

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# سُلْطَةُ الْقَاضِيِ التَّقْدِيرِيَّةِ فِي الْيَمِينِ الْقَضَائِيَّةِ

إِعْدَادُ

الدُّكْتُورُ / سَعْدُ بْنُ عِمْرَانَ السُّوَيْدِي

عُضْوُ هَيْئَةِ التَّدْرِيسِ بِالْمَعْهَدِ الْعَالِيِّ لِلْقَضَاءِ

الحمد لله نعمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمد عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد

فإن طبيعة العمل القضائي كغيره من الأعمال التي تخضع للأحكام والأنظمة، تارة يكون العمل فيها مقيداً تحدد فيه الحالات والإجراءات والشروط وما شابهها في حدود وقواعد وأحكام معينة منصوص عليها، فلا يسع القاضي أمام هذا التقييد إلا تنفيذها، كما نص عليها وعدم مخالفتها أو تجاوزها، وهذا ما يعبر عنه بالخضوع للسلطة المقيدة، وتارة أخرى يتاح للقاضي حيز من الحرية يمارس من خلاله سلطته التقديرية؛ ينشأ هذا الحيز وهذه السلطة من نصوص صريحة فقهية، أو نظامية، أو عندما تنتفي القواعد والأحكام والنظم التي تحد من تلك السلطة في ممارسة عملها القضائي.

والناظر في طبيعة القضاء في الإسلام يجد أنه قضاء جُمع فيه بين التقييد والحرية، فهو في جوانب منه مقيد وفي أخرى حر، وهذا ما يعبر عنه في المصطلحات القضائية الحديثة بالمذهب القضائي المختلط. فيه ثبات واستقرار ومرونة ومقاربة بين الحقيقتين القضائية والواقعية مع فسخ المجال للقاضي في ممارسة سلطته التقديرية المنضبطة وفقاً للأحوال والوقائع، وعلى هذا النهج يسير القضاء في المملكة العربية السعودية.

والسلطة التقديرية في القضاء السعودي مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معهما. ونتيجة لذلك يمكننا القول: إن السلطة التقديرية في القضاء السعودي سلطة منضبطة ملتزمة بأحكام الشريعة وقواعدها، وما اشتملت عليه من مقاصد عظيمة، ومصالح جليلة.

وإذا أردنا أن نسلط الضوء على مجالات السلطة التقديرية في المجال القضائي فإن طرق الإثبات واليمين القضائية على وجه الخصوص ميدان رحب، وفضاء واسع يمارس فيه القاضي تلك السلطة؛ ولأهمية مثل هذه المواضيع فقد رأيت أن أكتب في «سلطة القاضي التقديرية في اليمين القضائية»، ليكون مجال البحث والنظر بحيث تجتمع فيه الدراسة الفقهية مع الدراسة النظامية؛ ليسهم هذا الموضوع في تعزيز الدراسات القضائية المتخصصة والمؤصلة، وقد انتظمت خطة هذا البحث في العناصر الآتية:

التمهيد في التعريف بمفردات العنوان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المراد بالسلطة التقديرية.

المطلب الثاني: المراد بالقاضي.

المطلب الثالث: المراد باليمين القضائية.

المبحث الأول: سلطة القاضي التقديرية في منع توجيه اليمين.

المبحث الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تعديل صيغة اليمين.

المبحث الثالث: سلطة القاضي التقديرية في توجيه يمين الاستظهار وما في حكمها.

المبحث الرابع: سلطة القاضي التقديرية في تغليظ اليمين، وفيه ثمانية مطالب.

المطلب الأول: من له حق طلب التغليظ؟

المطلب الثاني: الاختيار في صفة التعليل إلى القاضي يزيد ما شاء من أسماء الله وصفاته وينقص ما شاء.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير ما يُغلظ لأجله.

المطلب الرابع: تغليظ اليمين باللفظ «بالصيغة».

المطلب الخامس: تغليظ اليمين بالزمان.

المطلب السادس: تغليظ اليمين بالمكان.

المطلب السابع: تغليظ اليمين بالهيئة «الحال».

المطلب الثامن: التغليظ باليمين بالطلاق ونحوه إذا طلبه الخصم وألحَّ، هل يسوغ للقاضي التحليف به؟

المبحث الخامس: سلطة القاضي التقديرية في قبول العذر عند التخلف عن الحضور في الموعد المحدد لأداء اليمين.

المبحث السادس: سلطة القاضي التقديرية في إمهال من توجهت عليه اليمين.

المبحث السابع: سلطة القاضي التقديرية في القضاء بالنكول أو رد اليمين على المدعي.

الخاتمة.

الفهارس.

وأسأل الله التوفيق والسداد، وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

## التمهيد

### المطلب الأول

#### المراد بالسلطة التقديرية

السلطة التقديرية جملة مركبة من كلمتين (السلطة) و(التقديرية) نحتاج قبل تعريفها المركب إلى تعريف أفرادها كل على حدة.

قال ابن فارس: (السين واللام والطاء أصل واحد، وهو القوة والقهر، ومن ذلك السلاطة من التسلّط وهو القهر، ولذلك سمي السلطان سلطاناً. والسلطان: الحجة)<sup>(١)</sup> وفي القاموس: (والسليط هو الشديد)<sup>(٢)</sup>.

فالسلطة: كلمة تحمل معنى القوة والقهر والتحكم والشدة، وسمي السلطان سلطاناً لتسلطه وقهره .

وتقارب كلمة «السلطة» معنى «الولاية» والتي تحمل في معانيها القهر والقوة والتحكم.

وتنسحب هذه المعاني اللغوية على «السلطة» موضوع بحثنا حيث قوة القاضي وتحكمه وقهره وشدته في الجوانب القضائية، إعمالاً لتقديره في القضية المنظورة عنده وفق المصلحة لا بالتشهي والهوى، كل ذلك لأجل إقامة الحق وفصل الخصومات .

وكلمة «التقديرية» قال ابن فارس: (القاف والبدال والراء أصل صحيح يدل على

(١) معجم مقاييس اللغة ٩٥/٣ «قدر».

(٢) ص ٦٧١.

مبلغ الشيء وكنهه ونهايته<sup>(٣)</sup> و(قدر كل شيء ومقداره مقياسه)<sup>(٤)</sup> وقدر الشيء قاسه.  
 والتقدير يأتي في اللغة على عدة معانٍ:  
 الأول: التروي والتفكير في تسوية أمر وتهيئته.  
 الثاني: تقديره بعلامات يقطعها عليها.  
 الثالث: أن تنوي أمراً بعقدك، تقول: قدرت أمر كذا وكذا، أي نويته وعقدت عليه<sup>(٥)</sup>.

والتقدير: «التفكير في تسوية أمر وتهيئته بحسب نظر العقل وبناء الأمر عليه»<sup>(٦)</sup>.  
 ومما سبق من المعاني تظهر المناسبة بين كلمتي «التقدير» و«التقديرية» في سلطة القاضي، فالقاضي يسعى من خلال سلطته لمعرفة كنه القضية وبلوغ الحقيقة فيها عن طريق التروي والتفكير، ومقايسة الأمور، وبناء الأمر عليها وفقاً لتلك السلطة وما لديه من معطيات.

ونستطيع من خلال ما تقدم: أن نعرّف سلطة القاضي التقديرية بأنها: حيز من الحرية يتاح للقاضي بمقتضى النص الصريح أو الضمني، يستمد منه القوة، ليتمكن من خلاله من النظر والتروي والتفكير لعمل الأصلح لبلوغ الحقيقة ومعرفة كنهها.

وإن كان مصطلح السلطة التقديرية من المصطلحات القانونية الحديثة الناشئة فإن ما تضمنه معنى السلطة التقديرية وحواه متقرر عند العلماء، ومبثوث في كتبهم، ومتوافر في أفضية الأمة - وإن اختلفت المسميات - تحت عناوين مختلفة. تارة تحت الاجتهاد القضائي وتنزيله على الوقائع والأفراد كل بحسبه وهو مجال خصب لهذه

(٣) معجم مقاييس اللغة ٥/ ٦٢ «قدر».

(٤) انظر: لسان العرب ٥/ ٧٤ مادة «قدر».

(٥) انظر: المحكم ٦/ ٣٠٢، لسان العرب ٥/ ٧٤ مادة «قدر».

(٦) تاج العروس ٣/ ٤٨٣.

السلطة، وتارة أخرى تحت عنوان المصالح وتحقيقها والسعي في جلبها، وأخرى تحت القواعد الشرعية كقاعدة تصرفات الحاكم منوطة بالمصلحة، وقاعدة الأحكام تتبع المصالح وغيرهما، وتظهر أحياناً تحت موضوع التعازير وتفاوت العقوبات باختلاف أحوال المحكوم عليهم مع تنوع القضايا، مما لا يجوز للقاضي أن يسير فيه على نسق واحد مع الجميع بمعزل عن النظر في الأحوال وتنوعها.

وهكذا فإن هذه المصطلحات القديم منها والحديث سواء ما جرى منها على السنة الفقهاء أو غيرهم من أرباب الفنون والصناعات لا مشاحة فيها إذا ظهرت وانضبطت ولم تتضمن أي مفسدة.

وإنما تكون النتيجة والمحصلة اختلاف عبارة لا يقع في مثله مضايقة ما دام أن المناسبة المعتبرة موجودة بين الاصطلاح ومعناه، ولا تخالف شيئاً من أحكام الشريعة. والألفاظ كما يقال قوالب المعاني.

يقول أبو حامد الغزالي - رحمه الله - في المستصفي: (لا مشاحة في الألفاظ بعد معرفة المعاني)<sup>(٧)</sup>، ويقول في إحياء علوم الدين: (فلا مشاحة في الألفاظ بعد فهم المقاصد)<sup>(٨)</sup> ويقول ابن القيم - رحمه الله -: (والاصطلاحات لا مشاحة فيها إذا لم تتضمن مفسدة)<sup>(٩)</sup>، ولما عرض في كتابه الطرق الحكمية لكلام أبي الوفاء بن عقيل في جواز العمل في السلطنة بالسياسة الشرعية قال: (فلا يقال إن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع، بل هي موافقة لما جاء به، بل هي جزء من أجزائه، ونحن نسميها سياسة تبعاً لمصطلحهم، وإنما هي عدل الله ورسوله ظهر بهذه الأمارات والعلامات)<sup>(١٠)</sup>.

