المبحث الثالث

حكم فسخ عقد النكاح لمعرفة العيب عن طريق السماع

تنقسم العيوب من حيث المنع من الدخول وعدمه إلى قسمين :

الأول : عيوب جنسية تمنع من الدخول كالجب والعنة والخصاء في الرجل ، والرتق والقرن في المرأة .

الثاني : عيوب لا تمنع من الدخول ، ولكنها أمراض منفرة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجذام والجنون والبرص والسل والزهري (١) .

وإذا تزوج رجل امرأة وقبل الدخول بها سمع الرجل أن في زوجته أحد العيوب السابقة ، فهل له حق الفسخ ، أو سمعت المرأة أن في زوجها أحد العيوب السابقة فهل لها حق فسخ العقد ؟ ، اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : لا يثبت حق الفسخ للزوج مهما وجد أي عيب من العيوب السابقة ، ولا يثبت حق الفسخ للمرأة إلا إذا وجدت في زوجها العيوب الجنسية التي تمنع من الدخول ، وبه قال أبو حنيفة (٢) . واستدل أبو حنيفة لعدم ثبوت حق الفسخ للزوج بأمور :

(أ) أن النكاح لا يفسخ بسائر العيوب ، فلا يفسخ بالعيوب السابقة (٣) .

مناقشة الدليل : لا يسلم هذا القياس ، لأن سائر العيوب لا يؤثر في حصول الرجل على قصد النكاح ، أما العيوب السابقة فهي تؤثر في منع حصول الرجل على قصد النكاح .

(ب) أن الموت لا يفسخ به النكاح وهو يفوت جميع ثمرات النكاح ، فالأولى أن يفسخ النكاح بالعيوب التي تفوت بعض ثمرات النكاح (٤) .

مناقشة الدليل : لا يسلم بما ذكر من الدليل ، لأن الموت وإن فوت جميع ثمرات النكاح ، لكن يوجب حقًا شرعيًا للزوج وهو حصول الميراث ، أما تلك

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٧/ ٥١٤ .
(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧ . فتح القدير ٣/ ٢٦٧-٢٦٨ ، الاختيار لتعليل المختار ٣/ ١١٤ .
(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧ .
(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧ ، الاختيار لتعليل المختار ٣/ ١١٤ .

العيوب فبعضها يفوت أهم أهداف النكاح مع ما يلحق به من الضرر .

(ج) إن للزوج وسيلة شرعية لدفع الضرر عن نفسه وهو الطلاق ، فلا يشرع له حق الفسخ ، وهذا بخلاف المرأة فإنها لا تملك حق الطلاق ، فيدفع الضرر عن نفسها بالفسخ (١) .

مناقشة الدليل : لا يسلم بأنه يمكن للزوج أن يدفع عن نفسه ضررًا بالطلاق مطلقًا ، لأنه في حالة ما إذا قد دفع المهر يلزمه دفع نصف المهر إن طلقها ، وإذا فسخ النكاح يسترد جميع المهر .

(د) إن عقد النكاح إن جرى مجرى عقود المعاوضات كالبيوع وجب أن يفسخ بكل عيب ، وإن جرى مجرى غيرها من العقود كالهبات والصلات وجب أن لا يفسخ بعيب (٢) .

مناقشة الدليل : أن البيوع أخص لأن العيوب تؤثر في نقصان الثمن فاستحق بجميعها الفسخ وليس كل العيوب تؤثر في نقصان الاستمتاع فلم يستحق بجميعها الفسخ (٣) .

وأما ثبوت حق الفسخ للمرأة إذا وجدت في زوجها العيوب التناسلية ، فلأنه لا يدفع الضرر عن نفسها إلا بالفسخ ، وأما اقتصار الفسخ بالعيوب الجنسية لأن هذه العيوب هي التي تفوت حقها في العقد وهو الوطء ، وأما سائر العيوب فيمكن تحقيق حقها مع وجودها (٤) .

مناقشة الدليل : لا يسلم أن الفسخ شرع لأجل دفع الضرر عن المرأة في عدم حصولها على الوطء فقط بل لدفع الضرر في عدم حصولها على استقرار الحياة الزوجية بالاستقرار ، ثم إن البقاء مع الرجل المصاب بمرض الزهري مثلا وإن كان يقدر على الجماع لكنه أشد ضررًا بلا شك من البقاء مع الرجل العنين .

القول الثاني : لا يثبت حق الفسخ للرجل بسبب العيب الموجود في زوجته ، ويثبت حق الفسخ للمرأة متى وجدت في زوجها العيوب المانعة من الدخول أو الأمراض المنفرة المانعة من استقرار الحياة الزوجية ، وبه قال أبو يوسف (٥) صاحب أبي حنيفة .

(١) المصدر السابق .
(٢) الحاوي الكبير ٩/ ٣٣٨ .
(٣) المصدر نفسه ٩/ ٣٣٩ .
(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧ .
(٥) بدائع الصنائع ٢/ ٣٢٧ .

واستدل أبو يوسف في عدم ثبوت حق الفسخ للرجل بما استدل به أبو حنيفة ، وأما ثبوت حق الفسخ للمرأة إذا وجدت في زوجها العيوب السابقة لأن الخيار في العيوب الجنسية التي تمنع الدخول إنما لأجل دفع الضرر عن المرأة ، والأمراض المعدية ضررها أكبر من العيوب الجنسية المانعة من الدخول ، فيشرع لأجلها الفسخ على وجه أولى (١) .

القول الثالث : يثبت حق الفسخ للزوجين متى وجد أحدهما في الآخر عيبًا من العيوب السابقة ، وبهذا قال جمهور العلماء المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) ، واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يأتي :

(أ) أن رسول الله ﷺ (تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها (٥) بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئًا) (٦) ؛ ووجه الاستدلال من الحديث : «أنه لما نقل العيب وجب أن يكون الرد لأجل العيب» (٧) ، والرد صريح في الفسخ .

مناقشة الدليل ووجه الاستدلال به : ناقش ابن حزم (٨) هذا الحديث فقال : «هذا من رواية جميل بن زيد (٩) ، وهو مطروح متروك ، عن زيد بن كعب (١٠) وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ثم هو مرسل .

وأما من ناحية الاستدلال فإن قوله ﷺ خذي عليك ثيابك كناية عن الطلاق لوجود العيب فيها (١١) .

---

(١) المصدر نفسه .
(٢) ينظر : الاستذكار ١٦/ ٩٢ ، بداية المجتهد ٢/ ٥٠-٥١ .
(٣) روضة الطالبين ٧/ ١٨٣ ، الحاوي الكبير ٩/ ٣٣٩ .
(٤) المغني ٧/ ٥٧٩-٥٨٠ ، شرح الزركشي ٥/ ٢٤١-٢٤٣ .
(٥) الكشح هو : الخصر (النهاية في غريب الحديث ٤/ ١٧٥) .
(٦) رواه الإمام أحمد في مسنده ٣/ ٤٩٣ ، وسعيد بن منصور حديث (٨٢٩) ، (٨٣١) ، وقال الهيثمي في المجمع رواه أحمد وجميل ضعيف (مجمع الزوائد ٤/ ٣٠٠) وقال ابن حجر في بلوغ المرام رواه الحاكم وفي إسناده جميل بن زيد وهو مجهول واختلف عليه في شيخه اختلافًا كثيرًا (بلوغ المرام ص : ٢٥٩) .
(٧) الحاوي الكبير ٩/ ٣٣٩ .
(٨) المحلى ٩/ ٢٨٨ .
(٩) هو : جميل بن زيد الطائي الكوفي البصري روى عن ابن عمر وكعب بن زيد ، روى عنه الثوري وأبو بكر عياش ، قال عنه ابن معين ليس بثقة ، وقال البخاري لا يصح حديثه (تهذيب التهذيب ٢/ ١١٤ ، لسان الميزان ٢/ ١٣٦) .
(١٠) هو : زيد بن كعب بن عجرة ، روى عن أبيه ، وعنه جميل بن زيد ، قال عنه ابن معين : ليس بثقة (ينظر : لسان الميزان ٢/ ٥١٠) .
(١١) ينظر : نيل الأوطار ٦/ ٢٩٨ .

(ب) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها (١) .

وفي رواية : قضى عمر بن الخطاب في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما والصداق لها لمسيس إياها وهو على وليها (٢) .

وجه الاستدلال أن تفريق عمر للعيوب المذكورة ورجوع الزوج على ولي المرأة بالصداق لدليل على أنه فسخ النكاح لسبب العيب .

مناقشة الدليل والجواب عليها : نوقش الدليل بأن في سنده انقطاعًا ، حيث إن سعيد بن المسيب لم يسمع من عمر بن الخطاب (٣) ، وأجيب بأن سعيد من كبار التابعين ، فالظن به أنه لم يرسل إلا عن الثقة ، بهذا يقول الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام : ورجاله ثقات (٤) .

(ج) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : «**أيما امرأة نكحت وبها برص أوجنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها**» (٥) .

ووجه الاستدلال من الأثر أن تخيير قبل المسيس بين الإمساك وبين الطلاق لدليل على إعطائه حق الفسخ لعيب وجده في امرأته .

مناقشة الدليل : نوقش الدليل بأنه من رواية الشعبي عن علي (٦) ، وقد قال الحاكم في علوم الحديث بأنه «رأى عليا ولم يسمع منه» (٧) ، ثم إنه قد روي عن علي ما يخالف هذا ، وهو رواية عن الشعبي أيضًا : «**أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو برصاء أو بها قرن فهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك**» (٨) .

---

(١) الأثر رواه البيهقي كتاب النكاح ٧/ ٢١٤ ، والإمام مالك في الموطأ كتاب النكاح ، باب ما جاء في الصداق والحباء ٢/ ٥٢٦ ، وابن حزم في المحلى ٩/ ٢٨٠ ، وقال ابن حجر في بلوغ المرام ص : ٢٥٩ خرجه سعيد بن منصور ومالك وابن أبي شيبة ورجاله ثقات .
(٢) الأثر رواه الدارقطني كتاب النكاح باب المهر ٣/ ٢٦٧ ، واللفظ له ، والبيهقي في السنن الكبرى ٧/ ٢١٤ ، وابن أبي شيبة في المصنف ٤/ ١٦١ .
(٣) ينظر : المحلى ٩/ ٢٨٧ ، الجوهر النقي ٧/ ٢١٤ ، السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٢١٥ ، سنن الدارقطني ٣/ ٢٦٧ .
(٤) ص : ٢٥٩ .
(٥) الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب النكاح ، باب ما يراد به النكاح من العيوب ٧/ ٢١٤ ، ابن حزم في المحلى ٩/ ٢٨٤ .
(٦) ينظر : المصدر نفسه .
(٧) نقلاً عن الجوهر النقي ٧/ ٢١٤ .
(٨) الأثر رواه ابن حزم ٩/ ٢٨٤ .

(هـ) أن الأصل في النكاح السلامة ، فإذا وجد الرجل في امرأته عيبًا ولم يبين له فمعناه أن الرجل قد غره ولي المرأة أو غرته المرأة ، فلا يصح أن تأخذ المرأة صداقها والرجل لا يستطيع أن ينال حقه منها الذي لأجله دفع ذلك الصداق ، فاقتضت هذه الحالة أن يكون للرجل الخيار في إمضاء العقد أو فسخه لاسترداد الصداق ، لأن إلزام الرجل بالعقد إضرار به لكونه دفع الصداق بلا مقابل .

هذا إن كان العيب في المرأة ، وإن كان في الرجل فإلزام النكاح على المرأة إضرار بها لكونها تخاف من أن يتعداها مرض الرجل أو لا تنال منه ما يعفها إذ لم يستطع أن يدخل بها ، فاقتضت الحالة هذه أن يكون لها حق الفسخ دفعًا للضرر عنها(١) .

القول الرابع : لا ينفسخ النكاح بعيب من العيوب ، فلا يحق للزوج فسخ العقد لعيب وجده في امرأته ، ولا يحق للزوجة فسخ العقد لعيب وجدته في زوجها ، وبه قال ابن حزم (٢) .

وعمدة ابن حزم أن النكاح لما ثبت شرعًا فلا يجوز رفعه إلا بدليل من الكتاب والسنة ، ولا يصح دليل من الكتاب أو السنة في رفع عقد الزواج بالفسخ لأجل العيب ، وإنما الذي ثبت شرعًا إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان (٣) .

