

استفسار شهود اللفيف بين أحكام الفقه واجتهادات القضاء

إعداد: ذ. زكرياء غطراف
المحامي بهينة مراکش

تمهيد

تعد الشهادة بحق، من أهم وسائل إثبات الحقوق الإسلامي⁽¹⁾ إذا خصها الفقهاء بالعناية الفائقة والدراسة المستفيضة، فبسطوا أحكامها في مؤلفاتهم وقارنوا بين ما هو معتمد منها عند هذا المذهب أو ذلك حتى تمكنوا من وضع قواعد فقهية جلية لازال العمل بها أمام القضاء إلى الآن. والأصل في شهادة أنه تحمل وتؤدي⁽²⁾ من طرف شهود عدول وذلك لقوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم"⁽³⁾.

إلا أنه نتيجة للتحويلات الاجتماعية والاقتصادية التي عرفت المجتمعات الإسلامية وما تمخض عنها من انتشار للفساد وندرة الناس الذين تتوفر فيهم صفة العدالة، اضطر الفقهاء و القضاء إلى قبول شهادة غير العدول استثناء من الأصل وذلك تفاديا لضياع الحقوق.

وتعد شهادة اللفيف من بين الأمور المستحدثة في العمل القضائي بالمغرب الإسلامي⁽⁴⁾ والتي تقوم على أساس شهادة مجموعة من الأشخاص⁽⁵⁾ من غير العدول – أي غير المنتصبين للشهادة على واقعة يعلمون تفاصيلها شخصا بحكم عامل المجاورة والمخالطة والإطلاع على الأحوال⁽⁶⁾.

واعتبار لكون العمل بشهادة اللفيف يبقى في حكم الاستثناء⁽⁷⁾. وذلك لشدوده عن القاعدة التي تقتضي العمل بشهادة العول في إثبات الحقوق، ومن هذا المنطق، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه بقوة هو معرفة مدى

(1) تجدر إشارة بهذا الصدد أن الفقهاء المتأخرين قد أطلقوا لفظ البينة على الشهادة بمفهومها المتعارف عليه فقهاء وقضاء في حين أن البينة هو لفظ عام يشمل كل ما من شأن أن يبين الحق ويظهره كما جاء في إعلام الموقعين لابن القيم الجزء الأول ص 88 طبع دار الحديث 1993.

(2) التحميل لغة يطلق على الإلتزام أما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرف الإمام الأكبر بن عرفة التونسي التحمل بقوله " التحمل عرفا علم يشهد به بسبب اختياري والتحمل إما أن يتم بالسمع فقط وبإحدى طرق تحصيل العلم بالشهادة كالمعاينة والمخالطة والإطلاع على الأحوال أما الأداء فعرفه بن عرفة حدود بما يلي: " الأداء عرفا إعلام الشاهد بشاهدته بما يحصل له العلم بما شهد به " ومتضمن شروطه أن يكون المؤدي عالما بما تحمل به وأنه لا يؤدي إلا على البت والعلم من أمر تحمله أنظر كتاب شرح حدود بن عرفة الإمام من ص 646 إلى 652 طبع وزارة الأوقاف المغربية سنة 1992.

(3) سورة الطلاق الآية 2.

(4) على الرغم من تعرض الفقهاء المالكيين المتأخرين لشهادة اللفيف في مؤلفاتهم إلا أن تاريخ بدأ العمل بهذا النوع الشهادات يبقى من الأمور المجهولة غير أن بعض الدراسات أكدت أن بداية العمل بشهادة اللفيف كان من بين القرنين الثامن و العاشر الهجريين مستندين بفتوى الشيخ أبي الحسن الصغير الذي عاش خلال القرن السابع الهجري، حيث لم يكن آنذاك العمل بشهادة اللفيف بمفهومها المتعارف عليه حاليا قد بدأ وهذا ما توكده الفتوى المشار إليها والتي سنورد نصها في الهامش الموالي.

(5) جرى العمل لدى الفقهاء والقضاة المتأخرين في شهادة اللفيف على الاكتفاء بإثني عشر شاهدا في الحالات العادية من غير الرشد والسفه وذلك خلافا للأصل الذي كان معمولا به من قبل، وذلك يقتضي حصول التواتر والاستفاضة المحصلين للعلم اليقيني، لذلك فإن الاختصار على اثني عشر شاهدا لا أصل له في المذهب، وبهذا الصدد نورد السوائل الموجه إلى الشيخ أبي الحسن الصغير حول رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلا، هل يكتفي به بمجرد العدد أو لا بدأ من عدلين؟ فقال: " لابد من عدلين أو ينتهي حال القاضي الذي أدوا عنه إلى العلم القطعي كالتواتر، انظر كتاب فتح العليم الخلاق في الشرح لامية الزقاق، بتحقيق رشيد البكاري ص 282 طبع دار الحديث 2008.

(6) انظر محاضرات في مادة التوثيق للدكتور محمد الربيعي في باب الاسترعاء لللفيف ص 135 السنة الجامعية 2006/2007.

(7) بهذا الصدد، انظر بحث ذ أحمد جدوي المعنون ب " هل الإثبات بشهادة اللفيف قاعدة أم استثناء " والذي توصل خلاله الباحث إلى ضرورة التمييز بين الوقائع المادية كالوفاة والضرر والحيازة، والوقائع القانونية كالبيع وباقي المعاملات التي تنحو منحاه،

إلزامية استفسار شهود اللفيف وفقا لما أنتجته فقهاء المذهب المتأخرين الذين جعلوا من الاستفسار شرطا جوهريا للعمل اللفيف (*) ومن تم اكتشاف مدى تأثير الاجتهاد القضائي المغربي المعاصر بالفقه وما جرى به العمل في المذهب المالكي بهذا الخصوص.

ذلك ما سنحاول دراسته من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: تعريف الاستفسار وحكمه ودواعيه.