(٧) ٢٣/١.

(٨) ١٩٢/١.

(٩) انظر: مدارج السالكين ٣/٣٠٦.

(١٠) ص ١٤.

ومن أمثلة السلطة التقديرية المتاحة للقاضي مما نص عليه الفقهاء:  
 ما جاء في لسان الحكام: «والاختيار في صفة التخليط إلى القاضي»<sup>(١١)</sup>.  
 وفي موضع آخر: «ثم اختلف المشايخ فيه - التخليط - منهم من يقول القاضي  
 بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ في كل مدعى به وعلى كل مدعى عليه»<sup>(١٢)</sup>.  
 وفي البحر الرائق في مسألة التخليط: «ساغ للقاضي»<sup>(١٣)</sup>.  
 وفي موضع آخر: «وله - للقاضي - أن يزيد في التخليط على هذا وينقص منه»<sup>(١٤)</sup>.  
 وجاء في نهاية المحتاج في مسألة التخليط إذا كان المدعى به دون القدر المحدد وهو  
 نصاب الزكاة: «لو رآه الحاكم لجرأة في الحالف فعله»<sup>(١٥)</sup>.  
 وفي منتهى الإرادات أناط ترك التخليط وفعله لرأي الحاكم<sup>(١٦)</sup>.  
 وقال ابن تيمية في مشروعية التخليط: «إذا رآه الحاكم مصلحة»<sup>(١٧)</sup>.  
 وفي بدائع الصنائع في تخليط اليمين على غير المسلم: «وإذا رأى القاضي ما يكون  
 تخليطاً في دينه فعل»<sup>(١٨)</sup>.  
 وفي الإنصاف للمرداوي: «وإن رأى الحاكم تخليطها بلفظ أو زمن أو مكان جاز وهو  
 المذهب»<sup>(١٩)</sup>.

(١١) ص ٢٣١.

(١٢) ص ٢٣١، وانظر نحوه في: المحيط البرهاني ٦٨٥/٨، الفتاوى الهندية ١٦/٤، بدائع الصنائع ٢٢٧/٦،  
 العناية ٢٩٢/١١.

(١٣) ٢٣٣/٧، وانظر: تبين الحقائق ٢٠١/٤، مجمع الأنهر ٣٥٦/٣.

(١٤) ٢٣٣/٧.

(١٥) ٣٣٠/٨.

(١٦) ٢٨٢/٢.

(١٧) انظر: الفتاوى الكبرى ٥٧٠/٥، والمستدرک على فتاوى ابن تيمية ١٥٢/١.

(١٨) ٢٢٨/٦.

(١٩) ١٢٠/١٢.

وفي شرح ميارة نقل عن أبي عبدالله الأبي أحد قضاة المالكية، أنه كان يُغلظ على من فهم منه اللدد من اليهود<sup>(٢٠)</sup>.

هذه بعض النقول التي تعزز عمل القاضي وسلطته في تقدير الأحوال وفق المصلحة سعياً للوصول إلى الحقيقة قدر المستطاع<sup>(٢١)</sup>.

وقد أدرك قضاة الإسلام أهمية هذه السلطة وما يمكن أن تسهم به من دور إيجابي لتحقيق العدالة ومن أمثلة ذلك ما ذكره ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية «أن إياس بن معاوية اختصم إليه رجلان استودع أحدهما صاحبه وديعة، فأراد استحلافه. فقال صاحب الوديعة لإياس: استحلفه بالله ما لي عنده وديعة، فقال إياس: بل استحلفه بالله ما لك عنده وديعة ولا غيرها»<sup>(٢٢)</sup> ثم قال: «وهذا من أحسن الفراسة. فإنه إذا قال «ما له عندي وديعة» احتمل النفي واحتمل الإقرار فينصب «ما له» بفعل محذوف مقدر، أي دفع ماله إلي، وأعطاني ماله، أو يجعل «ما» موصولة والجار والمجرور صلتها، ووديعة خبر عن «ما» فإذا قال: «ولا غيرها» تعين النفي»<sup>(٢٣)</sup>.

وفي واقعة أخرى ذكرها وكيع في أخبار القضاة أن الحسين بن حسن قضى بين رجلين اشترى أحدهما من الآخر جارية زعم المشتري أنها مجنونة، فقال له الحسين بن حسن: اتنني بشهودك أنها مجنونة. فقال: ليس لي شهود. فقال للبائع: احلف بالله لقد بعتهما وما بها من جنون. فقال البائع: اردد اليمين على بيعي الذي اشترى مني. فقال الحسين للذي اشترى: احلف بالله لقد اشتريتها وإن بها لجنونا. فكره المشتري تلك اليمين. فقال الحسين للبائع: إنني أفهم الناس وأخاف إنما تكون رددت عليه اليمين من

(٢٠) ٩٨/١.

(٢١) وانظر أيضاً في المسألة: معين الحكام ص ١٧٦، السيل الجرار ٤/١٦٣.

(٢٢) ص ٣١.

(٢٣) الطرق الحكمية ص ٣١.

ورع علمته عنده فاحلف بالله لقد بعثها وما بها من جنون. فكره القوم كلهم اليمين فقاموا واصطلحوا<sup>(٢٤)</sup>.

وقد تضمن نظام المرافعات الشرعية السعودي مواد كثيرة مُنحت فيها المحكمة أو القاضي سلطة تقديرية، وحيزاً من الحرية في التعامل مع القضايا والوقائع وفقاً لقناعته، وسعيًا لتحقيق العدالة من غير أن تقيد فيها باتجاه واحد يسلكه، فتصبح السلطة حينئذٍ من ملائمت العمل القضائي، وعائدة إلى إرادة القاضي ومشئته.

ومن أمثلة ذلك قول المنظم: للمحكمة<sup>(٢٥)</sup>، أو للقاضي<sup>(٢٦)</sup>، أو حسب تقدير القاضي<sup>(٢٧)</sup>، إذا رأى القاضي<sup>(٢٨)</sup>، ظهر للقاضي<sup>(٢٩)</sup>، فللقاضي<sup>(٣٠)</sup>، لعذر يقبله القاضي<sup>(٣١)</sup>، وللقاضي<sup>(٣٢)</sup>، وللمحكمة<sup>(٣٣)</sup>، ظهر المحكمة<sup>(٣٤)</sup>، فللمحكمة<sup>(٣٥)</sup>، كان للمحكمة<sup>(٣٦)</sup>، ويجوز للمحكمة<sup>(٣٧)</sup>، في نظر المحكمة<sup>(٣٨)</sup>، جاز للمحكمة<sup>(٣٩)</sup>، رأت المحكمة<sup>(٤٠)</sup>.

(٢٤) أخبار القضاة ١٠/٣.

(٢٥) انظر المواد: ٧٦، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١١٢، ١٣٣، ١٣٩، ٢٠٠.

(٢٦) انظر المادة: ١٢١.

(٢٧) انظر المادة: ١٩٩.

(٢٨) انظر المادة: ٦١.

(٢٩) انظر المادة: ٤.

(٣٠) انظر المواد: ٦٥، ١٥٠.

(٣١) انظر المادة: ٦٥.

(٣٢) انظر المادة: ٢٣٩.

(٣٣) انظر المواد: ٤٨، ٨٤.

(٣٤) انظر المادة: ٥١.

(٣٥) انظر المواد: ٦٦، ١٠٣، ١٢٢، ١٢٥.

(٣٦) انظر المادة: ٦٩.

(٣٧) انظر المادة: ١١٣.

(٣٨) انظر المادة: ١٢٢.

(٣٩) انظر المادة: ٢٢٢.

(٤٠) انظر المادة: ٨٣.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نظام المرافعات الشرعية السعودي نظام محكوم بأحكام الشريعة الإسلامية، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها، وبهذا جاءت المادة الأولى من النظام: «تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة».

هذه بعض الأمثلة على منح القاضي أو المحكمة تلك السلطة التقديرية التي يحتمها العمل القضائي ويقتضي عمل القاضي منح هذا الحيز من الحرية والمرونة. وقد أتت هذه السلطة التقديرية في النظم والقوانين على أوجه متعددة، منها تخير قاضي الدعوي في اختيار إجراء نظامي ضمن أكثر من إجراء أورده النص بحسب كل حالة وملاساتها، أو جعل تقدير مواقف أطراف القضية راجعاً للقاضي واتخاذ ما يراه مناسباً طبقاً لقناعته ونظره، أو يتنازل المنظم عن إرادته ويترك المجال للقاضي ليتخذ المجال الأنسب للوصول إلى الحقيقة<sup>(٤١)</sup>.

ومن هنا فإن السلطة التقديرية تنشأ حينئذ إما عن نص صريح فقهي أو نظامي، أو عن انتقاء القواعد والأحكام النظامية التي تحد من سلطة القاضي التقديرية في ممارسة عمله.

(٤١) انظر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ص ١٠٥، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ص ٢٣٤.

## المطلب الثاني : المراد بالقاضي

### المراد بالقاضي في اللغة:

القاضي: اسم فاعل مشتق من الفعل قضى يقضي قضاء وقضية. وتعريف القاضي هو فرع عن تعريف القضاء.

والقضاء في اللغة يأتي لمعانٍ متعددة<sup>(٤٢)</sup> وكثير من هذه المعاني يظهر فيها التقارب الشديد في المعنى، ومن تلك المعاني: الحكم، والإيجاب، والعمل والأداء، والتبيين، والقطع، والفصل، واللزوم، وبلوغ الحاجة، والفراغ، والإمضاء، والإنفاذ. ومع تعدد هذه المعاني والوجوه إلا أن مرجعها كما يقول الأزهرى في التهذيب يعود: (إلى انقطاع الشيء وتماهه وكل ما أحكم عمله، أو أتم، أو أدى، أو أوجب، أو أعلم، أو أنفذ، أو أمضى فقد قضى)<sup>(٤٣)</sup>.

ومعاني التبيين والحكم والفصل والقطع واللزوم والإيجاب متوافرة في القاضي، وهي تشكل مجتمعة معنى القضاء من جهة تبيين الحكم الشرعي، والفصل وقطع الخصومات، مع الإيجاب والإلزام.

المراد بالقضاء في الاصطلاح:

عُرِّفَ القضاء في الاصطلاح بتعريفات متعددة أقتصر على تعريف واحد لكل مذهب من المذاهب الفقهية المعتمدة:

١- عرفه الحنفية: إنهاء الخصومات، وقطع المنازعات على وجه مخصوص<sup>(٤٤)</sup>.