الترجيح : والراجح في هذه المسألة هو ثبوت حق الفسخ لكل من الزوجين متى ما وجد في صاحبه عيبًا يمنع من الدخول أو عيبًا من الأمراض المعدية لا يقوم بسببها استقرار الحياة الزوجية ، بشرط عدم علمهما قبل العقد ، وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : لملائمة هذا الحكم لقواعد شرعية من حرمة الغش وإزالة الضرر .

ثانيًا : لورود الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقضائه به ، نعم الأثر منه منقطع لكن سعيد بن المسيب سيد التابعين ثقة الظن به أنه لا يرسل هذا الأثر إلا من ثقة ، والله أعلم .

ثالثًا : لوجود الأحكام الشرعية المشابهة لحكم الفسخ لسبب العيب ، وذلك أن الطلاق حق الرجل وهو مقرر في الشريعة وأن مال المسلم حرام على غيره إلا بعوض أو بطيب نفسه ، وفسخ النكاح من قبل الرجل لسبب العيب في المرأة كأنه استعمال

(١) ينظر : نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٦ ، المغني ٧/ ٥٨٠ .
(٢) ينظر : المحلى ٩/ ١٧٩ .
(٣) ينظر : المصدر نفسه ٩/ ٢٨٨ .

الرجل حقه في الطلاق واسترداد ماله المدفوع إلى المرأة لما لم يجد عوضًا منها ولم تطب نفسه لهبته إياها .

وإن الخلع جائز في الشريعة وهو أن يطلق الرجل زوجته بعوض ، ويشرع لدفع الضرر عن المرأة إلا أنه برضًا من الرجل ولا يجب عليه ، وفسخ النكاح من قبل المرأة لدفع الضرر كذلك عن المرأة إلا أنه يقع بقضاء القاضي ، وليس للرجل إلا قبوله ويرد المهر إليه ، وذلك لأنه غر المرأة بنفسه .

رابعًا : خيار العيب مشروع في البيع وهو يتعلق بالأموال ، فالأولى أن يشرع كذلك في النكاح لأنه يتعلق بالبضع ، فالمرأة ترضى أن تمكن نفسها للرجل وتأخذ المهر إذا كان الرجل سالمًا كما أرادته المرأة ، فلما كان غير سالم فلا تجبر المرأة لتمكين نفسها له .

وعلى الرأي الراجح يجوز لكل من الزوجين أن يطلب فسخ النكاح متى ما سمع من مصدر يوثق به أن في صاحبه عيبًا يمنع من الدخول ، أو عيبًا من الأمراض المعدية لا يقوم بسببها استقرار الحياة الزوجية ، وعلى طالب الفسخ إحضار البينة متى أنكر الخصم بوجوده ، والله أعلم .

***

المبحث الرابع

حكم عقد النكاح واستمراره عند سماع ما يمنع استمراره

لا خلاف بين العلماء أن من شروط صحة النكاح خلو كل من الزوجين من الموانع بأن لا يكون بهما ما يمنع التزويج من علاقة المصاهرة أو النسب أو الرضاع أو اختلاف دين ، وعلى هذا فلا يجوز عقد الزواج متى ما سمع من مصدر مقبول شرعًا بوجود إحدى الموانع السابقة ، وإذا عقد فلا يصح العقد ، وذلك لاختلال شرط من شروطه ، كما أنه لو تم العقد ثم سمع بعد ذلك بوجود إحدى الموانع السابقة كأن تكون بين الزوجين علاقة المصاهرة بأن تكون المرأة زوجة أبي الرجل المطلقة أو تكون بينهما علاقة الرضاعة بأن يكون والد المرأة قد أرضعتها وزوجها ، فإنه بهذه الحالة ينفسخ العقد ويجب على الرجل مفارقة امرأته التي قد عقد عليها (١) .

وأصل هذه المسألة لا خلاف فيها بين الفقهاء (٢) ، وإنما الخلاف في عدد الشهود الذين يثبت بهم تلك الموانع حتى يحرم عقد الزواج بها أو ينفسخ بها الزواج ، وتحت هذا المبحث مطلبان :

المطلب الأول : عدد الشهود الذين تسمع شهادتهم لإثبات موانع النكاح غير علاقة الرضاعة .

اتفق العلماء على ثبوت موانع النكاح غير الرضاعة بشهادة رجلين ، واختلفوا في ثبوتها بشهادة رجل وامرأتين على قولين :

القـــول الأول : تقبل في إثبات موانع الزواج غير الرضاعة شهادة رجل وامرأتين ، وبه قال الحنفية (٣) وابن حزم (٤) ، وعمدتهم في ذلك ما يأتي :

(أ) قال الأشعث بن قيس (٥) : (كان بيني وبين رجل من اليهود أرض

(١) من الفقهاء من ذكر هذا الشرط صريحًا ، ومنهم من لم يذكره وإنما ذكره تحت باب موانع النكاح (ينظر : بدائع الصنائع ٢/ ٢٥٦ـ ٢٥٧ ، الفواكه الدواني ٢/ ١٧ـ ١٩ ، روضة الطالبين ٧/ ١٠٧ـ ١١٧ ، كشاف القناع ٥/ ٧١ـ ٨٩ .

(٢) ينظر : المصادر السابقة .

(٣) ينظر : فتح القدير ٧/ ٣٧٠ـ ٣٧١ ، تبيين الحقائق ٤/ ٢٠٩ .

(٤) ينظر : المحلى ٨/ ٤٧٦ .

(٥) هو : أبو محمد الأشعث بن معدي كرب الكندي وفد على النبي ﷺ بسبعين رجلاً من كندة ، توفي حين صالح الحسن معاوية ، فصلى عليه ، وله ثلاث وستون (تهذيب التهذيب ١/ ٣٥٩) .

فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ : ألك بينة ، قال : قلت لا)(١) ؛ وقال ﷺ : «فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل» (٢) .

ووجه الدلالة من الحديثين السابقين أن الرسول ﷺ كلف المدعي ببينة وشهادة من البينة ، ثم قطع رسول الله ﷺ أن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل ، فتقبل إذًا في إثبات كل موانع الزواج غير الرضاعة شهادة رجل وامرأتين كما تقبل شهادة رجلين (٣) .

(ب) أن الأصل قبول شهادة المرأة للشهادة ، وذلك لوجود ما يبتني عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء ، وأما نقصان الضبط في نفس المرأة فإنه انجبر بضم الأخرى إليها (٤) .

وتخريجًا على هذا القول ، فلو أراد الرجل أن يعقد زواجًا على امرأة ، ثم شهد رجل وامرأتان أن بينهما علاقة المصاهرة أو النسب ، فوجب على الحاكم منعه من الزواج وحرم على الرجل زواجه منها ، وإذا تم العقد وجب على الحاكم تفريقهما ووجب على الرجل مفارقة امرأته ، لأنه سمع ما يمنع استمرار العقد .

القول الثاني : لا تقبل في إثبات موانع النكاح غير علاقة الرضاعة شهادة رجل وامرأتين ، بل لابد من شهادة رجلين ، وبه قال جمهور العلماء المالكية (٥) ، والشافعية (٦) ، والحنابلة (٧) ، واستدلوا لما قالوا بما يأتي :

(أ) قول الله تعالى : ﴿ . . . وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ (٨) ؛ فقد نص الشارع على قبول شهادة رجلين عدلين في الرجعة ، فيقاس عليه اكتفاء شهادة رجلين في الحقوق التي لا يقصد منها المال ولا تؤول إلى المال خاصةً في مسألة البضع ؛ وأما مسألة المال فتقبل شهادة رجل وامرأتين لقول الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ ... ﴾ (٩) ، وأما سائر الحقوق فتبقى على الأصل وهو عدم قبول شهادة المرأة .

(١) الحديث رواه البخاري كتاب التفسير ، باب سورة آل عمران ٣/ ١١٠ .

(٢) الحديث رواه البخاري كتاب الحيض ، باب ترك الحائض الصوم ١/ ٦٤ .

(٣) المحلى ٨/ ٤٨٦ـ ٤٨٧ . (٤) ينظر : فتح القدير ٧/ ٣٧١ .

(٥) شرح الخرشي ٤/ ٢٠١ـ ٢٠٣ .

(٦) روضة الطالبين ١١/ ٢٥٣ـ ٢٥٤ ، نهاية المحتاج ٨/ ٢٩٣ .

(٧) المغني ١٢/ ١٥ـ ١٦ ، حاشية الروض المربع ٧/ ٦٠٨ـ ٦٠٩ .

(٨) سورة الطلاق الآية ٢ . (٩) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

(ب) قوله ﷺ : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل ...» (١) ؛ فالحديث نص في اشتراط شهادة رجلين ، فلا يقبل إذًا في مسألة النكاح والنسب شهادة المرأة .

وتخريجا على هذا القول ، لا يمنع الرجل من زواج امرأة ولا يفرق بينهما بعد الزواج لوجود علاقة المصاهرة أو النسب حتى يشهد رجلان عدلان بثبوتها .

يرى الباحث في هذه المسألة : أن يفرق الحكم بين ما إذا لم يتم عقد الزواج وبين ما إذا قد تم العقد ؛ فأما إذا لم يتم عقد الزواج وشهد رجل وامرأتان بوجود موانع الزواج غير الرضاعة ، فإنه يمنع الرجل عن الإقدام على الزواج ، لأن شهادة رجل وامرأتين تورث غلبة الظن بصدقهم ، ولأن الأصل في الإبضاع التحريم ، فلا يقدم عليه إلا إذا تيقن بعدم وجود الموانع الشرعية .

وأما إذا ما تم العقد فلا تقبل الشهادة في إثبات الموانع إلا من رجلين عدلين ، لوجوب النصوص في إيجاب إشهاد الرجلين في أمر الزواج ، ولأن التفريق بين الرجل وامرأته لا يخلو من الضرر ، مع أن الورع في هذه المسألة مفارقة الرجل زوجته ما لم يكن لديهما أولاد خاصة مثل هذه الأمور لا تحدث إلا عند حديث العهد بالزواج .

وهذا في باب الشهادة وفي حالة ما إذا كان الرجل لا يصدق ولا يثق بالشاهد ، أما إذا كان من باب الخبر فيجب على الرجل الإحجام عن الزواج إذا ما أخبره رجل أو امرأة بوجود علاقة المصاهرة أو النسب بامرأة يريد زواجها ما دام يثق بقول الناقل ، كما أنه يجب مفارقتها إذا ما تم العقد ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا ... ﴾ (٢) ، ففي الآية أمر بتبين خبر الفاسق ، فدل على أن خبر العدل يقبل سواء رجل أو امرأة ، والله أعلم .

المطلب الثاني : عدد الشهود الذين تسمع شهادتهم لإثبات وجود علاقة الرضاعة .

اتفق الفقهاء على ثبوت علاقة الرضاعة بشهادة رجلين عدلين أو بشهادة رجل

(١) رواه الدارقطني في سننه كتاب النكاح ٣/ ٢٢١ ، والبيهقي في سننه الكبرى كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ٧/ ١٢٥ ، وقال ابن حزم : لا يصح في هذا الباب شيء غير هذا السند (المحلى ٩/ ٤٩) .

(٢) سورة الحجرات الآية : ٦ .

وامرأتين (١) ، واختلفوا فيما أقل من ذلك على أربعة أقوال :

القول الأول : لا تقبل الشهادة لإثبات علاقة الرضاعة أقل من رجل وامرأتين ، ولا تقبل شهادة النساء المنفردات ، وبه قال الحنفية (٢) ، وأدلتهم في ذلك ما يأتي :

(أ) ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : «لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين» (٣) ؛ وهذا محضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد ، فيكون إجماعًا (٤) .

مناقشة الدليل : لا يسلم دعوى الإجماع على ما قاله عمر بن الخطاب ، فلعل من باب أن قضاء القاضي يرفع الخلاف ، بدليل مخالفة عثمان بن عفان له ، فعن ابن شهاب قال : «فرق عثمان بين ناس تنكاحوا بقول امرأة سوداء أنها أرضعتهم» (٥) ، قال ابن شهاب : الناس يأخذون اليوم بذلك من قول عثمان (٦) .