المبحث الثاني: صاحب الحق في طلب الاستفسار.

المبحث الثالث: القواعد المسطرية المتعلقة بإجراء الاستفسار.

المبحث الرابع: أجل المطالبة بإجراء الاستفسار.

المبحث الخامس: الأثر المترتبة عن استفسار شهود اللفيف.

المبحث الأول: تعريف الاستفسار وحكمه ودواعيه.

أولا: تعريف الاستفسار:

يعد استفسار شهود اللفيف أمرا مستحدثا لا أصل له في المذهب، وإنما جاء نتيجة للاجتهاد بحيث كان القاضي أبو عبد الله الفشتالي (8) أول من أحدث العمل بالاستفسار، ومنذ ذلك الحين أصبح هذا الأخير إجراء متعارف عليه في العمل القضائي بالغرب الإسلامي (9).

والاستفسار أو الاستفصال هما لفظان لمعنى واحد وهو "استفهام الخصوم عما شهدوا به" (10).

ويتم استفسار شهود اللفيف عن طريق سؤالهم عن الشهادة التي سبق أن أدلوا بها وعن كيفية أدائها ومستند عملهم بما شهدوا به.

ولقد أوردوا أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي في معياره تعريف سيدي عبد الله العبدوسي للاستفسار بقوله: "لأن معنى الاستفسار سؤال الشاهد عن شهادته التي أداها عند القاضي كيف أداها، أتى بشهادته نسا أو معنى، وإن اختلف اللفظ صحت، وإلا بطلت وهذا ما مضى به العمل في استفسار الشهود" (11).

ثانيا: حكم الاستفسار:

أ- في الفقه المالكي:

لقد انقسم الفقه المالكي بخصوص استفسار شهود اللفيف في الحالات العادية (12) إلى رأيين متباينين.

معتبرا أن المجموعة الأولى يجوز إثباتها بشهادة اللفيف أما الثانية، فلم يبق أي داع للاعتماد على اللفيف في إثباتها، وهو رأي صائب في نظري المتواضع وذلك نظرا لتغير الأحوال، ولتوافر إمكانيات اللجوء إلى التوثيق العدلي الذي أصبح متاحا في وقتنا الراهن في جميع ربوع المغرب، بل حتى في الأسواق الأسبوعية بالبوادي النانية للمزيد من الاطلاع، انظر مجلة محاكمة العدد 5 (*) للإشارة فقط، فإن كل من ابن رشد المتطي وابن هلال قد نصوا على أن الشاهد العدل المبرز أو المتوسط إذا كان غير عالم بما تصح به الشهادة فإنه يسأل عن كيفية علمه بما شهد به إذا لأبهم فإذا كان هذا في شهادة العدل المبرز، فإن شهادة غير العدل بالاستفسار انظر كتاب شهادة اللفيف لأبي حامد محمد العربي الفاسي ص 10 سنوات مركز إحياء التراث المغربي.

(8) هو قاضي الجماعة بفاس أبو عبد الله محمد بن أحمد الفشتالي وسلفه من أهل الصلاح والخير، الإمام الفقيه المحقق المتقن الخطيب الفرزي الموثق، أخذ عن أبي الحسن بن سليمان والقاضي ابن عبد الرزاق والسطي وابن أجروم وأبي عبد الله الرندي والقباب وغيرهم، له تأليف في الوثائق مشهور توفي سنة 780 هـ. هذه الترجمة منقولة عن كتاب شجرة النور الزكية في طبقات المالكية للشيخ محمد مخلوف لجزء الأول ص 235 طبعة 1349 هـ المطبعة السلفية.

(9) انظر كل من كتاب مجالس القضاة والحكام والتنبيه وإعلام للقاضي أبي عبد الله محمد بن عبد الله المكناسي، الجزء الأول ص 162 الطبعة الأولى 2002 مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث وكذا كتاب فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق س ص 291.

(10) م: س- فتح العليم الخلاق- ص 288.

(11) انظر المعيار المغربي والجامع المغربي عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي الجزء العاشر ص 173 طبع وزارة الأوقاف بالمغرب سنة 1981.

(12) ذكرنا هنا الحالات العادية تمييزا لها عن الحالات التي يعد فيها الاستفسار أمرا واجبا بالإجماع، وهي الحالات التي لا تقبل الشهادة إلا مستفسرة ومبنية كما جاء في لامية وهي ثمان حالات:

*الرأي الأول: يرى أن استفسار شهود اللفيف هو أمر واجب وملزم ولو يطلبه الخصم (المشهود عليه) أو يأمر به القاضي وذلك للمبررات التالية:

- (1)- إن كل من شهد بشهادة ولا يعرف كتابتها بل الغير الذي كتبها عنه، فلا بدا للقاضي من استفساره، إذا لعل الكاتب كتب ما لم يشهد به الشاهد من فصول الشهادة كلها أو بعضها⁽¹³⁾.
- (2)- استفسار شهود اللفيف أصبح أمرا ضروريا وحتميا نظرا لانتشار الفساد وسوء الأخلاق وظهور الحيل في تعاملات الناس فيما بينهم⁽¹⁴⁾.
- (3)- لزوم الاستفسار لكونه يقوم مقام التزكية المطلوبة شرعا في كل شاهد⁽¹⁵⁾.

*الرأي الثاني: يرى عدم وجوب الاستفسار إلا إذا كانت الشهادة مجملة أو مبهمة أو بها احتمال أو في حالة طلبه من الخصم.

حيث علل أصحاب هذا الرأي مذهبهم هذا بكون الشاهد غير ملزم بأداء ثاب للشهادة وحسبه أن يقول قد أدبت شهادتي أداء بيانا لا إجمال فيه، فلا يلزمني أداء ثاب، وذلك اعتبارا لكون الاستفسار بمثابة أداء ثاب للشهادة، في حين أن الشاهد غير ملزم بأداء الشهادة مرتين لما في ذلك من أضرار به⁽¹⁶⁾ ولقوله عز وجل: "ولا يضار كاتبه ولا خصمه"⁽¹⁷⁾.