٢- عرفه المالكية: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام<sup>(٤٥)</sup>.

(٤٢) انظر: المحكم ٤٨٢/٦، الصحاح ٢٤٦٣/٦، لسان العرب ١٨٦/١٥ مادة: «قضى».

(٤٣) تهذيب اللغة ٢١١/٩ مادة: «قضى».

(٤٤) انظر: حاشية رد المحتار ٣٥٢/٥.

(٤٥) انظر: تبصرة الحكام ١٢/١.

- ٣- عرفه الشافعية: إلزام من له إلزام بحكم الشرع<sup>(٤٦)</sup>.
- ٤- عرفه الحنابلة: تبين الحكم الشرع والإلزام به وفصل الخصومات<sup>(٤٧)</sup>.
- ويمكن من خلال ما سبق أن نقول بأن القاضي هو: من نصبه الإمام، ليبين الحكم الشرعي، ويلزم به مع فصل الخصومات.

### المطلب الثالث: المراد باليمين القضائية

تأتي اليمين في اللغة لعدة معانٍ، منها القسم والحلف، والجمع «أيمين» و«أيمان» وهو أشهرها، وسميت اليمين يميناً؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه. ومن معاني اليمين القوة، والجراحة، والعهد والميثاق، ولعل معنى القوة يظهر في جميع ما سبق فإن من حلف فقد قوى جانبه على جانب صاحبه. والمعنى الأول هو المتعلق بموضوع بحثنا.

أما تعريف اليمين القضائية، فإنني من خلال استقراء وتتبع لكتب الفقهاء لم أقف على تعريف لليمين القضائية، إذ كل التعريفات التي اطلعت عليها تناولت تعريف اليمين بوجه عام مما يدور المعنى فيه على تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم الله تعالى، أو صفة من صفاته<sup>(٤٨)</sup>. وقد عرف بعض المعاصرين كالدكتور محمد الزحيلي اليمين القضائية بأنها: تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي<sup>(٤٩)</sup>.

(٤٦) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٧٢.

(٤٧) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٤٨٥.

(٤٨) انظر على سبيل المثال: الشرح الكبير للدردير ٢/١٢٦، حاشية قليوبي ٤/٢٧٠، شرح منتهى الإرادات ٤١٩/٣.

(٤٩) وسائل الإثبات ص ٣١٩.

وفي رأبي أن هذا التعريف مستدرِك عليه، إذ خلا التعريف من الحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته، وجاء فيه أيضا: «باستشهاد الله» وكلمة استشهاد تعني طلب الشهادة وهي لا تناسب في هذا المقام جناب الله - جلَّ جلاله - .  
والأولى أن يقال في التعريف: تأكيد ثبوت الحق أو نفيه بالحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته أمام القاضي في مجلس القضاء .  
أو تعرف اليمين القضائية كما عُرِّفَتْ في قانون الإثبات اليمني مادة ١٢٩ بأنها: حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها، تؤدي من الخصم الذي وجهت إليه، بالصيغة التي تقرها المحكمة .

## المبحث الأول سلطة القاضي التقديرية في منع توجيه اليمين

توجيه اليمين القضائية (اليمين الأصلية) (الحاسمة)<sup>(٥٠)</sup> من الخصم لخصمه حق مشروع كفه القضاء للخصوم في الدعوى، غير أن هذا الحق لا يكون معتبراً إلا إذا أذن القاضي بذلك. وهو في ذات الوقت يخضع لرقابته؛ وتأسيساً على ذلك فإنه يجوز للقاضي وفق سلطته التقديرية المكفولة له أن يمنع توجيه اليمين حتى لو توافرت شروط توجيهها.

وبيان ذلك أن اليمين تارة يطلبها أحد الخصمين من الآخر فيفتقر هذا الطلب لتوافر الشروط اللازمة لتوجيه اليمين أو أحدها، ولما كان من صميم عمل القاضي التحقق من توافر هذه الشروط ليصح توجيه اليمين، فإنه متى فقدت هذه الشروط أو أحدها منع القاضي من توجيهها.

فعلى سبيل المثال: من شروط توجيه اليمين أنها لا تتوجه في الحقوق الخالصة لله - جلَّ وعلا- كالعبادات، وكذا الحدود الخالصة كحد الزنا، وتناول المسكر<sup>(٥١)</sup>، ولهذا قال الإمام أحمد - رحمه الله - : «لا أرى اليمين في الحدود؛ لأنه إن نكل لم أقتله ولم أحده»<sup>(٥٢)</sup>. وبالتالي فإن القاضي يمنع والحالة هذه من توجيه اليمين في مثل هذه الأحوال.

(٥٠) هكذا يسميها الفقهاء اليمين الأصلية، أو اليمين الدافعة، أو الجالبة. وهي المقصودة عند الإطلاق التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات ما يدعيه. انظر: الذخيرة ١١/٦٢، مواهب الجليل ٨/٧، حواشي

الشرواني والعبادي ٨/٢٩٩، ويقابلها عند القانونيين اليمين الحاسمة التي يراد منها حسم النزاع. (٥١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/١٢٢، الكافي لابن عبد البر ٢/٩٢٣، الذخيرة ١١/٣٢٦، المغني ١٤/٢٣٧، الإنصاف ١٢/٨٢.

(٥٢) انظر: الطرق الحكمية ص ١١٢.

وكذا لو أقر من توجهت عليه اليمين، أو قامت الشهادة على إثبات الحق المدعى به فلا تتوجه اليمين؛ لعدم الحاجة إليها ولثبوت الحق من دونها؛ لأن من شروط توجيه اليمين إنكار المدعى عليه دعوى المدعي، فلو طلبها المدعي والحالة هذه لم يُجب إلى ذلك.

ومثل ذلك لو طلب المدعي أن يحلف وكيل المدعى عليه أو محاميه فإنه لا يُجاب لطلبه؛ إذ من شروط توجيه اليمين أن تكون اليمين متعلقة بشخص من توجهت إليه وبالتالي لا تدخلها النيابة، وقد تقرر عند الفقهاء أن النيابة تجري في الاستحلاف - أي طلب الحلف - دون الحلف<sup>(٥٣)</sup>.

وهكذا فكلما تخلف شرط من شروط توجيه اليمين منع القاضي من توجيهها. ولا تقتصر سلطة القاضي في منع توجيه اليمين على تأكده من توافر الشروط، بل حتى في حال توافر الشروط الداعية لتوجيه اليمين فإن القاضي يملك سلطة منع توجيه اليمين، وهو حينئذ يقوم بدور رقابي يخوله القيام بجهد إيجابي في الإثبات. ومن خلال ما تقدم، فإنه يجوز للقاضي أن يرفض طلب الخصم في توجيه اليمين إلى خصمه سواء توافرت الشروط أو لم تتوافر في أحوال تخضع لتقدير القاضي وفق سلطته القضائية، ومن هذه الأحوال:

- إذا كانت الواقعة المطلوب الحلف عليها غير منتجة في الدعوى، وليست منهيّة للنزاع، فلا محل لتوجيه اليمين حينئذ؛ لأن اليمين طريق من طرق الإثبات يرد على واقعة منتجة في الدعوى، فإن لم تكن كذلك غدت اليمين غير منتجة ولا جدوى منها.
- إذا كانت اليمين واردة على ما لا تبيحه الشريعة، ومثال ذلك: أنه لا يُقبل من دائن أن يوجه يمينا لخصمه عن وجود التزام لا يبيح الشرع - أو النظام كما في الدول

(٥٣) انظر: المبسوط ٣٥٣/١١، المحيط البرهاني ٥٧١/٥، بلغة السالك ٣١٩/٣، المهذب ٣٠٢/٢، المغني ٢٣٣/١٤.

الأخرى - المطالبة به كالتزام بدين قمار، أو دفع فوائد ربوية؛ وذلك لمخالفتها للشرع - أو النظام كما في الدول الأخرى - وقد تضمنت الفقرة الثانية من اللائحة التنفيذية للمادة ١٠٩: (إذا حضر الخصم ونازع في جواز اليمين، كأن يكون الدين لإثبات ربا، أو قمار... ) فإذا كان كذلك لم يكن توجيه اليمين سائغاً.

- إذا ظهر للقاضي أن موجه اليمين متعسف في توجيهها.

ولا يقصد بالتعسف هنا معناه الاصطلاحي فقط أي مجرد إساءة استخدام الحق في ممارسة طلب تحليف الخصم، وإنما المقصود منه رقابة القاضي على الخصم في صدق توجيه اليمين بحيث لا يجيزه له كلما تخلف شرط من الشروط الواجب توافرها فيه. ومعرفة كون الشخص متعسفاً أمر يرجع تقديره للقاضي، فيمكنه أن يستنبط ذلك من ظروف الدعوى، أو ظروف الخصمين وما قدما من أوراق أو مستندات ونحو ذلك. ولا شك أن سبر هذه الأمور يحتم أن يكون القاضي على قدر كبير من العلم والذكاء والفتنة والدربة في معرفة أحوال الخصوم، وحسن الإمام بوقائع الدعوى. ويتحقق ذلك لو بدا للقاضي أن اليمين كيدية<sup>(٥٤)</sup>، أو أراد الخصم بسوء نية النيل من مكانة خصمه، أو التشهير به، أو أراد استغلال تدين خصمه وورعه وضميره، أو تحرزه من اليمين، أو قصد من توجيه اليمين تأخير البت في القضية وإطالة أمدها.

- إذا وردت اليمين على غير النقطة المتنازع عليها، كما لو وجه شخص اليمين إلى خصمه أنه وفي الدين مع أن خصمه ينكر وجود الدين أصلاً، أو وردت اليمين على مسائل لا يؤثر حلها في تصفية النقاط المختلف عليها في القضية.

- إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها تكذبها وقائع الدعوى وظروفها، أو كانت الوقائع غير قريبة الاحتمال.

(٥٤) وإذا قلنا إن القاضي له سلطة في استخلاص الكيدية، فعليه أن يقيم استخلاصه على إعتبارات مقبولة، وأسباب سائغة.

