.

(2) المكناسي: مجالس القضاة والحكام، 200

(3) ابن رشد: البيان والتحصيل، 4 / 475

يوقف القاضي المرأة عند أمينة بدون حمالة عليها، فإن ثبتت بينة أحدهما أو سقطت بينة الآخر، ثبتت الزوجية لمن تثبت بينته، ولا يمين عليه ومكن من زوجته.

وإن أحضرا معا بينة أعذر لكل واحد منهما في دفع بينة صاحبه، وتبقى المرأة موقوفة عند الأمينة.

وجميع هذا إذا لم تدافع المرأة وتنكر دعواهما، فإذا دفعت الدعوى بالإنكار عقد لها الأجل في دفع بينة كل واحد منهما عليها.

فإن تكافأت البينتان سقطتا معا[1].

الفرع: الثامن: من أقر بنكاح امرأة هرب معها

الهارب بإمرأة أقر النكاح خلاف في الحكم عليهما:

ـ يقام الحدّ عليهما معا.

ـ يعاقبان لأن هروبهما إنما كان باسم النكاح لا باسم السفاح، وقال بعضهم: إذا هرب بالثيب وأقر النكاح فهما على النكاح، وإن هرب بالبكر فهما على السفاح[2].

الفرع التاسع: ادّعاء امرأة غياب زوجها وهي طارئة على البلد

إذا ادّعت الطارئة على البلد أمام القاضي أن زوجها غاب في باديته غيبة منقطعة ولا يعلم حالها من صدق أو كذب، وشكت الضيعة.

فالقاضي لا يحكم حتى يثبت ما يلي:

ـ كونها طارئة على البلد، وأتت من بلد بعيد.

ـ ويثبت تعذر الكشف عن حال الزوج الغائب

---

(1) المكناسي: مجالس القضاة والحكام 200 أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 3 / 441

(2) الونشريسي: المنهج الفائق، 2 / 472.

ـ يتبين أمرها حتى ييأس من بيان صدقها أو كذبها فيما ادّعته، ويثبت ذلك عنده.

وبعدها تحلف اليمين الواجبة أنها صادقة في دعواها.

ويحكم القاضي بإيقاع الطلاق ويوثق الحكم أنه أوقع عليها الطلاق[1]، أما إن كان الموضع قريب فإنها لا تصدق في دعواها.[2]

المطلب الثاني: دعوى التوكيل في النكاح وإقرار الولي

التداعي في الوكالة في النكاح إذا وكل أحد الزوجين طرفا في عقد النكاح وحدث نزاع حول صحة الوكالة، فإن المالكية يشترطون بينة أو إقرارا لإثبات الوكالة، وإذا أنكر أحد الزوجين الوكالة، يطلب من الذي يدعي الوكالة تقديم البينة أو يحلف المنكر اليمين، وسنعرض بعض المسائل في القضية وكيفية الحكم فيها.

الفرع الأول: إقرار الولي أنه زوج ابنتيه فلانا ثم أنكر النكاح[3]

فيمن أقر لرجل خطب ابنته أنه زوجها من فلان، وقام بذلك فلانا، وأنكر الأب ودفع بأنه فعل ذلك ردا لمن جاء خاطبا ابنته.

فإن ادعى المقر أنه زوّجه حلف اليمين، وثبت النكاح ببينة الإقرار في الخطبة.

وإن أنكر الإقرار حلف أنه قال ذلك دفعا لمن جاء يخطب ابنته يريد إيجاب النكاح له صدق في قوله.

---

(1) ميارة الفاسي: شرح لامية الزقاق، 255

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 3 / 470.

(3) الخرشي، شرح الخرشي، 3 / 159

الفرع الثاني: دعوى إنكار امرأة توكيل من زوجها[1]

إذا ادعى وكيل امرأة أنها هي أمرته بتولي النكاح بتوكيلها له، وأنكرت المرأة مقالة الوكيل ونفت تزويج وكيلها له.

فتحلف ما أمرته بأن يتولى نكاحها ولا رضيت به، فيسقط عنها النكاح ولا يثبت.

وهذا إذا تم عقد النكاح بلا شهود، وتقدم مذهب المالكية في الشهود كون أن الإشهاد مندوب في العقد وشرط في الدخول[2].

وقريب من هذه المسألة من زوج أخته البكر وتأخر الدخول، ثم طلب الولي الدخول وأنكرت البنت النكاح وادعت عدم العلم[3]، فالقول قولها وتحلف اليمين، إلا إذا قامت عليها البينة.

قال ابن القاسم: في الرجل يزوج أخته معه حاضرة في البلد وأنكرت، وقالت لم أرض ولم أوكله، ثم أقرت بعد ذلك إجازته، قال: لا أرى ذلك إلا بنكاح جديد[4]، أي يستأنفا عقد نكاح جديد.

الفرع الثالث: دعوى وكالة غائب في إبرام عقد النكاح

إذا ادعى رجل وكالة رجل غائب إبرام النكاح لابنته البكر وزوجها، ثم قدم الغائب وأمضى فعل العاقد الوكيل.

الإجراء القضائي، يكلف الأب إحضار البينة أنه كلفه بتزويج ابنته ويؤجل الولي والزوج في إثبات ذلك، فإن أتى بالبينة أقر النكاح بعد التلوم والإعذار، وإن عجز فلا يصدق ويفسخ النكاح بطلقة واحدة، وإن كانت المرأة ثيبا في هذه المسألة بقي النكاح على ما عقده الرجل، فإن أنكرت الزوجة العقد أعذرت.[5]

---

(1) المواق: التاج والاكليل، 5 / 73 و74

(2) ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 3 / 447. و4 / 439

(3) ابن الحكم: المختصر الفقهي، 189.

(4) ابن رشد: البيان والتحصيل، 4 / 267

(5) المكناسي: مجالس القضاة والحكام، 228.

الفرع الرابع: دعوى الزوج فسخ نكاح عقد ولي تم بغير موافقة المرأة

إذا ادعى الزوج أن الولي عقد نكاحه على المرأة دون رضاها وموافقتها، وطلب الفسخ وكانت حجته أنه لم يشهد على المرأة رضاها وإذنها على العقد.

الإجراء القضائي، يؤمر بإحضار الزوجة وتسأل عن النكاح، فإن وافقت قول الزوج بعدم رضاها فسد عقد النكاح، وإن أقرت أنّ عقد الولي تم برضاها وإذنها، فالقول قولها ويحكم بصحة النكاح.

وفي حالة صحة النكاح إن طلقها قبل الدخول لزمه نصف الصداق، وإن مات عنها لها الصداق والميراث.[1]

المطلب الثالث: التداعي في الشروط ولزومها

التداعي في شروط العقد: يمكن أن يتفق في عقد النكاح على شروط إضافية خاصة، مثل شرط المرأة على الزوج عدم الزواج بغيرها أو عدم الخروج من بلدها أو لا يرحلها من دارها، إذا وقع نزاع حول هذه الشروط، فإن فقهاء المالكية يلزمون الزوج بتنفيذ الشرط إذا كان مشروعا، ما لم يكن ينافي مقتضى العقد أو الشرع.

الفرع الأول: ادّعاء المرأة على زوجها شرطا في عقد النكاح

إذا ادعت الزوجة على زوجها شرطا تضمنه عقد النكاح كأن لا يرحلها من دارها وأنكر الزوج الشرط، تكلف المرأة إقامة البينة، فإن أقامت البينة ولا مدفع للزوج لزمه الشرط، وإن عجزت الزوجة عن إحضار البينة حلف الزوج وسقط الشرط المدعى به، وإن نكل عن اليمين ردت عليها فحتلف ويلزم الشرط.[2]

---

[1] المكناسي، مجالس القضاة والحكام، 229

[2] شرح الخرشي على مختصر خليل.3 / 170، الدردير، شرح الدردير على المختصر، 2 / 303

والأصل أن المسلمين على شروطهم، قال صلى الله عليه وسلم: {{المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحّل حراما، أو حرّم حلالا}}[1].

ولا تنفذ الشروط التي لا تفسد النكاح، فلا تلزم إذا لم تكن مقيدة بتمليك أو طلاق، كمن شرط عليه تأخير البناء، فالنكاح صحيح والشرط باطل، إلا إذا منع الدخول بسبب كصغر، كأن تكون البنت في سن لا تطيق الوطء أو لا يوطأ مثلها، فهو حق لأهلها في منع الدخول والشرط لازم[2].

ومن شرط ألا يدخل بزوجته سنة قولان:

ـ الشرط باطل ويدخل متى شاء.

ـ وجب الالتزام بالشرط إذا كانت صغيرة أو ما أشبه ذلك[3].

الفرع الثاني: دعوى الزوج إسقاط عنه الشروط

إن التزم والد الزوجة شروطا ليس لها إسقاطها إلا ما كان منها بأمر يدها.

ودعوى الزوج الإسقاط إذا لم يكن بيدها لا يوجب يمينا له عليها، ولو أقرت له بذلك لم ينفعها الإقرار[4].

الفرع الثالث: دعوى الرجل على صهره أنه تطوع بإخدام ابنته

إذا ادعى الأب على الزوج أنه ألزم نفسه وتطوع بإخدام ابنته، وأنكر الزوج ذلك.

---

(1) رواه الترمذي في "سنن الترمذي"، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس. ج 3 رقم: 1352.

(2) ابن رشد: البيان والتحصيل، 5 / 101.

(3) ابن الحكم: عبد الله بن الحكم القرشي المالكي ت 214، المختصر الكبير، تحقيق عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، القاهرة مصر، ط1، 2011، 195

(4) المكناسي، مجالس القضاة والحكام، 233.

فالأب مطالب بإقامة البينة فيما ادّعاه على الزوج، فإن عجز عن إقامتها حلف الزوج، وإن نكل عن الحلفان ردت اليمين على الأب، فإن حلف الأب لزم الزوج ما التزم به من إخدام زوجته[1].

ويشترط في لزوم الإخدام أن يكون الزوج متسعا موسرا غير معسر[2].

فإن عجز عن الإخدام وثبت أنه لا يطيقه سقط عنه الإخدام ولم تطلق عليه امرأته، لأن شرط الإخدام اليسر ويسقط عند العسر[3] وعدم القدرة. أما في حالة كانت الزوجة أهلا للإخدام لشرف قدرها وكون مثيلاتها تخدم، وجب على الزوج إخدامها بشرط أن يكون موسرا كما تقدم.

ولا يطلق عليه في كلتا الحالتين كما في دعوى الأب تطوع صهره لخدمة ابنته، أو في الزوجة ذات الشرف والمكانة والقدر حال عجزه عن الإخدام.

وهذا الحكم المشهور في المذهب أنه لا تطلق عليه لعجزه عن الإخدام.[4]

المطلب الرابع: التداعي في عيوب النكاح

نتناول المسائل المتعلقة بالعيوب التي تمكن أحد الزوجين من فسخ عقد الزواج، هذه العيوب قد تكون موجبة للفسخ تجعل استمرار العلاقة الزوجية غير ممكن أو صعبا كالعنة، أو عيوب يقع فيها الخيار والرد.

الفرع الأول: التداعي في عنّة الزوج

إذا ادّعت المرأة عنّة زوجها قبل أن يصيبها وأنكر قولها، فالقول قوله مع اليمين إن كانت ثيبتا، وإن كانت بكرا ففي المذهب قولان لمالك:

ـ القول الأول: قول الزوج مع اليمين كما في الثيب.

---

(1) الونشريسي، المنهج الفائق، 402

(2) النفراوي: الفواكه الدواني، 2 / 70.

(3) الونشريسي، المنهج الفائق، 402

(4) الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 185.

ـ القول الأخر: ينظر إليها النساء، فإن تبين أنها بكر فالقول قولها، وإن زالت عذريتها فالقول قوله مع اليمين[1].

وقال ابن القاسم: إذا أكذبته في دعوى الإصابة صدق مع يمينه كانت بكرا أو ثيبا[2].

ـ وينظره القاضي تربص سنة من تخاصمها، فإن استطاع أن يمسها وإلا الفراق.

فإن نكل عن اليمين ردت اليمين على المرأة، فإن حلفت فرق بينهم، وإن أبت الحلفان بقيا على النكاح.

وإن فرق بينهما الحاكم بعد مضي السّنة اعتدت المرأة عدة الطلاق[3]، ويثبت لها جميع المهر من أجل أنه استمتع بها وطال معها.

وحصّل في مذهب مالك أنه من فرق بينه وبين امرأته للعنّة بنكاح حادث فليس لها إلا نصف الصداق[4].

الفرع الثاني: عيوب الزوجين التي يقع فيها الخيار

تنقسم موجبات الخيار في النكاح إلى ثلاثة أنواع:

ـ اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة، وهما العيب والغرر بالحرية، كمن يتزوج امرأة على أنها حرة وظهر أنها أمة، فله ردها وكذلك العكس الحرة تتزوج الرجل على أنه حر فإذا هو عبد.

والثالث: عيب خاص بالمرأة وهو أن تعتق الأمة تحت زوجها العبد.[5]

---

(1) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2/ 564

(2) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 3 / 357

(3) مالك، المدونة، 2 / 186

(4) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2 / 564

(5) التسولي والتاودي، حلى المعاصم شرح تحفة الحكام، 496 / 497

والعيوب الموجبة للخيار أربعة، الجنون، والجذام، والبرص، والداء في الفرج[1].

ويثبت الخيار للسالم منهما الرجل والمرأة، فيؤجل صاحب العيب للدواء والعلاج، ثم بعد مضي المدة اللازمة يفرق بينهما أو يبقيا على النكاح[2].

فإن اطلع أحد الزوجين على عيب صاحبه مخالف لعيبه، كالجنون والبرص، فلكل واحد منهما القيام بالخيار، وإن كان العيب من جنس واحد كالجذام أو البرص كان له القيام دونها، لأنه بدل صداق لسالمة فوجد ما يكون صداقها دون ذلك وهو العيب[3].

ويرد النكاح بمرض الجذام، لأنه يخشى نقله للآخر منهما، وكما أنه لا تطيب نفس الواطئ منه، ويخشى على الولد منه وإن سلم كان في نسله[4].

ويرد النكاح إذا اطلع أن أحد الوالدين به جذام لأنه يخشى أن يظهر في ولد المتزوج، أو ولـــــد ولـــده.[5]

الفرع الثالث: العيوب التي ترد بها الزوجة

إذا علم بها الزج قبل البناء فلا صداق للزوجة إلا إذا رضي بذلك الزوج، وإن لم يعلم الزوج بها إلا بعد الدخول فإنه يرجع بالصداق على الزوجة، إلا إذا كان العيب ظاهرا لا يخفى فيكون الرجوع بالصداق على الولي.[6]

---

(1) داء الفرج الخاص بالنساء: الرتق: انسداد محل الوطء والتحامه، ويمكن علاجه إن انسد بلحم، وإن كان بعظم لا يصلح علاجه، والقرن: شيء يبرز في فرج المرأة مثل قرن الشاة لحما أو عظما، والعفل: لحم يبرز في الفرج. والبخر: نتن الفرج، والإفضاء: اختلاط محل الجماع ومسلك البول. التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام: 1 / 506 / 507

(2) التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، 1 / 497

(3) اللخمي، التبصرة، 4 / 1905،

(4) ابن عرفة: المختصر الفقهي، 3 / 362

(5) اللخمي: التبصرة 4 / 1894

(6) الباجي، فصول الاحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، 143 و144

ولا ترد المرأة بشيء من العمر أو الشلل والإقعاد والعور ونحوه، إلا مع اشتراط السلامة من العيوب فله ردها بوجود الشرط.[1].

وإذا ادعى أحد الزوجين العيب وأنكر صاحبه وكان العيب ممن يخفى عادة، قولان:

القول الأول: إذا ادعى عليها العيب، وأنكرت فالقول قولها ولا ينظر إليها النساء، وهو لابن القاسم.

القول الثاني: ينظر إليها النساء، وكذلك إذا ادعت هي عليه، قال ابن الهندي[2]: تصدق مع يمينها ولها رد اليمين على الزوج[3].

المطلب الخامس: التداعي في حصول الخلوة والدخول والوطء وعدم البلوغ

يعتبر الاختلاف في البلوغ وعدمه والخلوة الشرعية والمسيس من المسائل الهامة المتعلقة بأحوال الزوجين ويترتب عنها من تحققها وعدمه أحكام ترتبط بالنكاح وصحته والفسخ الطلاق وما يترتب عليهما.

وسنعرض مسائل قضائية تتعلق باختلاف الزوجين في البلوغ والوطء والخلوة الشرعية وكيفية الإثبات والحكم فيها بناءً على وسائل الإثبات والخبرة والكشف وما يراه القاضي مناسبا للوصول إلى الحكم النهائي.

---

(1) التسولي، البهجة، 1 / 508

(2) أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني، المعروف بابن الهندي، كان فقيهًا بارزًا وعالمًا بالشروط والأحكام. اعترف له فقهاء الأندلس بالثقة والكفاءة، وكان يعد مرجعًا معتمدًا. تتلمذ على يد أبي إبراهيم إسحاق بن إبراهيم، وروى عن قاسم بن أصبغ ووهب بن مسرة وعبد الله بن أبي دليم. كما التقى بأبي إسماعيل بن القاسم البغدادي، واستفاد منه في العلم والأدب. كان مقدرًا عند القاضي محمد بن السليم، وألّف كتابًا مفيدًا وشاملًا في علم الشروط، الذي أصبح مرجعًا للموثقين والحكام. ولد في عام 320 هـ وتوفي في 399 هـ. ـ ترتيب المدارك: القاضي عياض، 7 / 146 . 147

(3) اللخمي، التبصرة، 4 / 1906 والتاودي، حلى المعاصم: 497

الفرع الأول: دعوى اليتيمة عدم البلوغ عند الدخول

المقالة: دعوى اليتيمة المهملة عدم البلوغ بعد العقد عليها وشهادة الشهود على رضاها واعترافها بالبلوغ، وعند الدخول أنكرت الفتاة اليتيمة المسيس وادعت عدم البلوغ، وصدقها الزوج في عدم المسيس.

الإجراء: يأمر القاضي بالكشف عنها وينظرها القوابل، فإن وافق ما وجدوه صدقت في دعواها من عدم المسيس والبلوغ.

ويحكم بفسخ النكاح بطلقة واحدة ولا صداق لها لوقوع الفسخ قبل البناء[1].

الفرع الثاني: دعوى الرجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت التزويج وزعمت أنها أجيرة وغصبها فأحبلت وولدت، والزوج يدعي أن النكاح صحيح ولا بينة لواحد منهما في دعواه.

الإجراء القضائي: ينظر في أمر الرجل فإن كان لا يعرف بمثل ما رمته به من ادعاء وهي عنده مع طول المكث والإقامة والتقادم، فالقول قوله لأنه أصل شهد له فصار كالبينة.

وإن كان حاله غير معروف، فيكشف عن أمره حتى يعرف حاله وتبقى نفقة المرأة على الزوج المدعى عليها طيلة مدة الخصام، لأنه يعتبر مقر بصحة النكاح.[2]

الفرع الثالث: دعوى امرأة غير متزوجة المسيس

إذا أدخلت عليه امرأة غير متزوجة وادعت المسيس وأنكر الزوج، فالقول قولها مع اليمين ولها الصداق وعليها العدة، فإن لم يعرفها وظن أنها امرأته لم يحد، وعليه صداق المثل، وإن عرفها عليه الحد

وإن قالت ظننت أنكم زوجتموني إياه قبل قولها وثبت لها مهر المثل[3].

---

(1) البرزلي، مختصر فتاوى البرزلي، 128

(2) الونشريسي، المنهج الفائق، 219 / 220

(3) أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 4 / 500.

الفرع الرابع: دعوى الوطء بعد حصول الخلوة وإنكار الزوج

إذا حصلت الخلوة بين الزوجين وتحققت وادعت الزوجة أنه وطئها، وأنكر الزوج الوطء.

فالصحيح في المذهب أن القول قول الزوجة فيما تدعيه لأن ذلك ممّا لا يمكن الإشهاد عليه أو إحضار البينة فيه، ولأن العرف في جانب الزوجة فيما تدعيه من الوطء بعد حصول الخلوة الشرعية، فهو شاهد بما تدعيه، والعرف يشهد فيه أن الغالب من حال الرجال بعد التمكين والخلوة مع الصحة وسلامة الحواس أن يطأ الرجل زوجته، فكان القول لمن يشهد له العرف.

ولأن المتداعين إذا قوي سبب أحدهما بشهادة العرف، فإن اليمين تحصل من جهته وفي هذه المسألة تقديم العرف ولو أدى إلى إسقاط حق الزوج في إيجاب شيء عليه لم يكن ليلزمه، كالعدة عند دعوى الوطء.[1]

المطلب السادس: التداعي في الصداق وسائر حقوق الزوجة

يعد الصداق ثابتا للزوجة على الزوج، وهو شرط أساسي لصحة عقد الزواج، بل هو واجب شرعي يترتب على الزوج تجاه زوجته، ويظهر جدية التزامه بالعلاقة الزوجية، ومن هذا المنطلق أولى فقهاء المالكية عناية فائقة لأحكام الصداق وما قد ينشأ حوله من نزاعات وخلاف في الصداق واستحقاقه، وهو ما يعرف بالتداعي في الصداق.

والتداعي في الصداق قد يتناول عدة قضايا مثل تحديد مقدار الصداق وصفته، وإن كان (معجّل أو مؤجَّل كالئ إلى مدة) والوفاء به وعند حصول خلاف بين الزوجين حول هذه المسائل، يكون للقضاء دور في الفصل بينهما بناء على الأدلة والشهود، مع الأخذ في الاعتبار العرف السائد في المجتمع والتوافقات التي تم الإتفاق عليها في العقد بين الزوج والولي أو كيل الزوجة.

[1] القاضي عبد الوهاب، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، 2 / 1304.

الفرع الأول: التداعي في قبض الصداق

يحصل الاختلاف في الصداق على وجهين: قبل الدخول وبعده[1]

أولا: قبل البناء

فإن اختلف الزوجين قبل البناء في قبض الصداق، وادعى الزوج دفع الحال من الصداق على الوصف المذكور، وأنكرت الزوجة وقالت بعدم القبض للصداق، فالقول قولها مع يمينها أو يمين من هي في حجره، وإن ادعت الزوجة بعد موت زوجها أنها لم تقبض الصداق، فالقول قولها مع اليمين، فإن طلقها قبل البناء، فالقول قول الزوج مع يمينه، فإن نكل حلفت المرأة وكان القول قولها، وإن مات الزوجان وتداعى الورثة في دفع الصداق أصدق الورثة في دعواهم وكان القول قولهم.[2]

ثانيا: التنازع في الصداق بعد الدخول

تنازع الزوجان في الإصداق بعد حصول البناء، فالقول قول الزوج إن ادعى دفعه قبل البناء مع يمينه لأن الدخول براءة منه، وإن ادعى دفع الصداق بعد البناء، فالقول قول الزوجة مع يمينها، ويراعى في القضية تأثير العرف لأن الدخول بالزوجة دليل يشهد له العرف بصحة دعوى الزوج في إصداق زوجته قبله لأنه الغالب في العادة، ويرفع به الأصل الذي هو عمارة الذمة وشغلها فتبقى الذمة عامرة على الأصل، ولا عرف غالب يشهد معه فيصار إلى الأصل وهو عمارة الذّمة.

وإن ادعى الزوج أنه دفع بعد البناء أنه دفع المهر الكالئ لها أو لوليها قبل البناء، وأنكرت الزوجة فالمعتبر قول الزوج مع يمينه أنه دفع الكالئ قبله.

---

[1] ميارة الفاسي، شرح تحفة الحكما، ج1 / 186 / 187

[2] مالك: المدونة، 2 / 165، التاودي، حلى المعاصم، 462 / 464

وإن اختلفا بعد البناء في دفع مالم يحل منه قبل البناء، فالقول قول الزوجة مع يمينها، وفي هذه الحالة أن الكالئ إذا حلّ قبل البناء فللزوجة منع نفسها من الدخول حتى تقبض المهر الكالئ [1].

الفرع الثاني: تنازع الأب والزوج في وضع الصداق

دعوى وضع الصداق من قبل الأب عن الزوج، فإن أقر الزوج أنه كان يغشاها في بيت أبيها، وقام الأب يطلب الرجوع عليه بالصداق، ودفع الدعوى أنه لو علم أن الزوج قد رآها لم يحط عنه الصداق.

فإن كان كتاب المبارأة انعقد قبل الدخول بها ولم يكن له مدفع فيمن شهد عليه بالإقرار لزمته المبارأة وعليه جميع الصداق بما نكحها عليه[2].