(ب) في الاجتهاد القضائي المعاصر:

من خلال استقرار مجموع الاجتهادات القضائية الصادرة بخصوص استفسار شهود اللفيف، يتضح جليا على أن موقف المجلس الأعلى كأعلى جهة قضائية، يتقاسمه رأيين متباينين:

أ-الأول: يوجب استفسار شهود اللفيف وهو الرأي الذي تمثلته الاجتهادات الصادرة عن الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى، حيث جاء في القرار عدد 506 ما يلي: " لا يعمل باللفيف إلا إذا كان مستفسرا ولو لم يكن به إجمال أو إجماع ولا طلبه الخصم ، فأحرى إذا حثبما وإنما حثبما بخبره ، فلا بد للقاضي من احتباره " ⁽¹⁸⁾.

شهادة إعتاق ورشد وضده
وإثبات ملك أو أخ في إرثه
وجرح وتعديل وتأجيل أسجلا
تفسر الأمن ذوي العلم فاقبلا

أي: (1) العتق (2) الرشد (3) السفه (4) التعديل (5) التجريح (6) التوليج (7) الاستحقاق (8) إثبات الأخ في الإرث. ولقد أضاف بعض الفقهاء إلى هذه الحالات حالات أخرى وهي: الغبن، التكفير، السرقة، الشهادة بالزنا واللواط، الشهادة بالولاء، الشهادة بالقذف، الشهادة في التعنيس، الشهادة على العدم، الكفاءة في الزواج وغير ذلك إلى أن جعلوها سبعة عشر حالة، للمزيد من التوسيع في الموضوع المرجو الرجوع إلى كتاب فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق م س ص 298 وما بعدها.

⁽¹³⁾ وهو القول المعتمد من طرف الشيخ أبي الحسن الصغير، انظر فتح العليم الخلاق م س ص 289 وكتاب شهادة اللفيف لأبي حامد محمد العربي الفاسي ص 25 مركز أحياء التراث سنة 1988.

⁽¹⁴⁾ وهو القول المعتمد من طرف الشيخ أبي الحسن علي بن قاسم الزقاق في لاميته، انظر فتح العليم الخلاق م س ص 209 وما بعدها.

⁽¹⁵⁾ وهو ما ذهب إليه صاحب العمل الفاسي بقوله:

بيئة اللفيف فيها بادية فيها استفسار عن تزكية

والتزكية هي كل لفظ يعبر به عن عدالة الشاهد وإجازته الانتصاب للشهادة والتزكية لها أركان وهي: (1) المزكي: ويشترط فيه أن يكون مبرزا عاقلا فطنا لا يخدع في عقله (2) المزكي: وهو الشخص محل التزكية حيث قال فيه سحنون لا ينبغي للمزكي أن التزكية حتى يقول هو عدل رضى وأراه عدلا) انظر مجالس القضاة ج 2 م س ص 687.

⁽¹⁶⁾ وهو الرأي الذي ذهب إليه سيدي عبد الله العبدوسي في فتوى له أوردها الوئشريسي.

⁽¹⁷⁾ سورة البقرة الآية 282.

⁽¹⁸⁾ القرار عدد 605 صادر بتاريخ 1988/04/19 في الملف الشرعي عدد 85/4104 منشور بقضاء المجلس الأعلى عدد

43/42 ص 168.

ولقد تم تعليل القرار المذكور أعلاه وذلك من خلال الاستشهاد بأقوال فقهاء المذهب أمثال أبي عباس الونشريسي الذي قال " **حل من خدم خمادة ولا يعرضه حنبتها وإنما حنبتها بخبره، فلا بد للقاضي من اختبارها**" (19).

ب- أما الرأي الثاني، فيجعل استفسار شهود اللفي أمرًا مندوبًا، لا يوجب على المحكمة سلوكه وهو الاتجاه الذي كرسته الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى من خلال قرارها عدد 2408 الذي جاء فيه: " **استفسار لا يعتبر شرطًا لاحتكام لاسمها إذا لم يكن فيها إجمال ولا غموض وأن المحكمة بعده استفسارها المطلوبين له تحرق القواعد الفقهية مستعملة سلطتها التقديرية المعج**" (20).

ثالثًا: دواعي الاستفسار.

- للاستفسار أسباب وجيهة توجب، ذلك أنه من أجل توصل القاضي إلى الحكم الموافق لأحكام الشرعية، كان عليه التحري وتقصي حقائق البيانات الاسترعائية المعروضة عليه، ومن هذا المنطلق تبرز أهمية استفسار شهود اللفي باعتبار إجراء من إجراءات البحث والتحقيق في الدعوى.
- ولقد أجمعت فقهاء المذهب دواعي أو أسباب الاستفسار في أربع حالات (21) وهي:
- (1) - التحقق من أقوال الشهود الواردة في الرسم (22).
 - (2) - بيان مجمل أو مبهم الرسم الأول (23).
 - (3) - تقرير الشاهد على الأداء بمحضر عدلين ليبراً للقاضي من عهدة انفراده بالأداء (24).
 - (4) - استدراك ما فات الشاهد (25).

(19) للإشارة، فإن القرار المذكور أعلاه قد أقر القاعدة الفقهية القائلة بأن الاستفسار بمثابة التزكية وهي التي أصبحت معتمدة في العديد من الاجتهادات القضائية المتعلقة بشهود اللفي، حيث جاء في قرار عدد 198 ما يلي: "استفسار الموجب للفي بمنزلة تزكية شهود اللفي، فيعد مكملًا له" قرار صادر بتاريخ 1980/03/04 في الملف الشرعي عدد 68398 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية ج 1 ص 255، كما جاء القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة في ملف عدد 2004/258/1 الصادر بتاريخ 2005/12/20 ما يلي: "حيث إن الإجمال المذكور يعد قادحًا في الشهادة مما يجعلها والعدم سواء، هذا فضلًا على أن رسم اللفي لم يتم استفسار شهوده، مع أن الاستفسار يعد بمثابة تزكية له حسب ما جرى العمل القضائي على مستوى المجلس الأعلى ويدونه تفقد الشهادة قيمتها الإثباتية منشور بكتاب المنقّى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الشروح والدلائل عدد 10 ص 239.