- إذا تناولت اليمين وقائع خارجة عن موضوع الخصومة.
  - إذا تناولت اليمين واقعة مسلماً بها من الأصل، أو حصل التسليم بها قبل توجيهها.
  - إذا كانت اليمين ليست متعلقة بشخص من توجهت إليه، أو كانت موجهة لشخص ليس خصماً حقيقياً في الدعوى.
  - إذا كانت اليمين واردة على وقائع ثابتة ثبوتاً جلياً من مستندات الدعوى.
  - إذا كانت الوقائع المراد التحليف عليها سبق وأن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات كإقرار المدعى عليه أو شهادة بينة عليه.
- هذه بعض الحالات التي يملك القاضي فيها سلطة تقديرية يمنع بموجبها توجيه اليمين وقد نصت كثير من نظم الإثبات على أنه (يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها)<sup>(٥٥)</sup>.
- وهذا يؤكد إعمال الدور الرقابي للقاضي على توجيه اليمين، وقد نصت الفقرة الخامسة من اللائحة التنفيذية للمادة ١٠٧ من نظام المرافعات الشرعية السعودي أن (للقاضي رفض توجيه اليمين إذا ظهر عدم أحقية طالبها) وفي الفقرة الأولى من ذات المادة: (ليس للخصم توجيه اليمين لخصمه على وقائع لا علاقة لها بالدعوى المنظورة لدى المحكمة) كل ذلك يعزز من سلطة القاضي التقديرية في منع توجيه اليمين.

(٥٥) مادة ١١٤ إثبات مصري، ٥٦/٢ إثبات سوداني، ٣١٤ إثبات قطري، ٥٧، ٦٤ إثبات إماراتي، ٦١ إثبات كويتي. وانظر في الموضوع: طرق وأدلة الإثبات ص ٥٧٢، قواعد الإثبات ص ٣٠٨، القضاء ونظام الإثبات ص ٣٦٩، التعليق على نصوص قانون الإثبات ص ٣٤٠.

## المبحث الثاني

### سلطة القاضي التقديرية في تعديل صيغة اليمين

توجيه اليمين القضائية (الأصلية) (الحاسمة) تصرف إجرائي لا يكون إلا بين خصوم الدعوى، فيجوز لكل خصم يقع عليه عبء الإثبات، ويعوزه الدليل أن يوجه لخصمه اليمين، ويبين بجلاء الوقائع التي يريد الاستحلاف عليها؛ لترتبط اليمين بالواقعة المراد الحلف عليها ارتباطاً وثيقاً وفي هذه المرحلة، مرحلة إعداد الصيغة يقوم القاضي بدور إيجابي لمصلحة الطرفين والقضية التي ينظرها.

وقد سجل لنا القضاء الإسلامي صوراً من هذه الإيجابية، فقد ذكر ابن القيم - رحمه الله - في كتابه الطرق الحكمية «أن إياس بن معاوية اختصم إليه رجلان استودع أحدهما صاحبه وديعة، فأراد استحلافه. فقال صاحب الوديعة لإياس: استحلفه بالله ما لي عنده وديعة، فقال إياس: بل أستحلفه بالله ما لك عنده وديعة ولا غيرها» ثم عقب ابن القيم بقوله: «وهذا من أحسن الفراسة، فإنه إذا قال: ما له عندي وديعة احتمل النفي واحتمل الإقرار، فينصب ما له بفعل محذوف مقدر، أي دفع ما له إلي، أو أعطاني ما له، أو يجعل «ما» موصولة والجار والمجرور صلتها ووديعة خبر عن ما، فإذا قال: «ولا غيرها» «تعيّن النفي»<sup>(٥٦)</sup>.

وقد نصت المادة ١٠٧ من نظام المرافعات السعودي على أنه «يجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها، وعلى المحكمة أن تعد صيغة اليمين اللازمة شرعاً» فتوجيه اليمين الأصلية (الحاسمة) يوجه من الخصم إلى الخصم ويأذن القاضي فيها، لتكتمل وتصح عملية التوجيه قضاءً ونظاماً، وقد أوجبت

هذه المادة على من يوجه اليمين لخصمه أن يبين بدقة ووضوح وجلاء في صيغة اليمين الوقائع التي يريد من خصمه أن يحلف عليها، وما لم تكن الصيغة كذلك فإن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم أن يعدّل في صيغة اليمين؛ لتكون الصيغة متفقة مع الدعوى، ومنتجة في الإثبات، ولها أثر في إنهاء وحسم النزاع.

فعلى سبيل المثال لو طلب موجه اليمين أن تكون يمين الورثة على البت والقطع في أمر لا يحيطون بعلمه وإنما يستقل مورثهم بمعرفة ذلك باعتراف موجه اليمين، فلا يجوز للقاضي أن يجري هذه اليمين كما طلبها موجهها بل عليه أن يدلّه على أن صيغة اليمين في الحالة هذه يجب أن تتوجه اليمين للورثة على نفي العلم، وكذا يحق للخصم أن يمتنع عن هذه اليمين ويتمسك بأداء اليمين على نفي العلم فقط.

وهكذا لو أراد الخصم تحليف خصمه على وقائع لا علاقة لها بالدعوى كان للقاضي المنع من ذلك، وللخصم الموجهة إليه اليمين الاعتراض على تلك الصيغة، وأنها يجب أن تنصب على الواقعة بوضوح وجلاء ودقة.

وتعديل صيغة اليمين من قبل المحكمة مستمد من سلطة تقديرية للمحكمة؛ لترتبط اليمين بالواقعة ارتباطاً وثيقاً ولتحقق نتائجها. وإن لم يتم التوافق على الصيغة حددها القاضي بنفسه واستعان في ذلك بما سمعه من الخصمين من الدعوى والإجابة والدفع المؤثرة في الحكم وما يطلبه الخصم من صيغة إذا كان قد حدد صيغة معينة.

ومع هذه السلطة التي تخول للمحكمة تعديل الصيغة فإنه يجب ألا يعدل أو يغير في تلك الصيغة تعديلاً أو تغييراً يؤثر في مدلولها ومعناها ويخرجها عما أراده موجهها، وإنما المراد من هذه السلطة تحقيق تطابق اليمين مع الوقائع المراد الاستحلاف عليها، فإن جاوز القاضي ذلك وغير فيها تغييراً يخرجها عن موضوعها ما يؤدي إلى جعل اليمين تتناول غير ما قصد إليه موجهها فإنه يكون حينئذ قد جاوز حدود سلطته القضائية. فحق

المحكمة في التعديل قاصر على الصيغة لإيضاح عباراتها ولتنسجم مع الوقائع .  
وقد جاء في الفقرة الأولى من اللائحة التنفيذية لمادة ١٠٧: «ليس للخصم توجيه اليمين إلى خصمه على وقائع لا علاقة لها بالدعوى المنظورة لدى المحكمة» .  
وجاءت نظم وقوانين الإثبات قريبة مما نص عليه المنظم السعودي ونصها: «يجب على من يوجه لخصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها، وأن يذكر صيغة اليمين التي يوجهها إليه بعبارة واضحة، وللمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها»<sup>(٥٧)</sup>.

(٥٧) انظر: قانون المرافعات القطري مادة ٣١٧ ويقابلها ( ٦٨ ) كويتي، (١٢٢) مصري، ( ١١٨ ) سوري، (١٣٧) يماني.

## المبحث الثالث

### سلطة القاضي التقديرية في توجيه يمين الاستظهار وما في حكمها

الأصل أن من أقام البيينة الشرعية على استحقاق شي حكم له بالحق الذي يدعيه دون توقف ذلك على قدر زائد يلجأ إليه القاضي، كما أن الأصل في يمين القضاء «الأصلية» «الحاسمة» أن تتوجه من الخصم إلى خصمه ثم يأذن فيها القاضي، أما هذه اليمين فتغاير يمين القضاء فهي تتوجه مع البيينة الشرعية عند قيام التهمة والشك والاحتمال وتتوجه من القاضي في الأعم الأغلب دون الوقوف على طلب الخصم وفق سلطة القاضي التقديرية.

وقد نصت الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية من مادة ١٠٧ أن (للقاضي أن يوجه يمين الاستظهار وما في حكمها لأحد الخصمين عند الاقتضاء ولو لم يطلب الخصم ذلك).

ويمين الاستظهار: هي تلك اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الخصم لأحد الخصمين مع بينته الكاملة في مسائل معدودة؛ لإزالة الشك والريب والاحتمال.

وفي حكم يمين الاستظهار تحليف المدعي مع بينته الكاملة عند الريبة والشك<sup>(٥٨)</sup>. وإلى هذا ذهب جماعة من علماء السلف وقضاتهم كشريح والشعبي وعون بن عبدالله وعبيدالله ابن عتبة والأوزاعي والحسن بن حي وإسحاق بن راهويه، وهو مروى عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه -<sup>(٥٩)</sup>، ولجأ شريح لهذه اليمين حين رأى الناس (٥٨) وتفاقم هذه اليمين التي قبلها في أنها تتوجه من غير حصر لمسائل معينة، فمتى قام المقتضي لذلك وجه القاضي هذه اليمين.

(٥٩) انظر: الطرق الحكمية ص ١٤٥، وما روي عن علي - رضي الله عنه - أخرج ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب البيوع والأقضية، من كان يستحلف الرجل مع بينته ٢٦٣/٧.

مدخولين في معاملاتهم فأحتاط لذلك. ولما قيل له: ما الذي أحدث في القضاء؟ قال: «رأيت الناس أحدثوا فأحدثت»<sup>(٦٠)</sup>. قال ابن القيم - رحمه الله - في الطرق الحكمية: (وهذا القول ليس ببعيد عن قواعد الشرع ولا سيما مع احتمال التهمة... وهذا القول يقوى مع وجود التهمة وأما بدون التهمة فلا وجه له)<sup>(٦١)</sup>.

وفي حكم يمين الاستظهار أيضا تحليف الإنسان مع بيته الناقصة في كل قضية لم يكتمل دليلها ولم ينزع منها الدليل، بل احتوت على بيئة ناقصة كقرائن ونحوها، فيكملها القاضي باليمين ويحكم بموجبها في الدعوى<sup>(٦٢)</sup>، وهذه اليمين تشبه إلى حد ما ما يسمى عند القانونيين باليمين المتممة<sup>(٦٣)</sup>.

فيمين الاستظهار وما في حكمها تخضع لتقدير القاضي وسلطته، يلجأ إليها ليستكمل بها اقتناعه وفق ما يتبينه، وحسب تقديره لظروف الدعوى وملاساتها وأدلتها.