وإذا ادعت الزوجة أو وليها أن الزوج أخذ الجهاز كله أو بعضه، وأنكر الزوج الدعوى، فالقول قوله مع اليمين، وله ردّ اليمين إذا نكل على الأب أو الزوجة، ولا يكلف أكثر من ذلك إلا إذا ضمن، فإن هلكت غرم إلا أن تقوم بينة على هلاكها أو يطول المكث والزمان عليها فتخلق فعندئذ يحلف ويبرأ.[3]

الفرع الثالث: قبض الصداق وإبراء الزوج

حالات يبرأ الزوج من قبض الصداق

ـ قبض المرأة الثيب المالكة لأمر نفسها صداقها براءة للزوج

ـ البكر اليتيمة الباغة حد التعنيس.

---

[1] . ابن عبد الحكم، ابي محمد عبد الله بن عبد الحكم (214هـ)، المختصر الكبير، 193

[2] الونشريسي، المنهج الفائق، 2 / 411 / 412

[3] ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 90 والبرزلي، مختصر فتاوى البرزلي، 446

ـ قبض الأب صداق ابنته البكر براءة للزوج، وأيضا قبض الوصي أو القاضي براءة للزوج.

إذا أقر الأب المريض بالقبض عند العقد بشرط أن يكون الزوج موسرا، فإن كان معدما لا يصدق.

ـ الوكيل لا يبرأ الزوج بقبض الصداق إلا بمعاينة الدّف[1].

الفرع الرابع: مطالبة الزوجة المحجورة بكالئها بعد موت زوجها

المولى عليها إذا توفي زوجها وطالبت بأخذ كالئها، يقضى لها به وتؤخر يمين القضاء إلى حين خروجها من الولاية، فإن نكلت بعدها ردت المال، ويحلف الأب يمين القضاء على كالئ ابنته[2]، والمشهور في المذهب أنها تحلف ولا تؤخر[3]، والخلاف في حلف الغرماء المحجور عليهم ثلاثة أقوال لفقهاء الأندلس:

ـ يحلف المحجور عليهم ويستحقون.

ـ يحلف أوصياء المحجور عليهم.

ـ لا يمين على المحجور ولا على وصيه، ويؤخر المحجور عليهم إلى حين الرشد.[4]

الفرع الخامس: دعوى المحجور عليها في مال زوجها المتوفى

أفتى البرزلي بوجوب اليمين في امرأة محجور عليها توفي عليها زوجها أنها غابت على مال زوجها، وتبين أنه محجور عليها في حجر الوصي ثم تبين رشدها بعد عامين، وطالب الورثة الإنفصال في تركة الزوج المتوفى.

---

(1) البرزلي، مختصر الفتاوى، 447 وابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 97 / 98

(2) ميارة الفاسي، شرح لامية الزقاق، 328، ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 2 / 222

(3) خليل، ضياء الدين الجندي خليل ابن اسحاق المصري، ت 776هـ، التوضيح في شرح المختصر، تحقيق عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، مصر، ط: 1/ 2008، 6 / 178.

(4) ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 2 /222

الإجراء القضائي، أنها تحلف على ما أنكرته وعلى ما ادعت هلاكه في زمن الحجر عليها، فإذا حلفت برئت، وإن نكلت توجه عليها الحق، وهذا بعد رشدها.[1]

المطلب السابع: التداعي في الجهاز والمتاع

يتناول هذا المطلب التنازع بالتفصيل في أنواع المتاع والجهاز بين الوصي والأب والزوجان، وهل هو على سبيل الهدية أو العارية، كما يميز بين ما يعتبر من ممتلكات الزوج أو الزوجة. وفي حال عدم البينة التي تثبت الحق والملكية، يلجأ القاضي إلى العرف لتحديد صاحب الحق في المتاع.

الفرع الأول: تنازع الوصي واليتيمة في الجهاز

لو أن الوصي قام بتجهيز عروس يتيمة بما حصل من معجل نقدها وزاد عليه ممّا اكتسبه لها من غلات الأصول لها ولإخوتها، فأراد الوصي أن يبذل لأخوتها عوض ما جهزها به من أنصبتهم في الغلات، وادعت اليتيمة أن حق الجهاز هبة من تركة الأب، وأنكر الوصي دعواها.

الإجراء والحكم: القول قول الوصي، ويعطى الإخوة من نتاج الغلّات حسب قدر ما جهزت به أختهم اليتيمة[2].

ومن مثيلات هذه الصورة صورة أخرى، إذا ادعى الأب أنه جهز ابنته بنقدها المعجل ولم يظهر ما يكذبه، فالقول قوله في ذلك بما قبض من صداقها، وإن كان مدعيا، لأن العرف يشهد له به، وعليه اليمين بما تعلق في ذلك من حق الزوج.

وإنما كان العرف شاهدا له ومثله الوصي، كون الأبكار واليتيمات ليس يدفع إليهن المال، قال تعالى: ﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَآءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا**﴾ النساء[5]، فنهى الشارع أن تدفع إليهن الأموال ليلا يفسدوها ويبذروها[3].

---

(1) الونشريسي، المعيار المعرب، 9 / 81 وميارة الفاسي، شرح لامية الزقاق، 273.

(2) الونشريسي، المنهج الفائق، 2 / 407 وابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 91

(3) ابن رشد: البيان والتحصيل، 5 / 71

ويضمن الصداق الأب أو الوصي إذا دفعه الزوج إليهم ببينة، أو يقر الأب أو الوصي بالقبض.

ولو ادعى الأب أو الوصي أنه جهزها بماله الخاص كلف البينة، والقول قول الزوج في ذلك.[1]

وإن ادعت البنت أن الأب لم يجهزها بنقدها، فإن كان الأب حيا حلف إن كان لها زوج، وإلا فلا يمين عليه عند البينة بإبراز الجهاز.

ولو ادعى الأب أنه جهز ها بميراث أمها، فلا تقبل دعواه[2].

ولو ادعى الاب أنه جهز ابنته بمالها من مال ورثته من أمها أو غيرها، وأنكرت البنت الدعوى، كلّف الأب البينة لقوله تعالى: ﴿**فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا**﴾ النساء[6].

ولو ادعت الأم أنها جهزت ابنتها بما قبضته من مهرها، وأنكر الزوج المقالة لزم على الأم إقامة البينة على صحة دعواها وما يوجب البراءة منه، فإن عجزت عن الإتيان بالبينة توجهت اليمين إلى الزوج ليحلف[3].

الفرع الثاني: التنازع في تحديد نوع المرسل من الزوج إن كان على سبيل الهدية أو العارية أو المهر

يختلف الحكم في كل ما أرسله الزوج إلى زوجته باعتبار تسمية المرسل من حلي وثياب وغيره قبل البناء، ثم يقع الفراق بطلاق أو فسخ[4].

---

(1) ابن سلمون، نفس المصدر، 90

(2) البرزلي، فتاوى البرزلي، 446

(3) البرزلي، مختصر الفتاوى، 137

(4) ميارة، الاتقان والإحكام، 1 / 187 وابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 4 / 486

فإذا كان ما أرسله الزوج على سبيل الهدية، فلا يرتجع منه شيئا كان ذلك قبل الطلاق أو بعده، أو مات الزوج أو ظلت في عصمته إلا إذا فسخ النكاح قبل البناء بسبب من أسباب الفسخ، فله ارتجاع ما بقي إن لم يفت عدا ما ضاع أو استهلك منها، فلا تطالب به الزوجة ولو طلق عليه لعدم النفقة.

وإن أرسله على سبيل العارية وأشهد عليه فله إرجاع ما بقي منه، أكان طلق أو مات أو فسخ النكاح أو كانت زوجته لا تزال في عصمته. وإن ادعى أن الهدية أرسلها لتكون مهرا وأنكرت الزوجة مقالته ودفعت أنه كان تبرع منه، فالواجب عليه حلف اليمين، فيما ادعاه، فإن حلف لها الخيار في ردّ ما أرسله أو مسكه، ويحسب من الصداق.[1]

ويلحق بهذه القضية دعوى الاختلاف في مقدار المهر أو صفته وجنسه.

فإن كان الاختلاف في مقدار المهر قبل البناء قال ابن عرفه: القول قول المرأة، ويخير الزوج في تمام ما ادعته إلا تحالفا وفسخ النكاح ولا شيء لها،[2] وقال ابن شاس: إن تنازعا في قدر المهر أو صفته مع بقاء الزوجية، فإن كان قبل البناء تحالفا وفسخ النكاح.[3]

وصورة المسألة: كأن يقول الرجل تزوجتك على كذا دنانير تركية، وتقول المرأة، بل كانت دنانير زنجية[4].

الإجراء القضائي: يرتفعا إلى الحاكم ويكلف كل واحد منهما البينة فيما ادعاه، فإن عجزا عن البينة أو قدّما بينة لا يعرفها القاضي ولا زكّيت عنده كعدم تزكية الشهود، حكم بينهما بالتحالف بعد الإعذار إليهما حسب ما جرى عليه العمل، وهو مدة واحد وعشرون يوما[5]، وإن

---

(1) الكافي، الشيخ العلامة محمد بن يوسف الكافي، إحكام الإحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، ط: 1/ 1991، بيروت لبنان، 74. ميارة، الاتقان والاحكام شرح تحفة الحكام: 1 / 58

(2) ابن عرفة: المختصر الفقهي، 4 / 49

(3) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 485

(4) المواق: التاج والاكليل، 5 / 232

(5) الحطاب، مواهب الجليل، 3 / 536

حلف أحدهما ونكل الأخر، فالقول قول الحالف، وإن نكلا جميعا كان بمنزلة إذا حلفا معا، وقال مالك: إن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه، وقالت جماعة: القول قول الزوجة في حدود مهر مثلها، وقول الزوج فيما زاد على مهر المثل.[1]

الفرع الثالث: دعوى الأب أن ما جهز به ابنته كان بعضه عارية

إذا ادعى أن ما جهز به ابنته أو بعضا منه كان على سبيل العارية ليجمّلها به بعد حصول الدخول ومضى مدة من الزمن.

فالقول قول الأب فيما ادعاه مع اليمين سواء صدقته ابنته أو أنكرت دعوى والدها في كون بعض ما جهزها به كان عارية، فالأب مصدق في دعواه، ولا يلتفت إلى إنكار ابنته ولا إلى إقرارها، لأن العرف عضّد قول الأب في دعواه، وهو معروف عند الناس أن من شأنهم يستعيرون المتاع والأثاث ليجمّلوا به ويكثرون به الجهاز[2]، وليس للزوج فيه مقال إلا أن يطول الزمان ثم ادعى الأب حيازة المتاع مع طول الزمان، فهو عرف يشهد له للزوج فيكون له مقال ويصدق الزوج حتى لو أقرت الزوجة بأن المتاع يعود لوالدها ووافقت دعوى أبيها، فلا يلتفت لإقرارها ولا لدعوى الأب.

ويشترط لقبول دعوى الأب في ادعاء عارية بعض الجهاز شرطان:

الشرط الأول: الحدثان بالبناء وعدم طول الحيازة للمتاع بعد الدخول

الشرط الثاني: أن يكون ما بقي من بد دعواه وفاء بالمهر[3]

الفرع الرابع: تنازع الزوجان في متاع البيت

تنازع الزوجان في متاع البيت من أثاث وجهاز، وادعى كل واحد منهما ملك المتاع، فينظر في جملة النتاع ما يليق بالرجل كالسّكين والسّيف والكتب والدّواة والفرس، فيحكم به للرجل مع

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 54

(2) ابن رشد: البيان والتحصيل، 5 / 86 / 87

(3) التاودي: شرح تحفة الحكام، 114

يمينه عليه، وما يليق بالنساء كحلي والطّست والقبقاب والبسط واللّحاف، فهو للزوجة وتحلف عليه وتستحقه.[1]

وإن كان المتاع المتنازع فيه يليق بكل واحد منهما، كالرقيق والثياب التي يلبسها الرجال والنساء ففيه خلاف على قولين:

القول الأول: يحلفان معا ويتقاسمان الشيء المتنازع فيه وهو لابن القاسم.

القول الثاني: أنه للزوج مع يمينه مالم تقم بينة فيعمل به، وهو لمالك وهو المشهور[2].

وإن نكل المدعي فيمن توجهت إليه اليمين فيما يليق به من أثاث ومتاع البيت يحلف الآخر ويستحق، لأن نكول المدعي كالشاهد عليه، فيحلف المدعى عليه ويستحق.[3]

[1] التاودي، شرح تفحة الحكام: 115

[2] التسولي، البهجة شرح التحفة، 1 / 475

[3] ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 190

الفصل الثاني

دعـــاوى الطلاق والخـــلع وسائر أنواع الفرقة، وما يتعلـــق بها من إقرار وإنكار

الفصل الثاني: دعـــاوى الطلاق والخـــلع وسائر أنواع الفرقة، وما يتعلـــق بها من إقرار وإنكار

تعد دعاوى الطلاق، والخلع والفرقة من أبرز المسائل التي يحويها باب الأحوال الشخصية، وهي قضايا تتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية وما يترتب عليها من حقوق والتزامات، وتشمل هذه الدعاوى عدة أنواع من الفراق بين الزوجين، مثل الطلاق بإرادة الزوج، والخلع الذي يتم بناء على طلب الزوجة مقابل عوض، والتفريق القضائي لأسباب متعددة كالضرر أو العيب

وسنبين في هـذا الفصل معنى الفرقة وأنواع الطلاق ومسائل متعددة تخص قضايا التنازع في الطلاق والفرقة وطرق سيرها وما تخضع لـه من إجراءات والحكم فيها وفق قواعد وإجراءات المذهب المالكي من الإقرار وإنكار، والبينات اللازمة لإثبات أو نفي دعوى الطلاق أو الخلع.

المبحث الأول: الفُرقة مشروعيتها وأنواعها

حرص الإسلام على تأسيس أسرة مستقرة من خلال دعوته إلى الزواج والترغيب فيه، ومع ذلك في حال استحالة استمرار الحياة الزوجية أو تعذر سبل الإصلاح، أباح الإسلام الطلاق لكلا الطرفين، بالإضافة إلى أنواع أخرى من الفرقة مثل اللعان، وينظر إلى الطلاق أنه حل للرابطة الزوجية وإنهاؤها بشكل كلي وتثبيت ذلك بحكم القاضي، أي أنه طريقة ووسيلة لحل عقد النكاح الشرعي.

نتناول في هذا المبحث مفهوم الطلاق ومشروعيته وأنواعه وسائر أنواع الفرقة

المطلب الأول: حقيقة الطلاق وحكمه وأركانـــــــــــــــــه

الفرع الأول: مفهوم الطلاق في اللغة والاصطلاح

الطلاق لغة: يأتي بمعنى الحل، نقول حلّ القيد ورفع الوثاق، سواء كان حسيا كقيد الفرس، أو معنويا كقيد النكاح.[1]

اصطلاحا: صفة حكمية ترفع حلّية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر، ومرة لذي رقّ حرمتها عليه قبل زوج.[2]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مادة طلق، 2 / 606

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 86

شرح قيود العريف: فقوله صفة حكمية ترفع أبلغ وأوكد من المنع، وزاد حلّية لأن المتعة لا ترفع وإنما يرفع المتعلق بها، كما أن المطلقة رجعيا لا يحل التلذذ بها، والخلف في التلذذ بالنظر إليها.

وقوله الزوجة: خرج به المتعة بغيرها.

وقوله: موجب تكررها مرتين خرج به صور كثيرة ترفع المتعة كالإحرام بالصلاة والحج

ويدخل في التعريف الخلع وإنما الحدّ هنا لبيان معنى الطلاق لا ما يوجب الطلاق، والخلع موجب للطلاق[1].

الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق من الكتاب والسنة

من الكتاب قوله تعالى: ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ البقرة [229]، قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**﴾ البقرة [230]. قوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ الطلاق [1]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾ البقرة[231].

ومن السنة المطهرة وردت أحاديث في بيان أحكام الطلاق وكيفية إيقاعه

قوله صلى الله عليه وسلم لما طلق عبد الله ابن عمـر امرأته وهي حائض: {{مـره فليراجعها فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العـدّة التي أمر الله أن تطلق لـها النساء}}[2].

وفعله صلى الله عليه وسلم أنه طلق حفصة بنت عمر ابن الخطاب ثم راجعها، وطلق العالية بنت ظبيان وكان يقال لها أم المساكين.

---

[1] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، 271 و272 و273

[2] أخرجه البخاري، باب الطلاق ن حديث رقم 4908، وصحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض، حديث رقم: 17 / 14

وأجمع المسلمون قاطبة أن الطلاق حق للرجل، وأوّل من طلق إسماعيل عليه السلام، ودلّ عليه من القياس أيضا أن العشرة إذا استحالت بين الزوجين ولم يمكن بقاء الزواج ومعاشرة الزوجة وفسد بينهما ولا يكاد يسلم الزوج دينه معها وجب الفراق[1].

الفرع الثالث: حـــــكم الطلاق

الأصل في الطلاق الإباحة لقوله تعالى: ﴿**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾ البقرة[236]، وقوله صلى الله عليه وسلم: {{أبغض الحلال عند الله الطلاق}}[2]، ومعنى الحديث الطلاق يكون لسوء العشرة لا للطلاق لإباحته بالنص الشرعي، وكما أنه من فعله صلى الله عليه وسلم.

ويكره الطلاق إذا أدّى الزوجان ما عليهما من حقوق، أي كل واحد منهما يؤدي حق صاحبه، فيستحب البقاء لأنه لا سبب معتبر شرعا أو حاجة تدعوا إليه، فيكون الطلاق عبثا، وإن استحال العيش وفسد ما بينهما وجب الفراق كما تقدم على من خاف على دينه مع بقاء الزوجة عنده،[3] وحفظ الدّين مقدم في ذلك.

وذكر العلماء أنه إن كانت المرأة غير صيّنة في نفسها استحب طلاقها، إلا أن تتعلق بها نفس الزوج وصعب عليه فراقها لقوله صلى الله عليه وسلم: {{في الذي قال له إن زوجتي لا ترد يد لامس، فقال له: فارقها، قال: إني أحبّها، فقال: أمسكها [4]}}.

وقال بعض أهل العلم أنه كنىّ عن يد اللامس فيكون المراد تبذيرها المال وبذلها الطعام، فلا ترد من يطلبه منها.

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل، 11 / 19

(2) اخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، رقم: 2178، ابن ماجة، كتاب الطلاق، حديث رقم: 2018، ج650/1.

(3) الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 19

(4) ابن حجر، التلخيص الحبير، 3 / 452

ويكون الطلاق حراما إذا خيف من ارتكاب كبيرة الزنا، وتعلق كل واحد منهما بالآخـــر[1].

الفرع الرابـع: أركـــــــان الطلاق

لتحقق وقوع الطلاق لابـــــد من أهـــل ومحـــل ولفـــــظ أو ما يقوم مقامـــــه

الركن الأول: المطـــلق

يشترط فيه أن يكون مسلما مكلفا عـــاقلا حرا غير مكره، فلا يقع من الكافر طلاق ولا غير البالغ، ولا من المجنون ونحوه؛ ممّا يزول به الاستشعار كالنوم والإغماء[2]، وفي الكافر قول أن الكافر يلزمه الطلاق، فإن أسلم بعده أحتسب له به، كما أن طلاق الصبي في المشهور عن مالك لايقع حتى يبلغ، ويقع طلاق السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته، فألزم الطلاق إن وقع منـــــه على هذا النحو، وهو أيضا من ناحية التغليظ عليه والتشديد[3]، ويقع طلاق المريض وترثه زوجته نقيضا لمقصوده من إيقاع الطلاق بها قصد حرمانها من الميراث. [4].

وأمـــا من أكره على إقاع الطلاق بضرب أو سجن أو تخويف، فإنه لا يلزمه.

الركن الثاني: اللفظ أو ما يقوم مقامه من الفعل

ينقسم الطلاق باللفظ الى صريح وكناية

اللفظ الصريح وهو ما لا ينصرف عنه بنية صرفه[5]، كلفظ أنت طالق أو مطلقة، فلا يفتقر إلى نية في إيقاعه.[6]

ولفظ الكناية ينقسم إلى كناية ظاهرة وخفية

---

[1] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 91

[2] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 508

[3] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 44 / 133

[4] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3 / 102

[5] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 162

[6] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 509

فالكناية الظاهرة وهو ما ينصرف عنه بها، أي ما جرى العرف أن يطلق بها في اللغة والشرع، ومثاله: كأنت بائنة وخلّية وبريّة، حبلك على غاربك، أو اذهبي واعتدي أو بمعنى التسريح، فلا تقبل دعوى منه أنه لم يرد بـها الطلاق، أو أنه أراد دون الثلاث في المدخول بـها، إلا إذا كان ذلك على وجه الخلع وسنبين ذلك في عقد بابه.[1]

أمـــا الكناية الخفية أو المحتملة، وهو ما يتوقف به دلالته عليه بها، نحو اذهبي وانصرفي، انطلقي وأغربي، أنت حرة معتقة، فتقبل دعواه إن أراد الطلاق بأحد هذه الألفاظ.

وهناك ألفاظ ليست من الصريح أو الكناية وتحتاج إلى نية لإيقاعه، نحو كأسقني الماء، وقيل لا يقع طلاق بها.

ويلحق بالكناية الخفية حروف الطلاق أو بعضها، كأنت منطلقة أو مطلوقة، فلا يلزم به الطلاق ولا يقع إلا مع النية، وهو الكناية الخفية المحتملة.[2]

أو يسقط بعضا من الحروف في اللفظ نحو كأنت طال، فهو أيضا من الكنيايات الخفية ولا يقع إلا بوجود النية[3].

الركن الثالث: المحل أو المطلقة

المطلقة هي الزوجة سواء كانت في عصمة الزوج أو دخلت في العدة قبل أن تنقضي عدتها من الطلاق الرجعي، وكذا الطلاق البائن[4]، ولا ينفـــذ طلاق الأجنبية، وأما تعليق الطلاق على الأجنبية بشرط التزويج، فإن عمّ ذلك جميع النساء لم يلزمه عند مالك وأصحابه، وإن خصّ لزمه الطلاق كأن يقول: إن تزوجت فلانة فهي طالق[5]

---

[1] ابن شاس، نفس المصدر، 2 / 509

[2] ابن عرفة، نفس المصدر، 4 / 1162

[3] النفراوي، الفواكه الدواني، 2 /34

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، 152

[5] ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 3 / 103

المطلب الثاني: في الطلاق وأقسامه

وينقسم من حيث موافقته للسنة أو مخالفته لها إلى طلاق سني وطلاق بدعي.

الفرع الأول: ينقسم الطلاق إلى طلاق سني وطلاق بدعي

و طلاق السنة هو الذي أذنت فيه السنة، كونه مباحا وجائزا[1]، وليس المراد أن الطلاق سنة لأن أبغض أحلال الى الله الطلاق، وطلاق السنة أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة، ثم يدعها تمضي عدتها ولا يتبعها طلاقا، فإن أراد ارتجاعها له ذلك ما دامت في عدتها، وإن كره ذلك تركها تكمل العدة حتى تبين منه[2].

هذا الطلاق السني، وفي مقابله الطلاق البدعي ومنه ما هو حرام ومنه ما هو مكروه، وسيأتي تبيان ذلك.

وصورة السني أن تكون الطلقة الواحدة بطهر لـــــم يمسها فيه، وفي مقابلته إن كان أكثر من طلقة واحدة فهو طلاق بدعي مكروه.

. أن يوقع الطلقة في حال الطهر، فإن طلق في حال الحيض أو النفاس كان بدعيا لأنه يطول على المرأة عدتها، وان كان اكثر من طلقة كأن يطلقها ثلاثا لزمه ذلك الطلاق.[3]

. أن يكون ذلك الطهر الموقع فيه الطلاق لم يمسها فيه، فإن مسها فيه وأوقع الطلاق كان بدعيا، والسبب في ذلك أنه في هذه الحالة لا تدري المرأة بأي عدة تعتد [4]، هل بالإقراء أو بوضع الحمل، فيلبس عليها عدتها، وقد يحصل الحمل فيندم أو عدم تيقنه من الحمل إن أتت بولد وأراد أن ينفيه عند استبراءها.[5]

---

[1] الخرشي، شرح الخرشي على خليل، 4 / 27، النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 31

[2] الخشني، أصول الفتيا، 191

[3] ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 220

[4] القرء، هو الوقت الذي بين الدمين، والعدة تنقضي بدخولها في الحيضة، بداية المجتهد، 3 / 110

[5] الخرشي، شرح خليل، 4 / 27

ومتى انخرم بعض هذه الأوصاف خرج الطلاق من السنة إلى البدعة[1]، ويخرج من عدة الأقراء الصغيرة واليائسة والمستحاضة الغير مميزة، فلا يقع الطلاق بدعيا فيهن وكذا الحامل[2]، قال تعالى: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ الطلاق[4]، ويطلق الصغيرة واليائسة متى شاء، ويستحب أن يستقبل بها الأهلة، وعدتها تكون بالأشهر كما في النص القرآني.