(20) قرار عدد 2408 صادر بتاريخ 1998/04/15 في ملف مدني عدد 1997/5/1/3900 منشور بقضاء المجلس الأعلى عدد 54/53 ص 122 وبهذا الصدد نورد ما جاء في الحكم عدد 8 الصادر عن المجلس الاستئناف الشرعي الأعلى والذي جاء فيه "عدم استفسار الموجب للفي لا يقتضي بطلانه لأن استفسار الموجب إما أن يكون من حق القاضي كما قال بعضهم وإما أن يكون من حق الخصم على ما استقر عليه عمل فاس" منشور بكتاب الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى ص 49 المجلد الثالث طبعة 2006.

(21) وهي الحالات التي ذكرها سيدي محمد العربي بن يوسف الفاسي في كتابه "شهادة اللفي" م. س ص 25، وأوردها بالنقل عن نفس المصدر الشيخ ميارة الزقاق في مؤلفه "فتح العليم الخلاق" م س ص 289 والذي يشكل في هذا الجزء من الكتاب تلخيصًا لمؤلف "شهادة اللفي".

(22) وهو قول الشيخ الحسن الصغير والذي ذكره في الفقرة السابقة المتعلقة بحكم الاستفسار.

(23) وهو قول الشيخ أبي الفضل العقباني، ومضمنة أن الإجمال أو الإبهام في شهادة الشهود من ضمن الأسباب التي تستدعي استفسار شهود اللفي.

(24) وهو قول الأستاذ أبي سعيد بن لب.

(25) وهو كذلك القول المعتمد من طرف أبي سعيد بن لب، مبينا في هذا السبب أنه وفي حالة استدراك ما فات الشاهد، فإن ذلك الاستدراك على سبيل الزيادة في الشهادة أو النقص منها لا يقبل إلا من عدل مبرز، (انظر تأليف شهادة اللفي م س ص 25).

المبحث الثاني: صاحب الحق في طلب الاستفسار:

أولاً: في أحكام الفقه المالكي:

انقسم رأب الفقهاء المتأخرين بخصوص صاحب الحق في طلب استفسار شهود اللفيف إلى قسمين:

(1) الرأي الأول يرى أن الاستفسار حق القاضي ولا حق للمشهود عليه (الخصم) في طلبه، وهو ما ذهب إليه كل من أبو الحسن وأبو سعيد بن لب وأبو الفضل العقباني (26) هذا الخير الذي أجاب عن سؤال بهذا الخصوص بالقول بأن الاستفسار لا حق للمشهود عليه فيه وإنما الحق للنظر فيه للقاضي معطلاً ذلك بما يلي:

أ- أن ربما كان في شهادة الشاهد إجمالاً واحتمالاً فيطلب الأمر ضبط ما يذكره الشاهد، فيكون بذلك القاضي هو صاحب الحق في الاستفسار كلما تبين له أن شهادة الشاهد جاءت مجملة أو مبهمة (27).

ب- إن المشهود عليه قد يكون من أهل الاستطالة وممن لا يتحاشى قول السوء أو الذين يدلون في الخصام، فيلتجأ الطلب الاستفسار ليضار به الشاهد، وهو المر المنهي عنه شرعاً (28).

(2) الرأي الثاني يرى أن الاستفسار هو من حق الخصم (المشهود عليه) وهو ما جرى به العمل بفاس، ذلك أن القضاة لا يستفسرون شهود اللفيف إلا إذا طلبه الخصم وهو القول الذي ذهب إليه صاحب العمل الفاسي في منظومته قائلاً:

وممكن نسخة استفسار إن طلب الخصم بلا أعدار (29).

ولقد تم تعليل ما ذهب إليه هذا الرأي بأن الاستفسار لا يكون حتى يطلبه الخصم، أما قبل ذلك، فلا يعتد به، لأنه يكون بمنزلة من حلف قبل أن يطلبه خصمه باليمين، فإنها تعاد (30).

ثانياً: في الاجتهاد القضائي:

باستقراء مجموع الاجتهادات القضائية المتعلقة بتحديد صاحب الحق في الاستفسار - وذلك على قتلها - يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي قد مر بفترتين.

أولهما: تلك التي كان خلالها مجلس الاستئناف الشرعي كأعلى هيئة قضائية بالمغرب فخلال هذه المرحلة لم يتبنى القضاء أي من الرأيين الفقهيين المبسوطين أعلاه، بل جعل استفسار شهود اللفيف من حق القاضي كما هو حق للخصم، وهذا ما يتجلى في الحكم عدد 8 الصادر بتاريخ 13 شعبان عام 1351 هـ في القضية عدد

(26) انظر كتاب الحواشي الشريفة والتحقيقات المنفية على شرح التاودي على لامية الزقاق للشيخ أبي الحسن التسولي ص 68 طبعة 1301 هـ المطبعة التونسية الرسمية وكتاب شهادة اللفيف لأبي حامد محمد العربي الفاسي ص 25 نشر ومركز احياء التراث المغربي 1988.

(27) وبهذا الصدد وتذكيراً بالرأي القائل بالزامية استفسار شهود اللفيف نورد مسألة وردت في النوازل الكبرى للشيخ أبي عيسى محمد المهدي الوزاني عن الفقيه سيدي عبد الكريم اليازغي التي جاء فيها، " لا يجوز للقاضي ان يحكم ببينة اللفيف قبل الاستفسار وقد نص شيخ شيوخ نل الحسن بن رحال على أن القاضي إذا حكم بالنية قبل الاستفسار غرم ما حكم به لتعديه وهو من حق القاضي على المعتمد " ص 466 ج 9 طبع وزارة الأوقاف.