(٦٠) انظر: الطرق الحكمية ص ١٤٦.

(٦١) ص ١٤٦.

(٦٢) انظر: الطرق الحكمية ص ٢١٢.

(٦٣) التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين؛ ليتم بها الدليل الناقص، وليس ثمة مانع أن يطلب الخصم ذلك فتكون للقاضي حينئذ سلطة تقديرية في قبول الطلب أو رفضه بأسباب سائغة. انظر في ذلك: التعليق على نصوص قانون الإثبات ص ٢٦٠، طرق وأدلة الإثبات ص ٥٨٤.

## المبحث الرابع سلطة القاضي التقديرية في تغليظ اليمين

تغليظ اليمين هو تفخيمها وتشديدها<sup>(٦٤)</sup>، واليمين المغلظة: هي التي زيد فيها عن الحد المجزئ في اليمين القضائية لفظاً أو زماناً أو مكاناً أو هيئة. والغرض من اليمين المغلظة أن تباين هذه الحالة ما ألفه الإنسان واعتاده في أحواله الطبيعية؛ ليكون التغليظ أوقع في قلبه، وأكثر هيبة وزجراً ومخافة؛ لعل ذلك أن يحمله على الإقرار بالحق، أو الامتناع عن الكذب في اليمين، إذ إن بعض الناس قد يمتنع عن اليمين حال التغليظ ولو خلت اليمين منه لربما تجاسر وتجراً. وتظهر سلطة القاضي التقديرية في التغليظ في المطالب الآتية:

### المطلب الأول: من له حق طلب التغليظ؟

يرى جمهور الفقهاء أن للقاضي تغليظ اليمين على من توجهت عليه ولو لم يطلب الخصم ذلك. وبهذا قال الحنفية والأصح عند الشافعية والحنابلة<sup>(٦٥)</sup>. فلا يتوقف تغليظ اليمين على طلب الخصم بل متى ما رأى القاضي أن يغلظ اليمين فعل ذلك فهو خاضع لسلطته وتقديره. وذهب المالكية والشافعية في قول إلى أن التغليظ حق الخصم، إن طلب الخصم التغليظ غلظ القاضي وإن لم يطلب لم يغلظ<sup>(٦٦)</sup>.

ولم يعرض نظام المرافعات السعودي لهذه المسألة وكأنه ترك ذلك للقاضي كما هو

(٦٤) انظر: المطلاع ص ٣٠٠.

(٦٥) انظر: المبسوط ١١٨/١٦، روضة الطالبين ٣٢/١٢، الإنصاف ١٢/١٢٠، ولعل هذا يمثل رأياً فقهيًا في المذهب المالكي، ففي منح الجليل ٥٦٠/٨: «وظاهره وجوب التغليظ وإن لم يطلبه الخصم»، وبه عمل بعض قضااتهم. انظر: تبصرة الحكام ١٥٣/٢، ٢١٧.

(٦٦) انظر: حاشية الدسوقي ٢٢٨/٤، روضة الطالبين ٣٢/١٢.

منصوص المذهب<sup>(٦٧)</sup>، أو إذا طلبه أحد الخصوم كما القول الثاني وبه عملت بعض النظم والقوانين ففي المادة ١٤١ من قانون الإثبات اليمني: «يجوز بناء على طلب الخصم تغليظ اليمين...» فحيثما لم يطلب الخصم فلا يسوغ للقاضي التغليظ من تلقاء نفسه.

### المطلب الثاني: الاختيار في صفة التغليظ إلى القاضي يزيد ما شاء من أسماء الله وصفاته وينقص ما شاء

الفقهاء الذين أجازوا التغليظ اللفظي لليمين ذكروا صيغاً معينة لليمين كالصيغة التي عليها أكثر فقهاء الحنفية: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية<sup>(٦٨)</sup>.

وكالصيغة التي أوردتها الشافعية: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، أو: والله الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم السر وأخفى<sup>(٦٩)</sup>.

وكالصيغة عند الحنابلة: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة، أو: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، أو: والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور<sup>(٧٠)</sup>.

تلك الصيغ الأنفة الذكر منصوص عليها في كتب الفقهاء إلا أنهم مع ذكرهم لها لا يلزمون القضاة بصيغة منها، بل للقاضي أن يزيد في الصيغة ما يشاء، وله أن ينقص منها، أو يذكرها كما هي. وفي هذا يقول صاحب المحيط البرهاني: (ثم القضاة

(٦٧) انظر: الإنصاف ١٢/١٢٠.

(٦٨) انظر: المحيط البرهاني ٨/٦٨٥، الاختيار لتعليل المختار ٢/١٢٣، لسان الحكام ص ٢٣١، الفتاوى الهندية ٤/١٦.

(٦٩) انظر: الحاوي ٧/٣٦٢، روضة الطالبين ٨/٣٠٩، أسنى المطالب ٤/٤٠٠.

(٧٠) انظر: الكافي ٤/٥١٦، المحرر ٢/٢٢٢، الفروع ٦/٤٦٢.

مختلفون في كيفية التغليف وصفته واختار كل واحد لنفسه شيئاً، ومختار الخصاف - رحمه الله - أن يقول: قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، فهذا هو مختار الخصاف فإن شاء القاضي اختار هذا وإن شاء زاد عليه وإن شاء نقص عنه<sup>(٧١)</sup>.

## المطلب الثالث: سلطة القاضي في تقدير ما يُغلظ لأجله

مع أن الفقهاء متفقون في الجملة على مشروعية التغليف، وأن الأمر متروك تقديره للقاضي، إلا أنهم اختلفوا في المقدار الذي يُغلظ لأجله على قولين:  
القول الأول: ذهب الحنفية والحنابلة في قول إلى أن القاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ في كل مدعى به، وفي كل مدعى عليه فليس ثمة معايير تقيده فيما يُوجه لأجله اليمين<sup>(٧٢)</sup>.

القول الثاني: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن القاضي يراعي عند إرادة التغليف معايير معينة، منها ما يتعلق بالمدعى به، ومنها ما يتعلق بالمدعى عليه<sup>(٧٣)</sup> ومع وضع تلك المعايير فيما يغلظ لأجله إلا أن القاضي لو رأى التغليف لمصلحة فيما هو دونها ساغ له ذلك وهذه المعايير هي:

### أولاً: حال المدعى به

فإن كان المدعى به خطيراً عظيماً غلظت اليمين لأجله كأحكام الأبدان والدماء والفروج والأموال العظيمة، وإن كان حقيراً أكتفي بذكر اسم الله تعالى لندرة من

(٧١) المحيط البرهاني ٦٨٥/٨ وانظر: الإختيار لتعليل المختار ١٢٣/٢، البحر الرائق ٢٣٣/٧.

(٧٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٧/٧، الفتاوى الهندية ١٦/٤، لسان الحكام ص ٢٣١، البحر الرائق ٢٣٣/٧.

الإنصاف ١٢/١٢٣، النكت والفوائد السنية ٢/٢٢٣

(٧٣) انظر: تبصرة الحكام ٢١٩/١، مغني المحتاج ٤/٤٧٢، نهاية المحتاج ٨/٣٣٠، حاشيتنا قليبوبي وعميرة

٤٠/٣٤٠، الإنصاف ١٢/١٢٣، النكت والفوائد السنية ٢/٢٢٣.

يحلف كاذباً على الشيء الحقير، وحدَّ الشافعية والحنابلة في قول المال الذي يغلظ لأجله كل مال بلغ نصاب زكاة فيغلظ على من توجهت عليه اليمين حينئذ<sup>(٧٤)</sup>، وحده المالكية والحنابلة في قول آخر بنصاب القطع في السرقة<sup>(٧٥)</sup>.

وهذان المعياران في نظري يخضعان للعرف وهو مختلف متغير من زمن لزمان قد لا يشكل في وقتنا شيئاً يعتد به من الناحية القيمة.

والعلة في التفريق بين العظيم والحقير فيما يُغلظ لأجله أن عظم المدعى به وخطره حالة تستدعي معها رادع وزاجر عن اليمين الكاذبة وهذا مما لا يتوفر في الحقير. وأصحاب هذا القول من الشافعية يقولون: إن الحاكم لو رأى جرأة من الحالف على اليمين ولو كان المال دون القدر المحدد للتغليظ غلظ عليه<sup>(٧٦)</sup>.

### ثانياً: حال المدعى عليه (الحالف)

فينظر القاضي في حال المدعى عليه، فإن كان معروفاً بالصلاح، أو عليه سيما الخير ولم يتهمه، أو كان ممن لا يُخاف منه الاجترار على الله في اليمين الكاذبة فيكتفي في تحليفه بالله عزَّ وجلَّ من غير تغليظ، وإن كان غير ذلك غلظ عليه اليمين<sup>(٧٧)</sup>.

### المطلب الرابع: تغليظ اليمين باللفظ

تقدّم أن تغليظ اليمين هو زيادة عن القدر المجزئ في اليمين القضائية، وقد اختلف العلماء في مشروعية تغليظ اليمين باللفظ على قولين مشهورين:  
القول الأول: جواز تغليظ اليمين باللفظ مسلماً كان من توجهت عليه اليمين أو

(٧٤) انظر: نهاية المحتاج ٣٣٠/٨، حاشيتا قلوبوي وعميرة ٣٤٠/٤، الإنصاف ١٢/١٢٣.

(٧٥) انظر: حاشية الدسوقي ٢٢٨/٤، تبصرة الحكام ٢١٩/١، الإنصاف ١٢/١٢٣.

(٧٦) انظر: روضة الطالبين ٣٢/١٢، نهاية المحتاج ٣٣٠/٨.

(٧٧) انظر: تبين الحقائق ٣٠٢/٤، بدائع الصنائع ٢٢٧/٦، الفتاوى الهندية ١٦/٤، مجمع الأنهر ٣٥٦/٣،

لسان الحكام ٢٣١.

غير مسلم وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(٧٨)</sup>، والأمر في ذلك كله يعود للقاضي إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ حسبما يراه من المصلحة لا بالتشهي وهوى النفس. والنصوص الشرعية جاءت بالتغليظ تارة وبدونه تارة أخرى. الأدلة:

- روى ابن عباس - رضي الله عنهما-: (أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل النبي صلى الله عليه وسلم المدعي البينة، فلم يكن له بينة، فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو...)<sup>(٧٩)</sup>.