(ب) أن الرضاعة مما يمكن أن يطلع عليه الرجال ، أما ثدي الأمة فيجوز أن ينظر إليه الأجانب ، وأما ثدي الحرة فيجوز أن ينظر إليه محارمها ، فثبت أن الرضاعة مما يمكن أن يطلع عليه الرجال ، فلا تقبل شهادة النساء على الانفراد (٧) .

مناقشة الدليل : وإن كانت الرضاعة مما يمكن أن يطلع عليه الرجال ، لكن يحدث غالبا بين وسط النساء لا يحضر فيه الرجال ، فتقبل شهادة النساء على الانفراد .

القول الثاني : تقبل شهادة امرأتين في إثبات الرضاعة بشرط فشو كلاهما قبل الشهادة ، ولا تقبل شهادة امرأة واحدة ، وبه قال الإمام مالك (٨) وهو قول الإمام أحمد (٩) في رواية ، وعمدة هذا القول : أن الأمور التي يمكن أن يطلع عليها الرجال لا يقبل أقل من شهادة الرجلين ، فينبغي أن تقبل هنا أقل من شهادة امرأتين (١٠) .

(١) ينظر : تبيين الحقائق ٢/ ١٨٧ ، الموطأ ٢/ ٤١١ ، روضة الطالبين ٩/ ٣٦-٣٧ ، المغني ٩/ ٢٢٢ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٤/ ١٤ ، تبيين الحقائق ٢/ ١٨٧ .

(٣) الأثر رواه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتي في امرأة شهدت على رجل وامرأتين أنها أرضعتهما ، فقال : لا حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان ٧/ ٤٦٣ .

(٤) بدائع الصنائع ٤/ ١٤ .

(٥) الأثر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٧/ ٤٨٢ ، رقم (١٣٩٧) .

(٦) فتح الباري ٥/ ٣١٨ .

(٧) بدائع الصنائع ٤/ ١٤ .

(٨) ينظر : الموطأ ٢/ ٤١١ ، شرح منح الجليل ٢/ ٤٢٨-٤٢٩ .

(٩) ينظر : المغني ١٢/ ١٧ ، الإنصاف ٩/ ٣٤٨ .

(١٠) ينظر : المصدر نفسه ١٢/ ١٧ .

القول الثالث : تقبل في إثبات الرضاعة شهادة أربع نسوة ، ولا تقبل أقل من ذلك ، وبه قال الشافعية (١) ، وعمدتهم في هذا :

إنه لما كان أصل الشهادة يكون برجلين وبقوم مقام شهادة رجل شهادة امراتين فلا تصح إذًا في إثبات الرضاعة أقل من شهادة أربع نسوة (٢) .

القول الرابع : تقبل إثبات الرضاعة شهادة امرأة واحدة إن كانت مرضية عدلة ، وبه قال الإمام أحمد في رواية (٣) ، والإمام مالك في رواية (٤) ، وذهب إليه الزهري والأوزاعي وطاووس ، وأدلتهم في ذلك ما يأتي :

(أ) عن عقبة بن الحارث أنه قال : (تزوجت امرأة فجاءتنا امرأة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فأتيت النبي ﷺ فقلت : تزوجت فلانة بنت فلانة بنت فلانة فجاءتنا امرأة سوداء فقالت لي : إني قد أرضعتكما وهي كاذبة ، فأعرض عني ، فأتيته من قبل وجهه فقلت : إنها كاذبة ، قال : كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك) (٥) .

ووجه الاستدلال أن الرسول ﷺ أمره أن يترك امرأته ، فدل على أن شهادة امرأة واحدة تقبل في الرضاع .

مناقشة وجه الاستدلال والجواب عنها : لا يسلم بأن الرسول ﷺ قبل شهادتها ، لأن الرسول لم يأمره بأمر إيجاب ، بل أمر استحباب ، بدليل أن الرسول ﷺ أعرض عنه في أول مرة ، ثم إنه لم يفرق بينهما (٦) .

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن الرسول لم يوجب عليه ترك امرأته ، لأنها غير مرضية عند الرسول ولا عند الرجل ، فلو كانت مرضية لأمره بأمر إيجاب ولفرق بينه وبين زوجته .

(ب) عن ابن عمر قال : سئل النبي ﷺ ما الذي يجوز في الرضاع من الشهود فقال : رجل أو امرأة (٧) .

---

(١) ينظر : روضة الطالبين ٩/ ٣٦-٣٧ ، نهاية المحتاج ٧/ ١٧٦-١٧٧ .
(٢) المصادر السابقة .
(٣) ينظر : المغني ٩/ ٢٢٢ ، شرح الزركشي ٥/ ٥٩٨-٥٩٩ .
(٤) بداية المجتهد ٢/ ٣٨-٣٩ .
(٥) الحديث رواه البخاري كتاب النكاح ، باب شهادة المرضعة ٣/ ٢٤٤ .
(٦) ينظر : فتح الباري ٥/ ٢٦٩ .
(٧) الحديث رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه كتاب الطلاق ، باب شهادة امرأة في الرضاع ٧/ ٤٨٤ .

مناقشة سند الحديث : يناقش الحديث بأن في سنده رجلا مجهولاً ، لأن عبد الرزاق روى هذا الحديث عن شيخ من أهل نجران فيكون الحديث ضعيفًا (١) .

(ج) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : «**شهادة المرأة الواحدة جائزة في الرضاع إذا كانت مرضية وتستحلف مع شهادتها**» (٢) .

مناقشة الدليل : يناقش الدليل بأنه من قول الصحابي ، فليس بحجة ، لاسيما قد خالفه غيره .

(د) إن الرضاعة من الأمور التي تثبت بقول النساء المنفردات ، فلا يشترط فيها العدد كالرواية وإخبار الديانات (٣) .

مناقشة الدليل : لا يصح الاستدلال بالدليل المختلف فيه ، فإن كون الرضاعة هل يثبت بقول النساء المنفردات أو لا محل خلاف .

والمختار في هذه المسألة أن الأمر يختلف باختلاف حال الشاهدة لدى الحاكم ولدى الرجل العاقد ، فإن كانت الشاهدة مرضية معروفة بالصلاح والعدل فإنه تقبل شهادتها ، وهذا ما أفتى به ابن عباس وقضى به عثمان بن عفان رضي الله عنهم ، وإن كانت الشاهدة غير مرضية فلا بد من كمال النصاب ، إما رجل وامرأتان أو أربع نسوة ، إلا أن يترك الرجل امرأته تورعًا لا وجوبًا ، كما افتى به العلماء ، وعلى هذا يحمل قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنهم على أن المرأة الشاهدة لعلها غير مرضية عنده ، كما يحمل على هذا قضاء الرسول ﷺ ، فإنه ﷺ لم يأمر عقبة رضي الله عنه بأمر إيجاب ، لكون المرأة غير مرضية عند عقبة .

وإنما نختار هذا الرأي لأنه لو قبلت شهادة امرأة واحدة على إطلاقها لو شاءت امرأة أن تفرق بين الرجل وامرأته لفعلت ، والله أعلم .

* * *

---

(١) ينظر : المصدر السابق .
(٢) الأثر أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب الطلاق ، باب شهادة امرأة على الرضاع ، الأثر رقم (١٣٩٧١) ٧/ ٤٨٢ .
(٣) المغني ١٢/ ١٧ .

المبحث الخامس

حكم إجراء عقد النكاح عبر الهاتف

المراد بهذا المبحث هو عقد الزواج بين العاقدين الغائبين ، ويستعمل الهاتف في المكالمة عند الإيجاب والقبول ، ويحدث هذا ما إذا كان الرجل في بلد بعيد عن البلد الذي يكون فيه ولي المرأة ويريد الرجل مباشرة العقد ولا يريد التوكيل لأحد في مباشرته .

لا أجد - حسب علمي - كلاما للمتقدمين ، ولكن يمكن أن يعرف حكمها من خلال النظر إلى الفرق بين عقد الزواج بين العاقدين الحاضرين وبين عقد الزواج عن طريق الهاتف ، ثم النظر إلى مدى تأثير الفرق في صحة الزواج .

الفرق بين الحالتين هو أنه في الحالة الأولى يشاهد الشاهدان العاقدين ، وفي الحالة الثانية لا يشاهد الشاهدان إلا أحد العاقدين ، وتأثير هذا الفرق في صحة عقد الزواج يرجع إلى كون المشاهدة هل هي شرط لصحة العقد أو لا ، وهذا شبيه بمسألة صحة شهادة الأعمى وعدمها في عقد الزواج ؛ إذا الأعمى لا يرى العاقدين وإنما يشهد العقد اعتمادًا على سماع كلام العاقدين .

اختلف العلماء في صحة شهادة الأعمى في عقد الزواج على قولين :

القول الأول : لا تصح شهادة الأعمى في الزواج ، وبه قال الشافعية (١) ، وعمدتهم في ذلك ما يأتي :

(أ) أن الأقوال لا تثبت الشهادة فيها إلا بالمعاينة كالسماع ، لأن الأعمى لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى عليه (٢) .

مناقشة الدليل : لا يسلم بأن الأعمى لا يقدر على التمييز ، بل يقدر لأنه يشترط أن يكون الأعمى الذي يشهد أن يتيقن الصوت ويعرف صاحبه تمامًا .

(ب) أن الأصوات تشتبه ، فلا يحصل اليقين ، فلم يجز أن يشهد بها كالخط (٣) .

القول الثاني : تصح شهادة الأعمى في الزواج إذا سمع كلام المتعاقدين وميز

(١) ينظر : روضة الطالبين ٧/ ٤٥ ، نهاية المحتاج ٦/ ٢١٤ .
(٢) ينظر : نهاية المحتاج ٦/ ٢١٤ .
(٣) ينظر : المغني ١٢/ ٦١ ، الإنصاف ٨/ ١٠٢ .

صوتهما على وجه لا شك فيه ، وبه قال الحنابلة (١) . واستدل الحنابلة لما قالوا بما يأتي :

(أ) قوله تعالى : ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ...﴾ (٢) ، إن الأعمى العدل رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير (٣) .

(ب) أن الأعمى أهل للشهادة ، وهذه الشهادة على القول فتصح كما تصح في المعاملات (٤) .

(ج) قد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينًا ، فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال (٥) .

الترجيح : والراجح في هذه المسألة صحة شهادة الأعمى في الزواج ، وذلك لعدم وجود ما يمنع صحة شهادته إذا عرف صوت المتعاقدين وسمع ما يدل على نسبة الصوت لصاحبه كذكر اسم المتكلم وغيره .

وعلى القول بصحة شهادة الأعمى يصح عقد الزواج عبر الهاتف بشرطين :

الأول : أن يسمع الشاهدان كلام العاقدين بأن يستعمل الهاتف الذي يسمع منه كلام الطرفين .

الثاني : أن يعرف الشاهدان صوت العاقدين وشخصيتهما قبل العقد ، كأن يقول الموجب أنا فلان ولي فلانة أو وكيلها زوجتك أيها الأخ فلان (وذكر اسمه كلامًا) بفلانة (ويذكر اسمها ونسبها) بمهر مقداره . . . ، ويقول القابل أي الرجل : أنا فلان (ويذكر اسمه) قبلت نكاح فلانة بمهر مذكور ، ويقول كل من العاقدين للشاهدين اشهدا ما أقول ، ويسمع ذلك الشاهدان .

ولقد أفتى الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن بن جبرين (٦) - عضو هيئة الإفتاء حفظه الله - بصحة عقد الزواج بطريق الهاتف بشرط سماع الشاهدين كلام العاقدين

(١) حاشية الروض المربع ٦/ ٢٧٧ ، ونسب هذا القول د : الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته ٧/ ٧٦ إلى الجمهور ، وفيه وجه الصحة حيث لا يذكر شرط الإبصار في الشهادة إلا الشافعية .
(٢) سورة البقرة الآية : ٢٨٢ .
(٣) المغني ١٢/ ٦١ .
(٤) المصدر السابق .
(٥) المصدر السابق .
(٦) فقد استفتى الباحث فضيلة الشيخ مباشرة في مقر عمله بالرياض .

ويرى الدكتور محمد مصطفى شلبي (١) عدم صحة الزواج بهذه الطريقة ، وعمدته في هذا أمران :

الأول : أن عقد الزواج عبر الهاتف لا يسمع الشاهدان إلا كلام أحد العاقدين .