ويحرم الطلاق البدعي إن وقع في الحيض والنفاس، ويلزم إن وقع ويجبر المطلق على الرجعة فيما كان منه رجعيـــا، وليس له أن يطلق مرة أخرى إلا أن تطهر من الحيضة الثانية التالية للحيضة المطلقة فيها، فإن طلق في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلق فيها كره ذلك.[3]

والطلاق على ضربان، أي السني، طلاق بائن ورجعي، فالرجعي هو الذي يملك الزوج فيه الرجعة من غير اختيار المرأة، ويشترط أن يكون مدخولا بها لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**﴾ [الطلاق 1]

والطلاق البائن يكون إما من قبل الدخول، وقبل عدد التطليقات بعد الدخول، ومن جهة العوض في الخلع، وطلاق العنين والفسوخ وكلها كالردة والرضاع[4].

وطلاق الحر ثلاث طلقات ويسمى الكامل، والناقص طلاق العبد ويكون طلقتان.

وفي تمام ثلاث تطليقات يحرم القد، فلا تحل المطلقة إلا بنكاح مشروط بأن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا وأن يطأها وطئا مباحا، فلا لا يطأ في الإحرام أو الحيض، وأن لا يكون قصد التحليل لمن طلقها، وأن تبين منه بطلاق أو فسخ او موت.[5] والبائن دون ثلاث تطليقات لا تحل لزوجها إلا بعقد جديد وصداق ورضها[6].

---

(1) القاضي عبد الوهاب، التلقين، 11 / 125

(2) الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 38

(3) القاضي عبد الوهاب، نفس المصدر، 1 / 125

(4) ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 83

(5) القاضي عبد الوهاب، نفس المصدر، 1 / 124

(6) النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 32

وإن طلق ثلاثا في طهر لم يمسها فيه أو مس فيه أو في حيض لزمه الطلاق، ومن طلق في طهر لم يمسها فيه أكثر من طلقة واحدة فهو عند مالك غير مطلق للسنة، ولزمه العدد الذي طلق بـــــه، والسنة عند مالك في الموضع لا في العدد، فطلاقه في الطهر سنة أكان طلق واحدة أو ثلاثا وسواء كانت متفرقات او مجتمات[1].

الفرع الثاني: النيابة في الطلاق

تنقسم النيابة في الطلاق إلى ثلاثة أقسام: توكيل، وتخيير، وتمليك.

التوكيل:

هو جعل إنشائه بيد الغير باقيا منع الزوج منه فله عزل الوكيل منه قبل إيقاعه، ورسم الوكالة في كتابه[2].

شرح التعريف: أن يوكل الرجل المرأة على طلاقها، فلها أن تفعل ما وكلها عليه من الطلاق وله أن يعزلها مالم تفعل ذلك[3].

التمليك:

جعل إنشائه حقا لغيره راجحا في الثلاث يخص بها دونها بنية أحدهما.[4] فحقيقة التمليك ان يملكها أمر نفسها، وليس له عزلها عن ذلك، فيجعل الطلاق بيدها.[5]

والصيغة في التمليك كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها كقوله: أمرك بيدك طلقي نفسك.[6]

---

[1] ابن عبد البر، الكافي في عمل أهل المدينة، 2 // 573

[2] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 250

[3] ابن جزي، القوانين الفقهية، 155

[4] ابن عرفة، نفس المصدر، 4 / 250

[5] ابن جزي، نفس المصدر، 155

[6] الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 92

التخييـر:

جعل الزوج إنشاء الطلاق لغيره ثلاثا حكما أو نصا عليها حقا لغيره.

وحقيقته أن يخيرها بين البقاء معه أو الفراق[1]، فلها فعل الطلاق متى أحبت، فإن اختارت الفراق وقع بالثلاث إلا أن يخيرها بطلقة واحدة أو اثنتين خاصة.

ويتضح الفرق بين الخيـــار والتـــمليك والتوكـــيل

أن المطلقة في الخيار ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث بأن يقول لها: اختاريني أو اختاري نفسك.

فالخيار يقتضي إيقاع طلاق تنفك به رابطة الزوجية،[2] لأنه لما كانت الطلقة الواحدة لا تبينها منه علم أنه إذا خيرها وأراد الطلاق فإن ذلك يؤول إلى الثلاث.[3]

ويترتب على هذا بعض المسائل في حال الاختلاف والإنكار، فلا يحل للزوج أن يقربها حتى تجيب في التخيير أو التمليك لا في الوكالة، لأن للزوج القدرة على عزلها، وإن وطئها في الوكالة وهي مكرهة كان ذلك عزلا[4].

وفي الخيار والتمليك إن مكّنته من مقدمات الجماع سقط خيارها، ومن قالت أكرهني أو أخذني غفلة، وادعى الزوج أنها أطاعته فالقول قولها مع يمينها.

وإن ادعى على المملّكة، فالقول قولها وإن مكّنت نفسها بعد أن أعلمها وادّعت الجهل لم تعذر، وإذا أصابها أي وطئها، وادّعت الإكراه فالقول قوله مع يمينه، وخلاف ما تقدم من مقدمات الجماع كالتقبيل، فالقول قولها مع اليمين.[5]

---

[1] النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 44

[2] ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 92، الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 91

[3] مالك، المدونة، 2 / 272

[4] الحطاب، نفس المصدر، 2 / 92

[5] الزرقاني، شرح خليل، 4 / 232

الفرع الثالث: الرجعة

لما كان الطلاق على ضربين رجعي وبائنن اختلف حكم الرجعة بعد كل نوع من الطلاق، ويقتضي أن يكون في هذا الجنس حكمان: [1]

رجعة من طلاق رجعي، ورجعة من طلاق بائن.

أولا: الرجعة من طلاق رجعي

اتفق الفقهاء أن للزوج حق رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها قال تعالى: ﴿**وبعولتهن أحق بردهنّ**﴾ البقرة[228].

وأركانها المرتجع والمحل والصيغة.

أما المرتجع فيكون أهلا للنكاح فلا بد أن يكون عاقلا بالغا، وطلاق غير البالغ لا يلزم، وطلاق وليه يعد خلعا.

الصيغة، من قول أو فعل، كقوله: رجع، وراجعتك، رددتها إلى النكاح، ورفعت التحريم، وما يجري مجراها من الألفاظ.

وتحصل الرجعة بالفعل، بشرط أن يقترن بالنية كالوطء والتقبيل والمباشرة، ولا يشترط الإشهاد في صحة الرجعة عند مـــالك، وإنما هو مستحب،[2] ولا يمنعها إحرام ولا مرض ولا إذن سيد لعبد، وإذا وطء أثناء العدة ولم ينوي به الرجعة فلا تكون رجعة، وتستبرئ بثلاث حيضات وله مراجعتها بالقول والإشهاد ما بقي له من عدتها التي وطئها فيها، وليس له مراجعتها مدة الاستبراء الزائد على العدة لمائه الفاسد، وقيل تحصل الرجعة بالفعل إن عري عن النية.[3]

---

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 104

[2] مالك، المدونة، 2 / 232 وابن جزي، القوانين الفقية، 155

[3] ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 241، الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 100، والرزلي، مختصر فتاوى البرزلي،188

ثالثا: المحل، وهو الزوجة وتكون في المدخول بها التي تحيض مالم تدخل في الحيضة الثالثة إن كانت حرة، والحيضة الثانية في الأمة، وإن كانت المطلقة ممن لا تحيض لصغر سنها أو ليأس تعتد بالأشهر[1].

ويشترط أن يكون النكاح صحيحا، فإن كان فاسدا ينظر فيما إذا كان مما يفسخ بعد الدخول، فلا رجعة فيه، وإن كان مما لا يفسخ فله الرجعة[2]

ثانيا: الرجعة من طلاق بائن

حكم الرجعة من الطلاق البائن حكم ابتداء النكاح، فيحتاج في ذلك ما يحتاج إلى إنشاء عقد من اشتراط الصداق والولي وإذن المرأة سواء كـــان الطلاق قبل الدخول أو بعد الدخول، وكذلك فــي الخـلع [3].

والمعتبر فيه أن يكون بعد انقضاء العدة إلا المطلقة ثلاثا لا تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجا غيره ويحصل الوطـء.[4]

ويمنـــــع الإحــرام والمرض مـــــن رجـــعة المطلقة طلاقا بائــنا، كـما يمنعان من إنشاء عـــــــقد النكاح[5].

---

[1] العدوي، ابو الحسن الصعيدي العدوي، ت 1189 هـ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ البقاعي ن دار الفكر، بيروت لبنان، ب، ط ن 1994، ج2/ 82/81

[2] الحطاب، مواهب الجليل، 4 / 100

[3] المكناسي، مجالس القضاة، 269

[4] ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 106

[5] ابن جزي، القوانين الفقية، 155

المطلب الرابع: في الفرق بين الطلاق والفسخ والخلع

الخلع[1] هو خلع العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها[2]، وله ثلاثة أحوال:

حال يحرم فيه العوض، وآخر يكره، والثالث يجوز فيه العوض.

. يحرم إذا كان الخلع بسبب الزوج كأن يكون مضرا بها مؤذيا متعمد الإساءة، فتبدل الزوجة له العوض حتى يوقع الطلاق للتخلص من أذاه وظلمه.

وحكمه نفاذ الطلاق ويرد البدل للزوجـــــــة.

والآخر، أن يتعلق بالعوض كأن يكون خمرا أو خنزيرا أو كل ما يحرم تملكه، فيلزمه الطلاق ولا شيئ له فيه.

والخلع مباح لقوله تعالى: ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ**﴾ البقرة[229].

ومن أحكامه أنه له أن يتزوجها برضاها في العدة كما تقدم، ولا نفقة لها ولا يحصل التوارث بينهما[3].

فإن خالع امرأته على أن تؤخر عنه دينا لها عليه إلى أجل من الآجال قال مالك: الخلع جائز ولها أن تأخذه بالمال حالا إذا جاء أجله وحل، لأن الكالئ دين من الديون.[4]

ومن أهم الفروق بين الطلاق والفسخ والخلع ما يلي:

- أن الخلع ليس بفسخ عند مالك، وإنما هو طلاق بائن، فإن راجع المختلع امرأته بنكاح جديد كانت عنده تطليقتين، ومن نوى بالخلع تطليقتين أو أكثر لزمه ذلك، والدليل أن الزوج يأخذ عوضا على إرسال ما يملكه، فهو يملك الطلاق دون الفسخ.

---

(1) الخلع، بذل جميع ما أمهرها به، ويطلق على اسماء منها، الفدية (وتكون بأكثر منه)، والمبارأة (اسقاط حقها عنه قبل البناء)، ينظر بداية المجتهد، 3 / 89، المواق، التاج والاكليل، 4 / 08

(2) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 494

(3) ابن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، 154 و، القاضي عبد الوهاب، التلقين، 1 / 131

(4) القاضي عياض، وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الاحكام، 306

- الطلاق انتهاء للعلاقة الزوجية من قبل الزوج، وله ألفاظ مخصوصة.
- الفسخ حل لعقد النكاح من أصله ويكون بحكم القاضي أو بالشرع بسبب ما يمنع بقاء العقد واستمراره، كالفسخ بسبب عدم الكفاءة أو ردة الزوجة، بينما أسباب الطلاق كثيرة أو يكون بلا سبب وإنما لرغبة الزوج بفراق امرأته.[1]
- الفسخ لا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، بينما الطلاق والخلع يحسب له، قال ابن عبد البر: أن الفسخ إذا عاد الزوجان بعده إلى النكاح فهما على العصمة الأولى وتكون المرأة عند زوجها على ثلاث تطليقات[2].
- لا يثبت الفسخ لمجرد التراضي كالخـــــلع.
- الفسخ قبل الدخول لا تستحق به المرأة شيئا، وأما الطلاق فلها نصف المهر.
- الطلاق يكون من عقد نكاح صحيح، بينما الفسخ يقع من نكاح صحيح أو فاسد. [3]

المطلب الخامس: في الإيلاء والظهار واللعان

يعد كل من الإيلاء والظهار واللعان من الأحكام الشرعية المتعلقة بقضايا النكاح، ولكل منها أحكام مفصلة تعالج قضايا تخص التنازع بين الزوجين بما يراعي حقوق كلا الطرفين، وقد تناول فقهاء المالكية ببيان شروطها، وآثارها، وكيفية تطبيقها، وأحكام الكفارة والتفريق، حيث تختلف في بعض جزئياتها عن غيرها من المذاهب، وفيما يلي نتناول هذه المسائل وفق أحكام الفقه المالكي

الفرع الأول: في الإيلاء وأحكامه

أولا: مفهوم الإيلاء، حلف الزوج على ترك وطء زوجته لغير مصلحة يلزم الحنث فيها يوجب خيارها في طلاقه بعد انقضاء مدة التربص[4].

---

[1] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، 2 / 292و293، ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 91

[2] ابن عبد البر، الإستذكار، 6 / 181

[3] ابن عبد البر، الاستذكار، 6 / 181

[4] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 293

دليله قوله تعالى: ﴿**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيم**﴾ البقرة [226 . 227].

ثانيا: أركـــــــــــانه:

- الحالف، الزوج، وشرطه أن يكون مسلما مكلفا حرا كان أو عبدا له القدرة على الجماع، ولو سكران أو أخرس إذا فهم الإشارة أو الكتابة لأعجمي.[1]
- المحلوف به، صفاته تعالى النفسية أو المعنوية، إذ الحلف بها يعقد اليمين، أو ما التزم به على نفسه من عتق أو صيام أو صدقة.
- المحلوف عليه، هو جمـــاع الزوجـــة بكل لفـــظ يقتضي ذلك، ومن قال لأجنبية عنه لا أجامعك سنة، ثم تزوجها قبل مضي ثمانية أشهر صار موليا.
- المـدة، فترة تزيد على أربعة أشهر للحـــر، وأكثر من شهرين للعبد[2].

ثالثا: أحكام الإيلاء

يوقف الزوج بعد انقضاء مدة أربعة أشهر فإما يـــــفيئ أو يطلق[3]، على أن يكون ترك الوطء لغير مصلحة، كمن حلف على ترك وطء زوجته المرضع مـــدة رضاعها حتى تفطم، فلا يكون موليا لأن الوطء بعد الولادة يؤذي الولد غـــــالبا[4].

ولا يقع الطلاق إلا بعد انقضاء مـــــدة الأجل، ويبدأ احتساب الأجل من اليمين إن كانت صريحة في ترك الوطء، فإن لم يطأ ترفعه إلى القاضي إن شاءت فيأمره بالفيأة، فإن وطـــئ فلا إشكال وإن أبى طلق عليه، ولا تحصل الفيأة إلا بمغيب الحشفة في القبل لا مع إكراه، لأن الوطء مع الإكراه لا ينتفي معه قصد الإضرار بالزوجة[5].

---

(1) ابن جزي، القوانين الفقهية، 159

(2) النفراوي، الفواكه الداوني، 2 / 46

(3) ابن رشد، بداية المجتهدن 3 / 118، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 544.

(4) مالك، المدونة، 2 / 340.

(5) النفراوي، الفواكه الدواني، 2 / 47

ويقع الطلاق من الإيلاء رجعي، لأن الأصل كل طلاق يقع بالشرع يحمل أنه رجعي، ويتكرر الإيلاء إذا راجعها ولم يطأها[1].

وفي المطالبة بحقها إذا انقضت المدة، فإن رضيت لم يسقط حقها ولها العود، وإن كان بالزوج مانع طبيعي كالمرض فلها المطالبة بالفيئة بوعده لها وتكفير اليمين، وإن كان المانع شرعيا كالإحرام والصيام فلها المطالبة ويطلق عليها.[2]

الفرع الثاني: في الظهار

الأصل في الظهار التحريم، ولأنه كبيرة قال تعالى: ﴿**الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ**﴾المجادلة[2]، والظهار كناية عن الوطء، لأن الظهر موضع الركوب، والمرأة مركوبة حين الغشيان، فمن ظاهر لزمه ذلك نحو قوله لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي في جعلها حراما كأمــه[3].

ودليل حكم من ظاهر على امرأته قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ**﴾ المجادلة[3].

وما ورد من السنة من حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة لما ظاهر منها زوجها أويس بن الصامت

وأركانه أربعة: المظاهر، والمظاهر عنها، واللفظ، والمشبه به.[4].

المظاهر يشمل المسلم العاقــل وإن كان سكران ولا يشمل المكره والسفيه ولا يلزم الكافر، ويختلف الظهار عــن الإيــلاء في الحـكم على الكافر، فالايلاء إذا رفعــت الزوجــة للحاكم

---

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، 3 / 120

(2) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2/ 549

(3) اللخمي، التبصرة، 5 / 2287

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية، 160

حــكم بـــه، لأن الحـق لهـــا في الإيــلاء، وقــد تسقطه بإرادتها، أما الظهار فهو حــق لله فـــلا يســقط دون إيجاب الكـــفارة[1].

. المظاهر عنها، وهي المرأة حرّة كانت أو أمـــة، مسلمة أو كتابية.

. اللفظ، وينقسم إلى صريح وكناية

فالصريح كأن يقول: أنت عليّ كظهر أمي، والكناية كأن يقول: أنت وأمي مثل وسواء، أو يظاهر برحم محرم من نسب أو محرم من رضاع[2].

واختلف إن نوى بالتحريم ما عدا الوطء، فقال لا أمسك، أو مضاجعتك كظهر أمي، قال مالك: لا يعقد به الظهار[3].

ثالثا: وأحكام الظهار

يحرم على المظاهر الجماع والاستمتاع والمباشرة، ولا يلمس شيئا من جسدها ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها حتى يكفر عن إرادة العود بأحد ثلاثة على الترتيب: [4]

. العتق، ثم الصوم إن تعذر، ثم الإطعام إن تعذر.

. عتق رقبة مومنة خلوة من العيوب وطرف من حرية، وأن تكون خالية من شرط كالعوض، أو مشتراة بشرط العتق، لأن هذا الشرط ينقص من قيمتها.[5]

. صيام شهرين متتابعين، فإن انقطع التتابع وجب الاستئناف[6]، وفطر المريض لا يقطع التتابع عند مالك، بخلاف فطر السفر ومرضه، وأجزأه فطر يومي العيد في البناء، وإن دخل عليه شهر رمضان صامه لفرضه وأكمل ظهاره بصوم شوال وما بعده [7]

---

[1] العدوي، حاشية العدوي شرح كفاية الطالب، 2 / 104.

[2] مالك، المدونة، 2 / 307

[3] اللخمي، التبصرة، 5 / 2291

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، 160

[5] العدوي، نفس المصدر، 2 / 105

[6] ابن الجوزي، نفس المصدر، 161.

[7] المواق، التاج والاكليل، 5 / 449.

والتتابع في كفـــــارة الظهـــــار فرض التنزيل، فلا يعذر في تفريقه بالنسيان على قول المشهور فـــــــــي المذهب[1].

. إطعام ستين مسكينا مدّان بمدّ النبي صلى الله عليه وسلم، لكل مسكين من جنس زكاة الفطر من عيش المكفر[2]، ولا يطعم إلا من كان حرا مسلما، ولا يجزئ إطعام أحد من أقاربه، فإن أطعم من لا تلزمه نفقتهم أجزأه إن كانوا محاويج.[3]

الفرع الثالث: اللعان وأحكامه

اللّعان حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم القاض[4].

شرح قيود التعريف: خرج بقوله: أو نفي حملها اللازم له غير اللازم له، فلا لعان له فيه كأن أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد.

وخرج بقوله: وحلفها، ما إذا حلف ونكلت وثبت الغصب عليها، وأنكر الزوج ولدها، فلا لعان عليها، واللعان عليه وحده.

وخرج بقوله: بحكم القاضي، فاللعان من غير حكم ليس لعان.[5]

والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع.

قال تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ**﴾ النور[6].

---

(1) ابن رشد، البيان والتحصيل، 5 / 193.

(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، 161

(3) المواق، التاج والاكليل، 5 / 450

(4) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 360.

(5) العدوي، حاشية العدوي شرح كفاية الطالب، 2 / 108

وفي الحديث الصحيح: أن هلال ابن أمية لاعن زوجته على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسلم.[1]

والإجماع منعقد عليه، ولا يعرف اختلاف بين الأمة [2].

ثانيا: وأركانه اربعة:

الملاعن، والملاعــنة، والسبب، واللفظ.

الملاعن والملاعنة، وهما الزوجان، شرط أن يكون الزوج مسلما، إلا إذا تقدم الكفار لقضاة المسلمين، فيحكمون لهم بحكم الاسلام فيه.

ـ أن يكونا حرين أو مملوكين عدلين، أو فاسقين.

والسبب، وهو دعوى الزنى الزوجة بشرط عدم الوطء بعد الرؤية، فإن كانت الدعوى خالية عن الرؤية حد للقذف.

ـ نفي الحمل، مع شرط أن يدعي عدم الوطء لأمد يلحق به شرط الإسيتبراء بحيضة.

ويلاعن الأعمى بدعوى الاستبراء ويعتمد على ظنه وهو المشهور كأن يقول سمعت الحس[3].

وأما لفظه، يقول الملاعن أربع مرات: أشهد بالله لقد رأيتها تزني، وفي نفي الحمل يقول: أشهد بالله لقد زنت، أو ما هذا الحمل مني، ويقول في الخامسة: لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين.

وتقول المرأة أربع مرات: أشهد بالله ما رآني أزني، وفي نفي الحمل تقول: ما زنيت والحمل منه، وتقول في الخامسة، غضب الله عليّ ان كان من الصادقين.

ويصح من الأخرس إن كان يفهم بالإشارة أو بالكتابة.[4]

---

[1] اخرجه البخاري، حديث متفق عليه، باب القذف، كتاب الشهادات، 2/ 949 / رقم: 2526

[2] العدوي، حاشية العدوي، 2/ 108

[3] المواق، التاج والاكليل، 5 / 457

[4] ابن جزي، القوانين الفقهية، 161.

مسألة: اجتماع اللعان والبينة

إن قدر الزوج على إقامة البينة فله اللعان، لأنه يستفاد به ما لا يستفاد بالبينة من نفي الولد، والحاجة داعية إليه سواء مع وجود البينة أو عدمها[1].

ثالثا: أحكام اللّعان .

. سقوط الحـــــد عن المتلاعينين.

. نـــفي الولد وتـــــأبيد التحريم.

فإن إلتعن ونكلت الزوجة أو اعترفت لم يقع الفراق، وحدت حد الزنا، فإن كانت مدخولا بها رجمت، ويرثها زوجها، وإن كانت غير مدخول بها عليها مائة جلدة، وبقيت زوجته.

. وإن كانت كتابية عوقبت، وقيل تحدّ حدّ البكر.

. وإن أكذب الزوج نفسه ثبت نسب الولد، وحدّ الزوج ولا تحل له زوجته إلا بنكاح جديد باعتبار أن اللعان فسخ، وقيل تطلق عليه وله ارجاعها وتبقى له طلقتين.[2]

. وإن مات الزوج قبل تمام اللعان فلا لعان عليها، وإن تم لعانه ثم مات ولم تلتعن ورثته، وإن إلتعنت بعد موته فلا ميراث لها ولا عدة، وإن نكلت ورثته ورجمت، وإن ماتت بعد تمام لعانه ورثها، قال مالك: لعلها تصدقه.[3]

---

[1] القاضي عبد الوهاب البغدادي، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، 2/ 781 رقم: 1451

[2] اللخمي، التبصرة، 5 / 2461

[3] ابو زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 5/ 310

المبحث الثاني: دعاوى الطلاق وسائر أنواع الفرقة وما يتعلق بها من إقرار وإنكار

تشمل دعاوى الفرقة مسائل الطلاق والخلع والتفريق القضائي، وما يرتبط بها من قضايا انفصال الزوجين، وتعد هذه الدعاوى من أبرز القضايا التي تنظر فيها المحاكم الشرعية، نظرا لتأثيرها العميق على حياة الأسرة لذلك نالت هذه الدعاوى اهتمامًا خاصا في الفقه والقضاء، بهدف ضمان حفظ الحقوق وتحقيق العدالة بين الزوجين.

ودعاوى الفرقة هي الدعاوى التي يقيمها أحد الزوجين لإنهاء العلاقة الزوجية لسبب شرعي معترف به، كحالة الطلاق أو الخلع، أو التطليق لضرر، أو عدم الإنفاق، وأيضا في الظهار واللعان والإيلاء وكل ما يدعوا إلى حصول الفرقة.

المطلب الأول: التداعي الحاصل بسبب الطلاق

يتضمن المطلب بعض مقـــالات الزوجين في التداعي في الطلاق وأسبابه قبل وبعد الدخول، والحـــــكم القضائي فيها.