وعند النسائي في السنن الكبرى: (فقال - أي رسول الله - للآخر: احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عليك، أو عندك شيء فحلف)<sup>(٨٠)</sup>.

- روى أبو داود في سننه عن ابن عباس أيضاً: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال - يعني لرجل حلفه -: (احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء، يعني للمدعي)<sup>(٨١)</sup>.

والنصوص المتقدمة جاءت بتغليظ اليمين، كما جاءت نصوص أخرى مقتصرة على

(٧٨) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٧/٧، تبين الحقائق ٣٠١/٤، الفتاوى الهندية ١٦/٤، البحر الرائق ٢٢٣/٧، الشرح الكبير للدردير ٢٢٨/٨، التاج والإكليل ٢٦٩/٨، بلغة السالك ١٠٨/٤، روضة الطالبين ٣٢/١٢، مغني المحتاج ٢٤٧/٤، نهاية المحتاج ٣٣٠/٨، المغني ٢٢٢/١٤، المحرر ٢٢٢/٢، الإنصاف ١٣٢/١٢، كشف القناع ٤٧٩/٦. مما يجدر ذكره أن صيغة اليمين عند المالكية: واللّه الذي لا إله إلا هو. وهذه الصيغة هي القدر المطلوب لمن توجهت عليه اليمين لا يزداد عنها ولا ينقص، وهي تعتبر عند بقية المذاهب صيغة تغليظية. وإن كان بعض المالكية كالقاضي عبد الوهاب يقول: لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالألفاظ ولا يزداد على ما ذكر. انظر: الذخيرة ٦٧/١١.

(٧٩) أخرجه أحمد في المسند ١٣٤/٤ رقم ٢٢٨، وأبو داود في سننه، كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن يحلف كاذباً متعمداً ٢٢٨/٣ رقم ٣٢٧٥. وإسناده ضعيف. انظر: إرواء الغليل ٣٠٨/٨.

(٨٠) أخرجه النسائي في السنن الكبرى كتاب القضاء، باب كيف اليمين ٤٣٣/٥ رقم ٥٩٦٤، وإسناده ضعيف؛ فإن عطاء ابن السائب اختلط بأخرة، وحماة بن سلمة كان قد سمع منه قبل الاختلاط وبعد الاختلاط، فلم يثبت صحيح سماعه من عدمه، وانظر: ميزان الاعتدال ٧٢/٣ إرواء الغليل ٣٠٨/٨.

(٨١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب كيف اليمين ٢١١/٣ رقم ٣٦٢، وكذا البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب يحلف المدعى عليه في حق نفسه على البت ٣٠٤/١٠. وضعفه الألباني في الإرواء ٣٠٧/٨.

اليمين دوغما تغليظ ومن ذلك:

- قول الله سبحانه: ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَئِن جَاءَهُمْ آيَةٌ لِّيُؤْمِنُوا بِهَا ﴾... (٨٢).
- روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت) (٨٣).
- روى أبو داود في سننه أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال: (والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم) (٨٤).
- فالنصوص أتت بهذا تارة، وبالزيادة تارة أخرى فيجوز التغليظ بالزيادة إذا قام سببه عن القاضي.
- القول الثاني: أن من وجبت عليه اليمين لا يحلف إلا بالله تعالى أو باسم من أسمائه لا يزيد على ذلك، وهذا قول الظاهرية (٨٥).
- الأدلة:

قول الله تعالى: ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾ (٨٦)، وقوله تعالى: ﴿ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهِدُنَا ﴾ (٨٧) وقوله تعالى: ﴿ وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَئِن جَاءَهُمْ آيَةٌ لِّيُؤْمِنُوا بِهَا ﴾ (٨٨) قال القرطبي: «وجهد اليمين أشدها وهو بالله فقوله: (جهد

(٨٢) سورة الأنعام آية ١٠٩.

(٨٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب كيف يستحلف ١٨٠/٣ رقم ٢٦٧٩.

(٨٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الطلاق باب في البتة ٢٦٢/٢ رقم ٢٢٠٦، والدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٦٠/٥ رقم ٣٩٧٩، وقال: «قال أبو داود: وهذا حديث صحيح». وضعفه الإمام أحمد والبخاري كما في حاشية ابن القيم على سنن أبي داود ١٩١/٦، وكذا ضعفه الألباني في الإرواء ١٣٩/٧.

(٨٥) انظر: المحلى ٤٥٨/٨.

(٨٦) سورة المائدة آية ١٠٦.

(٨٧) سورة المائدة آية ١٠٧.

(٨٨) سورة الأنعام آية ١٠٩.

أيمانهم) أي غاية أيمانهم التي بلغها علمهم وانتهت إليها قدرتهم<sup>(٨٩)</sup>.  
وما تقدم من حديث ابن عمر وحديث ركانة بن عبد يزيد.  
ويجاب على ذلك، بأن جمهور الفقهاء يعملون جميع النصوص فللقاضي أن يكتفي  
باليمين دون تغليظ وهذا هو القدر الواجب، وله أن يغلظ إذا رأى مصلحة في ذلك.

## المطلب الخامس: تغليظ اليمين بالزمان

وذلك بأن يختار القاضي لتوجيه اليمين زمناً تكون له قدسية وفضيلة عند من تتوجه  
عليه اليمين كبعد صلاة العصر عند المسلمين لقوله تعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ  
فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾<sup>(٩٠)</sup> وهي صلاة العصر كما هو المختار عند أهل التفسير<sup>(٩١)</sup>، وقد نقل  
صاحب زاد المسير عن الزجاج: أن الناس بالحجاز كانوا يحلفون بعد صلاة العصر<sup>(٩٢)</sup>.  
أو بين الأذان والإقامة أو آخر ساعة من يوم الجمعة<sup>(٩٣)</sup>، ونحو ذلك من الأوقات المفضلة.  
ولا خلاف بين العلماء أن التغليظ بالزمان غير واجب<sup>(٩٤)</sup>.

أما من جهة المشروعية من عدمها فإن جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة  
ذهبوا إلى جواز التغليظ بالزمان، وأن الأمر راجع للحاكم<sup>(٩٥)</sup> إذا رأى أن ذلك مانع  
عن الإقدام على الباطل والكذب وقامت المصلحة على ذلك. والحكم في ذلك يشمل  
المسلم وغيره كأهل الكتاب بعد صلواتهم أو في أيامهم التي يعظمونها كالسبت

(٨٩) انظر: الجامع لأحكام القرآن ٢٦/٧.

(٩٠) سورة المائدة آية ١٠٦.

(٩١) انظر: جامع البيان ٧٨/٩، زاد المسير ٥٩٦/١.

(٩٢) ٥٩٦/١.

(٩٣) انظر: الذخيرة ٦٨/١١، الشرح الكبير للدردير ٢٢٨/٤، المهذب ٤٣٢/٣، الحاوي ١٠٧/١٧، المغني

٢٠٦/١٠، مطالب أولي النهي ٦٥٤/٦، كشاف القناع ٤٥٣/٦.

(٩٤) انظر: المغني ٢٠٦/١٠.

(٩٥) باستثناء مذهب المالكية والذي يجعل حق التغليظ راجع للخصم.

والأحد<sup>(٩٦)</sup>. هذا خلاصة مذهب الجمهور.

أما الحنفية<sup>(٩٧)</sup> وبعض أتباع المذاهب الفقهية فيرون أن اليمين لا تغلظ بالزمان. المطلوب السادس: تغليظ اليمين بالمكان، وذلك بأن يُطلب من توجهت عليه اليمين في أمر عظيم وله خطر أن يؤديها في مكان مقدس أو له فضيلة عنده، أو بقعة شريفة كبين الركن والمقام بمكة، أو عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة، وعند المنبر في بقية المساجد في غير مكة والمدينة؛ لكونها أماكن عبادة هذا بالنسبة للمسلم. وأما غير المسلم فيحلف في دور عبادته؛ وذلك أن الأيمان موضوعة للزجر فكلما كان أزر للخالف عن اليمين الكاذبة ورأى القاضي لذلك مصلحة جاز له نقل مكان اليمين من مجلس القاضي إلى غيره من الأماكن المقدسة الشريفة المهيبة، فإن في المعظم الذي يشاهده الخالف تأثير في التوقي عن الكذب. وهذا القول هو قول جمهور العلماء من المالكية<sup>(٩٨)</sup> والشافعية والحنابلة في الجملة<sup>(٩٩)</sup>.

الأدلة:

- روى جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحلف أحد على يمين آثمة عند منبري هذا ولو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار، أو وجبت له النار)<sup>(١٠٠)</sup>.

- عن أبي أمامة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة يستحل بها مال امرئ مسلم، فعليه لعنة الله والملائكة

(٩٦) انظر: الحاوي ١٧/١٠٧، الذخيرة ١١/٦٨.

(٩٧) انظر: الهداية ٣/١٥٩، بدائع الصنائع ٦/٢٢٨، البحر الرائق ٧/٢١٤.

(٩٨) انظر: الهامش رقم ٩٥ في الصفحة السابقة.

(٩٩) انظر: الذخيرة ١١/٦٨، الشرح الكبير للدردير ٤/٢٢٨، المهذب ٣/٤٣٢، الحاوي ١٧/١٠٧، المغني ١٠/٢٠٦، كشف القناع ٦/٤٥٣.

(١٠٠) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الأفضية، باب اليمين على المنبر والحنث بها، وأحمد في المسند ٢٣/٢٦٩، رقم ١٥٠٢٤، وأبو داود في سننه كتاب الأيمان، باب ما جاء في تعظيم اليمين عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم ٢٢١/٢ رقم ٣٢٤٦، وابن ماجه في سننه كتاب الأحكام، باب اليمين عند مقاطع الحقوق، ٧٧٩/٢ رقم ٢٣٢٥، والحاكم في المستدرک، كتاب الأيمان والندور ٤/٢٩٦، وصححه ووافقه الذهبي، وصححه الألباني في الإرواء ٨/٣١٣.

والناس أجمعين لا يقبل الله منه عدلاً ولا صرفاً<sup>(١٠١)</sup> وبقية المساجد تقاس على مسجده عليه الصلاة والسلام<sup>(١٠٢)</sup>.

- روى ابن أبي شيبة أن كعب بن سور أدخل يهوديا الكنيسة ووضع التوراة على رأسه واستحلفه بالله<sup>(١٠٣)</sup>.