الثاني : صعوبة تأكد الشاهدين من شخصية العاقدين لإمكانية تقليد الصوت(٢) .

ويمكن أن يرد على هذين الوجهين بما يأتي :

(أ) بأنه يوجد الآن الهاتف الذي يمكن أن يسمع منه كلام المتحدثين .

(ب) إذا ذكر العاقدان اسمهما قبل التلفظ بالإيجاب والقبول ويعرف الشاهدان شخصية العاقدين قبل العقد ، كأن يلتقيا بهما قبل ذلك ، فيزول الإشكال في هذا الأمر ، فيصح العقد ، والله أعلم .

* * *

(١) هو رئيس قسم الشريعة بجامعة الإسكندرية سابقًا ورئيس قسم الشريعة بجامعة ...وت العربية .
(٢) ينظر : أحكام الأسرة في الإسلام ص : ١٠٧ .

الباب الثالث

السماع والإستماع في القضاء

ويحتوي على فصلين :

الفصل الأول : السماع والاستماع في الدعوى ، وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الدعوى وأركانها ، وفيه ثلاثة مطالب .

المبحث الثاني : أنواع الدعوى من حيث حكم سماع الحاكم لها .

المبحث الثالث : شروط الدعوى المسموعة .

المبحث الرابع : حكم سماع دعوى الحسبة .

المبحث الأول

تعريف الدعوى وأركانها

المطلب الأول : معنى الدعوى لغة .

الدعوى في اللغة اسم من الادعاء ، وهو مصدر ادّعى ، أي إنها اسم لما يدعي(١) ، ويجمع على دعاوي بكسر الواو وفتحها (٢) .

ولها في اللغة معان متعددة وإطلاقات متنوعة ، منها الحقيقي ومنها المجازي ، ويبدو أن معظمها يرجع إلى معنى أصلي واحد (وهو الطلب) (٣) ، ونذكر هنا أقرب هذه الإطلاقات إلى ما اتخذه الفقهاء من معنى اصطلاحي لها :

أولاً :الطلب التمني (٤) وهذا معنى كما في قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَشْتَهِي أَنفُسُكُمْ وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدَّعُونَ﴾ (٥) (٦) .

ثانيًا :الدعاء (٧) ، من ذلك قول الله تعالى : ﴿دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾ (٨) .

وفي لسان العرب (٩) لو قلت : اللهم أشركنا في صالح دعاء المسلمين أو دعوى المسلمين جاز .

ثالثًا : الزعم (١٠) وهو القول الذي لا حجة معه ، فالمدعي في العرف يتناول فقط من لا حجة معه ، فلا يتناول من له حجة ، فإن القاضي يسميه مدعيًا قبل إقامة البينة ، وبعدها يسميه محقًا لا مدعيًا ، لذا يقال لمسيلمة الكذاب مدعي النبوة ، لأنه عجز عن إثبات دعواه بالحجة ، ولا يقال للنبي ﷺ مدعي النبوة ، لأن ما صدر عنه ﷺ كان مقرونًا بالحجة الساطعة ، وهي المعجزة (١١) .

رابعًا : وتطلق أيضًا على إضافة الإنسان إلى نفسه شيئًا ، سواء أكان ملكًا أو استحقاقًا من غير تقييد بمجال المنازعة أو المسألة ، ولكن هذا المعنى لم يذكره - فيما

---

(١) لسان العرب مادة (دعا) ٢/ ١٣٨٥ .
(٢) المصباح المنير ١/ ١٩٥ ، تاج العروس ١٩/ ٢١٩ مادة (دعو) .
(٣) ينظر : المصادر نفسها ، والمعجم الوسيط ١/ ٣٨٦ .
(٤) التعريفات ، الجرجاني ص : ٧٢ .
(٥) سورة فصلت الآية : ٣١ .
(٦) ينظر : تفسير ابن كثير ٤/ ١١٧ .
(٧) لسان العرب ٢/ ١٣٨٥ ، تاج العروس ١٩/ ٤٠٥ .
(٨) سورة يونس الآية : ١٠ .
(٩) لسان العرب ٢/ ١٣٨٥ ، وينظر : تاج العروس ١٩/ ٤٠٥ .
(١٠) لسان العرب ٢/ ١٣٨٧ ، المصباح المنير ١/ ١٩٥ .
(١١) عيون الأخبار حاشية تنوير الأبصار ٧/ ٣٩٨ .

أعلم ـ أصحاب كتب اللغة ، وإنما نسبها الفقهاء إلى أنها من معاني لفظ الدعوى (١) .

المطلب الثاني : معنى الدعوى اصطلاحًا .

للفقهاء في تعريف الدعوى أربعة اتجاهات ، وذلك نتيجة لاختلافهم في تحديد العنصر الأساسي في الدعوى (٢) .

الاتجاه الأول : وهو الذي عرف الدعوى بأنها طلب أو مطالبة حق ، وأصحاب هذا الاتجاه هم بعض الحنفية وبعض المالكية .

قال بعض الحنفية إن الدعوى هي : مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته» (٣) .

وقد يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع من حيث إنه يدخل فيه دعوى الفضولي ، فإنه يطالب بحق على غيره لدى الحاكم ، ولكنه يطالب لغيره لا لنفسه ولا لمن يمثله وهي دعوى غير صحيحة اصطلاحًا (٤) .

وقال بعض المالكية في تعريفها إنها : طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعًا لا تكذبها العادة (٥) .

ويؤخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع ، حيث تدخل فيه الدعوى بمعناها اللغوي ، وذلك لعدم تقييده بكونه في مجلس القضاء (٦) .

الاتجاه الثاني : وهو الذي عرف الدعوى بأنها قول يقصد به طلب الحق ، وأصحاب هذا الاتجاه هم الحنفية ، حيث قالوا إن الدعوى هي : قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه (٧) .

ويؤخذ على هذا التعريف بأنه غير جامع ، حيث لم تدخل فيه الدعوى التي يرفعها أصحابها بالكتابة . فإنها الدعوى الصحيحة عند عدم القدرة على القول (٨) .

الاتجاه الثالث : وهو الذي عرف الدعوى على أنها إخبار عن وجوب حق على غيره ، وأصحاب هذا الاتجاه هم الشافعية ، فقالوا في تعريفها : والدعوى شرعًا : إخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم (٩) ؛ وقال بعضهم إنها : إخبار عن

(١) نظرية الدعوى ، د : نعيم ياسين ١/ ٩٥ ، المغني ١٢/ ١٦٢ . (٢) نظرية الدعوى ١/ ٩٦ .
(٣) العناية على الهداية ٦/ ١٣٧ ، درر الحكام ٢/ ٣٢٩ .
(٤) نظرية الدعوى ١/ ٩٦ . (٥) الفروق للقرافي ٤/ ٧٢ .
(٦) نظرية الدعوى ١/ ٩٧ . (٧) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٣٩٨ .
(٨) ينظر : نظرية الدعوى ١/ ٩٩ .
(٩) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/ ٢٤٤ .

وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به (١) .

ويؤخذ على التعريف الثاني بأنه غير جامع ، حيث لا تدخل فيه الدعوى التي يرفعها أصحابها لطلب حق لمن يمثله .

الاتجاه الرابع : وهو الذي عرف الدعوى بأنها إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء قبل غيره ، وأصحاب هذا الاتجاه هم الحنابلة ، حيث قالوا في تعريفها : إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته (٢) .

ويؤخذ على هذا التعريف بأنه غير مانع ، حيث تدخل فيه الدعوى بمعناها اللغوي ، وبمعناها الشرعي ، لأنه لم يذكر المكان وهو مجلس القضاء ، كما يؤخذ عليه بأنه غير جامع ، حيث لم تدخل فيه الدعوى التي يرفعها أصحابها لطلب حق من يمثله قبل غيره (٣) .

التعريف المختار للدعوى : ومن خلال النظر إلى مآخذ التعريفات السابقة للدعوى يمكن أن يقال لتعريفها حتى يكون سالمًا من المؤاخذة بأنها : قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء ، يقصد به إنشاء طلب حق له أو لمن يمثله على غيره أو حمايته (٤) .

شرح هذا التعريف : قوله : (قول مقبول) احترازًا عن الدعوى الفاسدة التي لا تتوفر فيها شروط الدعوى الصحيحة .

قوله : (أو ما يقوم مقامه) إشارة إلى الدعوى التي يرفعها أصحابها بواسطة الكتابة أو الإشارة عند عدم القدرة على القول .

قوله : (في مجلس القضاء) احترازًا عن الدعوى التي ترفع أو تقال في غير مجلس القضاء .

قوله : (يقصد به طلب حق له أو لمن يمثله) : احترازًا عن الشهادة أو الإقرار ، فإنهما لا يقصد بهما طلب حق لقائلها ولا لمن يمثله ، ويدخل فيه دعوى الشخص نيابة عن غيره كدعوى الأوصياء نيابة عن السفيه .

(١) تحفة المحتاج ١٠/ ٢٨٥ . (٢) المغني ١٢/ ١٦٢ .
(٣) ينظر : نظرية الدعوى ١/ ١٠٠ .
(٤) وهو التعريف الذي اختاره د : نعيم ياسين في نظرية الدعوى ص : ١٠١ ، إلا أنه أغفل ذكر المدعى عليه ، فلا يذكر لفظ على غيره ، مع أنه عنصر أساسي في الدعوى ، فأثبتناه هنا .

قوله : (أو حمايته) لتدخل فيه دعوى منع التعرض [١] ، فإنها قول مقبول يقصد به حماية حق الإنسان .

المطلب الثالث : أركان الدعوى .

ومن تعريف الدعوى في الاصطلاح يتبين أنها تستلزم وجود الأمور التالية وهي عناصر الدعوى وأركانها [٢] وهي :

الأول : طالب الحق من غيره وهو المدعي .

الثاني : المطلوب منه الحق وهو المدعى عليه .

الثالث : الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه وهو المدعى به ، وهو موضوع الدعوى ، ولا خلاف بين الفقهاء أن القاضي إذا كان تقليده عامًا فله سماع الدعوى في جميع الحقوق ، سواء حقوق الله أو حقوق الآدميين [٣] .

قال ابن رشد : واتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق ، كان حقًا لله أو حقًا للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى [٤] .

الرابع : القول الصادر من طالب الحق أمام القاضي في مطالبة الحق من المدعي عليه وهو الدعوى .

الخامس : من نفذ حكمه من قاض أو أمير وهو المدعي عنده [٥] .

ولكون أهم ما يجب على القاضي معرفته في فصل الخصومات وهو معرفة المدعي والمدعى عليه ، فلنتكلم عن تعريف المدعي والمدعى عليه والفرق بينهما .

تعريف المدعي والمدعى عليه والفرق بينهما .

وقد وردت تعاريف كثيرة لقصد معرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من هذه التعاريف :

(١) وصوره دعوى التعرض هي أن يحاول غير ذي حق الاستيلاء على ما هو لغيره بالقهر والغلبة ، فيدعي صاحب الحق عليه عند القاضي بأنه يتعرض له في ملكه بغير حق ، ويطلب من القاضي أن يأمره بمنع تعرضه له (ينظر : الأصول القضائية ص : ١ ، موجز في المرافعات الشرعية أحمد إبراهيم بك ص : ٤) .

(٢) ينظر : الحاوي الكبير ١٧ / ٢٩٢ ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، د : عبد الكريم زيدان ص : ١٠٥ .

(٣) ينظر : بداية المجتهد ٢/ ٤٥٠ ، معين الحكام ص : ٣٢ ، آداب القضاء للماوردي ١/ ١٦٦ ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص : ١٠٧ .

(٤) بداية المجتهد ٢/ ٤٥٠ .

(٥) الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٢ ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص : ١٠٥-١٠٧ .

(أ) المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه هو من إذا ترك الجواب أجبر عليه [١] .

(ب) المدعي من يثبت شيئًا ، والمدعى عليه من ينفي شيئًا [٢] .

(ج) المدعي من يدعي أمرا باطنا خفيا ، والمدعى عليه من يدعي أمرا ظاهرا جليا [٣] .

(د) المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه من كان قوله وفق أصل أو عرف [٤] .