(28) انظر المعيار المعرب والجامع المغرب للنشرسي ج 10 ص 172 وبهذا الصدد نسوق للقارئ الكريم تعقيب الشيخ المهدي تلوزاني على أصحاب الرأي الذي يجعل الاستفسار حق القاضي حيث قال: " وفيه نظر (أي في هذا الرأي) لأنه إذا كان من حق القاضي فله تركه ولا شيء عليه، وإنما يغرم إذا قلنا إنه من حق الخصم وطلبه ومنعه منه، كما في نظم أبي زيد الفاسي لعمليات فاس وحكم بدونه، إما إذا قلنا هو حق للقاضي وحكم بدونه فلا" النوازل الكبرى " ص 466 ج 9 م س.

(29) علق سيدي العربي الفاسي عن هذا البيت بقوله بلا أضرار بدل قوله لا أعذر لكان أولى فيكون بذلك قد أشار إلى أن شرط التمكين من الاستفسار رهين بعدم إضرار الشهود بأن يحضر الخصم عليه لاستفسارهم" انظر حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ص 173 الطبعة السادسة السلفية للقاها عام 1349.

(30) النوازل الكبرى للشيخ أبي عيسى محمد المهدي الوزاني الجزء التاسع ص 305.

1568 الذي جاء فيه " عدم استفسار الموجب (اللفظي) لا يقتضي بطلانه، لأن الاستفسار إنما أن يكون من حق القاضي، كما بعضهم وإما أن يكون من حق الخصم على ما استقر عليه عمل قاضي" (31).

ثانيهما: وهي الفترة الممتدة من تاريخ تأسيس المجلس الأعلى إلى الآن، حيث نجد أن هذا الأخير قد تبني الرأي الفقهي الأول الذي يرى أن الاستفسار حق للقاضي، وهذا ما يتضح جليا من خلال القرار عدد 34 س3 الصادر بتاريخ 1980/02/06 في الملف المدني عدد 61405 و الذي جاء في بعض حيثياته ما يلي: " لكن حيث إن اللفظ عدد 1116 الخاص بملفته موروثه الطالبين يعتبر من الخصامات الاستمرارية التي نظمت قواعدها مقتضيات الفقه المالكي على ما جرى به عمل المتأخرين من فقهاء المالكية بالمغرب وإن للقاضي أن يمتدحهم من أجل مجرد احتمال شيء... مع أن الأصل في إساءة الخصامات موقوف إلى أمانة القاضي لاومن يثق به ممن تكون فيه أهلية الضبط، وحينئذ، فإن الحق في الاستفسار الذي يعبر عنه بالاستفسار أيضا يرجع للقاضي بمحض سلطته التقديرية وله أن يثبته تلقائيا..."

كما جاء في حيثية أخرى من نفس القرار ما يلي: " حيث إن الاستفسار كما سبق القول في الرد على وسيلة الثانية يعتبر حقا للقاضي لأنه بمثابة الترخية، إذا بدخل في سلطته التقديرية" (32).

المبحث الثالث: القواعد الفقهية المسطرية المتعلقة بإجراء الاستفسار:

إن المقصود بالقواعد الفقهية المسطرية المتعلقة بإجراء الاستفسار هو تلك الإجراءات التي سنها الفقهاء المالكية المتأخرين والتي يتم سلوكها خلال إعداد رسم الاستفسار إلى أن يصبح وثيقة عدية جاهزة للعمل بمقتضاها.

وعليه، فإن الإلمام بهذه القواعد بمقتضى منا في بادئ الأمر تحديد الجهة المختصة بإجراء الاستفسار (الفقرة الأولى) ومن ثم تناول الكيفية التي يجري بها الاستفسار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجهة المختصة بإجراء الاستفسار:

إذا كان العمل القضائي بالمغرب قد جرى باستفسار شهود اللقيف سواء كان يطلب من الخصم أو بقرار من قاضي، فإن الأشكال الذي يظهر نتيجة لذلك هو المتعلق بتحديد الجهة المختصة بإجراء هذا الاستفسار. وبالرجوع إلى الآراء الفقهية بهذا الخصوص، سجد على أن الفقه انقسم إلى ثلاثة آراء سنتولى تبيانها وذلك

بع

الحديث عن الطرف الذي يقع على عاتقه إعداد رسم الاستفسار.

أ- حول الطرف الذي يقع على عاتقه إعداد رسم الاستفسار.

لقد أرسى الاجتهاد القضائي القاعدة الفقهية القائلة بأن استفسار شهود اللقيف يعد بمثابة تزكيتهم (33) وبمقتضى هذه القاعدة وإعمالا لقواعد العدل والإنصاف، فإن الطرف المدلى بالبينة اللقيفة هو الذي يجب عليه إعداد رسم الاستفسار والإدلاء به وذلك لتكون حجته تامة به، فيصبح حينئذ الاستناد إليها عند الحكم بها بعد سلامتها من قوادح والطعون خصوصا تلك المتعلقة بالتجريح (34).

(31) انظر الأحكام الصادرة عن المجلس الاستئناف الشرعي المجلد 3 ص 49 منشورات المجلس الأعلى 2006.

(32) مجلة رابطة للقضاة عدد 7/6 ص 151/745.

(33) للاطلاع على الاجتهادات الصادرة بهذا الصدد يرجى مراجعة القرار عدد 215 الصادر بتاريخ 1988/2/9 في الملف الشرعي عدد 4883-85 منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 43/42 ص 168 و القرار عدد 1040 الصادر بتاريخ 1992/10/6 في الملف الشرعي عدد 89-6207 منشور بمجلة المرافعة عدد 6 ص 156 والقرار الصادر عن محكم الاستئناف بالجديدة تحت عدد 04/253 بتاريخ 2004/12/17 مجلة الملف عدد 7 ص 253 ثم القرار عدد 198 الآتي فيما بعد.