وجاء نحو ذلك عن الشعبي أنه أمر به أن يُذهب به إلى البيعة فيُستحلف بما يُستحلف به أهل الكتاب<sup>(١٠٤)</sup>.

وذهب الحنفية إلى عدم التغليظ بالمكان كقولهم بعدم التغليظ بالزمان المسلم وغير المسلم في ذلك سواء<sup>(١٠٥)</sup>.

المطلب السابع: تغليظ اليمين بالهيئة (الحال)، ويكون ذلك بأن يطلب ممن توجهت عليه اليمين أن يؤديها قائماً، أو مستقبل القبلة. وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(١٠٦)</sup>، وتقدم قريباً أثر كعب بن سور من وضع الكتاب المقدس على رأس الكتابي؛ وعلّة التغليظ بالهيئة هي نفسها علّة التغليظ بالزمان والمكان، والأمر في ذلك راجع للقاضي إن شاء غلظ بها وإن شاء لم يغلظ<sup>(١٠٧)</sup>.

ومنع من ذلك الحنفية؛ لأن المقصود تعظيم المقسم وذلك حاصل سواء حلفه مستقبل القبلة أو لم يستقبلها<sup>(١٠٨)</sup>.

(١٠١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب القضاء، باب اليمين على منبر النبي صلى الله عليه وسلم ٤٣٧/٥، رقم ٥٩٧٤. وقال الحافظ في الفتح ٢٨٥/٥: «رجاله ثقات».

(١٠٢) انظر: الذخيرة ٦٨/١١، الحاوي ١١٢/١٧، مطالب أولي النهي ٦/٦٥٤.

(١٠٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، باب فيما يستحلف به أهل الكتاب ٣٠٠/٤٩ رقم ٢٠٢٧٤، والبهقي في السنن الكبرى، كتاب القضاء، باب كيف يحلف أهل الذمة والمستأمنون ٣٠٣/١٠٩ رقم ٢٠٧١٨.

(١٠٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأفضية، باب فيما يستحلف به أهل الكتاب ٣٠٠/٤٩ رقم ٢٠٢٧٦.

(١٠٥) انظر: الهداية ١٥٩/٣، بدائع الصنائع ٢٢٨/٦، البحر الرائق ٢١٤/٧.

(١٠٦) انظر: الذخيرة ٦٨/١١، الشرح الكبير للدردير ٢٢٨/٤، الحاوي ١١٢/١٧، روضة الطالبين ٣٢/١٢،

مطالب أولي النهي ٦/٦٥٤، دقائق أولي النهي ٣/٦١٤.

(١٠٧) انظر: الهامش رقم ٩٥.

(١٠٨) انظر: المبسوط ١١٩/١٦.

المطلب الثامن: التغليظ في اليمين بالطلاق ونحوه إذا طلبه الخصم وألحَّ هل يسوغ للقاضي التحليف به؟

الأصل في صيغة اليمين والتغليظ فيها أنها لا تكون إلا بالله - عز وجل - لما روى ابن عمر - رضي الله - عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)<sup>(١٠٩)</sup> وروى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من حلف بغير الله فقد أشرك)<sup>(١١٠)</sup> وهذا القول هو قول جماهير العلماء<sup>(١١١)</sup> كما في ظاهر الرواية عند الحنفية وعليه أكثرهم وبه يفتى، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، وبعض المالكية؛ بل نُقل ذلك إجماعاً. قال في المبدع: (لا يجوز الحلف بالطلاق ونحوه. ذكره الشيخ تقي الدين وفاقاً، وابن عبد البر إجماعاً)<sup>(١١٢)</sup> وقال ابن بطال في شرح صحيح البخاري: (وأجمعوا أنه لا ينبغي للحاكم أن يستحلف بالطلاق أو العتاق)<sup>(١١٣)</sup> ومن أقوال العلماء في ذلك ما جاء عن الإمام الشافعي: (متى بلغ الإمام أن حاكماً يستحلف الناس بالطلاق، أو العتاق عزله عن الحكم؛ لأنه جاهل)<sup>(١١٤)</sup>. وفي المسألة قول آخر ضعيف: أنه يسوغ للقاضي تغليظ اليمين بالطلاق أو العتاق ونحوهما إذا طلبه الخصم وألحَّ على ذلك، أو اتهمه القاضي، وله أن يمنع منه. وهذا قول عند الحنفية إذا مست إليه الضرورة<sup>(١١٥)</sup>، والمالكية إذا كان من توجهت إليه اليمين

(١٠٩) سبق تخريجه.

(١١٠) أخرجه أحمد في المسند ٢٤٩/١٠ رقم ٦٠٧٢، وأبو داود في سننه كتاب الأيمان والندور، باب في كراهية الحلف بالأباء ٢٢٣/٣ رقم ٣٢٥١، والترمذي في سننه أبواب الندور والأيمان، باب ما جاء في كراهية الحلف بغير الله ١١٠/٤، وصححه الألباني في الإرواء ١٩٨/٨.

(١١١) انظر: تبين الحقائق ٣٠١/٤، البحر الرائق ٢٣٣/٧، معين الحكام ص ١٧٦، روضة الطالبين ٣٢/١٢، نهاية المحتاج ٣٣٠/٨، الإنصاف ١٣٢/١٢، المبدع ٢٩٢/١٠.

(١١٢) ٢٩٢/١٠، ونحوه في الإنصاف ٣٢/١٢.

(١١٣) ٦٨/٨.

(١١٤) انظر: الحاوي ١٧/١٢٨.

(١١٥) انظر: تبين الحقائق ٣٠١/٤، البحر الرائق ٢٣٣/٧، معين الحكام ص ١٧٦.

لا ينكف إلا بذلك<sup>(١١٦)</sup>.

فقال به الحنفية إذا مست إليه الضرورة حيث يُفتى أن الرأي فيه للقاضي إتباعاً لبعض فقهاء المذهب؛ لقلّة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى. ومما يجدر ذكره هنا أن بعض الحنفية كابن عابدين في حاشيته على الدر<sup>(١١٧)</sup> ذكر أن ظاهر القول بالتحليف بالطلاق غير مشروع ولكن يُعرض عليه لعله يمتنع؛ لأن من له أدنى ديانة لا يحلف به كاذباً، فإنه قد يؤدي إلى طلاق زوجته، أو إمساكها بالحرام بخلاف اليمين التي يتساهل بها. ثم تعقب ذلك بقوله: كيف يجوز للقاضي تكليفه بما هو منهى شرعاً؟.

وقيد هذا القول في مذهب المالكية بما إذا كان من توجهت إليه اليمين لا ينكف إلا بذلك<sup>(١١٨)</sup>.

وجاء عن بعض المالكية ما يدل على عدم التقييد، فقد ذكر ابن فرحون في تبصرة الحكام<sup>(١١٩)</sup> أن ابن عاصم في الأندلس كان يُحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهم به، قال ابن وضاح: فذكرت ذلك لسحنون فقال: من أين أخذ ذلك؟ فقلت له: من الأثر المروي عن عمر بن عبدالعزيز - رحمه الله - (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور)<sup>(١٢٠)</sup>.

(١١٦) انظر: الشرح الكبير ٤/١٧٤، ٤/٢٢٨، تبصرة الحكام ٢/١٥٣، ٢١٧، التاج والإكليل ٨/٢٦٩، بلغة السالك ٤/١٠٨، حاشية الصاوي ٤/٢٤٧.

(١١٧) ٥/٥٥٥.

(١١٨) انظر: الشرح الكبير ٤/١٧٤، ٤/٢٢٨، تبصرة الحكام ٢/١٥٣، ٢١٧، التاج والإكليل ٨/٢٦٩، بلغة السالك ٤/١٠٨، حاشية الصاوي ٤/٢٤٧.

(١١٩) ٢/١٥٣، ٢١٧.

(١٢٠) لم أقف عليه في كتب الحديث والآثار، وعزاه غير واحد من المالكية لعمر بن عبدالعزيز كما في النقل المتقدم ونحوه عند الباجي في المنتقى ٦/١٤٠، وابن أبي زيد القيرواني في الرسالة ص ١٣١، وكذا في المقدمات والمهدات ٢/٣٠٩، والذخيرة للقرافي ١٢/١٢٢، والشرح الكبير للدردير ٤/١٧٤ وعده قاعدة من كلام عمر بن عبدالعزيز استحسنة مالك؛ لأن من قواعد مذهبه مراعاة المصالح العامة. والمعنى أي تحدث للناس أقضية وأحكام مستتبطة بحسب الإجتهد مما ليس فيه نص بقدر ما أحدثوا من الفجور والكذب. انظر: شرح كفاية الطالب مع حاشية العدوي ٢/٣٤٠، والثمر الداني ص ٦٠٥. وعزاه ابن حجر العسقلاني في الفتح ١٣/١٤٤ لمالك نقلًا عن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم والله أعلم.

## المبحث الخامس سلطة القاضي التقديرية في قبول العذر عند التخلف عن الحضور في الموعد المحدد لأداء اليمين

يستقل قاضي الدعوى في تقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور في الجلسة المحددة لحلف اليمين متى أقام قضاءه على اعتبارات سائغة ومقبولة، وذلك أن من دعي لأداء اليمين حسب إجراءات التبليغ المعتادة وأشعر بوجوب بالحضور لأداء اليمين وفق ما نصت عليه الفقرة الرابعة من اللائحة التنفيذية للمادة ٥٥، فتخلف عن الحضور لا يخلو من حالين:

الحال الأول: أن يتخلف بغير عذر تقبله المحكمة، وفي هذا الحال يعامل معاملة الناكل ويقضى عليه بالنكول وفق المادة ١٠٩.

والحال الثاني: أن يتخلف بعذر تقبله المحكمة، فيعامل وفق المادة ١١٠؛ إما بانتقال القاضي لتحليفه، أو تندب المحكمة أحد قضااتها أو الملازمين القضائيين فيها. هذا إن كان من توجهت عليه اليمين يقيم داخل الاختصاص المكاني للمحكمة، أما إن كان محل إقامته خارج نطاق اختصاص المحكمة فلها أن تستخلف في تحليفه محكمة محل إقامته، ومما جاء في الفقرة الرابعة من المادة ٥٥ (إذا توجهت اليمين على المدعى عليه بعد سماع الدعوى فيبلغ بذلك حسب إجراءات التبليغ، ويشعر بوجوب حضوره لأداء اليمين، وأنه إذا تخلف بغير عذر تقبله المحكمة عد ناكلا وسوف يقضى عليه النكول وذلك وفق المادة ١٠٩، أما إن كان له عذر يمنعه من الحضور - تقبله المحكمة - فيعامل وفق المادة ١١٠).