ولا تعارض بين هذه التعاريف ، فكل يعطي إيضاحا في تفريق بين الكلمتين .

* * *

(١) حاشية عيون الأخيار ٧/ ٤٠ ، ملتقى الأبحر ٢/ ١٠٨ .

(٢) آداب القضاء لابن أبي الدم ص : ١٤٧ .

(٣) الفروق للقرافي ٤/ ١١٨ .

(٤) المصدر السابق ٤/ ١٨٨ .

المبحث الثاني

أنواع الدعوى من حيث حكم سماع الحاكم لها

تنقسم الدعوى من حيث سماع الحاكم لها إلى أربعة أقسام :

الأول : الدعوى الصحيحة ، وهي الدعوى التي استوفت جميع شروطها ، وهذه الدعوى تترتب عليها جميع أحكامها ، وهي وجوب سماع الحاكم لها وتكليف الخصم بالحضور والجواب عليها ؛ وتطلب البينة من المدعي إذا أنكر الخصم ، وتوجه اليمين إلى المدعى عليه إن عجز المدعي عن إحضار البينة (١) .

ويجب على الحاكم سماع الدعوى الصحيحة ، لأن فصل الخصومات بين الناس فرض عليه لما فيه من إحقاق الحق ورفع الظلم ودرء الفساد ، إذ لو لم يفصل القاضي بين الناس لما أنصف للمظلوم من الظالم ، وقد يؤدي ذلك إلى القتال ، وفيه من الفساد ما لا يخفى (٢) .

وأما وجوب الحضور إلى مجلس الحكم على الخصم والإجابة على الدعوى فلقول الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ (٣) .

وأما تكليف المدعي بإحضار البينة وتوجيه اليمين إلى المدعى عليه عند عجز المدعي من إحضار البينة فلقول النبي ﷺ : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» (٤) . ولما روى الأشعث بن قيس رضي الله عنه أنه قال : (كان بيني وبين رجل من اليهود أرض ، فجحدني ، فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ : «ألك بينة» فقلت : لا ، فقال لليهودي : احلف ، فقلت : يا رسول الله إذاً يحلف فيذهب بمالي ، فأنزل الله تبارك وتعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ (٥)) (٦) .

---

(١) ينظر : المبسوط ١٧/ ٣٠ ، البدائع ٦/ ٢٢٤ ، تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤١١ ، نظرية الدعوى ٢/ ٩ ، البحر الزخار ٦/ ١٢١ .

(٢) ينظر : المصادر السابقة .

(٣) سورة النور الآية : ٥١ ؛ ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى بين أن من صفات المؤمنين الإذعان والطاعة عندما طلب منه التحاكم إلى الله ورسوله ، وخصم المدعي يطلب منه الحضور إلى مجلس الحاكم ليحكم بينه وبين المدعي بكتاب الله ، فكان الواجب عليه الحضور .

(٤) سبق تخريجه .

(٥) سورة آل عمران الآية : ٧٧ .

(٦) رواه البخاري كتاب التفسير ، باب تفسير سورة آل عمران ٣/ ١١٠ .

الثاني : الدعوى الفاسدة أو الباطلة ، وهي الدعوى غير الصحيحة أصلاً ، ولا معتبرة شرعًا لفقدان شرط من شروطها ، ولا يمكن إصلاحها ، وسبب بطلان هذه الدعوى وفسادها قد يعود إلى المدعي عليه ، مثل أن يدعي مسلم نكاح مجوسية ، لأن المسلم لا يجوز أن ينكحها ، وقد يعود الفساد إلى المدعى به ، مثل أن يدعي مالا تقر عليه يد كالخمر ولحم الخنزير ، وهذه الدعوى لا يجوز للحاكم أن يسمعها ، بل ترد على صاحبها (١) .

الثالث : الدعوى الناقصة ، وهي الدعوى التي استوفت جميع شروطها ، ولكنها مختلة في بعض أوصافها بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها ، وهذه الدعوى يفتقر الحاكم في فصل الخصومات فيها إلى شيء آخر ، ونقصان هذه الدعوى من وجهين ، نقصان الصفة ونقصان شرط (٢) .

فأما نقصان الصفة كمن ادعى على آخر بأن له عليه ألف ريال ولا يصفها أي ريال ، وفي هذه الحالة يجب على الحاكم أن يسأل النقص ، فإن أكمله المدعي سمع الدعوى وإلا فلا .

وأما نقصان الشرط فكدعوى عقد النكاح ، لا يذكر فيها الولي أو الشهود ، وفي هذه الحالة لا يسأل الحاكم عن النقص ، ويتوقف عن السماع حتى يكون المدعي هو الذي يكمل النقص ، فإن أكمله سمع الدعوى وإلا يعرض عنها .

والفرق بين أن يسأل الحاكم المدعي عن نقصان الصفة ولا يسأله عن نقصان الشرط ، أن نقصان الصفة لا يتردد بين صحة وفساد فجاز أن يسأله عنه ، ونقصان الشرط يتردد ذكره بين الصحة والفساد ، فلم يجز أن يسأله عنه (٣) .

الرابع : الدعوى الممنوع سماعها ، هذه الدعوى صحيحة في أصلها ، وإنما منع ولي الأمر من سماعها لاقتضاء المصلحة في ذلك ، مثال ذلك الدعوى على الشيء الذي تقادم زمانه في يد المدعى عليه أو ذمته ، وكدعوى ملكية العقار بسند عادي أو بعقد شفوي ، والقصد من هذا قطع الحيل والتزوير ، ولكن هذه الدعاوي يدعي فيها المدعى عليه ويسأل عنها ، فإن أقر حكم بمقتضى إقراره وإلا فترد الدعوى ولا تسمع بعد ذلك (٤) .

---

(١) الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٢-٢٩٧ ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص : ١٣٨ ، المدخل الفقهي العام ٢/ ٦٨٠ .

(٢) ينظر : الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٩ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص : ٧٥٩ ، المدخل الفقهي العام ٢/ ٢٧٠ .

(٣) الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٩ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٨٥ ، نظرية الدعوى ١/ ٢٤٠ .

المبحث الثالث

شروط الدعوى المسموعة

يشترط لصحة الدعوى جملة من الشروط ، منها ما اتفق الفقهاء عليه ، ومنها ما اختلف الفقهاء فيه ، ومنها ما ذكره الفقهاء وسكت عنه الآخرون ، وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : أهلية [١] المدعي والمدعى عليه .

لا خلاف بين الفقهاء في صحة دعوى العاقل البالغ الرشيد وعدم صحة دعوى المجنون والصبي غير المميز ، واختلفوا في جواز دعوى الصبي المميز والدعوى عليه وعلى المجنون والسفيه ، وحيث إن أصحاب المذاهب لهم تفصيلات في هذه الأحكام ، فلنذكر آراء كل مذهب على حدة .

الأول : رأي الحنفية : يشترط أهلية الأداء الناقصة في المدعي والمدعى عليه لصحة الدعوى ، وعليه فلا تصح الدعوى من الصبي غير المميز والمجنون ، ولا تصح الدعوى عليهما ، وتصح دعوى من الصبي المميز بإذن الولي ، وتصح دعوى عليه [٢] .

ورد في مجلة الأحكام العدلية المادة (١٦١٦) : يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين ، فدعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة ، ولكن

(١) الأهلية هي صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحًا لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له الحقوق قبل غيره ، وصالحًا لأن يلتزم بهذه الحقوق ؛ والأهلية نوعان :

النوع الأول : أهلية الوجوب ، وهي صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق وأن تثبت عليه الحقوق ، وهذه الأهلية تتحقق بمجرد وجود الإنسان ، ويبدأ منذ أن يكون الإنسان جنينًا إلى أن يموت ، إلا أن أهلية الوجوب عند الجنين ناقصة ، لاحتمال حدوث الوفاة قبل الولادة .

النوع الثاني : أهلية الأداء ، وهي صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق من تصرفاته وإنشاء الحقوق لغيره بهذه التصرفات ، ومناط هذه الأهلية العقل ، وهي قسمان :

الأول : أهلية الأداء الناقصة ، وتثبت هذه الأهلية إذا بلغ الصبي سن التمييز ، لأن له عقلا يدرك ، لكنه ناقص ، ولذلك فلا تصح من تصرفاته إلا ما فيه نفع محض ، مثل قبول الوصية والهدية ونحوها ، ولا تصح تصرفاته الدائرة بين النفع والضر إلا بإذن الولي .

الثاني : أهلية الأداء الكاملة وتثبت لمن بلغ سن التكليف وبلغ الرشد ، وبهذه الأهلية تصح جميع تصرفات الإنسان الشرعية ، سواء لاكتساب الحقوق لنفسه أو لغيره ، كما يؤاخذ عليه تصرفاته الجنائية ، وإنما تشترط أهلية المدعي والمدعى عليه لصحة الدعوى لأن الدعوى تصرف يترتب عليه أحكام شرعية ، فلابد أن يكون المباشر بها أهلاً للقيام بالتصرفات الشرعية . (ينظر : أصول الفقه لأبي زهرة ، ص : ٣٢٦-٣٢٧) .

(٢) ينظر : شرح المجلة للأتاسي ٥/ ٩-١٠ ، الفتاوى الهندية ٢/ ٣ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢ .

يصح أن يكون أولياؤهما وأوصياؤهما مدعين أو مدعى عليهم في محلها [١] .

وإنما يشترط إذن الولي لصحة دعوى الصبي المميز ، لكون الدعوى مترددة بين النفع والضرر ، فلا تصح إلا مع إذن الولي [٢] .

الثاني : رأي المالكية : ذهب المالكية إلى الاكتفاء بأهلية الأداء الناقصة في المدعي ، فتصح دعوى الصبي المميز مثل رأي الحنفية إلا أن المالكية لا يشترطون إذن الولي لصحة الدعوى ، وأما المدعى عليه فاشترط المالكية فيه البلوغ والرشد في الجملة ، إلا أنهم رأوا صحة الدعوى على الصبي والسفيه المحجور عليه في بعض الأمور ، وعدم صحة الدعوى عليهم في بعض الأمور ، وهذه تفصيلاتها :

(أ) الدعوى على المحجور بما لا يلزمه ، ولو قامت البينة كالبيع والشراء والسلف والإبراء ، فهذه الدعوى لا تصح ولا يسمعها القاضي ، كما لا تسمع البينة .

(ب) ما يلزمه في ماله إذا قامت البينة ، ولا يلزمه بإقراره كالغصب والاستهلاك والإتلاف واستحقاق الشيء من ماله ونحو ذلك من الجراح التي لا توجب القصاص ، وإنما توجب المال ، فهذه تصح الدعوى عليه ويسمعها القاضي ، ويكلف المدعي بإثبات ما ادعاه ، ويحكم به في مال المحجور .

(ج) ما يلزم المحجور إذا أقر به كالطلاق والجراح التي لا توجب القصاص إذا كان المحجور بالغا ، فهذا تصح الدعوى وتسمع البينة عليه [٣] .

وعلى هذا يتبين أن الدعوى على المحجور عليه تصح فيما تصح تصرفاته شرعًا ، أو فيما يؤاخذ عليه من قبل الشرع ، ولكن يكلف المدعي بالبينة واليمين على صحة دعواه .

وما ذهب المالكية إلى اقتصار صحة الدعوى على المحجور البالغ في الجراح التي لا توجب قصاصًا فيه نظر ، لأن البالغ وإن كان محجورًا يؤاخذ بإقراره وإن كان يوجب قصاصًا .

الثالث : رأي الشافعية : ذهب الشافعية إلى اشتراط التكليف لصحة التكليف ، سواء في المدعي أو المدعى عليه ، إلا أنهم استثنوا من ذلك جواز الدعوى على

(١) شرح المجلة للأتاسي ٦/ ٢٢٣ . (٢) ينظر : المصادر السابقة .

(٣) ينظر : مواهب الجليل ٦/ ١٢٦-١٢٧ ، الفواكه الدواني ٢/ ٢٤١-٢٤٢ ، تبصرة الحكام ١/ ١٠٦-١٠٧ .

الصبي والمجنون بإتلاف فيما يؤاخذ عليهما إذا كان للمدعي بينة ، ويكلف المدعي بأداء يمين الاستظهار تقوية لصحة دعواه (١) .