(34) انظر تعليق ذ العراقي بمجموعة قرارات المجلس الأعلى / مادة الأحوال الشخصية 1989/1965 ص 258.

وبهذا الصدد، فقد جاء عن المجلس الأعلى في قراره رقم 198 الصادر بتاريخ 1980/03/04 في الملف الشرعي عدد 68398 ما يلي: " الاستفسار في الموجب اللغوي بمنزلة تزجية خمود اللغوي فبعد بذلك محملا له ويقتضي على المادى بالموجب أن يقوم بهذا الاستفسار متى طلبه الخصم، ولمحده تكون المحكمة قد تجنبت السوابق لما صرحته بأن الاستفسار يقتضي على طالبه" (35).

ب - تحديد الجهة المختصة بإجراء الاستفسار:
كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه، فإن رأي الفقه بخصوص الجهة التي يجرى أمامها الاستفسار قد انقسم إلى ثلاثة آراء هي :

الرأي الأول: يرى أن استفسار شهود اللغوي يجب أن يتم عند القاضي ويمثل هذا الرأي الشيخ أبي الحسن الصغير الذي أجاب عن السؤال في الموضوع قائلا، " وإما استفسار خمود الرسم المبرزين لا يجوز إنما يكون عند القاضي... إذا من شروط النقل تعذر أداء الأصل عند القاضي لمرض أو غيبة معتبرة والأصل هنا حاضر والقاضي متمكن من استفساره عما أبلغه فيبطل احتماله على استفسار المبرزين" (36).

الرأي الثاني: يرى أن الاستفسار يجب أن يتم عند القاضي بحضور عدلين وهو الرأي الذي أورده العلامة سيدس أحمد الرهوني في شرحه على لامية الزقاق (37) حيث قال: " والطبي أحرجنا عليه العمل عند قضاء تلوان هو إيقاعه عند القاضي بحضور عدلين ويقتضي غالبا في مجلس واحد تلقى وأداء واستفسار" فيجلبه الخصوم في أن واحد لمحكمة القاضي أو طبيته ويتلقى منهم العدلان أمامه وهم يؤدون عليه ضمانتهم واحدا ثم يسرد عليهم العدلان ضمانتهم ويستفسرونهم عنهما واحدا بعد واحد ثم يكتبون رسمه التلقائي حتما، ثم يكتبون رسم الاستفسار مسجلا" (38).

الرأي الثالث: يرى أن استفسار شهود اللغوي إنما يكون عند العدول المبرزين من غير حضور القاضي وهو ما جرى به العمل بفاس حيث جاء في شرح سيدي الرهوني على لامية الزقاق ما يلي: " والطبي للواشويسر أنه لا يشترط حضور القاضي بل يكفي عند العدول المبرزين وهو الطبي استمر عليه عمل فاس إلى زمن التسولي وقال الشيخ المواربي والشيخ الوزاني عليه العمل الآن بفاس" (39).

ومن خلال بعض الاجتهادات القضائية الحديثة وذلك على قلتها يمكن القول بأن العمل القضائي قد سار على غرار ما جرى به العمل بفاس، حيث يتم استفسار شهود اللغوي بواسطة العدول الذين يحررون رسم الاستفسار ثم يعرضونه على قاضي التوثيق ليخاطب عليه، وهو المر الذي يستشف من خلال الواقع العلمي ومما جاء في تعليق على قرار المجلس العلي عدد 717 للأستاذ عاصم: فطبقا لقواعد التوثيق التي تنظم إجراءات اللغوي، فإن الشاهد يؤدي شهادته أمام العدلين وليس أمام القاضي ولا يحلف اليمين واليمين حيز الزاوية في حجة الشهادة فالفصل 76 من ق.م. يشترطها تحت طائلة البطلان" (40).

(35) القرار منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى م س ص 255 القرار الذي كان محل تعليق ذ الرافي العراقي.

(36) وهو رأي مصادف للصواب، ذلك أنه كلما وجد القاضي إجمالا واحتمالا في الرسم الأصلي وجب عليه استفسار شهود اللغوي. أنظر المعيار المعرب والجامع المغرب للونشريسي ذ 9 ص 171.

(37) موسوعة قواعد الفقه والتوثيق مستخرجة من حادي الرقاق غناية ذ القدوري ص 214 الطبعة 1 2004.

(38) وهو مذهب الشيخ التسولي الذي يقول بالجمع ما بين الأداء الأول والاستفسار انظر كتاب الحواشي الشريفة م س ص 68.

(39) موسوعة قواعد الفقه والتوثيق م س ص 214 و كتاب شهادة اللغوي ص 27.

(40) التعليق منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المواد المدنية 1966- 1982 ص 579 طبعة 1985.

الفقرة الثانية: كيفية استفسار شهود اللقيف:

لقد جرى العمل لدى فقهاء المذهب المتأخرين⁽⁴¹⁾ على أن استفسار شهود اللقيف إنما يكون بواسطة عدلين مبرزين⁽⁴²⁾ حيث يمسك أحدهما برسم الشهادة الأصلية، فيعتمد إلى قراءته على الشهود⁽⁴³⁾ وذلك على كل واحد منهم إن لم يحضروا جميعاً أو عن جميعهم في حالة حضورهم مجتمعين في أن واحد، فتكون قراءته بشكل واضح ومفهوم، حتى إذا أتم القراءة سأل كل واحد من أولئك الشهود عن شهادته المضمنة بالرسم الأصلي كيف يؤديها وعن مستند علمه فيها وذلك بأن يسأل عن كل فصل يتوقف تمام الشهادة عليه، فإذا أجاب بشيء كتب بلفظه حرفاً حرفاً ولو ملحونا⁽⁴⁴⁾ ولا يكتب في رسم الاستفسار أن بعض اللقيف اسقط فصلاً بمجرد سكوته عنه، بل حتى يسأل عنه الشاهد⁽⁴⁵⁾.