## المبحث السادس

### سلطة القاضي التقديرية في إمهال من توجهت عليه اليمين

للقاضي سلطة تقديرية تخوله إمهال من توجهت عليه اليمين إذا أقتضى الأمر ذلك، ورأى له وجهها سائغا. فمتى قام عند القاضي المقتضي للإمهال أمهله، كما لو طلب من توجهت عليه اليمين مهلة للاستثبات في حسابه، أو النظر في أمره فيما يحلف عليه، أو إحضار بينة ونحو ذلك من الأعدار ما لم يتخذ المتوجهة عليه اليمين ذلك وسيلة للإلداد بخصمه<sup>(١٢١)</sup> قال ابن عبد البر: «ومن سأل الحاكم النظرة في يمينه أنظره ما لم يبن ضرره ولده»<sup>(١٢٢)</sup> ومتى لم يقيم المقتضي لم يمهله، كما لو ظهر للقاضي أن الخصم أورد بذلك المماثلة أو اللدد أو كان طلب الإمهال خارجاً عن قواعد الإمهال المقررة، وقد جاءت اللائحة التنفيذية من المادة ١٠٩ في الفقرة الثالثة: (للقاضي إمهال من توجهت عليه اليمين عند الاقتضاء)

ونحو ذلك ما جاء في مادة ١٤٩ من قانون الإثبات اليمني، ومادة ٣١٨ من قانون المرافعات القطري: (ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً).

(١٢١) انظر: الكاشف ١/ ٥٧٢ - ٥٦٨.

(١٢٢) انظر: الكافي ٢/ ٩٢٥.

## المبحث السابع سلطة القاضي التقديرية في القضاء بالنكول أورد اليمين على المدعي

اختلف الفقهاء فيما لو امتنع من توجهت إليه اليمين عن حلفها على خمسة أقوال مشهورة أذكرها على سبيل الإجمال دون الخوض في الأدلة والمناقشات والترجيح، إذ المقصد إظهار جانب سلطة القاضي التقديرية في هذه المسألة من خلال عرض الأقوال. الأقوال في المسألة:

القول الأول: أن القاضي يحكم بالنكول وحده فلا يرد اليمين على الخصم. فالنكول طريق كاف للحكم وحده دون الحاجة لرد اليمين. وهذا مذهب الحنفية<sup>(١٢٣)</sup> والمشهور عند الحنابلة<sup>(١٢٤)</sup>.

القول الثاني: أن القاضي لا يحكم بالنكول ولكن عليه أن يرد اليمين إلى المدعي فإن حلف استحق وإن لم يحلف سقطت دعواه، وهذا مذهب المالكية<sup>(١٢٥)</sup> والشافعية<sup>(١٢٦)</sup> وقول عند الحنابلة<sup>(١٢٧)</sup>.

القول الثالث: أن القاضي لا يحكم بالنكول ولا برد اليمين إذا امتنع المدعي عليه من اليمين، ولكن يحبس ونحو ذلك حتى يقر أو يحلف على نفي دعوى المدعي وهذا قول للحنابلة<sup>(١٢٨)</sup> ووجه عند الشافعية إذا تعذر رد اليمين<sup>(١٢٩)</sup> ومذهب الظاهرية<sup>(١٣٠)</sup>.

(١٢٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٥٠، فتح القدير ٨/١٧٦، معين الحكام ص ٩٦.

(١٢٤) انظر: المغني ١٤/٢٣٣، المحرر ٢/٢١٩، كشف القناع ٦/٣٣٨، ٣٦٨.

(١٢٥) انظر: بداية المجتهد ٢/٧٤١، الخرشي على مختصر خليل ٧/٦١، تبصرة الحكام ١/١٦٢.

(١٢٦) انظر: الحاوي ١٦/٣١٦، روضة الطالبين ٢١/٣٤، نهاية المحتاج ٨/٣٤٧.

(١٢٧) انظر: المغني ١٤/٢٣٣، الطرق الحكمية ص ١٢٧.

(١٢٨) انظر: المغني ١٤/٢٣٣، الطرق الحكمية ص ١٢٧.

(١٢٩) انظر: روضة الطالبين ١٢/٤٧.

(١٣٠) انظر: المحلى ١٠/٢٤٦.

القول الرابع: إذا أمكن المدعي معرفة المدعى والعلم به ردت إليه اليمين، فإن حلف استحق وإن لم يحلف لم يحكم عليه بنكول المدعى عليه، وإن كان المدعي لا يعلم ذلك والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته والعلم به لم ترد اليمين وحُكِمَ عليه بالنكول، وهذا قول شيخ الإسلام ابن تيمية وابن قيم الجوزية. قال في الطرق الحكمية: (وهذا الذي اختاره شيخنا هو فصل النزاع في النكول ورد اليمين)<sup>(١٣١)</sup>.

القول الخامس: إذا كان المدعي متهما رد القاضي اليمين إليه، وإن لم يكن متهماً قضي له بمجرد نكول خصمه. وتقدير التهمة راجع للقاضي، وهذا القول مروى عن ابن أبي ليلى وقال عنه ابن القيم: له حظ من الفقه<sup>(١٣٢)</sup>.

فالأقوال الثلاثة الأولى لا يظهر فيها مجال إعمال السلطة التقديرية للقاضي وإنما يقضي القاضي بما ترجح عنده، فإن كان القاضي يرى القضاء بالنكول عمل بموجب هذا القول، وإن كان يرى رد اليمين على المدعي عمل بموجبه، وهكذا القول في المذهب الثالث. وأما القولان الرابع والخامس فيظهر فيهما دور إيجابي للقاضي في الدعوى، فالقول الرابع يفرق بين حالين، حال يتمكن فيه المدعي من معرفة المدعى والإحاطة به فترد عليه اليمين ولا يُقضى فيه بمجرد النكول، وحال تتعذر معه معرفة المدعي للمدعى وإنما ينفرد بها المدعى عليه فإنه إن نكل لم ترد اليمين على المدعي وقضي له بنكول خصمه، وأما القول الخامس فتتجلى فيه سلطة القاضي التقديرية في إمكانية رد اليمين على المدعي في حال التهمة، والقضاء بالنكول وحده في حال انتفائها، فإن ارتاب القاضي في المدعي وداخله الشك والريبة رد اليمين إليه ليحلف ويستحق، وإلا أسقط دعواه ولم يقض له بنكول خصمه، وإذا انتفت التهمة قضي له بنكول خصمه.

(١٣١) الطرق الحكمية ص ٩٦.

(١٣٢) انظر: الطرق الحكمية ص ٩٧.

## الخاتمة

- الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وعلى آله وصحبه. وبعد:
- أحمدك ربي على ما يسرت، وأعنت عليه من إتمام هذا البحث، وإني في خاتمة هذا البحث أخلص أهم النتائج التي توصلت إليها، والتوصيات التي أرى الاهتمام بها:
- ١- أن القضاء في الشريعة الإسلامية قضاء يتسم بالأصالة والعمق وحسن التقدير مع المرونة والحيوية التي تكسبه التجدد ونبذ الجمود.
  - ٢- أن القضاء في الشريعة الإسلامية يجمع بين التقييد في جوانب والحرية المنضبطة في جوانب أخرى لمن هم في سلك القضاء.
  - ٣- أن مصطلح السلطة التقديرية وإن كان مصطلحاً حديثاً فإن ما حواه من معاني قد سبق إليه الفقه الإسلامي وقرره في صور متعددة، وبه عمل القضاة منذ القدم في القضايا المعروضة عليهم.
  - ٤- أنه لا مشاحة في الاصطلاحات بعد فهم المعاني وعدم اشتغالها على مفسدة.
  - ٥- أن السلطة التقديرية في العمل القضائي هي: حيز من الحرية يتاح للقاضي بمقتضى النص الصريح أو الضمني، يستمد منه القوة، ليتمكن من خلاله من النظر والتروي والتفكير، لعمل الأصلح، لبلوغ الحقيقة ومعرفة كنهها.
  - ٦- أن اليمين القضائية هي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه، بالحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته، أمام القاضي في مجلس القضاء.
  - ٧- للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا فقدت الشروط الداعية لتوجيهها، وحتى لو توافرت الشروط فإن القاضي يملك سلطة تخوله منع توجيه اليمين في أحوال عديدة.
  - ٨- أن سلطة القاضي تتجلى في مرحلة إعداد صيغة اليمين، لترتبط اليمين بالواقعة المراد الحلف عليها ارتباطاً وثيقاً، لتكون متفقة مع الدعوى، منتجة في الإثبات.

- ٩- ليس للقاضي تعديل صيغة اليمين تعديلاً يخرجها عما أرادها موجهها وقصده، فإن فعل القاضي ذلك فقد جاوز حدود سلطته القضائية.
- ١٠- للقاضي سلطة تقديرية في توجيه يمين الاستظهار وما في حكمها لأي من الخصمين.
- ١١- للقاضي سلطة تقديرية في تغليظ اليمين بالصيغة أو بالزمان أو بالمكان أو بالهيئة.
- ١٢- يستقل قاضي الدعوى في تقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور في الجلسة المحددة لحلف اليمين متى أقام قضاءه على اعتبارات سائغة ومقبولة.
- ١٣- للقاضي سلطة تقديرية تخوله إمهال من توجهت عليه اليمين إذا اقتضى الأمر ذلك، ورأى له وجهها سائغاً.
- ١٤- للقاضي سلطة تقديرية في مسألة القضاء بالنكول أو رد اليمين.
- ١٥- أرى أنه من الأهمية بمكان أن يعنى بالدراسات الشرعية والنظامية من قبل الجهات العدلية والأكاديمية المتخصصة بتأهيل القضاة.
- ١٦- مع اهتمام ولاية الأمر بتطوير مرافق القضاء، فإني أدعو المسؤولين عن هذه المرافق إلى أخذ زمام المبادرة بإنشاء مركز يهتم بالدراسات المتخصصة في العمل القضائي، وإبراز جهود علماء الأمة وقضاتها في الجانب القضائي. والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.