الفرع الأول: دعوى الزوجة الطلاق بعد البناء وإرخاء الستور

عقد المقالة: إذا خلا الزوج بزوجته اهتداء[1]، وأرخى الستور[2] وخلى بينه وبينها، ثم حدث الطلاق، وادعت الزوجة المسيس والوطء لتأخذ المهر كاملا، وأنكر الزوج المسيس ونفاه.

الإجراء القاضي والحكم: القول قول الزوجة كانت متلبسة بمانع شرعي كالحيض، ولو كانت محرمة مع الخلوة فتستحق جميع المهر كاملا مع يمينها.[3]

لأن إرخاء الستور كشاهد عرفي فتحلف معه وتستحق من المهر ما كان مقدما عند حلف اليمين، وما كان كالئ تستحقه عند حلول الأجل، سواء كانت رشيدة أو سفيهة.

---

(1) اهتداء بمعنى سبقت اليه أو جيئ بها اليه، وهديت المرأة الى زوجها هداء وهي مهدية، التاودي، حلى المعاصم: 590، والمواق: التاج والاكليل، 5 / 184.

(2) ارخاء الستور عند مالك وجميع أصحابهن لا يوجب المهر كله ن وانما هو شبهة يوجب ان يكون القول قول الزوجة في دعوى المسيس، ينظر ابن رشد، البيان والتحصيل، 5 / 117

(3) ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 240، التسولي، البهجة، 1 / 590 و591 ومحمد الكافي، شرح تحفة الحكام، 109/108

واختلف في نــظر النساء في البكر والمشهور عدم النظر ويكفي الخلوة ودعوى المرأة وإنكار الزوج ثيبا كانت أو بـكرا، وقيل ينظرها النساء فإن وجــدن أثر الافتضاض صدقت، وإلا فالـــقول قول الزوج.[1]، وقد تقدم ذكر هذا في التداعي في المهر.

وإن صدقته الزوجة وأقرت بالمسيس وكانت يتيمة مولى ليها أو صغيرة لم تبلغ المحيض ومثلها يوطأ، وأقرت له بعد الخلوة بعدم المسيس قبل قول الزوج وسقط عنه نصف المهر، لأن العرف يشهد بصدقهن كما في الحيـــض والعدة والولادة. وهذا معنى قاعدة (أن الصداق لا يجب إلا بدعوى الزوجة [2]).

ولو حدث اتفاق على عدم المسيس بين الزوجين بعد البناء بعام وما قرب منه قال مالك: لها المهر كاملا لطول المكث الذي يحصل به التلذذ[3].

وإن نكلت الزوجة عن اليمين حلف الزوج وليس لها إلا نصف الصداق، فيمينه كالشاهد العرفي، وإن نكل الزوج أيضا بعد نكولها وجب لها الصداق كاملا لأن نكوله تصديق لها.[4]

وهذه إحدى صور إثبات الحق فإن نكل المدعي عليه بعد رد اليمين عليه غرم، لأن نكوله سبب يقوي دعوى الطالب وهنا المدعى إرخاء الستور شاهد عرفي.[5]

والقــاعدة أن النـكول بعد النـكول تصديق للنـــاكل الأول.[6]، وهو هنا الزوجـــة المدعـية، لأن نكـول الزوج المدعى عليه سبب ثـان يقوي دعوى الزوجة، لأن الحـــق لا يثبت بسبب واحد كما لا يثبت بشـــاهد واحـد.

---

[1] ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 /5 و6

[2] ابن رشد، البيان والتحصيل، 5 / 116

[3] المواق، التاج والاكليل، 5 / 184.

[4] ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 241

[5] الكافي شرح تحفة الحكام 109

[6] ميارة، نفس المصدر، 1 / 241

وقد تقدم أن إرخـــــاء الستور يعد شاهدا واحدا عرفيا، وأضيف إليه نكول المطلوب فتقوى بذلك السبب.

وحاصله في إثبات الحق بعد النكول صورتان،

الأول: وقد تم بيانها في باب الدعاوى واليمين والنكول وهي المعروفة المشتهرة في قاعدة القضاء أن المدعى عليه بنكوله يرفع الدعوى فتنقلب اليمين على المدعي حيث لا بينة، فإن حلف استحق وإن نكل بـــــرئ المدعى عليه ولا شيء للطالب.

والصورة الثانية: وهي التي معنا على أن يكون مع المدعي شاهد واحد، وهو إرخـاء الستور شاهد عـــرفي، فـإن نـــكل المدعي مع الشاهد وهو هنـا عرفي ردّت اليمين على الزوج المدعى عليه، فإن حلف فلا صـداق لها وتستحق النصف لأنه تحقق عدم الدخول، وإن نـــــكل غرم[1]، فتستحق بذلك المهـــــر كاملا.

الفرع الثاني: دعوى الزوجة الطلاق

دعوى الزوجة أو وكيلها الطلاق على أن زوجها طلقها طلقة واحدة بائنة ملكت بها أمرها وأنكر الزوج مـــا ينسب إليه من ادّعاء الزوجة أو وكيلها، كلّفت الزوجة البينة على صحة دعواها، فإن تمكنت من إثباتها أعذر للزوج، فإن عجز عن الدفع طلقت عليه وعليها العدة، فإن كانت ممن تحيض أجبر على المسكن لها، وإن كانت ممن لا تحيض لصغر سنها أو ليأس، فثلاثة أشهر تعتد بها، وإن كانت حاملا فبالوضع[2].

ولا يرى مالكا توجه اليمين على الزوج إلا أن تأتي بشاهد واحد أو امرأتين يحلف على تكذيبهما وبقيت له زوجـــة، ومع هذا للاحتياط في كونها صادقة، فإن حلـــف تمتنع عنه إلا أن

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 331

[2] المكناسي، مجالس القضاة والحكام، 259/ 260.

يأتيها وهي كــارهة ولا تتزين لـه، فذلك يخرجها من الإثـم، وإن قدرت على الافتداء بمالها فعلت ذلك. [1]

أما إذا نكل الزوج عن اليمين، فثلاثة أقوال في المذهـــب:

القـــول الأول: يسجن حتى يحلف أو يطلق، وهـــو قــول مالك وعليه جرى العمل في الفــتوى والقــضاء، فإن أبى الحلف يحبس أبـدا ولم يمض مالك الطلاق عليه[2].

وقال ابن القاسم: إن طال سجنه خليّ بينه وبين زوجته وإن لم يحلف.[3]

القــول الثاني: تطلق عليه إذا نكل وتعتد من يوم الطلاق.

القول الثالث: يفرق بين نكوله إن نكل بشاهد واحد أو بشهادة امرأتين، فإن كان بشاهد واحد يحلف، وإن كان مع شهادة امرأتين ينظر في حالهما، فإن كانتا ممن تجوز شهادتهما في الحقوق يحلف وإلا فلا يمين عليه بـعد النكول، وقال سحنون لا يحلف مع شهادة المرأتين.[4]

وهذا إذا أتت بشاهدين يعرفان الزوج بعينه واسمه، وشهدا بطلاقه لزوجته المدعية باسمها وعينها، وقيدت شهادتها بالتاريخ من ذكر اليوم والشهر والسنة، فإن قبل القاضي شهادتهما أعذر القاضي الزوج إن ادعى مدفعا، ويوسع عليه في الآجال[5]، فإن أتى بمدفع من شاهدين يثبتان وجود عداوة قديمة ومطالبة في أمور الدنيا بين شهود المدعية والمدعى عليه.

---

(1) مالك: المدونة، 2/ 96، واشترط مالك في حلف الزوج بشهادة المرأتين أن تكونا ممن تجوز شهادتهما في الحقوق. نفس المصدر، 2 / 97

(2) المكناسي، نفس المصدر، 259 / 260

(3) مالك، نفس المصدر، 2 / 96

(4) المكناسي، مجالس القضاة، 260

(5) ابن العطار، الفقيه الموثق محمد بن احمد الاموي المعروف بالعطّار ت 399هـ، الوثائق والسجلات، حققه: سالمنيتا كورينطي، مجمع الموثقين، المعهد الاسباني العربي للثقافة، ب/ ط، مدريد 1983، 524/ 525

فإن قـبل القاضي شهادتهما بما ثبت عنده مـــا شهدا به يعذر للزوجة المدعية، فإن ادعت مدفعا أجل القاضي لها وتلوم عليها، فإن ثبت عجزها دعت إلى يمين زوجها مع ما بقي لها من شاهد العدل الواحـــد[1]

ولا يرى مالك توجه اليمين على الزوج إلا أن يأتي بشاهد واحد أو امرأتين يحلف على تكذيبهما، كما تقدم في اشتراط مالك في حلف الزوج أن تكونا المرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق.[2]

وفقها: تبقى نفقة الزوجة على الزوج طول مدة الخصام لأنـه منكر ومقر بالزوجية، ولا تسقط دعوى الطلاق النفقة عليها.[3]

الفرع الثالث: تحرير وثيقة وصك الطلاق

يذكر فيها اسم الزوجين وصفة الزوج والزوجة بعد الاطلاع على كتاب النكاح، وذكر عدد الطلاق وما نوعه إن كان طلاقا رجعيا أو خلعا أو طلاقا باتا. فإن كان قبل الدخول يكتب في ظهر الوثيقة احترازا من إخراج البراءة عن الزوج، فتتزوج بها وهي في عصمة زوجها مع طلقة واحدة أو ثانية، أو ثالثة بانت منه كونه لم يدخل بها مع بيان ذكر نصف الصداق.[4]

وإن كان بعد الدخول ذكر عدد الطلقات إن وقع سنيا، فإن أسقطت عنه شيئا ذكرته وقيمته بطوعها من غير ضرر ولا إكراه وقبوله لذلك، ومن ثم الإشهاد عليه.[5]

---

(1) ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 130

(2) مالك: المدونة، 2 / 97

(3) المواق، التاج والاكليل، 4 / 195

(4) ذكر الونشريسي قصة نقلها عن بعض الاشياخ في امرأة تحيّلت على رجل وطلبت كتابة وثيقة الطلاق ومعها عقد مبارأة، فشهد لها من بالمجلس عليه وعليها بالمضمون، وتم الطلاق فأخرجت صداقها فيه اسم الرجل الذي في المبارأة وطالبته بصداقها فلم يمكن للرجل من الانكار ودفع اليها ما طالبته. الونشريسي، المنهج الفائق، 171

(5) الذخيرة، للقرافي، 345/10، ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 107، ابي اسحاق الغرناطي، الوثائق المختصرة، 126/125

الفرع الرابع: دعوى الرجـــــعة

من طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم أراد رجعتها فادعت انقضاء عدتها، وأنها قد بانت منه، وأكذبها الزوج في دعواها قبلت دعواها والقول قولها مع يمينها [1].

وينظر في ذلك، فإن كان مضى من الزمان ما تنقضي فيه العدة صدقت والقول قولها.

فإن أشهد على رجعتها وقالت بعد ذلك بيوم أو أقل أن عدتها انقضت قبل أن تشهد على رجعتها، فالقول قول الزوج ولا تصدق في دعواها.

وإنما صدقت في الأول لأنها مجيبة، فرّدت الرجعة بدعوى انقضاء العدة، وفي الثاني منه أشهد على رجعتها ثم أنكرت بعد سكوتها مـــدة يوم أو أقل، فكان بمنزلة تمكينها من رجعتها فلا تصدق والقول قول الزوج[2].

قال سحنون: أقل مدة تصدق فيها أربعون يوما[3]، وذكر صاحب اللاّمية أنه لا تصدق في انقضائها في أقل من ثلاثة أشهر، وبعد ثلاثة أشهر تصدق في انقضاء عدتها وعدم انقضائها، والمشهور أنها تصدق في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين[4].

وإن ادعت سببا في الدعوى كسقط أسقطته، فالقول قولها، وإن كان بعد الطلاق بيوم واحد، ولا يمين عليها ولو أكذبها الجيران[5].

قال صاحب المختصر: وصدقت في انقضاء عدة الأقراء، والوضع بلا يمين ما أمكن[6].

قال مالك: ولا يمين عليها وإن أكذبها الزوج وهي مصدقة فيما قالت، لأن النساء مأمونات على فروجهن ولا ينظر إلى قول الجيران [7].

---

(1) ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 244

(2) مالك، المدونة، 2 / 235، ابن عرفة، المختصر الفقهي، 4 / 285

(3) التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، 1 / 596

(4) ميارة الفاسي، شرح لامية الزقاق،449

(5) ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 244

(6) المواق: التاج والاكليل، 5 / 409

(7) مالك، المدونة، 2 / 237

الفرع الخامس: في تحر ير وثيقة الرجعة

وثيقة الرجعة:

بعد البناء[1] طلق الزوج فلان ابن فلان زوجته[2] الفلانية ابنة فلان، طلقة واحدة رجعية أولى أو ثانية، يملك بها رجعتها إلى انقضاء عدتها، وإذا انقضت عدتها فلا سبيل له عليها إلا بأمرها ورضاها، وعقد جديد وصداق، ويلزم المطلق النفقة والكسوة فترة العدة، وإن توفي أحدهما خلال العدة ورث أحدهما الآخر، وله مراجعتها فترة العدة دون إذنها، وأشهد بذلك في الصحة والجواز من عرفه بتاريخ[3] كذا وكذا، فإن أرجعها أثبت ذلك أو يكتب إقراره بالرجعة الشرعية وردها إليه وصار حكمها حكم الزوجات مع التأريخ، وإن وقع الطلاق الرجعي في حيض أو نفاس فهو طلاق حرام ممنوع، ويجبر على الرجعة، فإن أبى حكم عليه بها من الحاكم أو القاضي[4] ما دامت في العدة، وله أن يسجنه القاضي أو يضرب بالمجلس، وإن وقع الطلاق في الطهر الذي مسها فيه كان مكروها[5].

الفرع السادس: دعوى الخلع الواقع عن إضرار

إذا ادعت الزوجة أن الخلع وقع عن ضرر[6]، فلها العود فيما اختلعت بـه، وإن جاء في عقد الخلع أنـه لا إكراه ولا ضرر، وأنها استقطت البينة المسترعاة [7]، فجميعه لا يضرها إذا ثبت الضرر.

---

(1) البناء يعبر عنه بالدخول والخلوة وارخاء الستور، ويعبر عنه بالوطء، القاضي عياض، مذاهب الحكام في نوازل الاحكام، تحقيق محمد بن شريفة، دار الغرب الاسلامي، ط/ 2 / 1997، بيروت لبنان، 306

(2) ينبغي لمن أتاه رجل وامرأة، وتزعم أنه زوجها، وتطلب الطلاق، وليس معهما كتاب النكاح، يثبت الزوجية، فلا يكتب الطلاق أو الرجعة حتى يطلب كتاب ووثيقة الطلاق.، ينظر الونشريسي، المنهج الفائق، 171.

(3) الاصل الذي عليه العمل بالتاريخ أن يكون بالليالي، وهو اشعار بأن الشهر قمري، تسبق الليلة نهارها في دخوله، مع تغليب التأنيث في ذكر التاريخ وذكر الباقي من الشهر لا السابق وهو الاجود. الونشريسي، نفس المصدر، 259

(4) التاودي، شرح تحفة الحكام، 129

(5) الذخيرة، القرافي، 10 / 346، ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 107

(6) ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 116

(7) الاسترعاء: هو طلب الحفظ، ويسمى ايداعا، وهو اشهاد الطالب أنه طلب فلانا وأنه أنكره وأنه تقدم بالبينة ومتى أشهد بتأخيره إياه حقه فهو غير ملزم به، ابن عرفة: المختصر الفقهي، 6 / 486

وبمعنى آخر، يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: : اشهد على شهادتي واسترعاه، وأجاز المالكية العمل بها على بعض التصرفات التي يقوم بها الانسان اضطرارا كالطلاق والحبس والهبة والتزويج والتدبير، فهو يبين أنما فعل هذا التصرف لأمر يتخوفه على نفسه او ماله، وأنه يرجع متى أمن مما تخوف منه. ينظر الى ابن فرحون، تبصرة الحكام، 1 / 456

ولا يحل لـــه أن يضيق عليها وإن أتت بفاحشة من زنا أو فرار أو نشوز،[1] ومن أهـــل العلم من أباح للرجل إذا اطلع على زنى زوجته أن يضيق عليها حتى تفتدي منه، لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ**﴾ النساء[19].

فإن استرعت المرأة واعترفت في عـقد الخلع بالطوع والاختيار فلها الرجوع بالاتفاق.[2]

وكذا إذا أحضرت البينة سواء علمت بها أو لم تعلم، فإن علمت بها فيه نظر، وحاصله أن لها الرجوع ولا يضرها ذلك، لأن ضرره بها يحملها على الاعتراف بالاختيار أو الطوع.

ويثبت الضرر بشهادة عدلين وبالسماع المستفيض، وإن لم يكن إلا شاهد واحد عدل حلفت المرأة مع الشاهد ويردّ لها الزوج المال، لأن الخلع مال وطلاق، فالطلاق يمضي والنزاع في المال يثبت بالشاهد واليمين[3]، وكذلك يثبت بشهادة امرأتين، حلفت وأخذت ما خالعته به،[4] وجميع هذا إن لم يكن للزوج مدفع فيما أثبته عليه كتجريحه البينة الشاهدة بضررها.[5]

وإن أقر أن امرأته خالعته على مال وأنكرت ولا بينة بينهما وقع الخلع وتحلف المرأة[6]، وإن كان متصلا مع إقراره في دعواه بالصلح على أنه أراد بإقراره أعطته ما سمت به، وإلا فلا صلح بيني وبينها، فالحكم أنه لا يقبل قوله ويمضي الصلح، وعمل بما أقرت به المرأة لا غير.

وحاصله أن الزوج إذا أقر أنه خالع في دعوى الخلع على شيء سمته له المرأة، فالطلاق له لازم سواء أقرت المرأة أو أنكرت.

وتحلف إن أنكرت ولا شيء عليها مما ادعاه اللازوج أنها سمت له في الخلع.[7]

---

(1) ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 1 / 194

(2) ابن رشد، المقدمات الممهدات، 1 / 503

(3) قال سحنون وابن الماجشون: ما يجوز فيه شاهد ويمين يجوز فيه شاهد وامرأتان، والشاهد واليمين معمل به في المال، ابن عرفة، المختصر الفقهي، 9 / 393

(4) ميارة، نفس المصدر، 1 / 194

(5) التسولي، البهجة شرح تحفة الحكام، 1 / 481

(6) ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 117

(7) ابن رشد، البيان والتحصيل، 5 / 211 و212

المطلب الثاني: التداعي في النفقة

أسبـــاب وجـــوب النفقة: النـــــكاح والقـــــرابة والمـــــــلك[1].

وفي النكاح يشترط الدخول والتمكين من الاستمتاع وبلوغ الزوج وإطاقة الزوجة للــوطء، وليس شرطا تحقق البلوغ في الزوجة[2].

الفرع الأول: فيما تجب فيه النفقة وبما تسقط

أولاً: تجب النفقة في ستة

الطعام، ويختلف باختلاف الأحوال والبلاد، والخادم، والكسوة، والسكنى ما يليق بها من ملك أو كراء، وآلة التنظيف، والإدام من زيت وخل ولحم ووقود، وليس كل ليلة ولكن المرة بـــعد المـــرة، ولا تفرض الفاكهة[3].

وإن كانت الزوجة ذات قدر ومنصب والزوج مليئ، فليس عليها من خدمة بيتها، وإنما يكلف الزوج نفقة إخدامها[4].

والنفقة بهذا المعنى ما عبر به ابن عرفة، أنها ما به قوام معتاد الآدمي دون إسرافه[5].

فخرج به قوام غير الآدمي، وما ليس معتادا في حال الآدمي، وهو من الإسراف، فليس ذلك نفقة شرعا.[6]

ثانيا: بما يحصل به سقوط النفقة

تسقط النفقة بالنشوز، وهو الامتناع عن الوطء.

---

(1) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2 / 596

(2) ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، 147

(3) المواق: التاج والاكليل، 5 / 543، ابن شاس، نفس المصدر، 2/ 596

(4) ابن جزي، نفس المصدر، 147

(5) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 5 / 5

(6) التسولي، البهجة شرح التحفة، 2 / 707

خروج المرأة بغير إذن زوجها، أو الامتناع عن الدخول لغير عذر[1].

وتجب نفقة المطلقة رجعيا في العـدة[2].

والبائن ليس لها نفقة إلا إذا كانت حاملا، ولها السكنى، ولا يحكم عليه بها حتى يتبين الحمل، ويعرف بتحرك الولد في البطن على المشهور، وفي الحاضر توفرت عدة وسائل عصرية يمكن بها التحقق من وجود الحمل والكشف عن نوع الجنين وعمره وهو في رحم أمه، ويرجع عليها بالنفقة إذا نفش الحمل بما أخذته، وقول آخـــر أنه ليس له أن يرجع عليها بما أنفقه، وإن نفش الحمل وتبين عدم وجوده[3]

وإن مات الزوج انقطعت النفقة عنها عدا السكنى[4].

وقال مالك في المبتوتة: إن ادعت الحمل من غير قضية ثم تبين عدمه لم يرجع عليها بما أنفقه عليها من ادعائها أو قول قائل، وإن ادعت عليه بقضية ثم تبين أن ما قضي به كان على غير حق رجع بما أنفقه عليها.

وإن كانت المطلقة لا عدة عليها كمن طلقت قبل الدخول، أو غير مطيقة للوطء أو الزوج مجبوب، فلا نفقة لها ولا سكنى[5]، وإن طلقها ومعها رضيع فلا تلزمه سكنى وعلى أبيه نفقته، فإن انقضت مدة الرضاع لزمه نفقته وسكناه[6].

وهذا مجمل ما يتعلق بالنفقات بسبب النكاح في الفقه المالكي، وسنعرض مسائل قضائية في دعوى النفقات وما يلحقها.

---

(1) ابن شاس، نفس المصدر، 5 / 551

(2) المواق، التاج والاكليل، 5 / 535، ابن جزي، القوانين الفقهية، 147

(3) ابن سلمون، مجالس القضاة والحكام 126

(4) ابن سلمون، نفس المصدر، 127

(5) المواق، 5 /555

(6) يوسف الكافي، شرح تحفة الحكام، 118

الفرع الثاني: التداعي في نفقـــة الزوجة بسبب الغيبة

قيام دعوى الزوجة في غيبة زوجها يكون إما لترجع بما تنفقه عليه والآخر لتطلق نفسها لعدم الإنفـــاق[1].

فالزوج إذا غاب عن امرأته مدة ولم يترك لها نفقة في دعوى الزوجة، وبعد رجوعه ناكرها وادعى أنه ترك لها نفقتها أو أرسل لها نفقة[2].

فالقول قول الزوج في ذلك مع يمينه، فيحلف أنها قبضت نفقتها، فإن كانت رفعت أمرها للحاكم قبل قدوم الزوج من غيبته بعد إثبات الزوجية، فالقول قولها مع يمينها، لأن دعواها قويت بسبب غيبة الزوج فصارت كالشاهد العرفي.

فإن لم يجد الحاكم مالا بفرض لها منه نفقتها أو وجد ولم ترض بيعه فلها أن تسلفه نفقتها ويكون القول قولها مع يمينها، فتحلف وتستحق[3].

والمشهور أن الرفع ابتداء يكون للحاكم إن تيسر الرفع إليه، وإلا إذا رفعت أمرها إلى العدول والجيران كان كالحاكم لعذرها.

وإن رفعت دعواها بعدم النفقة حال غياب زوجها وأرادت الفراق بسبب عدم ترك زوجها النفقة، وتطوع من يقوم بنفقتها ويؤدي عن الزوج من أقاربه أو من الأجانب خلاف في قبول مقالتها وحصول الفراق، وعدم قبول دعواها في ذلك[4].

وإن غاب ولم يترك لها غير داره بعد ثبوت ملكية الزوج الغائ، فيضرب لبيعها أجلا كحق لها في النفقة، وإن كان له ودائع أو قرض فرض لها فيه النفقة[5].

---

(1) التسولي، البهجة، 1 / 617 ؛ الونشريسي، المنهاج الفائق، 2 / 623

(2) التاودي، شرح تحفة الحكام، 145

(3) القرافي، الذخيرة، 4 / 473 ؛ التسولي، البهجة، 1 / 617

(4) الونشريسي، نفس المصدر، 2 / 626 ؛ 622؛ 623

(5) المكناسي، مجالس القضاة والحكام، 302 ؛ الذخيرة، القرافي، 4 / 473

فإن حضر من بيده القرض أو الوديعة أمام القاضي المشهود بهما أو المقر بهما للزوج الغائب قبض الأمين المقدم المال المذكور قبضا تاما بالمعاينة وصار في أمانتة، وبرئت ذمة الدافع ويفرض لها القاضي منه نفقتها [1]، ولكل منهما ردّ اليمين على صاحبه، فمن كان القول قوله مع يمينه فله ردّ اليمين على الآخـــر.