الرابع : رأي الحنابلة : ذهب الحنابلة إلى اشتراط التكليف والرشد لصحة الدعوى ، سواء في المدعي أو المدعى عليه ، إلا أنهم استثنوا من ذلك جواز الدعوى على المحجور فيما يصح إقراره مثل دعوى الطلاق والقذف ، وجواز الدعوى على الصبي والمجنون في الأموال إذا كان للمدعي البينة (٢) .

وهل يكلف مع وجود البينة باليمين ، للإمام أحمد روايتان : الأولى : لا يكلف ، والثانية : يكلف بها احتياطا لحق المدعى عليه ، لأنه لا يعبر عن نفسه (٣) .

الترجيح : والراجح في هذه المسألة اشتراط العقل دون البلوغ في المدعي متى استطاع أن يفصح عن دعواه ، وذلك لإمكان وقوع الظلم على الصبي في ماله أو نفسه من قبل الآخرين ، وقد لا يكون له ولي يرفع دعواه ، فاشتراط البلوغ في المدعي يحول أصحاب الحق غير البالغين عن مطالبة حقوقهم ؛ وعلى هذا فالراجح عدم اشتراط البلوغ في المدعي ، إلا أن الأولى أن يوكل الصبي وليه في رفع دعواه مادام وليه موجودًا .

وأما في المدعى عليه فالراجح أنه يشترط فيه التكليف ، وذلك في التصرفات التي لا تصح إلا من بالغ عاقل كالبيع في الأمر النفيس ، وأما الأمور التي يؤاخذ عليها الصبي في ماله مثل الإتلاف والجنايات كما تقع من البالغين تقع كذلك من غيرهم ؛ فاشتراط التكليف في المدعى عليه يجعل غير البالغ لا يرتدع عن ممارسة التصرفات الضارة .

وقد يقال إنه يمكن أن تقام الدعوى على ولي الصبي والجواب عليه أنه قد لا يكون له ولي ترفع الدعوى عليه ؛ وعلى هذا فالمصلحة تقتضي صحة الدعوى على البالغين سن التمييز .

الشرط الثاني : حضور المدعي عليه ، وهذا الشرط لم يذكره إلا الحنفية (٤) ،

(١) ينظر : نهاية المحتاج ٧/ ٣٦٨-٣٦٩ ، حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/ ٣٨٢ ، تحفة المحتاج ١/ ٢٩٣ .

(٢) ينظر : المبدع ١٠/ ١٤٦ ، حاشية الروض المربع ٧/ ٥٧٦ ، مطالب أولي النهى ٦/ ٥١٦ ، منتهى الإرادات ٢/ ٦٢٨ .

(٣) ينظر : المغني ١١/ ٤٨٦ ، شرح الزركشي ٧/ ٢٨٩ .

(٤) ينظر : الفتاوى الهندية ٤/ ٢٠١ ، البدائع ٦/ ٢٢٢ .

فهم لا يجيزون سماع الدعوى إلا بحضور المدعى عليه ، سواء مع المدعي بينة أو لم يكن لديه بينة .

والظاهر أنه في حالة عدم وجود البينة ، فلا وجه لمخالفة هذا الشرط ، لأنه لا توجد فائدة في سماعها إذ لا يمكن القضاء بمجرد دعوى المدعي ، وإنما القضاء لا يتم إلا بإقرار الخصم أو بينة المدعي (١) . وفي حالة غيبة المدعى عليه وعدم البينة لا يمكن سماع إقرار الخصم ، ولا يمكن كذلك سماع البينة ليحكم بموجبها القاضي فترد الدعوى ولا تسمع .

وأما في حالة وجود البينة فقد اختلف العلماء في سماع الدعوى والبينة على الخصم ، وسوف نفصل هذا القول في فصل سماع الشهادة .

الشرط الثالث : تعيين المدعى عليه ، من شروط سماع الدعوى أن يكون المدعى عليه معينا معلومًا ، إذ لا سبيل للوصول إلى هدف إقامة الدعوى إلا بتعيين المدعى عليه ، لأنه لا يمكن القضاء على المجهول ، فلا تكون الدعوى مفيدة (٢) .

الشرط الرابع : الصفة ، والمقصود من شرط الصفة أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في القضية التي أثيرت حولها ، ويعتبره الشارع كافيًا لتخويل المدعي حق الادعاء وتكليف الخصم بالجواب (٣) .

ويتحقق الشرط بأن يكون المدعي من يطلب الحق لنفسه أو لمن يمثله ، ويكون المدعى عليه من إذا أقر يصح إقراره ويترتب عليه حكم (٤) .

وعليه إذا كان المدعي لم يطلب الحق لنفسه أو لمن يمثله لا تسمع دعواه ، وكذلك إذا كان المدعى عليه لم يترتب على إقراره حكم لا تسمع دعواه ، ومثاله أن يدعي شخص على غيره باستحقاق عين ليست بيد المدعى عليه ، فهذه الدعوى لا تسمع ، إذ لو أقر الخصم لم يلزمه شيء ، إذ لا يصح إقرار الشيء لغيره بما لا يملكه .

وعمدة هذا الشرط أن من مشروعية الدعوى فصل الخصومة وقطع النزاع بإنصاف المظلوم من الظالم ، وهذا يقتضي أن يحدد من يحق له المطالبة ومن يصح أن

(١) ينظر : البدائع ٦/ ٢٢٢ ، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٠٥ ، المحلى ٨/ ٤٣٧ .

(٢) وهذا الشرط قال به الشافعية والحنابلة ، وسكت عنه الآخرون ، وأثبته الكتاب المعاصرون (ينظر : مغني المحتاج ٤/ ١٠٩ ، حاشية القليوبي ٤/ ١٦٣ ، القواعد لابن رجب ص : ٢٣٤ ، نظرية الدعوى ١/ ٣٠٠ ، الأصول القضائية ص : ١٤-١٥) .

(٣) نظرية الدعوى ١/ ٢٨٠ .

(٤) ينظر : تبصرة الحكام ١/ ١٠٩ ، وما بعدها ، مواهب الجليل ٦/ ١٢٥ .

توجه هذه المطالبة ، وإلا فلا سبيل حينئذ إلى الوصول إلى الهدف الذي من أجله شرعت الدعوى (١) .

الشرط الخامس : المصلحة المشروعة ، وهو أن يكون هدف المدعي في رفع الدعوى تحصيل مصلحة مشروعة ، وهذا يقتضي أن يكون المدعى به من المصالح الخمسة التي اعترف بها الشارع ، وقد تعرضت تلك المصلحة للاعتداء ، ويتحقق هذا الشرط إذا كانت هناك خصومة حقيقية بين المدعي والمدعى عليه ، وأن يكون المدعى به مما ينتفع به المدعي لو أقر به خصمه (٢) .

فإذا لم تكن هناك خصومة حقيقية ، وتنازع بين المتداعيين في نفس الأمر ، وإنما عملت الخصومة الظاهرية بقصد الاحتيال للوصول إلى القضاء توصلاً لشيء آخر خارج عن موضوع الدعوى لم تصح هذه الدعوى ولا يجوز سماعها .

وإذا لم يستخرج من المدعى عليه شيء على فرض ثبوت الدعوى لم تسمع الدعوى أيضًا ، ومثال ذلك أن تدعي امرأة زوجية شخص ولم تطلب في دعواها حقا آخر من إرث أو صداق مؤخر ، وكأن يدعي شخص على آخر بدين وبقيم البينة على ذلك ، ولكن لم يذكر إنكار الخصم بعمارة ذمته بالدين ولا يذكر كذلك مطالبته بأداء الدين ، فهذه الدعاوي لا تسمع ، إذ لا يصح إشغال مرفق عام من مرافق الأمة وهو القضاء فيما لا يعود على أحد بأية منفعة معتبرة (٣) .

الشرط السادس : أن تكون الدعوى ملزمة ، أي أن تكون الدعوى مما لو أقر الخصم لزمته ، فإذا لم تلزمه لو أقر بها لا تسمع الدعوى ، ومثاله أن يدعي شخص على آخر حاضر أنه وكله ، فهذه الدعوى لا تسمع ، لأن الخصم باستطاعته أن يعزله في الحال ، وعلى تقدير ثبوتها لم يلزمه شيء ، وكأن يدعي على آخر بالغنى ويطلب منه إقراضه ، فهذه الدعوى لا تسمع إذا لا يلزم المرء إقراض غيره (٤) .

الشرط السابع : معلومية المدعى به ، لا خلاف بين العلماء في كون الدعوى لا تسمع إلا إن كان المدعى به معلومًا لدى المدعي والمدعى عليه والقاضي ، ذلك لأن المقصود من الدعوى هو النظر وإصدار الحكم فيها بإلزام من عليه الحق بأدائه إلى

(١) نظرية الدعوى ١/ ٢٨٠ .
(٢) تبصرة الحكام ١/ ١٠٢ ، نهاية المحتاج ٧/ ٣٦٨ ، الأصول القضائية ص : ١٠ ، نظرية الدعوى ١/ ٣٠٤-٣٠٩ .
(٣) ينظر : المصادر السابقة .
(٤) ينظر : تبصرة الحكام ١/ ١٠٢ ، نهاية المحتاج ٧/ ٣٦٨ ، وينظر : مطالب أولي النهى ٦/ ٥٠٢ ، الأصول القضائية ص : ١٠

صاحبه ، ولا إلزام مع الجهالة ، ولأن صحة الشهادة مرهونة بمطابقتها للدعوى ، وهذه لا تتحقق إذا كان المدعى به مجهولا ، فلا تسمع الدعوى لعدم إمكان إثباتها(١) .

ولكن استثنى الفقهاء بعض المسائل التي تجوز فيها الدعوى مع ما فيها من الجهالة متى يمكن بيان الحق بعد ثبوته بالبينة أو الإقرار ، وهذه المسائل هي :

أولاً : الدعوى التي يكون المطلوب فيها موقوفًا على تقدير القاضي (٢) .

ثانيًا : إذا كان للمدعي عذر في جهله بما يدعيه ، كدعوى شخص نصيبًا من وقف كثر مستحقوه ، فإنه يعذر لغلبة الجهل بكيفية قسمة الأوقاف (٣) .

ثالثًا : دعوى الوصية بحق مجهول مقداره ، فلو ادعى أن فلانًا أوصى له حال حياته بشيء من ماله ومات مصرا على ذلك ولم يوضح الشيء الموصى به تسمع دعواه ، وعلى ورثته البيان (٤) .

وقد وضع ابن رجب في هذه المسألة ضابطا وهو أن الدعوى بالمجهول تقبل إذا كان المدعى به مما يصح وقوع العقد عليه (٥) .

رابعًا : دعوى المغصوب الهالك أو الذي لا يدري قيامه أو هلاكه ، فإنها تسمع وإن لم تذكر قيمته والقول في قدر القيمة للغاصب (٦) .

خامسًا : دعوى بالإقرار بحق مجهول ، فلو ادعى على آخر أنه أقر له بحق ولم يوضح ذلك الحق تسمع دعواه ، وكلف المقر بالبيان ، ذلك لأن الإقرار عن الوجوب في الذمة (٧) .

سادسًا : دعوى الإبراء بالمجهول ، فلو ادعى شخص على الدائن بإبراء الدين الذي عليه تسمع دعواه ، وعلى الدائن بيان مقدار ما أبرأه منه (٨) ، وإنما صحت الدعوى بالمجهول وتسمع في هذه المسائل لأمرين :

أولاً : أن الشخص قد لا يعرف قيمة أمواله التي يرهنها أو تغتصب منها ، فلو

(١) ينظر : شرح المجلة للأتاسي ٥/ ١٤ ، الفتاوى الهندية ٤/ ٣٠٢ ، تبصرة الحكام ١/ ١٠١ ، حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/ ٣٨٢ ، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٠١ ، القواعد لابن رجب ص : ٢٣٤
(٢) ينظر : نهاية المحتاج ٨/ ٣٢١ . (٣) ينظر : تبصرة الحكام ١/ ١٠١ .
(٤) ينظر : المغني ١١/ ٤٤٨ ، الأشباه والنظائر ص : ٧٦ ، الأصول القضائية ص : ٢٣٤ .
(٥) قواعد ابن رجب ص : ٢٣٤ .
(٦) ينظر : تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤١٠ ، الأصول القضائية ص : ١٤ .
(٧) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤١٠ ، الفروق ٤/ ٧٢ ، نهاية المحتاج ٨/ ٣٢١ ، المغني ١١/ ٤٤٨
(٨) حاشية ابن عابدين ٧/ ٤١٠ ، الأصول القضائية ص : ١٤ .