المبحث الرابع: أجل المطالبة بإجراء الاستفسار:**أولاً: في الفقه المالكي:**

بالرجوع إلى ما تم التنظير له بهذا الخصوص يمكن القول بأن آراء الفقهاء قد اختلفت حول ضرورة تحديد أجل الاستفسار من عدمه: فانقسمت نتيجة لذلك إلى رأيين فقهيين.

الرأي الأول: استحسن تحديد أجل إجراء الاستفسار في ستة أشهر كحد أقصى وذلك من تاريخ علم المشهود عليه بالموجب اللقيف المحتج به وهو ما جرى به العمل⁽⁴⁶⁾ وفقاً لما نص عليه كل من صاحب العمل الفاسي في منظومته:

وستة الأشهر حد استفسار البنات قال في المعيار

وصاحب العمل المطلق في نظمه:

واستحسنوا إن مر نصف عام من الإداء ترك الاستفهام.

وفي هذا الرأي تفصيل مضمنه ما يلي:

إن العمل بستة أشهر كأجل لاستفسار شهود اللقيف هو مشروط بكون المشهود عليه (الخصم) حاضراً ورشيداً وذلك لقول ابن هارون: "أما الحاضر العالم، فإن الحد فيه ستة أشهر على ما جرى به العمل"

(41) على رأس هؤلاء الفقهاء نجد سيدي علي بن هارون صاحب مختصر الإمام ابن عريون والعبدوسي وأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي.

(43) بهذا الصدد قال ابن عبد السلام بناني في شرحه على لامية الزقاق إنه لا يشترط في الاستفسار سرد المستفسر الوثيقة على اللقيف بل المعتبر حصول المعنى انظر مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق ج 1 ص 416 الناشر المكتبة الزهرية للتراث 2008.

(44) ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن كتابة الاستفسار بالفاظ الشهود ليس بلام ولا معتبر هو كتابة معاني ألفاظهم بأي لفظ كان لأن العبرة بالمعاني ولا فائدة في كتابة ألفاظ الشهود الملحوظة هذا وإتمام للفائدة قال الشيخ محمد المهدي الوزاني بأن العمل لا يزال إلى عهده في الاستفسار بما ذكر أعلاه إلا أنه في نظره يبقى غير واجب أن يكون بلفظ الشاهد الذي نطق به بل المعتبر حصول المعنى بأي لفظ كان وفقاً لما نظمته الشيخ ابن غازي:

إن يختلف لفظاً ومعنى يتفق لفق فكلهم عليه يتفق

انظر كل من مواهب الخلاق ج 1 ص 416 والنوازل للشيخ المهدي الوزاني ج 9 ص 469.

(45) مواهب الخلاق المرجع السابق ج 1 ص 413 والنوازل الجديدة الكبرى ج 9 ص 466 استدراك⁽⁴²⁾ وبهذا الصدد ندور ما جاء في النوازل الجديدة الكبرى حيث ذكر أنه لا يكفي في الاستفسار العدل الواحد بل لابد من عدلين يسمعان من شهود اللقيف ويسألونهم عما شهدوا به لأن الشهود إن ثبتوا على شهادتهم وأتوا بها على نحو ما قيد عنهم العدلان الأولان في الرسم مع مقتضيات المادة 27 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة التي تنص على أن الأصل في تلقي الشهادة أن يتم بحضور عدلين منتصبين للإشهاد وذلك في أن واحد.

(46) إتماماً للفائدة نورد بهذا الصدد ما جاء في المعيار عن مؤلفه أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي حيث قال: "جرى عمل بعض قضاة المغرب في هذا الزمان باستحسان ترك الاستفسار بعد ستة أشهر من أداء الشاهد شهادته معللاً ذلك بأن هذه المدة مظنة نسيان الشهادة" المعيار المغرب ج 10 ص 174 وانظر مواهب الخلاق م ج 1 ص 414.

ولقد علل أصحاب هذا الرأي مذهبهم في تحديد أجل ستة أشهر، باحتمال نسيان الشاهد للشهادة التي سبق له أن أدلى بها والمضمونة بالبيئة اللغوية⁽⁴⁷⁾

الرأي الثاني يرى أن لا ضرورة لتحديد أجل الاستفسار بل يستحسن تركه مفتوحاً، بحيث يمكن للخصم (المشهود عليه) المطالبة به في رأي وقت⁽⁴⁸⁾.

وهكذا نجد أن أصحاب هذا الرأي قد انتقدوا تعليل الرأي الأول حيث جاء عن سيدي محمد الطاودي بخصوص علة نسيان الشاهد لشهادته ما يلي: "إذ كيف ينساها لسته أشهر من أدائها وهو إنما يؤيدها دائماً من حفظه وقد يؤيدها لسنين من تحملها"⁽⁴⁹⁾.

ثانياً: في الاجتهاد القضائي:

بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الصادرة في الشأن، سيتضح على أن المجلس الأعلى لا زال لم يستقر على رأي موحد بين غرفتيه المدنية والشرعية.

فهكذا، نجد أن الغرفة المدنية قد تبنت الرأي الفقهي الأول الذي حدد أجل الاستفسار في ستة أشهر كحد أقصى، حيث جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 3627 ما يلي: "لا ينبغي للمحكمة أن تتمسك باستفسار شهود الرسم بعد مضي ستة أشهر من إقامته"⁽⁵⁰⁾.