ويتخلص على هذا مايلي:

- أنه إذا كـــان القـــول قـــول الـــزوج فـــردّ يمينه على المـــرأة حلـــفت اليمين ولزمـــته النفقة.
- إن كان القول قول الزوجة مع يمينها فردّت اليمين على الزوج حلف الزوج، وليس له عليها مما تقدم من دعواها نفقة[2].

ويلحق بهذا ما أنفقه في غيبته على أولاده، فهو كحكم ما لنفسها مما تقدم، فإن رفعت للحاكم حال غيبته، فالقول قولها مع يمينها من يوم الرفـــع[3].

وجميع هذه الحالات إذا غاب الزوج وهي في عصمته، وإن كان طلقها ثم غاب عنها، فالقول قولها في النفقة سواء رفعت أمرها للقاضي أو لم ترفع.

وإن ادعى الزوج بعد القدوم من مغيبه أنـــه كان معسرا عديما، وأنكرت الزوجة عليه فلا يخلوا من أحد ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إن كان الزوج موسرا وقت خروجه ولم تعرف حاله أثناء الغيبة حكم عليه بالنفقة وهو لابن القاسم.

الحالة الثانية: أن يكون حاله حال خروجه عديما، فهو على مغيبه بالعدم، ويحلف على ذلك إلا إذا أثبتت الزوجة عكس ذلك.

---

[1] المكانسي، مجالس القضاة، 303.

[2] ميارة، الاتقان والاحكام، 1 / 253

[3] التاودي، شرح تحفة الحكام، 145.

الحالة الثالثة: جهل حاله يوم خروجه، ويتفرع عنها [1]

ـ أنه محمول على اليسار حتى يثبت عكسه وهو لابن الماجشون

ـ يستدل بيوم قدومه، فيصدق أن كان معسرا ولا يصدق إن كان موسرا عملا بقاعدة عدم تغير الحال وهو لابن اقاسم.

ـ أنه مصدق في عسره محمول على العدم مع يمينه وهو لسحنون.

وإن تمكنت المرأة من إقامة البينة وأثبتت ما يجب اثباته في مغيب زوجها وعدم النفقة، وحلفت بعد أن ضرب لها القاضي أجلا، وطلقت وانقضت العدة ثم تزوجت ودخل بها زوجها، ثم قدم الزوج الأول من غيبته، وأثبت بالبينة أن نفقته كانت جارية على امرأته، يحكم القاضي بالفسخ وترجع إليه إن شاء أمسكها[2].

وإذا قدم الزوج وأتى بمدفع كجرح لشهود الغيبة ولم يك للمرأة بينة أخرى أوغير أؤلئك الشهود المجروحين ردّت إليه، وفرق بينها وبين الزوج الثاني وإن حصل الدخول.

قال عبد الملك ابين حبيب: إن حكم القاضي نافذ ولا ترد إلى زوجها الأول.

والمفتى بـه عند أكثر الفقهاء ومـــا عليه العمل جار في هذه المسألة أنها ترد إلى الزوج الأول بعــد الفسخ. [3]

الفرع الثالث: الطلاق بالإعسار بالنفقة

إذا ادعى الزوج الإعسار بالنفقة وأقـــرته زوجته فرض لها القاضي نفـــــقة المقّل بحسب حـــــال الزوج.

فإذا أنكرت ذلك كلف الزوج إثبات دعواه كشهادة الشهود الذين يعرفونه وخبروه يشهدون أن فلانا ضعيف الحال بادي الإقلال مقدور عليه في رزقه، وأن حالته متصلة الآن بينوا ذلك أثناء الإدلاء

---

[1] ميارة، الاتقان ووالاحكام، 1 / 253 ؛ 254 ؛ التسولي، البهجة، 1 / 618 ؛ الونشريسي، المنهج الفائق،2 / 627

[2] المواق: التاج والاكليل، 5 / 543

[3] القرافي: الذخيرة 4 / 473 الونشريسي: المنهج الفائق 2. / 626

بشهادتهم أمام القاضي، ويلزمه القاضي قوتها من دقيق وخبز ويدفع لها ذلك باليوم أو الجمعة أو الشهر، فإن عجز ت عن الدفع فيما أنكرته حلف الزوج على صحة ما شهد لـــــــه به[1].

فإن عجز عن الإنفاق بما قدر له القاضي ضرب له الآجال، مدة شهرين وهو المعمول به في المذهب' فإما ينفق بعدها وإلا طلق عليه القاضي[2] بطلب من المرأة لأن لها الخيار[3]، وإنما يطلق عليه الحاكم إذا امتنع عن الطلاق.

وأما في حالة أنه لم يثبت عسره بالنفقة فهو مأمور إما بالنقفة والكسوة وإما بالطلاق، ويتلوم له باجتهاد من القاضي، وإن ادعت المرأة نفقة ماضية مع الدعوى الحاضرة يثبت لها حق الفسخ في النفقة الحاضرة لا الماضية.[4]

وإن وجد من يقوم به من نفقة فله رجعتها، والقادر بالكسب كالقادر بالمال، ولا يجبر على التكسب من أجل نفقتها[5].

وإن طلق عليه القاضي كانت طلقة واحدة بائنة يملك الزوج رجعتها في العدة،[6] ولا يحال بينه وبين زوجته، وفي هذه المدة لا يمنع منها حتى يحين الأجل، فإن لم يجد مالا ولا قدر على نفقة طلقت منه[7]، وإذا تبين أن للزوج مال أو ظهر لدده فللسّلطان حبسه حتى يرجع وينفق أو يطلق[8]، وعند إرادة إثبات الإعسار ليس للقاضي أن يسجن الزوج أو يأخذ عليه ضامن وقت إثبات العسر[9].

---

(1) المكناسي: مجالس القضاة والحكام ص307

(2) التاودي: شرح تحفة الحكام: 260

(3) ابن جزي: القوانين الفقهية، 143

(4) التسولي: البهجة شرح التحفة: 1 / 632

(5) ابن حاجب: جامع الامهات، 333

(6) ابن سلمون: العقد المنظم للحكام، 145 /147

(7) الونشريسي: المنهج الفائق، 2/ 620

(8) الونشريسي: المنهج الفائق. 2 /633

(9) ابن يوسف: الكافي في شرح تحفة الحكام. 121

المطلب الثالث: التداعي في الظهار والايـــــلاء

الفرع الأول: دعوى الظهار

دعوى المرأة على زوجها الظهار وأنه لم يكفر وتأبى الطلاق منه، وحضر الزوج وسمع مقالتها، فإما أن يقر أو ينكر الدعوى.

فإن أقر الزوج على ما ادعته امرأته، وبعد ثبوت زوجيتهما وطلبت المرأة النظر في دعواها، فالقاضي يخيره بأحـــد الأمرين:

. الأمـــر الأول: الكفارة ويعـــــود إليها.

. الأمـــــر الثاني: أن يوقع الطلاق عليها.

ويتلوم لـــه في ذلك قبل الحكم عليه، فإن تمادى الـــــزوج ولم يـــعد أو يفارق، بعد أن يضرب لـــه القاضي مهلة الإيلاء وهي أربعة أشهر، وأشهد على ذلك كلـــه من ثبوت وتأجيل وتلوم، فإن انصرم الأجـــل وانقضى ولم يعـــد ويكفر طلـق عليه القـــاضي[1]، فإن طلـق عليه وكفر في العدة فإن رجعته تتم عـــليه[2].

وهذا عملا بالقاعدة: " أن كل طلاق يوقعه الحاكم يقع بائنا، إلا طلاقين طلاق المولي، وطلاق المعسر بالنفقة[3] "، فإن كـــان لا يقدر على الوطء كالشيخ الفاني، أو العاجز عن الوطء لمانع بـــه لا يدخل عليه الظهار ولا الإيلاء[4]، أي لا قيام للزوجـــة في دعواها ولا يؤجل، قال ابن الحاجب: يصح ظهار العاجز عن الوطء كان المانع فيه كالمجبوب أو فيها كالرتقاء، وقال سحنون لا يصح [5].

---

[1] ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 180

[2] ابن الحاجب، جامع الامهات، 308

[3] خليل الجندي، التوضيح في شرح المختصر، 3 / 573

[4] ميارة الفاسي، الاتقان والاحكام، 2 /212 ؛ ابن سلمون، العقد المنظم للحكام، 181

[5] ابن الحاجب، جامع الأمهات، 309

وأمـــا إن أنكـر الـــزوج مقـــالة المـــرأة فيما ادعته كلّفـت إثبات مقـــالتها بالبينة، فإن أحـــضرت البينة أعذر إلـيه، فإن عجـــز بعـــد الأجل حكم بتعجيزه وأمر بالعود والكفارة (التكفير عن ظهاره)، والعود يكون بالوطء كما تقدم، فـــإن لـم يـعد ويكفر طلق عليه القاضي.

فإن اختار الزوج العود والتكفير، وطلب أن يضرب له الأجل، أجل لـــه القاضي مدة الإيلاء أربعة أشهر، فإذا انصرمت المدة ولم يعـــد طلق عليه القاضي طلقة واحدة يملك رجعتها في عدتها إن كفر أثناء العدة، والخلف في ضرب أجـــل الظهار، أيكون من يوم مظاهرته أم يبتدأ من يوم رفع المرأة المتضررة مقالتها أمام القاضي[1].

الفرع الثاني: دعوى الإيـــــلاء

دعوى المرأة أن زوجها آلى منها واعتزلها في الوطء وقد تقدم أن الزوج إذا حـــلف ألا يمس مـــدة أربعة أشهر أو أقـــل، فهو ليس يمول كانت المرأة مدخولا بها أو غير مدخول بها[2].

فإن انقضت مدة أربعة أشهر ولم يفـــئ ويرجع لما حلف عليه من ترك وطء امرأته داخل الأجل، ويكفر إن كانت مما تكفر كأن يقول: والله لا أطؤك حتى يقدم زيد، ثم أوقفته زوجته أمام القاضي وادعت ذلك[3]، فإن أقـر الزوج به وثبت إقراره وطلبت الزوجة بما هو حق لها [4]خيّره القاضي في الرجوع، أي الفيئة[5] أو الطلاق عليه، فإن أبى الرجـــعة عرض عليها الصبر، فإن أبت ودعت إلى الطلاق واختارت الفراق منه طلق القاضي عليه طلقة واحدة بعد البناء يملك بها رجعتها في العدة.

ويطلق عليه حيث لم تقع من الزوجة فيئة بأن يعجل الحنث أو يكفر عن يمينه.

---

(1) المكناسي، مجالس القضاة والحكام، 275 / 276

(2) المكناسي: مجالس القضاة والحكام، 280

(3) ابن سلمون: العقد المنظم للحكام، 178 / 179

(4) يوسف الكافي، شرح تحفة الحكام، 124

(5) الفيئة: تغييب الحشفة في القبل في الثيب، والافتضاض في البكر، التسولي: البهجة في شرح التحفة، 1 / 326

فإن طلب التلوم تلوم منه، ولا يطلق على صاحب العذر بعد انقضاء الأجل كالمريض أو المسجون حتى يمكنه ذلك، ويشهد القاضي على ذلك من ثبوت وحكم.

وإن كان الإيلاء قبل الدخول والبناء فإنها تبين منه وليس له عليها رجعة[1].

وابتداءه من اليمين إن كانت صريحة في ترك الوطء، فيبتدأ الأجل من يوم الحـــلف.

وإن كانت على حنث (كمن حلف إن لم يدخل الدار طلق)، والأصل أن المولي أجله يبدأ من يوم اليمين وما ألحق به، فأجله من يوم الرفع للحاكم، ويضرب له أجل الإيلاء أربعة أشهر[2].

ومن المسائل التي تحلق دعوى الإيلاء:

. أن الصغيرة التي لا تطيق الوطء ليس لها وقف من آلى منها إذا انقضت أربعة أشهر، وكذلك الكبيرة قبل البناء، فلا يعتبر ما مضى من مـدة الإيـــــلاء حتى يدخل بها.

. إذا حـــل أجـــل الإيلاء وجنّ الزوج، فالقاضي ينظر في أمره، فإن وطئها حـــال جنونه اعتبر فيئا ويكفر عنه وليّه، وقيل وطـــؤه حال جنونه يسقط حقها في الوقف، وليس عليه حنـــث لعـــــدم العـــقل[3].

وفي الرجعة دون الإصابة بعد أن طلق عليه وقع الخلف، فأجازه بعضهم ومنعه سحنون إلا بالوطء لأن الرجعة لا تصح إلا به، وهي حدّ من حدود الله تعالى[4].

. وأما الترك للوطء بالكلية قصد الإضرار بالمرأة بغير يمين أو عذر يمنعه من غشيان النساء، فلا يلحق بالمولي وإنما للحاكم زجره ويتلوم له بحسب اجتهاد الحاكم، فإن فاء وعاد فهو ذاك، وإن أبـــى طلق عليه[5].

---

(1) المواق: التاج والاكليل، 5 / 417

(2) ابن عرفة: المختصر الفقهي 4 / 300

(3) اللخمي: التبصرة، 5 / 2417 . 2418

(4) المكناسي: مجالس القضاة والحكام، 282

(5) التسولي: البهجة شرح تحفة الحكام، 1/ 520

خاتمة

خاتمة

وفي ختام هذه الرسالة، لا يسعني إلا أن أحمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه أن وفقني وأعانني على إتمامها بهذا الشكل، وقد أسفرت هذه الدراسة عن مجموعة من النتائج الهامة، كما أفضت إلى بعض التوصيات التي أضعها بين يدي القارئ على النحو الآتي:

أولا: أهم النتائج المتوصل إليها

تحدد الدعوى بأصول وإجراءات دقيقة تعرف بأصول استماع الدعوى، حيث تثبت أمام القاضي بوسائل وشروط معتبرة شرعا وفقا لأحكام المذهب المالكي، ويشترط استيفاء هذه الشروط لتكون الدعوى صحيحة ومكتملة، مما يمكن القاضي من النظر فيها وإصدار حكم نهائي بما يتوافق مع قواعد الفقه المالكي.

ـ في الفقه المالكي، يعرف الاختصاص بأنه مجموعة القواعد التي تحدد نطاق المنازعات والقضايا التي يجوز لكل قاض النظر فيها. وتعرف هذه القواعد بقواعد الاختصاص، وهي التي تضبط السلطة القضائية لكل قاض بحسب نوع القضايا الموكلة إليه، على سبيل المثال، يختصّ قاضي الأنكحة بالنظر في مسائل النكاح وما يتعلق بها، دون أن يمتد اختصاصه إلى غيرها من القضايا. وهذا النوع هو أحد أنواع الولاية الخاصة، كما أن ولاية القضاء تتفاوت بين العموم والخصوص بناء على نوع الأحكام التي يفوّض القاضي للنظر فيها، فإنها كذلك تتحدد بحسب المكان أو الإقليم. فللخليفة أو ولي الأمر أن يعيّن قاضيا في محلّة معينة، بحيث تقتصر ولايته على هذا المكان المحدد، ولا يجوز له تجاوز ذلك إلى غيره من الأماكن. ويبنى هذا التخصيص على قاعدة "الاختصاص المكاني" أو "المحلي"، التي تعد من أسس تنظيم السلطة القضائية وضمان حسن سير العدالة ضمن الحدود المرسومة لكل قاض.

ـ الأصل أن تقام الدعوى في بلد المدعى عليه، وهو ما يتوافق مع القواعد الشرعية التي تنص على تقديم البينة من المدعي، وإلزام المدعى عليه باليمين عند الإنكار، لأن المدعى عليه يشهد له العرف ويعضد مقاله الأصل وهو براءة الذمة.

ـ المجلس القضائي هو المكان الذي تنظر فيه الدعاوى بهدف الفصل في النزاعات بين الخصوم. والأصل أن القضاء لا يشترط له مكان محدد، بل يجوز أن يعقد في أي موضع بشرط أن يكون مناسباً ويليق بهيبة القضاء والقاضي ومع ذلك، يرى المالكية استحباب أن يكون القضاء في المسجد، إذ قال الإمام مالك رحمه الله: "هو من أمر الناس القديم؛ لأنه يتيح للقاضي الوصول إلى المرأة والضعيف"، مما يحقق العدالة وييسر على الناس.

ـ الأصل في رفع الدعوى أن يتم شفويا، حيث كان هذا هو الأسلوب المتبع في بداية نشأة القضاء. ومع مرور الزمن وتطور الأنظمة القضائية، ظهرت الحاجة إلى تقديم عريضة مكتوبة، وتسجيل وتقييد دعاوى الخصوم. ومع ذلك، فإن عدم تقديم عريضة مكتوبة قد يكون الأفضل في بعض الحالات، خاصة إذا كانت الدعوى بسيطة، إذ إن التعبير الشفهي قد يكون أيسر وأوضح للفهم من التعبير الكتابي.

ـ من واجب القضاة توثيق أقوال الخصوم وشهادات الشهود، وختمها بختم المحكمة بعد تأريخها وشهادة العدول عليها. ثم تحفظ تلك الوثائق لدى جهة موثوقة لضمان اكتمال قضايا الخصوم وإصدار الحكم. عرف المذهب المالكي السّجلات والصكوك وهي الوثائق التي يتم بها فتح الخصومات، وتسجل فيها الشهادات والأحكام القضائية. تعتبر هذه السجلات وسيلة مهمة لتوثيق ما يحدث في المحاكم الشرعية، حيث يستخدم الصك كوسيلة لإثبات الحقوق والعقوبات والقرارات القضائية.

ـ أقر الفقهاء أن رفع المدعى عليه المطلوب أمام القضاء مشروط بصدق المدعي في دعواه، فلا يقرر القاضي استدعاء المطلوب أو اتخاذ أي إجراء إلا إذا قدم المدعي دليلا يعضد دعواه ويؤكد صدقه، وهو ما يعرف عند الفقهاء بـ"المخيلة"؛ أي ما يدل على صدق المدعي ويعزز طلبه. وتهدف هذه الضوابط إلى منع الدعاوى الكيدية أو الباطلة، التي قد تستهدف أهل الصلاح والتقوى من غير وجه حق.

لا يجوز للقاضي أن يحكم لمن لا يشهد له أو عليه من عدوّ مطلقا، أقر المدعى عليه أو لم يقـــر .

ـ لا بد من تعلق الدعوى بغرض صحيح كشرط لصحتها

ـ لابد للقاضي أن يتحقق من الموثقين المكلفين بكتابة الوثائق، وتسجيل وقائع الدعاوى أثناء سيرها إلى تمام صدور الحكم النهائي، مع التنبّه في ذكر البينات والإقرار والنكول، والأيمان، وشهادة الشهود، وتثبيت شهاداتهم ضمن الوثائق الرسمية.

ـ على القاضي أن يميز بين المدعي والمدعى عليه ويتعرف على حال كل منهما، ثم يتأمل طبيعة الدعوى من حيث تعقيدها أو بساطتها بعد ذلك يلزم المدعي وهو طالب الحق، بتقديم البينة التي تثبت صحة ما يدعيه تجاه المدعى عليه.

ـ للقاضي تأديب من ادعى دعوى باطلة أو كيدية، وادعى على غيره ما ليس حقا، بحسب ما يرها مناسبا لزجره أن يعود، أو لغيره تكون عبرة.

ـ كل من كان له الحق في التصرف بنفسه، يجوز له أن يوكّل غيره للقيام بما يجوز فيه النيابة، كما يجوز له أن ينوب عن غيره في ذلك، إلا إذا وجِد مانع يمنعه من التوكيل، فلا يصح توكيله، مثـل توكيل الـــذمي. والحكمة في منع توكيل الذمي أنه إذا وَكـــل في بيـــع ونحوه فقد يأتي على الحـــرام في معاملته.

ـ منع قاضي الجماعة وقاضي الأنكحة من الإمامة في الجامع، لكراهية إمامة من تكرهه الناس ولا يخلو أن يقع في صدور الناس شيء من قضائه عليهم، فمنع من الإمامة.

ـ لم يرد مصطلح "القضاء المستعجل" صراحة في كتب الفقهاء المتقدمين، ولكن يمكن استنباط معناه من خلال المسائل التي تناولها الفقهاء وناقشوها في كتبهم وأبحاثهم الفقهية ضمن باب القضاء، وكذلك من خلال الفتاوى والنوازل التي أصدروا فيها أحكاما على مر العصور وفي مختلف الأمكنة.

ـ من المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام، المساواة أمام القضاء، حيث لا يميز بين الناس عند رفع الدعاوى والنظر في الخصومات، فالجميع أمام القضاء متساوون مهما اختلفت منازلهم

ورتبهم أو تنوعت انتماءاتهم. مع ملاحظة جواز رفع المسلم العدل ذو الهيئة والقدر والمكانة على سواه، سواء كان ذميا أو مسلما، خاصة وأن الناس في زمان فسدت فيه الذمم، والأخذ بهذا في حدود ضيقة وفق ما تقتضيه الحاجة والمصلحة.

ـ استقلال القضاء هو مبدأ جوهري في النظام القضائي الإسلامي وأحد الضمانات الأساسية لتحقيق العدالة وحفظ الحقوق، يشير هذا المبدأ إلى ضرورة فصل السلطات بحيث يكون الجهاز القضائي مستقلا تماما عن تأثير أي سلطة أخرى، أو أي تدخل من حاكم أو جهة قد تؤثر على عمل القاضي أو تمس نزاهة العملية القضائية.

ـ من المبادئ التي تميزت بها الشريعة الإسلامية في الأحكام والنوازل والعادات، وامتازت بها عن القوانين الوضعية، هو الاعتماد على الحكم الظاهر المستند إلى وسائل الإثبات التي تكشف وتوضح حقيقة الواقعة أو القضية، فلا يجوز للحاكم أو القاضي أن يخوض في النوايا والسرائر أو يحكم بناء على ما في القلوب، إذ تترك البواطن لله تعالى، فهو العدل المطلق الذي يتولى الظاهر والباطن. فالعدل في الدنيا يظل نسبيا، ولا يتحقق بصورة كاملة إلا في يوم الحساب بين يدي الله تعالى.

ـ تولية القاضي المجتهد بشرط أن يقوم الاجتهاد على أسس وقواعد شرعية ثابتة، مستمدة من مصادر التشريع الإسلامي الأساسية، وهي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، بالإضافة إلى بقية مصادر التشريع المعتمدة وتولية المقلد إلا عند الضرورة، وليس له أن يقيس أو يجتهد أو يحكم بحسب فهمه.

ـ إذا كان القاضي مجتهدا، فلا يجوز له أن يحكم إلا بما ترجّح لديه من الأحكام، أما بعد انقطاع الاجتهاد المطلق والمقيّد، فإن الواجب على القاضي الالتزام بالتقليد، والتشاور، والتمسك بالمشهور من مذهبه، أو بما جرى عليه العمل عند قضاة العدل. فإذا أصدر القاضي حكما بناء على قول شاذ أو ضعيف لم يجرِ عليه عمل السابقين، ينقض حكمه.

ـ يتميز القضاء الشرعي بالشمول في القضايا والمنازعات والخصومات، وعلى القاضي مدار الأحكام والنظر في جميع وجوه القضاء ومسائله من الحقوق سواء كان حقا لله أو حقا للآدميين، ولأنه نائب عن الإمام الأعظم.

ـ إن مدار علم القضاء يدور حول تمييز المدعـــي، والمدعـى عليه فمن ميز بينهما فقد عرف وجه القـــــــضاء، وجمع جملته.

ـ يعد المدعى فيه جوهر القضية التي يتم عرضها أمام القاضي، وهو يمثل الحق أو المصلحة التي يدعي المدعي أنها انتهكت أو التي يسعى إلى حمايتها أو استردادها من خلال الدعوى. يمكن أن يكون المدعى فيه واحدا من عدة أمور، حق مالي: كالمطالبة بدين. أو حق شخصي: كطلب الطلاق، أو النفقة، أو حق عيني: مثل المطالبة بملكية عقار من دار ونحوها.

ـ اتخاذ السجن كوسيلة لاستخلاص الحقوق وأيضا كوسيلة للتأديب والزجر، واتخاذ السّجن من جهة الخفة والثقل بحسب حال المسجون، يحرص الحاكم والقاضي على إطلاق وتسريح من لم تقم عليهم شبهة ولا سبب يوجب الحبس.

ـ المشهور في المذهب والمفتى به أنه لا بد في الجرح ذكر سبب التعديل والقول بالعدالة، ويجوز التجريح في الشهود من غير تفسير للجرحة القـــادحة التي تمنع من أداء الشهادة، ولا يكون التـــجريح إلا في السّـــــر.

ـ إطلاق الشهادة عند الفقهاء يراد به البينة، فالأصل إطلاق البينة على كل ما يبين به الحق، ولكن الفقهاء قصروا البينة على الشهادة، لأنها من أهم أنواع البينة فهي أأكد الحجج والطرق في الاثبات، باعتبار أنها أظهر من غيرها في بيان الحق وإثباته.