كلف عند دعواه بيان قيمتها لتضرر ، فتسهيلاً على الناس ومنعًا من هذا الضرر أجيزت دعواه (١) .

ثانيًا : لما كان كل من الإبراء بالمجهول والوصية بالمجهول والإقرار بالمجهول جائزًا شرعًا ، كان من الضروري إجازة بهذه الدعوى ، توصلاً للحصول على الحق المدعى فيه (٢) .

والأمثلة من المسائل السابقة منها ما ذكره جميع المذاهب الأربعة ، ومنها ما ذكره بعض المذاهب دون أن نجد مخالفة من أصحاب المذاهب الأخرى ، ثم هناك مسائل يمكن قياسها على المسائل المذكورة ؛ وقد ذكر السيوطي المسائل التي يجوز الدعوى فيها مع الجهالة ، فبلغ خمسًا وثلاثين مسألة ، ولكن كل هذه المسائل يكون بيان مقدارها على القاضي (٣) .

الشرط الثامن : احتمال ثبوت المدعى به ، اتفق العلماء على اشتراط احتمال ثبوت المدعى به عقلاً لسماع الدعوى ، فلا تسمع الدعوى بما يستحيل ثبوته في العقل ، وذلك كمن يدعي بنوة من هو أكبر منه سنا ، أو يدعي أبوة من هو أصغر منه ، فهذه الدعوى غير مسموعة ولا يلتفت إليها (٤) .

واختلف العلماء في اشتراط احتمال ثبوت المدعى به عادة لسماع الدعوى على قولين :

القول الأول : يشترط احتمال ثبوت المدعى به عرفًا وعادة لسماع الدعوى ، فمن ادعى شيئًا يستحيل ثبوته عادة وعرفًا ردت عليه دعواه ولا تسمع ، مثل أن تدعي امرأة مكثت مع الزوج ستين سنة أنه لم ينفق عليها يومًا واحدًا ، ولا كساها خيطًا ، أو يدعي رجل معروف بالفجور وأذى الناس على رجل مشهور بالديانة والصلاة أنه نقب بيته وسرق بيته ، فهذه الدعاوي لا تسمع ، وبه قال جمهور العلماء(٥) ، واستدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

(أ) قوله تعالى : ﴿ . . . وأْمُرْ بِالْعُرْفِ . . . ﴾ (٦) ؛ ووجه الاستدلال من الآية أن الله تعالى أمر أن نأخذ بالعرف ، ومعلوم أن من كانت دعواه ينفيها العرف ، فإن

(١ ، ٢) الأصول القضائية ص : ٨ .
(٣) ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص : ٧٦ وما بعدها .
(٤) ينظر : تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤١٠ ، تبصرة الحكام ١/ ١٠٤ ، الطرق الحكمية ص : ١٠٤
(٥) المصادر السابقة .
(٦) سورة الأعراف الآية : ١٩٩ .

الظن قد سبق إليه في دعواه بالبطلان ، فدلت الآية على أن الدعوى التي يستحيل ثبوتها عادة لا تسمع .

(ب) قول ابن مسعود رضي الله عنه : «إن الله نظر في قلوب العباد ، فرأى قلب محمد ﷺ خير قلوب العباد ، فاختاره لرسالته ، ثم نظر في قلوب العباد بعده ، فرأى قلوب أصحابه خير قلوب العباد ، فاختارهم لصحبته ، فما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحًا فهو عند الله قبيح» (١) .

ولا ريب أن المؤمنين بل غيرهم يرون من القبيح أن تسمع دعوى البقال على الخليفة والأمير أنه باعه بمائة دينار ولم يوفه إياها ، أو أنه اقترض منه ألف دينار أو نحوها (٢) .

القول الثاني : لا يشترط احتمال ثبوت المدعى عليه عادة لسماع الدعوى ، وإنما تكفي احتمال ثبوته عقلاً ، وهذا مروي عن الإمام الشافعي (٣) ، حيث إنه لو ادعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه ، فإن الشافعي يقبله (٤) ، ولم أجد للإمام الشافعي في هذا دليلاً .

الترجيح : والراجح في هذه المسألة - والله أعلم - اشتراط احتمال ثبوت المدعى به عادة لمطالبة الخصم بالجواب على الدعوى ما لم يكن لدى المدعي بينة ، ذلك لأن عدم البينة يقوي الظن بكذب المدعي ، فلا تسمع دعواه ، وأما عند وجود البينة فلا يشترط احتمال ثبوت المدعى به عادة ، ذلك لأمرين :

الأول : أن القاعدة في القضاء التي قررها الشارع الحكم بالبينة أو إقرار الخصم

الثاني : أن تقدير احتمال ثبوت الشيء في العادة يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة ، وقد يخطئ البشر في تقدير ذلك ، فيكون الحكم على الشيء بأنه لا يحتمل ثبوته في العادة مقويًا لظن بكذب المدعي ، لا أنه أساس الحكم على كذبه .

الشرط التاسع : أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة مشتملة على ما يفيد تيقن المدعي وجزمه بثبوت الحق على الخصم ، فلو ذكر ما يفيد الشك والظن لم تسمع دعواه ، ذلك كمن قال في دعواه : أظن أن لي على هذا الرجل ألف دينار ، أو يقول

(١) الأثر رواه الإمام أحمد في مسنده ١/ ٣٧٩ ، والحاكم في المستدرك في فضائل أبي بكر رضي الله عنه ٣/ ٧٨ ، وصححه الذهبي ، قال الزيلعي في هذا الحديث غريب مرفوعًا ، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود وله طرق (نصب الراية ٤/ ١٣٣) .
(٢) الطرق الحكمية ص : ١٠٤ . (٣) ينظر : قواعد الأحكام ، عز الدين عبد السلام ٢/ ٢٨٠ .
(٤) المصدر السابق .

أظن أن هذا قد أبرأني من ديني كذا ، فهذه الدعوى لا تسمع .

وعمدة هذا الشرط تحري صدق المدعي فيما يدعيه ، فإنه لا يجوز فتح الباب لقبول الدعاوى ممن لم يتأكدوا من وجود حقوق لهم ، وإنما يشكون في ذلك ، لأن في ذلك استعمالاً للقضاء لا تتناسب فائدته مع تكاليفه (١) .

وهذا الشرط ذكره المالكية (٢) ، وسكتت عنه المذاهب الأخرى ، وأثبته الكتاب المعاصرون (٣) . وقد استثنى من هذا الشرط دعاوى الاتهام ، والدعاوى الجنائية ، فإنها تسمع بعبارات مترددة ، فلو قال اتهمه بسرقة دينار مثلا تسمع ، لأن دعاوى الاتهام ترجع في أساسها إلى الشك والظن (٤) .

الشرط العاشر : أن تكون الدعوى محررة ، لا خلاف بين الفقهاء بأن الدعوى لا تسمع حتى يحررها صاحبها ، بأن يبين المدعى به حتى يتميز عما يمكن أن يلتبس به ، فإن كان المدعى به دينا على ميت ذكر موته وحرر الدين بذكر جنسه ونوعه وصفته ، وإن كان المدعى به مكيلا فلابد من ذكر جنسه بأنه حنطة أو شعير ، ويذكر مع ذلك صفتها كالحنطة البيضاء أو الحمراء ، ويذكر أنها جيدة أو رديئة (٥) .

وإنما اشترط هذا الشرط لأنه لا يمكن النظر في الدعوى وإصدار الحكم فيها مع جهالة المدعى به ، وتحريرها ينفي هذه الجهالة (٦) . واستثنيت من هذا الشرط الأشياء التي لا يمكن تحريرها على وجه التفصيل ، وتصح فيها الدعوى مع الجهالة ، ويكون بيانها بعد ثبوتها على الخصم أو على تقدير القاضي (٧) .

الشرط الحادي عشر : أن تصدر الدعوى من لسان المدعي عينا ، وهذا الشرط انفرد به الإمام أو حنيفة (٨) عن أصحاب المذاهب الأخرى ، حيث يمنع سماع الدعوى من وكيل المدعي عند عدم العذر ، أو عند رفض الخصم بالوكالة ، وخالفه أبو يوسف ومحمد بن الحسن (٩) وباقي أصحاب المذاهب ، فيجوزوا الوكالة في رفع الدعوى ، سواء وجد العذر أو لم يوجد ، وسواء رضي الخصم بالوكالة أو لم يرض بها (١٠) ؛ ولعل هذا هو الراجح لعدم ورود النهي عن الوكالة في الخصومة .

(١) نظرية الدعوى ١/ ٤١٠ . (٢) ينظر : حاشية الدسوقي ٤/ ٤٤ ، الفواكه الدواني ٢/ ٢٤٠ .
(٣) الأصول القضائية ص : ١٥ ، نظرية الدعوى ١/ ٤١٠ . (٤) المصادر السابقة في رقم ٢، ٣ .
(٥) ينظر : معين الحكام ص : ٥٥ ، تبصرة الحكام ١/ ١٠١ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ص : ١٥٤-١٥٥ ، أدب القاضي للماوردي ٢/ ٣٣١ ، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٠١ .
(٦) ينظر : المصادر السابقة . (٧) ينظر : المصادر السابقة .
(٨) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢ ، الفتاوى الهندية ٤/ ٢-٣ . (٩) المصادر السابقة .
(١٠) ينظر : تبصرة الحكام ١/ ٢٢٣ ، روضة الطالبين ٤/ ٣٢٠ ، منتهى الإرادات ص : ٤٤٤ .

الشرط الثاني عشر : أن يذكر المدعي في دعواه أنه يطالب بالحق الذي يدعيه ، اختلف الفقهاء في أنه هل يشترط لسماع الدعوى التصريح من المدعي بالمطالبة ، أم أنه يكتفي منه أن يحضر إلى مجلس القضاء فيعرض قضيته ويذكر حقه الذي يدعيه ، للفقهاء في هذه المسألة قولان :

القول الأول : يشترط لسماع الدعوى أن يذكر المدعي مطالبته بالحق الذي يدعيه بأن يقول مثلاً : وأنا أطالبه به ، أو مره ليعطيني حقي أو نحوه ، وبه قال أصحاب الشروح في المذهب الحنفي (١) ، وهو أصح الوجهين في المذهب الشافعي (٢) ، وهو قول عند الحنابلة (٣) .

وعلل أصحاب هذا القول في اشتراط ذكر مطالبة الحق بأن حق الإنسان يجب إيفاؤه بطلبه والحكم حق المدعي ، فيجوز أن يكون غير طالب له إن لم يصرح بذلك ، وإنما ذكر القضية على سبيل الحكاية ، فإذا طلبه تبين للقاضي غرضه (٤) .

واستدلوا أيضاً بأن القاضي نصب لقطع الخصومات ، لا لإنشائها ، فإذا طلب المدعي القضاء له بحقه ، أجابه إلى طلبه ، وإن سكت سكت ، فإن نظر في الدعوى من غير مطالبة المدعي لحقه كان منشئاً للخصومة ، وهو ما لم يجعل القضاء لأجله (٥) .

القول الثاني : لا يشترط ذكر المدعي مطالبته للحق الذي يدعيه لسماع دعواه ، وبه قال أصحاب الفتاوى في المذهب الحنفي (٦) ، وهو أحد الوجهين في المذهب الشافعي (٧) ، وأحد القولين في المذهب الحنبلي (٨) ؛ وعللوا لما قالوا به بما يأتي :

(أ) إن المقدمات ودلالة الحال تشير إلى أن المدعي لا يقصد بدعواه إلا الحكم له بحقه وتسليمه إليه ، وكون المدعي يقول ذلك حكاية واستفتاء بعيد جداً ، لأن مجالس القضاء لم تنشأ لهذا الغرض (٩) .