أما الغرفة الشرعية فتبنت الرأي المخالف الذي لا يرى ضرورة لتحديد أجل الاستفسار، بحيث نصت في قرارها عدد 1040 على ما يلي: "إن حق المطالبة بالاستفسار لا يتقدم بمرور ستة أشهر لأنه إجراء إلزامي باعتباره يقوم مقام التزكية وهو ما درج عليه قضاء المجلس وأن المحكمة إذا لم تستجب لهذا الطلب بدعوى مرور المدة المذكورة تكون قد خرقت حقوق الدفاع وعرضت قرارها للنقض."⁽⁵¹⁾

المبحث الخامس: الآثار المترتبة عن استفسار شهود اللقيف.

تختلف النتيجة المترتبة عن استفسار شهود اللقيف بحسب تطابق أو اختلاف شهادة الشاهد في الاستفسار مع شهادته المدونة في الرسم الأصلي والعمل به (النتيجة الأولى)، وإما إلى إلغاء الرسم الأصلي و استبعاده (النتيجة الثانية).

فا نتيجة الأولى: تحقق في الحالة التي تتطابق فيها شهادة الشاهد في الاستفسار مع شهادته المدونة في الرسم الأصلي، وفي هذه الحالة لا بد من الإشارة إلى المبدأ التالي:

- إن المخالفة بين ألفاظ الاستفسار والرسم الأصلي لا تضر حيث اتحد المعنى: أي أن اختلاف ألفاظ الشاهد خلال الاستفسار عن ألفاظه المدونة في الرسم الأصلي لا يفقد الشهادة مصداقيتها وحجيتها متى اتحد المعنى في كل من رسم الاستفسار والرسم الأصلي⁽⁵²⁾ وهو ما عبر عنه الإمام ابن غازي المكناسي في نظمه التالي:

(47) انظر كل من مواهب الخلاق م س ص 119 ج 1 و الحواشي الشريفة والتحقيقات المنفية للتسولي على لامية الزقاق ص 70.

(48) مواهب الخلاق على شرح لامية الزقاق م س ج 1 ص 421.

(49) الحواشي الشريفة والتحقيقات المنفية م س ص 70 والمعيان الجديد أو النوازل الجديدة أو النوازل الكبرى للمهدي الوزاني ج 9 ص 441 وهو رأي يصادف الصواب لأن الشاهد إنما يؤدي الشهادة مما ترسخ في ذاكرته مما يستبعد معه الادعاء بنسيان الشهادة بعد مرور ستة أشهر من أدائها.

بالإضافة إلى ذلك وحسب هذا الرأي، فإن ما يدعو إلى جعل الاستفسار غير مقترن بأجل هو جنوح بعض المتقاضين بسوء نية ويغرض أكل أموال الناس بالباطل إلى الاحتيال فيعمد كل من يريد إبطال حق خصمه إلى تأخير القيام عليه حتى ينصرم أجل الستة أشهر ليقضي له بلفظه بدون مراجعة أو استفسار، أنظر شرح الطاودي على لامية الزقاق م س ج 1 ص 421.

(50) الملف المدني عدد 94/2656 الصادر بتاريخ 1997/06/11 منشور بكتاب نظرات في الفقه والقانون ذ. إدريس السباعي عدد 8 ص 144 نقلاً عن كرنولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشرعية ص 11 الطبعة الأولى 2004.

(51) الملف الشرعي عدد 89/6207 الصادر بتاريخ 1992/10/06 منشور بمجلة المرافعة العدد 6 ص 156.

(52) مواهب الخلاق على شرح لامية الزقاق م س ج 1 ص 419 وما يليها.

إن يختلف لفظا ومعنى يتفق لفق فكلهم عليه يتفق

أما النتيجة الثانية: فهي التي تحقق في الحالة التي تختلف فيها شهادة الشاهد في الاستفسار عن شهادته في الرسم الأصلي فتؤدي إلى إلغاء الرسم الأصلي واستبعاده. وفي هذه الحالة توجد أيضا بعض المبادئ الفقهية المنظمة لها وهي:

- إن الزيادة أو النقص في الشهادة خلال الاستفسار عما هي مدونة في الرسم الأصلي تبطل هذا الأخير.
- إن إنكار الشهادة عند الاستفسار أو الادعاء بالنسيان يعد بمثابة رجوع عن الشهادة، والرجوع قبل الحكم يبطل الشهادة.
- إن الامتناع عن الاستفسار يسقط شهادة الشاهد الواردة في الرسم الأصلي (53).

خاتمة

من الملاحظ من خلال مجموع الاجتهادات القضائية المتعلقة بشهادة اللفيغ الصادر عن المجلس الأعلى، أن هذا الخير ومنذ إنشائه كان ولا يزال يتحاشى الخوض في مدى قانونية شهادة اللفيغ وذلك لتعارضها مع مقتضيات قواعد الإثبات بواسطة الشهود المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية. وعملا بالرأي الفقهي القائل بأن العمل بشهادة اللفيغ يبقى في حكم الاستثناء و أن القاضي لا يحكم إلا بما جاء على لسان الشهود الماثلين أمامه وذلك بعد أدانهم اليمين القانونية، فإنه يمكن القول بأن الحل الأمثل لهذه الإشكالية هو الاستفسار. ذلك، أن استفسار شهود اللفيغ هو إجراء ضروري لإضفاء تلك الشرعية القانونية على شهادة اللفيغ، وذلك لما يلي:

- إن الاستفسار أصبح مكونا من مكونات ما جرى به العمل القضائي في ميدان اللفيغ.
- إن الاستفسار يمثل في حقيقة الأمر تطبيقا من تطبيقات الفصل 76 من ق.م.م إذا ما تم إجرانه أمام القاضي (54).
- وعلى العموم، فمن خلال ما تم بسطه أعلاه من أحكام الاستفسار يمكن القول بأن استفسار شهود اللفيغ يبقى إجراء جوهريا ولا غني عنه للعمل بشهادة اللفيغ خصوصا في حالة لإجمال أو إبهام الرسم الأصلي.

(53) نفس م.س ج 1 ص 414.

وهو الأمر الذي يتضح معه أرجحية الرأي الفقهي القائل بإجراء الاستفسار أمام القاضي (54)