ـ البينة المعتبرة في الفقه الإسلامي تتنوع حسب نوع الدعوى، أربعة شهود رجال بالغون، شاهدان عدلان اثنان، شاهد وامرأتان، شاهد ويمين المدعي، شاهد ونكول المدعى عليه، امرأتان ونكول المدعى عليه، يمين المدعي ونكول المدعى عليه، يمين المدعي بعقوبة السبب، امرأتان في

انفرادهما، شهادة الصبيان، أيمان الأولياء في القسامة، شهادة السماع، كتاب قاض إلى قاض، معرفة العفـــاص والـــوكاء في اللـــقطة.

ـ عرف المذهب المالكي تأجيل الدعوى ووقفها، مع وجود فرق بين المصطلحين:

التأجيل: يكون لفترة زمنية محددة ومعينة.

الوقف: يختلف عن التأجيل، حيث يكون دون تحديد مدة زمنية معينة، ويظل مرتبطًا باستمرار سبب الوقف.

وفي كلا الحالتين، لا تسقط الدعوى طالما استمرت أسبابها قائمة ولم يتنازل الأطراف عنها.

ـ الإقرار في القضاء الشرعي يـــعد من وسائل الإثبات القوية والمعترف بها، ويعني اعتراف الشخص أمام القضاء بحق أو واقعة معينة، سواء كانت متعلقة بحقوق الله أو حقوق الناس. ويعتبر الإقرار حجة ملزمة للشخص الذي أقرّ، ولا يتطلب إثباتًا آخر، لأنه يعكس اعترافا طوعيا وصريحا بالواقع المعني. يعد الإقرار من أقوى الأدلة في القضاء الشرعي، حيث يظهر اعتراف الشخص بحقوق الآخرين، مما يساهم بشكل كبير في حسم النزاعات وإصدار الأحكام. إلا أن الإقرار يعتبر حجة قاصرة على المقر فقط ولا يمتد تأثيره إلى الآخرين كما هو الحال مع البينة.

ـ رجوع المقر عن إقراره في حقوق الله (كالحدود)، فإن الفقهاء يرون أن رجوعه يقبل، ولا يقام عليه الحد بناء على إقراره السابق، وذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وحقوق الله مبنية على التخفيف والرحمة، ولا يصح الرجوع عن الإقرار فيما يتعلق بحق العبد، فالحق المالي للعباد يجب الوفاء به، ولا يسقط بمجرد الرجوع عن الإقرار.

ـ إذا امتنع المدعى عليه عن تقديم إجابة واضحة على الدعوى، سواء بالإقرار أو الإنكار، كأن يقول: "لا أجيب"، "لا أقر"، أو "لا أنكر"، فإن هذا الامتناع يعتبر بمثابة إنكار ضمني. وفي هذه الحالة، يحق للقاضي أن يحكم لصالح المدعي بما يدعيه، بشرط أن يؤدي المدعي اليمين لإثبات حقه. واذا تمادى ورغب عن الحلفان لليمين، عدّ ناكلا.

ـ لا يجب الحق بنكول المدعى عليه حتى يحلف المدعي، وهو مذهب أهل المدينة، إذا عجز المدعي عن البينة، وتوجهت اليمين على المدعى عليه فامتنع منها، فإن نكوله يعد كالشاهد فتعود اليمين إلى المدعي ليحلف ويستحق ما ادعاه، فإن نكل الطالب فلا شيء له.

ـ القضاء بالشاهد واليمين متفق عليه في المذهب المالكي، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشاهد واليمين في القضايا المتعلقة بالمال، ولكن لم يقضِ بذلك في مسائل العتق، والنكاح، والطلاق، والحدود. هذا التحديد جاء لما في تلك القضايا من خصوصية تتعلق بالحقوق الشخصية والعقوبات الشرعية، حيث لا يعتمد فيها على اليمين فقط، بل يتطلب دليلاً أكثر ثبوتا أو تطبيقا للحدود الشرعية، خلافا لأهل الأندلس من عدم الأخذ بالشاهد واليمين، وهي مسألة من اثنتين من مسائل القضاء خالف فيها الأندلسيون مالكا وهما القضاء بالشاهد واليمين، والخلطة.

ـ اشترط الإمام مالك في يمين المنكر لنفي الدعوى أن تكون هناك "خلطة" بين المدعي والمدعى عليه، فلا تجب اليمين بمجرد الدعوى. كما ورد في الحديث الشريف: "البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين اللذين تخاصما: "بينتك أو يمينه". ويظهر من معنى الحديث أنه لا بد من وجود خلطة بين المدعي والمدعى عليه. فإذا تحقق ذلك وكان هناك لبس أو شبهه، وجبت اليمين، وإلا فلا. فإذا ثبتت الخلطة، حلف المدعى عليه وبرئ. أما إذا نكل عن اليمين، فلا يحكم للمدعي بنكوله حتى يحلف هو على صحة دعواه. وإذا امتنع المدعي عن حلف اليمين، فلا يحكم له بشيء.

ـ يرى المالكية جواز شهادة الأعمى إذا تمكن من معرفة ما يشهد عليه وأثبته بدقة. كما يجيزون شهادة الرجل على المرأة من وراء الستار، بشرط أن يكون قد تحقق من معرفتها.

ـ يأخذ المالكية بالحكم بالشهادة على الشهادة وقبولها والعمل بها في جميع الحقوق، سواء كانت حقوق الله تعالى، أو حقوق الآدميين، مثل المال أو الحدود أو القصاص. ويشترط لصحة الشهادة على الشهادة أن يكون شاهد الأصل قد أخبر الشاهد الفرعي بأنه يشهد على شهادته، أو على أنه قد شهد له في أمر معين.

ـ تعارض البينات هو احتواء كل منهما على ما يناقض الأخرى، بحيث يكون التناقض بينهما على نحو يمنع كلا منهما صاحبه من إثبات حقه. إذا أمكن الجمع بين البينتين، يتم الجمع بينهما. وإذا تعذر الجمع، يتم الترجيح بينهما. وفي حالة تعذر الترجيح، تسقط البينتان، ويظل المدعى في يد حائزه، لأن الحيازة تعد من القرائن التي يمكن بها الترجيح، مما يثبت الملكية لصاحب الحيازة.

ـ ترجيح البينة يعتمد عند مالك على العدالة لا على كثرة العدد، لا يتم اعتبار العدد الكبير في البينة معياراً للأفضلية، إذ يكفي أن يكون الشهود في البينة عدولا عند الناس، حتى لو كانت البينة تتكون من شاهدين فقط مع مائة شاهد في البينة الأخرى. في هذه الحالة، تتساوى قوتا البينتين بناء على العدالة، وليس عدد الشهود.

ـ إذا كانت إحدى البينتين غير مؤرخة والأخرى مؤرخة، فالمؤرخة تقدم على غير المؤرخة. وإذا كانت البينتين مؤرختين، قضي بالأقدم وان كانت الأخرى أعـــدل، سواء كانت بيد أحـــدهما أو تحـت أيديهما أو تحت يـــد ثالث أو لا يـــد عليها.

ـ الرجوع عن الشهادة أنواع وحالات، إذا رجع الشهود، أو بعضهم عن الشهادة قبل الأداء، أو بعده مكذبين شهادتهم، أو مدّعين التوهم والغلط فيها، فإن وقع الرجوع قبل إصدار الحكم وتنفيذه، وكان الشاهد لم يصرّح بالرجوع صراحة، بل طلب التريث في قبول شهادته بسبب شك أو توهّم، ثم عاد لاحقًا وطالب بالقضاء وفق شهادته، فإنه يجوز قبولها مطلقا، وإن حدث الرجوع عن الشهادة بعد القضاء وقبل الاستيفاء، رأي أنه لا يستوفي، وقول أنه يستوفي في الأموال دون الدم لحرمته، وإن وقع يكون الرجوع عن الشهادة بعد الحكم والاستيفاء، قولان: إذا وقعوا في التوهم أو اللبس، فلا يلزمون بغرامة أو عقوبة تأديبية. أما إذا اعترفوا بتعمدهم التزوير، يلزمون بتعويض ما أتلفوه ويؤدبون، وقول يغرموا ما أتلفوا في الحد بالوهم والشك،

ـ للقاضي أن يحكم بتعجيز المدعي إذا عجز عن إحضار البينة مباشرة بعد طلبها، بل يجب أن يمنحه مهلة معقولة لإحضارها.

ـ إعذار القاضي إلى المدعي أو المدعى عليه، يكون بسؤاله عما إذا كانت لديه حجة إضافية يرغب في تقديمها. فإذا أجاب بالإيجاب وطلب التأجيل، يحدد له القاضي مهلة زمنية مناسبة بناءً على طبيعة القضية. ويترك تحديد مدة المهلة لاجتهاد القاضي، وفقًا لما يظهر له من حال الخصوم وظروفهم، سواء استدعت الحالة تمديد الوقت أو تقليصه، وان كان الخصم ملدّا ويعرف انه انما يريد بالآجال الاضرار بخصمه وتأخير حقه عنه، فيمنع من التأجيل ولا يمهل له.

ـ التوكيل من غير الإقرار والإنكار عن موكله يعدّ توكيلا ناقصا، ويلزم على الموكل إتمامه، إلا إذا كان الوكيل وصي على يتيمه في المخاصمة فليس له الاقرار.

ـ إذا أشكل على القاضي في الدعوى لتعارض الأدلـــــة يفضل أن يوجه الخصوم إلى التصالح، أو يحيلهم إلى قاض آخر قد يتمكن من فهم القضية وإصدار الحكم، كما يستحب أن يدعوا القاضي إلى الصلح إذا خيف أن يؤدي الحكم إلى تصاعد الشحناء وزيادة الخلاف بين الخصوم، خاصة إذا كانت الدعوى بين أقارب، أو بين أصحاب الفضل والمكانة العالية، أو بين ذوي الفضل والهيئات والصفات العليا.

ـ والصلح إما يكون على إقرار، أو إنكار، والمتفق عليه إن كان صلحا من إقرار أو إنكار صح، وإن كان على طوع ولا يدخله إكراه.

ـ لا يجوز للقاضي أن يباشر السير في الدعوى أو يصدر حكمًا ضد المدعى عليه حتى يتبين السبب الذي أوجب الحق المدعى به، لأن توضيح السبب يعتبر جزءًا أساسيًا من صحة الدعوى.

ـ في المذهب قولان في قلب اليمين بعد نكول المدعى عليه عن الحلفان، قول أنه اليمين تنقلب على المدعي طالب الحق، فيحلف ويستحق، وقول أن اليمين لا تنقلب بالنكول، وإنما يقضى بالنكول، لأن الشهادة لما كانت اثبات الدعوى واليمين لإبطالها وجب انه بنكول المدعى عليه عن اليمين القضاء عليه، لأن الدعوى تحققت، ونقلها من المدعى عليه إلى المدعي هو خلاف الاصل.

ـ يجوز للمرأة أن تكون من أهل الاجتهاد، حيث يقبل اجتهادها في مسائل الحلال والحرام والنوازل والأحكام. ومع ذلك، وقع الخلاف حول جواز توليها القضاء؛ إذ يعتبر القضاء من مراتب

الكمال وشكلاً من أشكال الإمامة الكبرى، وقد استند المعترضون على ذلك إلى أن المرأة تعد ناقصة، وبالتالي لا يجوز قياسا أن تتولى هذا المنصب.

ـ إذا قام قاضٍ بمشافهة قاضٍ آخر بشأن الحكم، فإن الحكم لا يثبت إذا كان القاضيان في منطقتين مختلفتين، حيث لا يكون السماع أو الإبلاغ كافيا في هذه الحالة. أما إذا كانا قاضيين في نفس المنطقة، فيعتمد الحكم، نظرًا لأنه يصبح أقوى من مجرد شهادة على كتاب القاضي.

ـ جوز للقاضي أن يكتب إلى قاضٍ آخر في مسألة تتعلق بعمل آخر إذا دعت الحاجة لذلك. على سبيل المثال، إذا كان في ولاية القاضي يتيم يحتاج إلى رعاية وله مال في عمل آخر، فيكتب القاضي إلى القاضي المسؤول عن تلك المسألة ليبين له حال اليتيم وحاجته، ويطلب منه اتخاذ الإجراءات اللازمة، مثل بيع مال اليتيم وتنفيذ ذلك لصالحه.

ـ لم يلزم الفقهاء في الشريعة الإسلامية القضاة بتسبيب الأحكام، أي ذكر النص الشرعي الذي استند إليه الحكم القضائي، بل تركوا ذلك للحاكم أو القاضي حسب اجتهاده، بما يتوافق مع المصلحة ويقتضيه الضرورة.

ـ الفقهاء القدامى عندما يستخدمون مصطلح "نقض الحكم القضائي"، فإنهم يعنون به إبطال الحكم القضائي بسبب وجود جور أو خطأ فيه، أو لظهور سبب يقتضي عدم نفاذه. فالنقض بهذا المفهوم يتعلق بإزالة أثر الحكم السابق وجعله كأن لم يكن، وليس مخصوصا على أطراف الدعوى، بل هو حق لكل من علم به، ولو لم تكن له صلة بالحكم والقضية استنادا إلى سلطة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الشريعة الاسلامية المخولة لكل فرد مسلم القيام به، والطعن في أحكام القضاة والحكام غير جائز كقاعدة عامة، إلا استثناءً في بعض الحالات كالحكم بخلاف نص صريح أو ظهور خطأ واضح أو ظهور بينة جديدة تؤثر في الحكم. خلافا لمفهوم الطعن المقصود به الاستئناف في النظم القضائية الحديثة.

ـ يعدّ الحجز التنفيذي هو أحد أساليب التنفيذ الشرعي المعتمدة، حيث يتم حجز أموال المدين ومنعه من التصرف فيها بهدف الوفاء بحقوق الغرماء. ويستند الحجز التنفيذي إلى أصول شرعية تنظم كيفية تطبيقه لضمان حقوق الأطراف المتنازعة مع مراعاة العدالة.

ـ تسير دعاوى النكاح وفق مراحل منظمة تشمل تقديم الدعوى، سماع الخصوم، إثبات البينات، وضرب الآجال، مما يضمن نزاهة الإجراءات واستيفاء الحقوق.

ـ الآثار المترتبة على الأحكام: تختلف آثار الأحكام بحسب نوع الدعوى، حيث قد تشمل التمكين من الزوجة، إثبات النفقة، أو الغيبة، كما أن إنكار الدعوى أو الإقرار بها يترتب عليه أحكام مفصلة وفقا للمسألة المعروضة.

ـ مراعاة الشروط والمآلات: اهتم الفقه المالكي بتفصيل الأحكام المتعلقة بالشروط في عقد النكاح، مؤكداً وجوب الوفاء بالشروط المشروعة والمقبولة شرعاً، مع عدم الالتزام بالشروط التي تنافي مقتضى العقد أو الشرع.

ـ العرف يعتبر دليلاً مهما في الحالات التي لا يمكن إثباتها ببينة مباشرة، مثـل دعـوى الوطء بعـد الخـــــلوة.

ـ دعاوى الطلاق والخلع وسائر أنواع الفرقة تتسم بتعدد أنواعها وتشعب أسبابها، مما يستلزم التمييز بين الطلاق بإرادة الزوج، والخلع بطلب الزوجة، والتفريق القضائي لأسباب كالعجز أو الضرر.

ـ النيابة في الطلاق، التوكيل، التمليك، والتخيير تفتح مجالًا لتفويض اتخاذ القرار مع اختلاف الأحكام والآثار لكل نوع.

ـ أهمية التوثيق في قضايا النكاح والطلاق:

أظهرت الدراسة أهمية توثيق الإجراءات المتعلقة بالطلاق والرجعة والخلع، سواء من خلال الشهادات أو تحرير الوثائق، لضمان حفظ الحقوق ورفع النزاعات المستقبلية.

ـ أسباب وجوب النفقة:

النفقة واجبة في حالات النكاح، القرابة، أو الملك، بشرط تحقق شروط في النكاح مثل الدخول، التمكين من الاستمتاع، وإطاقة الزوجة للوطء، مع عدم اشتراط بلوغ الزوجة.

ـ تشمل النفقة الأساسيات الضرورية: الطعام، السكنى، الكسوة، الخادم، أدوات التنظيف، والإدام.

تختلف النفقة تبعًا للعرف وحالة الزوجين، وتمنع المبالغة أو الإسراف غير المعتاد.

حالات سقوط النفقة:

تسقط النفقة في حال نشوز الزوجة أو خروجها دون إذن الزوج، أو امتناعها عن الدخول بدون عذر شرعي.

لا نفقة للمطلقة البائن إلا إذا كانت حاملاً، بينما تستحق المطلقة الرجعية النفقة خلال العدة.

الطلاق بسبب الإعسار:

يعتبر الطلاق الناتج عن الإعسار طلقة بائنة مع حق الزوج في الرجعة خلال العدة.

يمهل الزوج فترة لإثبات إعساره أو للإنفاق على زوجته، وفي حال عجزه، يحكم بالتفريق بينهما.

ثانيا: التوصيات

مراجعة الإجراءات القضائية في قضايا الأحوال الشخصية لتوافق الفقه الإسلامي

نظرا لأن المشرع الجزائري اعتمد على الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي، كمرجعية أساسية في وضع قانون الأسرة، فإنه من الضروري أن تمتد هذه الروح الشرعية إلى الإجراءات القضائية المتعلقة بالأحوال الشخصية في الوقت الحالي، تطبق إجراءات التقاضي المدنية في الفصل في هذه القضايا، مما أدى إلى بروز فجوة بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية المستمدة من الفقه المالكي.

لذلك، نوصي بما يلي:

تعديل إجراءات التقاضي المدنية: إدخال تعديلات على الإجراءات الحالية بما يضمن انسجامها مع أصول المرافعات الشرعية المستمدة من الفقه المالكي، مع الحفاظ على سهولة وسلاسة العملية القضائية.

إدخال نفَس فقهي في القواعد الإجرائية: تضمين مبادئ مستمدة من الفقه الإسلامي، خاصة المالكي، لتكون أساسًا في معالجة قضايا الأحوال الشخصية.

إعادة النظر في الإطار القانوني للإجراءات: دراسة إمكانية استبدال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو جزء منه، بنظام إجرائي شرعي يراعي خصوصية القضايا الأسرية.

تعزيز التكوين القضائي في الفقه المالكي: توفير دورات تدريبية وورش عمل للقضاة والمحامين تهدف إلى تعزيز فهمهم للأصول الشرعية في الفقه المالكي المتعلقة بالمرافعات والإجراءات.

الاستفادة من الاجتهادات المعاصرة: ينبغي تعزيز العمل بالاجتهادات المعاصرة التي تواكب التغيرات الاجتماعية والاقتصادية مع الحفاظ على أسس المذهب المالكي في المرافعات.

التأكيد على التعليم الديني والقانوني: يجب أن يتلقى القضاة والمتخصصون في مجال الأحوال الشخصية تدريبا أكاديميا يجمع بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني لتعزيز كفاءتهم.

إعداد قضاة متخصصين في الأحوال الشخصية: يجب إنشاء برامج تدريبية متخصصة لقضاة الأحوال الشخصية لضمان تأهيلهم لتطبيق أصول المرافعات الشرعية بشكل دقيق.

تشجيع الحوار بين الفقهاء والقضاة: من المفيد تنظيم مؤتمرات بين الفقهاء وقضاة المحاكم الشرعية لتبادل الآراء وتطوير تطبيقات المرافعات الشرعية وفقًا للمستجدات.

تشجيع الدراسات والبحوث: ينبغي تشجيع الدراسات والبحوث العلمية في مجالات المرافعات الشرعية لدى المالكية لتطوير الفهم النظري والتطبيقي للموضوع.

توعية المجتمع بأهمية المرافعات الشرعية: ينبغي زيادة وعي المجتمع بأهمية المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية لضمان تطبيق أحكام الشريعة بطريقة صحيحة.

دعم المراجع الشرعية: ينبغي دعم مراجع فقهية متخصصة تساهم في تقديم استشارات وحلول للمشاكل القانونية المتعلقة بالمرافعات الشرعية في قضايا الأحوال الشخصية.

إعداد برامج لتدريب المحامين: يجب توفير برامج تدريبية للمحامين المتخصصين في الأحوال الشخصية حول كيفية تطبيق المرافعات الشرعية وفقًا لأصول المذهب المالكي.

تعزيز دور قضاء الصلح: يجب تشجيع تطبيق القضاء الصلح في مسائل الأحوال الشخصية لتسوية النزاعات بشكل ودي قبل اللجوء إلى المحكمة.

إنشاء مرجعية فقهية قانونية: ينبغي إنشاء مرجعية فقهية تجمع بين المذهب المالكي والقانون المدني لتسهيل تطبيق الأحكام الشرعية في المحاكم.

دعم الجمعيات الحقوقية في حماية الحقوق الشرعية: يجب دعم الجمعيات الحقوقية التي تعمل على حماية الحقوق الشرعية للأفراد، خاصة في مسائل الأحوال الشخصية.

وضع خطة لتوحيد الاجتهادات القضائية: ينبغي وضع خطة لتوحيد الاجتهادات القضائية في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بما يضمن العدالة والمساواة.

تعزيز دور المستشارين الشرعيين في المحاكم: ينبغي تعزيز دور المستشارين الشرعيين في المحاكم للمساعدة في تفسير أحكام الشريعة وتطبيقها بشكل صحيح.

تحسين توثيق الأحكام القضائية: من الضروري تحسين عملية توثيق الأحكام القضائية لضمان حقوق الأطراف وضمان تنفيذ الأحكام بشكل فعال.

دعم مراكز التحكيم الشرعي: يجب دعم مراكز التحكيم الشرعي في حل القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية بعيدا عن المحاكم التقليدية.

تشجيع الدراسات المقارنة بين المذاهب: يجب تشجيع الدراسات المقارنة بين المذاهب الفقهية المختلفة لفهم الاختلافات في تطبيق المرافعات الشرعية.

تحفيز القضاة على التوسع في استخدام التسوية: ينبغي تشجيع القضاة على استخدام التسوية بين الأطراف في القضايا الأسرية قبل إصدار الأحكام.

مراجعة معايير الإثبات في المحاكم: من المهم مراجعة معايير الإثبات في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية لضمان تحقيق العدالة.

تشجيع استخدام الوساطة الشرعية: ينبغي تعزيز استخدام الوساطة الشرعية في قضايا الأحوال الشخصية لتسوية النزاعات قبل اللجوء إلى المحاكم.

تقديم دورات تعليمية لطلاب القانون: ينبغي تقديم دورات تعليمية لطلاب القانون تركز على تطبيق المرافعات الشرعية عند المالكية في مسائل الأحوال الشخصية...

توسيع نشر الفتاوى القضائية: ينبغي توسيع نشر الفتاوى القضائية المتعلقة بالأحوال الشخصية لتوفير مرجعية واضحة للقضاة والأفراد.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1) ابن القصار: ابن القصار المالكي القاضي أبو الحسن علي بن عمر البغدادي (ت 397هـ)، عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار، المحقق: أحمد بن عبد السلام مغراوي الناشر: دار أسفار – الكويت الطبعة: الثانية، 1443 هـ - 2022 م

2) ابن حجر الهيتمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (ت 974هـ)، الإفصاح عن أحاديث النكاح، المحقق: محمد شكور أمرير الميادیني: دار عمار - عمان – الأردن الطبعة: الأولى، 1406

3) ابن عرفة: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت 803 هـ)، المختصر الفقهي لابن عرفة، المحقق: د. حافظ عبد الرحمن محمد خير الناشر: مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م

4) البرزلي: الامام الفقيه والعمدة الحافظ ابو القاسم بن احمد البلوي القيرواني التونسي الشهير بالبرزلي وهو شيخ الرصاع التلمساني شارح حدود ابن عرفة، (ت 841هـ)، فتاوى البرزلي جامع مسائل الاحكام لما نزل من القضايا والاحكام بالمفتين والحكام، تحقيق: محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الاسلامي بيروت لبنان الطبعة الاولى: 2002

5) التسولي: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (ت 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، المحقق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية - ط الأولى، 1418هـ - 1998،- لبنان / بيروت.