(١) ينظر : تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٢٩ .
(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص : ١٥٤-١٥٥ ، روضة الطالبين ١١/ ١٠ .
(٣) ينظر : المغني ١١/ ٤٥١ ، مطالب أولي النهى ٦/ ٥٠٢ .
(٤) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٢ .
(٥) موجز في المرافعات الشرعية ، أحمد إبراهيم بك ، ص : ١١ .
(٦) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ٤٢٩ ؛ ولعل ابن عابدين ذكر ذلك بناء على عدم ذكر أصحاب الفتاوى هذا الشرط ضمن شروط صحة الدعوى (ينظر : الفتاوى الهندية ٤/ ٢-٣) .
(٧) أدب القضاء لابن أبي الدم ص : ١٥٤-١٥٥ ، الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٤ .
(٨) المغني ١١/ ٤٥١ .
(٩) المصادر السابق ، وموجز المرافعات الشرعية ص : ١١ .

(ب) لأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحكم بذلك ، فيترك مطالبته به لجهله ، فيضيع حقه (١) .

الترجيح : الراجح في هذه المسألة - والله أعلم - عدم اشتراط ذكر المدعي مطالبته للحق الذي يدعيه ، وذلك لما يأتي :

(أ) من مهام عمل القضاة الفصل في الخصومات ، لا إصدار الفتاوى ، ولا سماع الحكايات .

(ب) ما من أحد يأتي إلى القاضي ويعرض قضيته عليه إلا ولسان حاله يطلب الإنصاف له والحصول على حقه ، وتمكينه منه أو دفع الاعتداء عنه ، والشريعة قد اعتبرت قرائن الأحوال لإعطاء المرء حقه ، مثل تقديم الفقير المتعفف عن السؤال على غيره في إعطائه مال الصدقة ، وعلى هذا فلا يعتبر القاضي منشئاً للخصومات إذا نظر في الدعوى ، وإن لم يذكر المدعي مطالبته بالحق الذي يدعيه ما دام لسان حاله تنطق بذلك .

الشرط الثالث عشر : أن تكون الدعوى في مجلس القضاء ، من شروط سماع الدعوى أن تكون في مجلس من عنده الخلاص وهو القاضي ، والمراد بمجلس القضاء هو محل جلوس القاضي ، حيث اتفق في بيت أو في مسجد ، لأن الدعوى لا تسمع إلا بين يدي القاضي أو نائبه ، ولكن إذا خصص القضاء في مكان معين كما في العصر الحاضر لا تسمع الدعوى إلا في مكان مخصص للقضاء أما القاضي (٢) .

الشرط الرابع عشر : أن لا تكون الدعوى مناقضة لأمر سبق صدوره عن المدعي، يشترط لسماع الدعوى أن لا يسبق من المدعي ما يعارض دعواه ، بحيث يستحيل الجمع في الصدق بين السابق واللاحق ؛ ولا خلاف في هذا بين الفقهاء ، إلا أن منهم من ذكره صريحاً ، ومنهم من أشار إليه دون أن يصرح به (٣) .

ومن أمثلة التناقض الذي يمنع سماع الدعوى أن يدعي رجل على آخر ديناً فيقول المدعى عليه ليس لك علي شيء ولا أعرفك ، ولكن بعد إقامة المدعي البينة

(١) المغني ١١/ ٤٥١ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٦ ، تبيين الحقائق ٧/ ٢٩٠-٢٩١ ، تحفة المحتاج ١٠/ ٢٨٦ ، نظرية الدعوى ١/ ٤٢٠-٤٢١ .

(٣) ذكر الحنفية والشافعية هذا الشرط صريحاً ، وأشار إليه المالكية والحنابلة من خلال الأمثلة التي ذكروها عند شرط انفكاك الدعوى عما يكذبها عرفاً أو عقلا (ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤ ، جامع الفصولين ١/ ١٢٣ ، تبصرة الحكام ١/ ١٥٤ ، مغني المحتاج ٤/ ١١٠ ، غاية المنتهى ٣/ ٤٢٦ .

على صدق دعواه ادعى الخصم أنه قد قضاه للمدعي ، ففي هذه الحالة القاضي لا يسمع دعوى الخصم لمناقضته لدعوى عدم معرفته بالمدعي ، لأن المعروف أن الشخص لا يقضي إلا لمن يعرفه (١) .

ومثال آخر : ادعى رجل أنه اشترى منه كتاباً ، والكتاب في يد البائع ، فأنكر البائع البيع ، فأقام المشتري البينة ، وقضى القاضي له بالكتاب ، ثم وجد به عيباً وأراد أن يرده على البائع ، فادعى أن المشتري قد أبرأه من كل عيب ، فالقاضي في هذه الحالة لا يسمع دعوى الإبراء ، لأنه يناقض إنكاره لوجود البيع (٢) .

ولكن لا يعتبر التناقض مانعاً لسماع الدعوى إلا بشروط وهي :

(أ) أن يكون التناقض قد حصل في مجلس القضاء ، وإن لم يكن في مجلس واحد ، ذلك لأن شرط سماع الدعوى أن يقع في مجلس القضاء ، فإن وقعت خارجه لم تكن الدعوى مقبولة ، والكلام في التناقض إنما هو في الدعوى الصحيحة ، لأن الباطلة لا تسمع أصلاً ولا حاجة لإبطالها بالتناقض (٣) .

(ب) أن لا يقع من المدعي التوفيق بين دعواه وبين ما يناقضها مما صدر عنه ، فإن وفق المدعي بين دعواه وبين ما يناقضها تسمع دعواه ، مثال ذلك لو ادعى شخص على آخر بأن الدار التي يسكنها ملكاً له ، ثم ادعى مرة ثانية بأن تلك الدار قد اشتراها منه لم تسمع هذه الدعوى ، لوجود التناقض بين الدعوى الأولى والثانية ، ولكن إذا وفق بينهما بأن بين مثلاً أن تلك الدار ملكه فعلاً ، ولكن لما عجز عن إثباته اشتراها منه وأقام على شرائها بينة تسمع دعواه الثانية (٤) .

(ج) أن لا يصدق الخصم بما ادعاه ، فإن صدقه تسمع دعواه بما فيه من التناقض ، ومثال ذلك لو ادعى شخص على الآخر ألفاً بسبب القرض ، ثم ادعى عليه بمبلغ نفسه بسبب الكفالة لم تسمع هذه الدعوى ، لكن لو صدق الخصم بما دعاه وأقر به لزم على الخصم بما أقر به وصدقه (٥) .

(١) ينظر : بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤ ، الأصول القضائية ص : ١١ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤ ، الأصول القضائية ص : ١١ .

(٣) ذكر هذا الشرط الحنفية وسكت عنه أصحاب المذاهب الأخرى (ينظر : تكملة حاشية ابن عابدين ١/ ١٧ .

(٤) تكملة حاشية ابن عابدين ٧/ ١٤-١٥ ، القوانين الفقهية ص : ٣٠٨ ، شرح المنهاج للمحلى ٤/ ٣٤ ، مختصر الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ص : ٦٠٨ .

(٥) ينظر : حاشية عيون الأخبار ٧/ ١٧-١٨ ، موجز في المرافعات الشرعية ص : ٤٢ ، نظرية الدعوى ١/ ٤٣ ، الأصول القضائية ص : ١٣ .

(د) أن لا يترك المدعي كلامه الأول مع إمكان حمل أحد الكلامين على الآخر، ولكن هذا مخصوص بمسألة ما إذا ادعى مطلقًا، ثم ادعى بسبب، ولا يترك على تركه لكلامه الأول تفويت حق غيره؛ وذلك لكيلا يعطي الفرصة لكل مدعي إذا طعنه يتناقض في دعواه أن يرد ذلك الطعن بأن يقول تركت كلامي الأول، ثم ادعى كذا (١).

(هـ) أن لا يكون الكلام الأول قد كذب شرعًا بالقضاء لو ادعى شخص على آخر أنه كفل له عن مدينه بألف، فأنكر الكفالة، فأقام المدعي البينة وحكم له القاضي، ثم ادعى الكفيل على المدين أنه كفل عنه بأمر وبرهن على ذلك، وفي هذه الحالة تقبل دعوى الكفيل، لأن إنكاره السابق قد بطل أثره بتكذيب الحاكم له (٢).

فإن الأصل أن التناقض يمنع سماع الدعوى إلا أن الفقهاء استثنوا من ذلك مسائل تسمع فيها الدعوى مع ما فيها من التناقض، وذلك نظرًا لخفاء أسبابها، فيكون عذرا للمدعي من أمثلة هذه الدعاوي:

أولاً: دعوة النسب، فلو قال لمجهول النسب هو ابني من الزنا، ثم ادعى أنه ابنه من النكاح سمعت منه الدعوى، وإن كان متناقضا فيها، لأن النسب يتبني على العلوق (حمل المرأة من الرجل) وهو مما يخفى (٣).

ثانيًا: دعوى العتق، فلو أقر مجهول النسب أنه رقيق لفلان، ثم ادعى عليه أنه أعتقه قبل وقت إقراره بالرق سمعت منه الدعوى، لأن العتق مما ينفرد به السيد، فيخفى على العبد (٤).

ثالثًا: دعوى الطلاق، إذا أقرت المرأة بأنها على عصمة زوجها، ثم ادعى بعد ذلك أنه طلقها تسمع منه الدعوى، لأن الطلاق ينفرد به الزوج يخفى على المرأة (٥)

الشرط الخامس عشر: أن يذكر في دعوى العين أن المدعى به في يد الخصم (٦)

والهدف من اشتراط ذكر المدعي بأن المدعى به في يد الخصم في دعاوي العين هو التعريف بأن المدعي يدعي في وجه شخص له شأن في القضية، فإن الخصم في

(١) حاشية عيون الأخبار ٧/ ١٧-١٨، موجز في المرافعات الشرعية ص: ٢٤، نظرية الدعوى ١/ ٤٣.
(٢) حاشية قرة عيون الأخبار ٧/ ١٨، جامع الفصولين ١/ ١٤٠، الأصول القضائية ص: ١٣.
(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٦٥٥، نظرية الدعوى ١/ ٧.
(٤، ٥) المصادر السابقة.
(٦) تكملة فتح القدير ٦/ ١٤٤، مواهب الجليل ٦/ ١٢٨، الشرواني على تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٦.

دعاوي العين هو واضع اليد على الشيء المدعى به، ومن ثم لزم ذكر ذلك، حتى يعرف القاضي أنه يوجه دعواه إلى الخصم (١).

ولكن لا يجب أن يكون المدعى به في يد الخصم فعلاً ما دام في يده حكمًا، وذلك لو كان أجرها أو أعارها، لأن يد غيره نائب عن يده في حيازتها (٢).

وهذا الشرط خاص بدعوى الملكية ملكًا مطلقًا، فإن كان يدعي فعلاً من غصب أو إتلاف تسمع الدعوى، وإن لم يذكر وجود المدعى به في يد الخصم، لأن يتصور أن يتحقق الغصب والمغصوب لا يكون في يد الغاصب، وإنما في يد غيره، فتصح أن توجه الدعوى إلى الغاصب أو إلى ذي اليد.

ويستثنى من الشرط المذكور دعوى منع التعرض، لأن الخصم فيها يتعرض للمدعي ويكون العين في يد هذا الأخير (٣).

الشرط السادس عشر: أن يذكر في الدعوى بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق، ذكر فقهاء الحنفية (٤) بأنه يشترط في دعوى المنقول أن يذكر المدعي بأن خصمه يضع يده على المدعى به بغير حق، وذلك ليزول احتمال أن يكون الخصم وضع يده على المدعى به بحق، كأن يكون مرهونًا عنده بدين أو بإذن المالك، ولذا لابد أن يذكر أنه وضع يده عليه بغير حق. ولكن يبدو أن القيد بكونها دعوى المنقول دون الأشياء الثابتة لا يكون وجيها، لأن الدعوى في الأشياء الثابتة مثل العقارات قد يكون الخصم وضع يده عليها بحق أيضًا، كأن تكون مرهونة، لذا يحسن أن يطلق الشرط من قيد كون المدعى به من الأشياء المنقولة (٥).

* * *

(١) نظرية الدعوى ١/ ٤١٦. (٢) المصادر السابق ١/ ٤١٦.
(٣) مغني المحتاج ٤/ ٤٦٥، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ١٠/ ٢٩٦، نظرية الدعوى ١/ ٤١٦.
(٤) فتح القدير ٦/ ١٤٩.
(٥) وهذا الذي أثبته الماوردي في الحاوي الكبير ١٧/ ٢٩٣؛ وانظر: نظرية الدعوى ١/ ٤١٧.