6) التسولي: علي بن عبد السلام ومحمد التاودي شمس الدين علي بن قاسم التجيبي، الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية أبي الحسن علي الزقاق، المطبعة التونسية 1303هـ

7) الرصاع: أبو عبد الله محمَّد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي، (ت 894هـ) الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الامام ابن عرفة الوافية / شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية،

8) العدوي: أبو الحسن العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكرن بيروت / لبنان

9) القاضي عبد الوهاب: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف المحقق: الحبيب بن طاهر الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1420هـ - 1999م

10) القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ، شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدةالطبعة: الأولى، 1393 هـ - 1973 م

11) جعيط: محمد عبد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الاجراءات الشرعية على مذهب المالكية، مكتبة الاستقامة، سوق العطارين، تونس ط: 2

12) محمود إحسان: محمود احسان الهندي، الحوليات الجزائرية، العربي للاعلان والتشر، دمشق، 1977

13) ميارة الفاسي: أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ميارة (ت 1072هـ)، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة الناشر: دار المعرفة، ب، ط

14) ابن الأزرق، محمد بن علي بن محمد الأصبحي الأندلسي، أبو عبد الله، شمس الدين الغرناطي ابن الأزرق (ت 896هـ)، بدائع السلك في طبائع الملك تحقيق: علي سامي، وزارة الاعلام، العراق،الطبعة: 1

15) ابن الجلاب، عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (ت 378هـ)، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس - رحمه الله - المحقق: سيد كسروي حسن الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م

16) ابن الحاج: ابن الحاج التجيبي القرطبي الشهيد (5529هـ)، وهو غير ابن الحاج الكبير التلمساني صاحب المدخل، ت 529 هـ: نوازل ابن الحاج، دراسة وتحقيق: احمد شعيب اليوسفي، الجمعية المغربية للدراسات الاندلسية، ط 1: 2018،

17) ابن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي (ت 646هـ)، ا جامع الأمهات، المحقق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري الناشر: اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1421هـ - 2000م

18) ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان: ط: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م

19) ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ)، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان: الطبعة الثالثة، 1424 هـ - 2003 م

20) ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت 543هـ، أحكام القرءان، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان: ط الثالثة، 1424 هـ - 2003 م

21) ابن العطار: الفقيه الموثق محمد بن احمد الاموي المعروف بالعطّار ت 399هـ، الوثائق والسجلات، حققه: سالمنيتا، كورينطي، مجمع الموثقين، المعهد الاسباني العربي للثقافة، ب/ ط، مدريد 1983.

22) ابن الفرضي: تاريخ علماء الاندلس، صححه عزت العطار الحسيني، مكتبة الخانجي، القاهرة الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988م

23) ابن المناصف: أبي عبد الله نحند بن عيسى بن محمد بن أصبغ المعروف بابن المناصف، في فصل (تقييد المقالات وعقد السجلات) كتاب تنبيه الحكام على مآخذ الاحكام، تحقيق: نفل الحارثي، 1989، والكتاب عبارة عن تحقيق مخطوط بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة،

24) ابن بزيزة: أبو محمد، وأبو فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيزة (ت 673 هـ)، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، المحقق: عبد اللطيف زكاغ الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1431 هـ - 2010 م

25) ابن جزي الكلبي: أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت 741هـ)، القوانين الفقهية

26) ابن حبيب: أبو مروان، عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي القرطبي المالكي (ت 238 هـ)، الأحكام دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – قطر، الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 هـ.

27) ابن حجر العسقلاني: حمد بن علي بن حجر العسقلاني (773 - 852 هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، قام بإخراجه وتصحيح تجاربه: محب الدين الخطيب [ت 1389 هـ]، المكتبة السلفية ودار المعرفة، مصر، ط: 1، 1390 هـ

28) ابن خلدون: عبد الرحمان محمد بن محمد بن الحسن بن بد الرحمان الحضرمي، ت1406هـ، مقدمة ابن خلدون، حقيق حامد احمد الطاهر، دار الفجر للتراث، القاهر

29) ابن خلكان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (ت 681هـ)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، المحقق: إحسان عباس، بيروت لبنان، الطبعة الاولى، 1900

30) ابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة حققه: د محمد حجي وآخرون الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م

31) ابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ) مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني الناشر: دار الجيل، بيروت – دار الآفاق الجديدة، المغرب الطبعة: الثانية، 1414 هـ - 1993 م

32) ابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 520هـ)، المقدمات الممهدات تحقيق: الدكتور محمد حجي الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 م

33) ابن رشد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد الناشر: دار الحديث – القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1425هـ - 2004 م

34) ابن زمنين: الإمام أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن عيسى بن محمد بن إبراهيم ابن أبي زمنين، (ت 399هـ)، منتخب الأحكام، تحقيق: عبد الله بن عطية، مؤسسة الريان مكة المكرمة، بدون طبعة.

35) ابن سعد: محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري المعروف بابن سعد، الطبقات الكبرى، دراسة وتحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط الأولى، 1410 هـ - 1990 م.

36) ابن سلمون: الامام الفقيه ابي عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني (ت 741هـ)، العقد المظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام، تحقيق وعناية: محمد عبد الرحمان الشاغول، دار الآفاق العربية، ": الاولى / 2011، القاهرة، مصر

37) ابن شاس: أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي (ت 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة دراسة وتحقيق: أ. د. حميد بن محمد لحمر الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1423هـ- 2003 م

38) ابن عاصم الغرناطي: محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي (829 هـ)، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، المعروفة بالعاصمية، محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية الطبعة الاولى: 2011 القاهرة مصر

39) ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت 463هـ)،الكافي في فقه أهل المدينة المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، 1400هـ/1980م

40) ابن عبد الحكم: أبي محمد عبد الله بن عبد الحكم (214هـ)، المختصر الكبير تحقيق، عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات، القاهرة مصر، الطبعة الاولى: 2011

41) ابن عرفة: محمد ابن عرفة الورغمي التونسي ت803 هـ، تفسير ابن عرفة، تحقيق جلال الاسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2008

42) ابن عسكر: عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (ت 732هـ)، إرْشَادُ السَّالِك إلَىَ أَشرَفِ المسَالِكِ فِي فقهِ الإمَامِ مَالِك وبهامشه: تقريرات مفيدة لإبراهيم بن حسن الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر الطبعة: الثالثة

43) ابن عطية: أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي (ت 542هـ) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، المحقق: عبد السلام عبد الشافي محمد، الطبعة: الأولى - 1422 هـ: الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت،

44) ابن غازي: لمحمد بن أحمد بن غازي العثماني [المكناسي] ت 919هـ «مختصر خليل» للشيخ خليل بن إسحاق الجندي (ت 776 هـ) ومعه: «شفاء الغليل في حَلّ مُقفَل خليل» دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة - جمهورية مصر العربية الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 م

45) ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة،

46) ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، برهان الدين اليعمري (ت 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج، مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م،

47) ابن منظور: محمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (ت 711هـ)، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة، 1414 هـ

48) ابن ناجي التنوخي: قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني (ت 837هـ)، شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م

49) ابن يونس الصقلي: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي (ت 451 هـ) الجامع لمسائل المدونة المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى (سلسلة الرسائل الجامعية الموصى بطبعها) توزيع: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الأولى، 1434 هـ - 2013 م

50) أبو الأصبغ: أبو الإصبغ، عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني (413 - 486 هـ)

51) أبو البصل: عبد الناصر ابو البصل، اصول المحاكمات الشرية ونظام القضاء الشرعي، دار الثقافة ط 1، 2005، عمان الاردن.

52) أبو سعيد ابن البراذعي: خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني،أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (ت 372هـ)، التهذيب في اختصار المدونة دراسة وتحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ الناشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الطبعة: الأولى، 1423 هـ - 2002 م

53) أبي اسحاق الغرناطي: ابي اسحاق إبراهيم بن أحمد بن عبد الرحمان الغرناطي، (ت579هـ)، الوثائق المختصرة، تحقيق إبراهيم بن محمد السهلي، الجامعة الاسلامية، المدينة المنورة، الطبعة الاولى: 2011

54) أبي زيد القيرواني: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت 386هـ)، الرسالة، الناشر: دار الفكر.

55) أبي زيد القيرواني: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت 386هـ)،النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ تحقيق: ج 1، 2: الدكتور/ عبد الفتّاح محمد الحلو ج 3، 4: الدكتور/ محمَّد حجي ج 5، 7، 9، 10، 11، 13: الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ ج 6: الدكتور/ عبد الله المرابط الترغي، الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ ج 8: الأستاذ/ محمد الأمين بوخبزة ج 12: الدكتور/ أحمد الخطابي، الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ ج 14، 15 (الفهارس): الدكتور/ محمَّد حجي الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة: الأولى، 1999 م.

56) أحمد الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (ت 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ) الناشر: دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

57) أحمد أمين: (ت 1373)، ضحى الاسلام، دار الكتب الاسلامية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2004

58) الأزهري: صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (ت 1335هـ)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني الناشر: المكتبة الثقافية – بيروت لبنان

59) الازهري: محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط: 1، 2001،

60) الباجي: ابو الوليد الباجي سليمان بن خلف الاندلسي، فصول الاحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد ابو الاجفان، دار ابن حزم، جامعة ام القرى مكة المكرمة،

61) الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي الذهبي المالكي (ت474هـ) ،الإشارة في أصول الفقه المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م

62) الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت 474هـ)، المنتقى شرح الموطإ مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332 هـ

63) البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (256 هـ)، صحيح البخاري، تحقيق شيخنا د. مصطفى ديب البغا، (دار ابن كثير، دار اليمامة) – دمشق، الطبعة: الخامسة، 1414 هـ - 1993 م

64) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.

65) الترمذي: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت 279 هـ)، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاك، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م، مصر.

66) التسولي: علي بن عبد السلام التسولي (1258هـ)،أبو الحسن محمد بن محمد التاودي (1209هـ)،البهجة في شرح التحفة ومعه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى: 1998.

67) الثعالبي: عبد الرحمان الثعالبي ت 875هـ، الجواهر الحسان في تفسير القرءان، تحقيق محمد علي والشيخ عادل احمد، دار احياء التراث العربي، ط1، 1418هـ بيروت لبنان

68) الحطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل الناشر: دار الفكر الطبعة: الثالثة، 1412هـ - 1992م

69) الخرشي: أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر الطبعة: الثانية، 1317 هـ وصَوّرتها: دار الفكر للطباعة - بيروت لبنان

70) الخشني: محمد بن حارث الخشني المتوفى حوالي 361 هـ، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك المحقق: محمد المجدوب، محمد أبو الأجفان، عثمان بطيخ، الناشر: الدار العربية للكتاب – المؤسسة الوطنية للكتاب / سنة 1985 م

71) الخطابي، أبي سليمان بن محمد الخطابي (ت388هـ)، معالم السنن شرح سنن أبي داود، تحقيق: محمد راغب الطباخ، المطبعة العلمية، حلب، ط: 1: رقم 1

72) الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

73) الرجراجي: أبو الحسن علي بن سعيد الرجراجي (ت بعد 633هـ)،: منَاهِجُ التَّحصِيلِ ونتائج لطائف التَّأْوِيل في شَرحِ المدَوَّنة وحَلِّ مُشكِلاتها اعتنى به: أبو الفضل الدّميَاطي - أحمد بن عليّ الناشر: دار ابن حزم الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م

74) الزبيدي: عثمان بن المكي التوزري الزبيدي توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام الناشر: المطبعة التونسية الطبعة: الأولى، 1339 هـ

75) الزبيدي: محمّد مرتضى الحسيني الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس: تحقيق: جماعة من المختصين، من إصدارات: وزارة الإرشاد والأنباء في الكويت – المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب الكويت،: دار الهداية، ودار إحياء التراث / النشر: (1385 – 1422 هـ) = (1965 – 2001 م(

76) الزرقاني: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري (ت 1099هـ)، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1422 هـ – 2002 م

77) الطاهر بن عاشور: العلامة الامام محمد الطاهر بن عاشور المالكي الاشعري السني، مقاصد الشريعة الاسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، ط: 2، 2001، دار النفائس، عمان الاردن

78) الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (224 – 310 هـ)، تاريخ الطبري تاريخ الرسل والملوك، تحقيق محمد ابو الفضل ابراهيم، دار المعارف، الطبعة: الثانية 1387 هـ – 1967 م، القاهرة

79) الطبري: ابي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت 310هـ)، جامع البيان في تفسير القرآن، ط 1989، دار المعرفة، بيروت لبنان.

80) العدوي: أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (نسبة إلى بني عدي، بالقرب من منفلوط) (ت 1189هـ) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي الناشر: دار الفكر – بيروت لبنان الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1414هـ - 1994م

81) الفيروزآبادى: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى (ت 817هـ)،: القاموس المحيط تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، إشراف: محمد نعيم العرقسُوسي،

مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م

82) الفيومي: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي أبو العباس / المصباح المنير في غريب الشرح الكبير الناشر: المكتبة العلمية – بيروت،.

83) القاضي عبد الوهاب: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت 422هـ)، عُيُونُ المسَائِل دراسة وتحقيق: علي محمَّد إبراهيم بورويبة الناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م

84) القاضي عبد الوهاب: أبومحمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (ت 422هـ)، التلقين في الفقة المالكي، المحقق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى 1425هـ-2004م

85) القاضي عبد الوهاب: القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس» تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق أصل الكتاب: رسالة دكتوراة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة

86) القاضي عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت 544هـ)، مذاهب الحكام في نوازل الاحكام، تحقيق محمد بن شريفة، دار الغرب الاسلامي، ط/ 2 / 1997، بيروت لبنان.

87) القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت 684هـ)، الذخيرة المحقق: جزء 1، 8، 13: محمد حجي جزء 2، 6: سعيد أعراب جزء 3 - 5، 7، 9 - 12: محمد بو خبزة الناشر: دار الغرب الإسلامي- بيروت الطبعة: الأولى، 1994 م

88) القرافي: أبو العباس شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس المصري المالكي (626 – 684 هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام،: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، 1416 هـ - 1995 م،

89) القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن الرحمن عبد المالكي، الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق (ت 684هـ)، عالم الكتب، ط بدون طبعة وبدون تاريخ

90) الكافي: محمد بن يوسف الكافي، احكام الاحكام شرح تحفة الحكام، دار الفكر، بيروت لبنان، ط: 1، 1991

91) اللخمي: علي بن محمد الربعي، أبو الحسن، المعروف باللخمي (ت 478 هـ)، التبصرة دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م

92) المازري: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (ت 536 هـ) شرح التلقين المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي الناشر: دار الغرب الإِسلامي الطبعة: الطبعة الأولى، 2008 م

93) المغيلي: العلامة الفقيه الكبير المالكي، محمد بن عبد الكريم المغيلي التلمساني (ت 909هـ)، مصباح الارواح في اصول الفلاح، تحقيق عبد المجيد الخيالي، الطبعة الاولى 2002، دار الكنب العلمية بيروت لبنان.

94) المقري: شهاب الدين أحمد بن محمد المقري التلمساني (ت 1041هـ)، نفح الطيب من غصن اندلس الرطيب، حقيق احسان عباس،ط 1978، دار صادر بيروت لبنان

95) المقري: أبي عبد الله محمد بن احمد المقري التلمساني، (ت 759هـ)، قواعد الفقه، تحقيق، محمد الدردابي، دار الايمان، الرباط، الطبعة الاولى: 2012،

96) المكناسي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي (9917هـ)، مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الاوهام، تحقيق: نعيم بن طالب الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، الطبعة الاولى: 2002.

97) النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (ت 303 هـ)، السنن الكبرى، حققه وخرج أحاديثه: حسن عبد المنعم شلبي، أشرف عليه: شعيب الأرناؤوط [ت 1438 هـ]، مؤسسة الرسالة – الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، بيروت لبنان.

98) النفراوي: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت 1126هـ) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني الناشر: دار الفكر الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م

99) الهلالي: عبد العزيز بن الرشيد الهلالي، 2007، نور البصر شرح خطبة المختصر للعلامة خليل، دار يوسف بن تاشفين، موريتانيا

100) الهيثمي، أبو الحسن نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي (ت 807هـ)، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، مكتبة القدسي، عام النشر: 1414 هـ، 1994 م، القاهرة، مصر

101) الونشريسي: أبي العباس احمد بن يحي الونشريسي (ت 914 هـ)، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأطرم، دار البحوث الاسلامية وإحياء التراث، الامارات، الطبعة الاولى: 2005

102) الونشريسي: ابو العباس احمد بن يحي الونشريسي التلمساني، المعيار المعرب والجامع المغرب، خرجه جماعة من الفقهاء، اشراف محمد حجي، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية،

103) الونشريسي، أحمد بن يحي الونشريسير (ت 914هـ)،الولايات ومناصب الحكومة الاسلامية والخطط الشرعية،رمحمد الامين بلغيث، مطبعة لافوميك،

104) أوغلى: أكمل الدين أوغلى، الدولة العثمانية تاريخ وحضارة، نقله الى العربية صالح سعداوي، مركز الابحاث للتاريخ والفنون الاسلامية، 1991، استانبول

105) اين غازي: ابي عبد الله محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي (841 هـ)، الكليات الفقهية على مذهب الامام مالك ابن أنس رضي لله عنه تحقيق: جلال علي الجهاني،

106) بدر الدين الزيتي: بدر الدين الحميدي، دراسة مصطلحية مصدرية في كتاب منهاج الناشئين من القضاة والحكام في كيفية إجراء الدعوى من البدء الى تمام الأحكام، لأبي الشتاء الصنهاجي (1365هـ)، ط الاولى: 2019، مطبعة طارق فاس المغرب،

107) بهرام الدميري: بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدَّمِيرِيّ الدِّمْيَاطِيّ المالكي (ت 805هـ)، الشامل في فقه الإمام مالك ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م

108) حسن ابراهيم: تاريخ الاسلام السياسي والديني والثقافي والاجتماعي، دار الجيل مصر، الطبعة الأولى، 1933

109) خليل بن إسحاق الجندي: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت 776هـ)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث الطبعة: الأولى، 1429هـ - 2008م

110) خليل بن إسحاق الجندي: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت 776هـ)، مختصر العلامة خليل المحقق: أحمد جاد الناشر: دار الحديث/القاهرة الطبعة: الأولى، 1426هـ/2005م

111) زروق: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف ب زروق (ت 899هـ)، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني أعتنى به: أحمد فريد المزيدي الناشر: دار الكتب العلمية، لبنان الطبعة: 1، 1427هـ- 2006 م

112) عليش: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت 1299هـ)، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك الناشر: دار المعرفة الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ

113) عليش: محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل الناشر: دار الفكر – بيروت الطبعة: الأولى، 1404 هـ - 1984 م

114) عمار حوش، التاريخ السايسي للجزائر، 1997، دار الغرب الاسلامي، بيروت لبنان

115) فؤاد عبد المنعم: الحسين علي غنيم، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي، مؤسسة شباب الجامعة

116) مالك بن أنس: مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت 179هـ)، المدونة الكبرى الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.

117) محمد بن يوسف المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (ت 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994

118) مخلوف: محمد بن محمد بن عمر بن علي ابن سالم مخلوف (ت 1360هـ)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الازلى: 2003،

119) ميارة الفاسي: الامام ابي عبد الله محمد بن احمد ميّارة الفاسي، فتح العليم الخلّاق في شرح لامية الزقاق، تحقيق: رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى: 2008

120) وكيع: محمد بن خلف بن حيّان [ت 306 هـ]، أخبار القضاة، صححه وعلق عليه وخرّج أحاديثه: عبد العزيز مصطفى المراغي، المكتبة التجارية الكبرى، بيروت لبنان، الطبعة الاولى: 1947،

121) ديوان الأحكام الكبرى أو: الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكام [المعروف اختصارا ب: «نوازل ابن سهل» أو «أحكام ابن سهل»] المحقق: يحيي مراد الناشر: دار الحديث، القاهرة – جمهورية مصر العربية عام النشر: 1428 هـ - 2007 م

122) القاضي عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت 544هـ)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: عبد القادر صحراوي، مطبعة فضالة – المحمدية، المغرب، الطبعة: الأولى.

الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس المحتويات

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	رقمها	السورة	الصفحة
﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾	25	الحديد	0
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾	65	النساء	0
﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرا ﴾	58	النساء	0
﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾	105	النساء	1
﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾	42	المائدة	1
﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ﴾	48	المائدة	1
﴿ يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾	5	ص	1
﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾	23	الاسراء	23
﴿ وقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾	04	الاسراء	23
﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾	12	فصلت	23
﴿ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ﴾	42-41	يوسف	23
﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ آنَسَ مِن جَانِبِ الطُّورِ نَارًا قَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا إِنِّي آنَسْتُ نَارًا لَّعَلِّي آتِيكُم مِّنْهَا بِخَبَرٍ أو جَذْوَةٍ مِّنَ النَّارِ لَعَلَّكُمْ تَصْطَلُونَ﴾	29	القصص	23
﴿وَلِنَجْعَلَهُۥٓ ءَايَةً لِّلنَّاسِ وَرَحْمَةً مِّنَّا وَكَانَ أَمْرًا مَّقْضِيًّا ﴾	21	مريم	23
﴿ قَالَ اجْعَلْنِي عَلَىٰ خَزَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ ﴾	55	يوسف	26
﴿كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ	213	البقرة	28

الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِن بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمُ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ فَهَدَى اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ وَاللَّهُ يَهْدِي مَن يَشَاءُ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ﴾			
﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾	105	النساء	28
﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ﴾	49	المائدة	28
﴿سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ ۚ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أو أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾	42	المائدة	28
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾	65	النساء	28
﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ﴾	176	النساء	31
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾	35	النساء	31
﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾	141	النساء	52
﴿لَّا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَولِيَاءَ ﴾	25	آل عمران	52
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾	06	الحجرات	53
﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾	159	آل عمران	63
: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾	49	المائدة	76
﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ ٱلْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِۦ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾	74	النساء	76
﴿ لَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِي أَنفُسُكُمْ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ﴾	31	فصلت	84
﴿وَقَالَ رَبُّكُمُ ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ ﴾	60	غافر	84

﴿ وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ﴾	21	ص	92
﴿إِنَّا للَّهَ يَأْمُرُكُمْأَ نْتُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وإِذَاحَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾	58	النساء	103
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾	135	النساء	103
﴿ومَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُوئِكَ هُمْ الْكَافِرُونَ﴾	44	المائدة	105
﴿ فَأُوئِكَ هُمْ الظَّالِمُونَ﴾	45	المائدة	105
﴿فَأُوئِكَ هُمْ الْفَاسِقُونَ ﴾	47	المائدة	105
﴿ يا أيها الذين ءامنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الأخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾	59	النساء	106
﴿ولو ردّوه الى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾	83	النساء	106
﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لَا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ وَمَنْ رَزَقْناهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ الْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾	57	النحل	109
﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾	188	البقرة	112
﴿بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَى أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهْتَدُونَ﴾	22	الزخرف	114
﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا أَوَلَوْ كَانَ آبَاؤُهُمْ لَا يَعْقِلُونَ شَيْئًا وَلَا يَهْتَدُونَ﴾	170	البقرة	114
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾	65	النساء	115
﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾	42	المائدة	115
﴿إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾	25	يوسف	119

﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾	06	النساء	123
﴿ستكتب شهادتهم ويسألون﴾	19	الزخرف	124
﴿ يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾	26	النساء	129
﴿وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾	18	يوسف	131
﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾	282	البقرة	135
﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾	02	الطلاق	135
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾	106	المائدة	135
﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾	282	البقرة	135
﴿ وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا﴾	143	البقرة	135
﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُوا الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾	18	آل عمران	135
﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾	75	النحل	137
﴿ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ﴾	04	النور	140
﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ ﴾	82-81	آل عمران	152
﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنفُسَكُم مِّن دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ﴾	84	آل عمران	152
﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾	172	الاعراف	155
﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾	77	آل عمران	160
﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَومَ حَصَادِه﴾	41	الانعام	161
: ﴿ تعرِفُهُم بسيماهُم﴾	273	البقرة	178

﴿وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾	18	يوسف	178
﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾	28	يوسف	178
﴿أُولَٰئِكَ ٱلَّذِينَ هَدَىٰهُمُ ٱللَّهُ فَبِهُدَاهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾	99	الانعام	178
﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ﴾	42	المائدة	187
﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا﴾ النساء [165]، وقوله تعالى: ﴿وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدْهُدَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ. لَأُعَذِّبَنَّهُ عَذَابًا شَدِيدًا أَوْ لَأَذْبَحَنَّهُ أَوْ لَيَأْتِيَنِّي بِسُلْطَانٍ مُّبِينٍ﴾	21-20	النمل	192
﴿ قَالُوا الْآنَ جِئْتَ بِالْحَقِّ ﴾	71	البقرة	194
﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾	114	النساء	201
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾	65	النساء	217
﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾	58	النساء	218
﴿ يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط﴾	135	النساء	234
﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾	280	البقرة	237
﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾	32	النور	247
﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾	03	النساء	248
﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾	21	الروم	249
﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ﴾	38	الرعد	249
﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ﴾	24	النساء	249
﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ	6-5	المومنون	249

فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ المومنون ﴾			
﴿ وَاذْكُرُوا إِذْ كُنتُمْ قَلِيلًا فَكَثَّرَكُمْ﴾	86	الاعراف	251
﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾	187	البقرة	252
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	21	الروم	252
﴿ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾	80	هود	254
﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾	232	البقرة	254
﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾	25	النساء	256
﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾	20	النساء	256
وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"	237	البقرة	258
"ولا تؤتوا السّفهآء أموالكم التي جعل الله لكم قيما"	05	النساء	285
" ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء"	236	البقرة	294
" {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ}	01	الطلاق	298
"وبعولتهن أحق بردهنّ"	228	البقرة	302
" فلا جناح عليهما فيما افتدت به"	229	البقرة	304
"لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ"	26-227	البقرة	306
" وإنهم يقولون منكرا من القول وزورا"	02	المجادلة	307
"وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ"	03	المجادلة	308
﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾	06	النور	310
"ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض مآ ءاتيتموهن الآ أن ياتين بفاحشة مبيتة"	19	النساء	321

فهرس الأحاديث:

الحديث	الراوي	صفحة
{{إنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا، فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار}}	/	1
{{إن المقسطين على منابر من نور عند الله، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما وُلوا}}	/	1
{{هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة؟" قالوا: الله أعلم ورسوله. قال: الذين إذا أعطي الحق قبلوه، وإذا سألوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كما يحكمون لأنفسهم}}	/	1
دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلانِ من بني عمي، فقال أحدهما: يا رسول الله، أمِّرْنا على بعض ما ولاك الله عز وجل، وقال الآخر مثل ذلك، فقال: ((إنَّا والله لا نولِّي هذا العملَ أحدًا سأله، أو أحدًا حرَص عليه))	أبو موسى الاشعري	27
{{إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثم أَصابَ فله أَجْرَان، وإذا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثم أَخْطَأَ فله أَجْرٌ}}	عمرو بن العاص	29
{{لا حَسَدَ إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا، فسَلَّطَه على هَلَكَتِهِ في الحَقِّ، ورجل آتاه الله حِكْمَة، فهو يقضي بها ويُعَلِّمَها}}	ابن مسعود	29
{{إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَقْضِي لَهُ بِنحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ}}	أمّ سلمة	29
{{القضاة ثلاث، قاضيان في النار، وقاض في الجنة، رجل قضى بغير الحق فعلم ذلك، فذاك في النار، وقاض لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاض قضى بالحق، فهو في الجنة}}	/	29
{{جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لي: اقض بينهما، قلت: أنت أولى بذلك، قال: وإن كان، قلت: علام أقضي؟ قال: إقضي، فإن أصبت فلك عشرة أجور، وإن أخطأت فلك	عمرو ابن العاص	36

أجر واحد}}		
{{قُلتُ: يا رَسولَ اللهِ، أَلَا تَسْتَعْمِلُنِي؟ قالَ: فَضَرَبَ بيَدِهِ علَى مَنْكِبِي، ثُمَّ قالَ: يا أَبَا ذَرٍّ، إنَّكَ ضَعِيفٌ، وإنَّهَا أَمَانَةُ، وإنَّهَا يَومَ القِيَامَةِ خِزْيٌ وَنَدَامَةٌ، إلَّا مَن أَخَذَهَا بحَقِّهَا، وَأَدَّى الذي عليه فِيهَا}}	ابي ذر الغفاري	36
{{من بلي بالقضاء بين المسلمين، فليعدل بينهم في لفظه، وإشارته، ومقعده، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر. وفي رواية: فليسو بينهم ; في النظر، والمجلس، والإشارة}}	عمر بن شبة	36
{{أن قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: من يكلم فيها رسول الله؟ فقالوا: من يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد حِبُّ رسول الله ؟، فكلمه أسامة، فقال رسول الله: أتشفع في حد من حدود الله؟، ثم قام فاختطب ثم قال: إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعتُ يدها}}	عائشة رضي الله عنها	37
{{أنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جارِيَةٍ بيْنَ حَجَرَيْنِ، قيلَ مَن فَعَلَ هذا بكِ، أفُلانٌ، أفُلانٌ؟ حتَّى سُمِّيَ اليَهُودِيُّ، فأومَأَتْ برَأْسِها، فَأُخِذَ اليَهُودِيُّ، فاعْتَرَفَ، فأمَرَ به النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ فَرُضَّ رَأْسُهُ بيْنَ حَجَرَيْنِ}}	أنس بن مالك	37
{{رفع القلم عن ثلاثة، عـــن الصبي حتى يبلـــغ وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق}}		52
{{لَقَدْ نَفَعَنِي اللَّهُ بِكَلِمَةٍ سَمِعْتُهَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيَّامَ الْجَمَلِ بَعْدَ مَا كِدْتُ أَنْ أَلْحَقَ بِأَصْحَابِ الْجَمَلِ فَأُقَاتِلَ مَعَهُمْ. قَالَ: لَمَّا بَلَغَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ أَهْلَ فَارِسَ قَدْ مَلَّكُوا عَلَيْهِمْ بِنْتَ كِسْرَى قَالَ: لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمْ امْرَأَةً}}	النسائي	53
{{إنا والله لا نولي على هذا العمل أحدا سأله، لا أحدا حرص عليه}}		57
{{من سأل القضاء وكّل إلى نفسه، ومن أجبر عليه وكّل به ملك يسدّده}}		57
{{بم تحكم؟ قال بكتاب الله، قال: فإن لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد: قال: أجتهد برأيي، فقال رسول الله صلى الله عليه		58

وسلم: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسوله}}		
{{لو يعطى الناس بدعواهم لدعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر}}		69
{{لَنْ تَجْتَمِعَ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ فَعَلَيْكُمْ بِالْجَمَاعَةِ فَإِنَّ يَدَ اللَّهِ عَلَى الْجَمَاعَةِ}}	//	77
{ إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلّي، فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا، فإنّما اقطع له قطعة من النار}		80
{{جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم}}	ابن ماجه	92
{{إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ، فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الآخَرِ، فَسَوْفَ تَدْرِي كَيْفَ تَقْضِي}}		93
{{لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان}}		98
{{إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ.}}	ابي مصعب الزهري المدني	99
{{من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده، لا يرفعنّ صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر}}		104
{{إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَـــرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُـــوا عَلَيْهِ الْحَـــدَّ. وَايْمُ اللَّهِ، لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَـــرَقَتْ لَقَـطَعْتُ يَدَهَا.}}		104
{{أتدرون من السابقون إلى ظل الله عز وجل يوم القيامة؟" قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: "الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوه بذلوه، وإذا حكموا بين الناس حكموا بالعدل}}		107
{{إن المقسطين في الدنيا على منابر من اللؤلؤ يوم القيامة}}		107
{{أتشفع في حد من حدود الله، ثم قام فاختطب: أيها الناس، إنما أهلك الذين قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليهم حد، وأيم الله لو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها}}		107

{{لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق}}		108
{{مـــن ولّاه الله أمرًا ثم لم يعـــدل، فقد خـــان الله ورسوله'}}		108
{{إنما أنا بشر وإنكم تختلفون إلي فلعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار}}		110
{{كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟" قال: أقضي بكتاب الله. قال: "فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟" قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال: "فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟" قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يُرضي رسولَ الله}}	معاذ بن جبل	114
{{فلعّل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع}}		131
{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}		143
{{واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فرجمها}}		153
{{طهّرني، فقال: ويلك، ارجع فاستغفر الله وتب إليه. قال: فرجع غير بعيد، ثم جاء فقال: طهّرني يا رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ذلك، حتى إذا كانت الرابعة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: فِيمَ أُطهّرك؟ فقال: من الزنا. فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أَبِهِ جنون؟ فأُخبر أنه ليس بمجنون، فقال: أشرب خمرًا؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر. قال: أزنيت؟ قال: نعم. فأمر به فرُجم}}	ماعز بن مالك الاسلمي	153
{{يا نبي الله، أصبتُ حدًّا فأقمه عليّ. فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليها فقال: أحسنْ إليها، فإذا وضعت فأتني بها. ففعل، فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فشُدّت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرُجمت، ثم صلى عليها}}	عمران بن حصين	153
{{إنما البيع عن تراضٍ}}	أنس بن مالك	153
{على اليد ما أخذت حتى تؤديه}	ابي هريرة	154
{ إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه}		155

هل لا تركته لعله يتوب ويتوب الله عليه؟}	ماعز	158
{ البينة على المدعي واليمين على من أنكر}		160
{{يا رسول الله، إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي وفي يدي، ليس له فيها حق، قال النبي 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 عن شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك}}	وائل بن حجر	160
{{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}}		161
{ فيما سقت السماء العشر}		162
{{البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إذا كان بينهما خلطة}}	علي رضي الله عنه	163
{{تحلفون وتستحقون دم صاحبكم، قالو: لم نحضر، قال: فتبريكم اليهود خمسين يمينا}}		171
{{نتجت هذه الناقة عندي، وأقاما البينة، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده}}		173
{{الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها}}	ابن عباس	179
{{أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل علي مسرورا، تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تر أن مجززا نظر آنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض}}	عائشة رضي الله عنها	179
{البينة على المدعي واليمين على من أنكر}		180
{لِحُوَيِّصَةَ وَمُحَيِّصَةَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: أَتَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟ فَقَالُوا: لَا، قَالَ: أَفَتَحْلِفُ لَكُمْ يَهُودُ؟ قَالُوا: لَيْسُوا بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِائَةِ نَاقَةٍ}		181
{ أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا: كيف نحلف ولم نحضر ولم نرَ؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يمينًا. قالوا: كيف نرضى بأيمان قوم كفار؟ فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده}	ابي هريرة	207
{{إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمُ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا		234

سَرَقَ فِيهِمُ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ}}		
{{أربع من سنن الأنبياء والمرسلين، الحياء، والتعطر، والسواك، والنكاح}}		249
{{أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما}}		250
{{الولد للفراش وللعاهر الحجر}}		251
{{فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج}}		251
{{حبّك الشيء يعمي ويصم}}		251
{{لا تنكح المرأة المرأة، ولا المرأة ونفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها}}		254
{{من يمن المرأة قلة صداقها}}		257
(عليك بذات الدين تربت يداك)		261
(المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحّل حراما، أو حرّم حلالا)		273

فهرس المحتويات

مقدمة: 1

الفصل التمهيدي

مفهوم القضاء الشرعي، وتاريخه في الإسلام

المبحث الأول: حقيقة القضاء وحكمه ودليل مشروعيته، والفـــرق بينه وبين مصطلحات ذات الصّلة (الفتـوى، الحســبة، وولاية المظالم والتحكيم). 23
المطلب الأول: تعريف القضاء في اللغة والاصطلاح الشرعي 23
المطلب الثاني: حكم تولية القضاء ومشروعيته 26
المطلب الثالث: مشروعية القضاء من الكتاب والسنة والإجماع. 28
المطلب الرابع: الفرق بين القضاء وبعض المصطلحات ذات الصلة 30
المبحث الثاني: لمحة تاريخية عن القضاء في الاسلام 34
المطلب الأول: القضاء في العهد النبوي وزمن الرسالة 34
المطلب الثاني: القضاء في العهد الراشدي 36
المطلب الثالث: القضاء في العهد الأموي 39
المطلب الرابع: القضاء في العهد العباسي 40
المطلب الخامس: خطة القضاء بالأندلس والمغرب 42
المطلب السادس: التنظيم القضائي في العهد العثماني في الجزائر 42

الباب الأول

أصول المرافعات الشرعية الموضوعية والإجرائية في الفقه المالكي

الفصل الأول: التنظيم القضائي في الفقه المالكي 47
المبحث الأول: القاضي، شروط وإجراءات تعيين القاضي في الفقه المالكي 47
المبحث الثاني: أصول المرافعات الشرعية العامة 47
المبحث الثالث: الدعوى الشرعية، المفهوم والأركان والأنواع 47
المبحث الـرابع: المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الاسلام 47
المبحث الأول: شروط وإجراءات تعيين القاضي في الفقه المالكي 48

المطلب الأول: شروط القاضي 49
المطلب الثاني: إجراءات توليه القاضي وعزله 54
المطلب الثالث: أعوان القضاة ومساعديهم 60
المطلب الرابع: رواتب القضاة وأعوانهم() 63
المبحث الثاني: أصول المرافعات الشرعية العامة 65
المطلب الأول: أهمية أصول التقاضي والمرافعات الشرعية 66
المطلب الثاني: أصول التقاضي العامة في القضاء الشرعي 67
المطلب الثالث: قواعد الاختصاص القضائي 69
المطلب الرابع: الاختصاص المكاني 72
المطلب الخامس: مستند الحكم 74
المبحث الثالث: الدعوى الشرعية، المفهوم والأركان والأنواع 80
المطلب الأول: مفهوم الدعوى 82
المطلب الثاني: أركان الدعوى 84
المطلب الثالث: مجلس القضاء 88
المطلب الرابع: أنواع الدعوى وشروطها 90
المبحث الرابع: المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام 93
المطلب الأول: وقت القضاء وزمانه والعطل القضائية 93
المطلب الثاني: النظر في القضايا المستعجلة التي لا تتحمل التأجيل 95
المطلب الثالث: وقف الأعمال المنشأة لضرر على الغير 98
المطلب الرابع: من المرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام المساواة أمام القضاء 99
المطلب الخامس: استقلال السلطة القضائية في الإسلام 102
المطلب السادس: الحكم بالظاهر وحكم القاضي لا يحل حراما 106
المطلب السابع: اجتهاد القاضي 109
المطلب الثامن: مبدأ شمول القضاء في الإسلام للجميع المنازعات 111
المطلب التاسع: علانية جلسات التقاضي 112
المطلب العاشر: النظر في أمر المسجونين، وأولياء المحجور عليهم من وصي ووكيل 115
المطلب الحادي عشر: تزكية الشهود، وتجريحهم 119

الفصل الثاني: في وسائل الإثبات 125
المبحث الأول: الشهادة 128
المطلب الأول: مفهوم الشهادة دليل مشروعيتها 128
المطلب الثاني: دليل مشروعية الشهادة وحكمها 128
المطلب الثالث: شروط الشهادة الأداء 128
المطلب الرابع: شروط تحمل الشهادة 128
المطلب الخامس: مراتب الشهادة 128
المطلب السادس: التحمل والأداء في الشهادة 128
المطلب السابع: في مراتب الشهود 128
المطلب الثامن: كيفيه النقل في الشهادة على الشهاده 128
المطلب التاسع: الرجوع عن الشهادة 128
المطلب الأول: مفهوم الشهادة 129
المطلب الثاني: دليل مشروعيه الشهادة وحكمها 130
المطلب الثالث: شروط الشهادة 131
المطلب الرابع: مراتب الشهادة 135
المطلب الخامس: التحمل والأداء في الشهادة 139
المطلب السادس: في مراتب الشهود 140
المطلب السابع: كيفية النقل في الشهادة على الشهادة 141
المطلب الثامن: الرجوع عن الشهادة 142
المبحث الثاني: الإقرار 144
المطلب الأول: مفهوم الإقرار ودليل مشروعيته 144
المطلب الثاني: أركان الإقرار وشروطه 147
المطلب الثالث: الرجوع عن الإقرار 150
المبحث الثالث: اليمين 151
المطلب الاول: مفهوم اليمين ودليل مشروعيتها 151
المطلب الثاني: أنواع اليمين وصفتها 153
المطلب الثالث: النكول عن اليمين 160
المطلب الرابع: في تعارض البينات والبينة بعد حلف اليمن 163

المبحث الرابع: وسائل أخرى للإثبات، (القرائن والقسامة)..... 167
المطلب الأول: مفهوم القرائن وأقسامها 167
المطلب الثاني: دليل القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والامارات من الكتاب والسنة 168
المطلب الثالث: في القسامة 171
الفصل الثالث: أصول سماع الدعوى وعقد المقالات بين الخصوم، وكيفية بدء الدعوى وإصدار الأحكام وتنفيذها في مسطرة القضاء المالكي. **176**
المبحث الأول: عقد المقالات وإدارة المرافعة في مسطرة القضاء عند المالكية 176
المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي والطعن فيه..... 176
المبحث الثالث: تنفيذ الحكم القضائي 176
المبحث الأول: عقد مقالات الخصوم وإدارة المرافعة..... 177
المطلب الأول: عريضة الدعوى 177
المطلب الثاني: تبليغ الخصم 179
المطلب الثالث: جواب الخصم على مقال المدعي، وطلب الإعذار وضرب الآجال 180
المطلب الرابع: طلب الأعذار وضرب الآجال..... 181
المطلب الخامس: تداعي الوكيل والموكل 184
المطلب السادس: الصلح بين الخصوم..... 189
المطلب السابع: ابتداء الحكم بين الخصمين 192
المطلب الثامن: أنواع البينات، (الشهادة) 195
المطلب التاسع: الدفوع في الدعوى..... 200
المبحث الثاني: إصدار الحكم القضائي في مسطرة القضاء عند المالكية 202
المطلب الأول: مفهوم الحكم القضائي 203
المطلب الثاني: خطاب القضاة لبعضهم البعض 204
المطلب الثالث: الفرق بين الحكم والفتوى والتصرفات التي تقع من الحكام والقضاة وليست حكما ... 206
المطلب الرابع: أنواع الحكم القضائي..... 208
المطلب الخامس: تسبيب الحكم 210
المطلب السادس: الطعن في أحكام القضاة..... 213
المطلب السابع: حكم القاضي بالجور أو الخطأ والإقرار بذلك منه 215
المبحث الثالث: تنفـــيـــــــذ الحكم القضائي 217

المطلب الأول: حقيقة التنفيذ 218
المطلب الثاني: وسائل تنفيذ الحكم 218
المطلب الثالث: تعجيل تنفيذ الحكم 222

الباب الثانـي

تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة والطلاق وسائر أنواع الفرقة ـ

الفصل الأول: تطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال اجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي ـ التداعي في الأنكحة ـ 227

المبحث الأول: مفهوم النكاح، وأركانه، وأصل مشروعيته 228
وسنعرض في هذا المبحث مفهوم النكاح وحقيقته وأصل مشروعيته. 228
المطلب الأول: مفهوم النكاح وأصل مشروعيته 229
المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية النكاح 231
المطلب الثالث: أركان النكاح وشروطه عند المالكية 233
المطلب الرابع: أركان النكاح 234
المبحث الثاني: دعاوى النكاح والاختلاف في الصداق والجهاز والعيوب، وما يتعلق بها من البينات والإقرار والإنكار 243
المطلب الأول: دعاوى ادعاء النكاح وعقد المقالات وسيرها وفق مسطرة القضاء الشرعية والحكم فيها 243
المطلب الثاني: دعوى التوكيل في النكاح وإقرار الولي 249
المطلب الثالث: التداعي في الشروط ولزومها 251
المطلب الرابع: التداعي في عيوب النكاح 253
المطلب الخامس: التداعي في حصول الخلوة والدخول والوطء وعدم البلوغ 256
المطلب السادس: التداعي في الصداق وسائر حقوق الزوجـــة 258
المطلب الســابع: التداعي في الجهاز والمتـــــاع 262
الفصل الثاني: دعـــاوى الطلاق والخـــلع وسائر أنواع الفرقة، وما يتعلـــق بها من إقرار وإنكار **268**

المبحث الأول: مفهوم الطلاق والخلع والإيلاء والظهار واللعان ومشروعيتها وأنواعها 268
المطلب الأول: حقيقة الطلاق وحكمه وأركانـــــــــــه 268
المطلب الثاني: في الطلاق وأقسامه 273

المطلب الرابع: في الفرق بين الطلاق والفسخ والخلع..... 279
المطلب الخامس: في الإيلاء والظهار واللعان..... 280
المبحث الثاني: دعاوى الطلاق وسائر أنواع الفرقة وما يتعلق بها من إقرار وإنكار..... 287
المطلب الأول: التداعي الحاصل بسبب الطلاق 287
المطلب الثاني: التداعي في النفقة..... 295
المطلب الثالث: التداعي في الظهار والايـــلاء..... 301
خاتمة..... 305
قائمة المصادر والمراجع..... 321
فهرس الآيات القرآنية: 339
فهرس الأحاديث: 345
فهرس المحتويات..... 351

ملخص الدراسة:

تناولت الدراسة موضوع الأصول القضائية الموضوعية والإجرائية عند المالكية وتطبيقاتها في مسائل الأحوال الشخصية بدراسة تحليلية تطبيقية، بدأت الدراسة بتعريف القضاء وأهميته الشرعية، مبرزةً الشروط الواجب توفرها في القاضي من منظور الفقه المالكي، كما تناولت الإجراءات الشرعية التي تنظم سير الدعوى القضائية، بما في ذلك أصول الإثبات، مثل الإقرار، والشهادة، واليمين، حيث ركزت الدراسة على الكشف عن المسطرة القضائية التي اعتمدها فقهاء المالكية في نظر الدعاوى المرفوعة وكيفية إجراء وسير المسطرة القضائية الشرعية، من وقت حضور الخصوم وموكليهم إلى غاية إنشاء الحكم وتحرير الوثيقة النهائية التي انتهت إليه الدعوى مع التنفيذ القضائي لها، إذ تحاول الدراسة أن تعطي تصورا كليا عن الجهاز القضائي وكيف يعالج الخصومات المرفوعة أمامه بناء على الأحكام الشرعية من خلال مع تسليط الضوء على القواعد والأصول الفقهية التي شكلت أسس التقاضي الشرعي لدى فقاء المالكية. ثم استعرضت الدراسة التطبيقات العملية لهذه الأصول في مسائل الأحوال الشخصية، مثل الزواج، والطلاق، والنفقة، مع بيان الأحكام الفقهية المستنبطة من نصوص الشريعة، وأقوال علماء المالكية، وقد انتهت هذه الدراسة إلى مقدمة وفصل تمهيدي وبابين وخاتمة، واعتمد الباحث في تحقيق أهداف دراسته على مجموعة من المناهج العلمية المتكاملة، شملت: المنهج التاريخي، والمنهج الاستدلالي، والمنهج الاستقرائي؛ حيث تناول بيان تطور القضاء الشرعي عبر العصور الإسلامية، واستند إلى الأدلة الشرعية المعتبرة، وعلى استقراء المادة الفقهية من أمهات كتب الفقه المالكي، مع عرض الآراء المختلفة بشكل موجز، وبيان الأدلة التي رجّحها المالكية وجرى بها العمل القضائي.

فاشتملت المقدمة على توطئة تحدثت عن أهمية القضاء ودوره الوظيفي في إنصاف الخصوم والعدل بين الناس، وأهمية البحث وأهدافه، وفرضية الدراسة، وأسباب اختيار الموضوع، والمنهج البحثي، والصعوبات التي واجهت الباحث، وخطة الموضوع.

وتناول الفصل التمهيدي حقيقة القضاء وحكمه، ودليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، بالإضافة إلى تاريخ القضاء الشرعي في الاسلام، بدايةمن عهد نبينا صلى الله عليه وسلم إلى عهد الخلافة الإسلامية العثمانية العليّة.

وتضمن الباب الأول، أصول المرافعات الشرعية الموضوعية والإجرائية في الفقه المالكي، شمل التنظيم القضائي في الفقه المالكي، أصول المرافعات الشرعية العامة والدعوى القضائية، والمرتكزات الأساسية للتنظيم القضائي في الإسلام، وكذا أنواع البينات وسائر الأدلة لناحية تعريفهاوقواعد الأدلة الشرعية العامة وموضوعها، وحجّية كل دليل، ثمّ أصول سماع دعوى الخصوم وعقد المقالات وكيفية ابتداء الحكم بين الخصمين في مسطرة القضاء المالكي.

واحتوى الباب الثاني علىتطبيقات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية من خلال إجراءات التقاضي الشرعية في الفقه المالكي، التداعي في الأنكحة والطلاق وسائر أنواع الفرقة.

وخلصت الدراسة إلى خاتمة ضمّنت أهم النتائج، وقدم الباحث توصيات لتعزيز الاستفادة من هذه الأصول في النظم القضائية المعاصرة لضمان التوفيق بين أحكام الشريعة ومتطلبات العصر.

الكلمات المفتاحية:

القضاء الشرعي؛ الدعوى؛ الفقه المالكي؛ أصول التقاضي؛ الإثبات الشرعي؛ الأحوال الشخصية؛ وسائل الإثبات؛ النكاح؛ الفرقة؛ الدعوى والإنكار

نوقشت يوم: 12-10-2025

بتقدير: مشرف جدا