الدكتور محمد مصطفى الزحيلي
الأستاذ الشارك بكلية الشريعة بجامعة الكلمة
والمدرس بكلية الشريعة بجامعة دمشق

وسائل الإثبات

في الشريعة الإسلامية
في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية

الجزء الأول

الجزء الثاني

مكتبة دار البيان
ص.ب ٢٨٥٤ - دمشق

الطبعة الأولى
١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
دمشق - بيروت

﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله، ولا تتبع أهواءهم﴾
قرآن كريم
«البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»
حديث شريف
﴿وأقيموا الشهادة لله﴾
قرآن كريم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الأولى

«الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، إياك نعبد وإياك نستعين»

«ربي أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليَّ وعلى والدي، وأن أعملَ صالحاً ترضاه، وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين».

«ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا، أو أخطأنا، ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا، ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به، واعفُ عنّا، واغفر لنا، وارحمنا، أنت مولانا، فانصرنا على القوم الكافرين».

« اللهم صلِ على سيدنا محمد، وعلى آل سيدنا محمد، كما صليت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد وعلى آل محمد، كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين ،إنك حميد مجيد».

وبعد : فهذه الرسالة في«وسائل الإثبات» الشرعية التي تبحث في الحجج والبينات والأدلة وطرق القضاء التي يقدمها الخصوم أمام المحاكم، ويعتمد عليها القضاة في إصدار الأحكام، وقد أعددتها قبل تسع سنوات، وحصلت بها على الشهادة العالمية(الدكتوراه) من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، بمرتبة الشرف الأولى، وتولى مناقشتها فضيلة الأستاذ الشيخ محمد سامون، وكيل كلية الشريعة بالأزهر سابقاً، وفضيلة الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة، وفضيلة الأستاذ الشيخ الدكتور إبراهيم دسوقي الشهادي ـ رئيس قسم الفقه المقارن، والمشرف على الرسالة.

وقد يسر الله تعالى لي أن أكتب بعدها عدداً من الكتب والمذكرات والبحوث والمقالات والتحقيقات، وشاءت الظروف أن أدرس مادة الإثبات عدة سنوات في قسم القضاء بكلية الشريعة بمكة المكرمة، وكنت أعتمد على هذه الرسالة في التحضير والدراسة والمراجعة.

وإني إذ أقدم هذه الرسالة للطباعة، يختلج في صدري أمران أساسيان، الأول: الحياء الشديد من الزملاء والقضاء والمحامين وطلاب الجامعة والدراسات العليا في مصر وسورية والأردن والعراق والسعودية وغيرها الذين كانوا يحرصون على الاطلاع على هذه الرسالة،

ويصرون على طباعتها، ويلحون في نشرها، وكنت أعدهم بذلك، وكانت الظروف تحول بينا وبين تلبية هذه الرغبة الصادقة طوال هذه الفترة.

الثاني: الثقة الكاملة، والطمأنينة التامة على ما جاء في هذه الرسالة بعد أن قرأتها قراءة جديدة، بعين فاحصة، ودراسة موضوعية، وبحث مجرد، مع المزيد من الاطلاع على الكتب والمراجع والمصادر، وبعد الدراسة والبحث والتأليف في مختلف جوانب القضاء في المرافعات والإجراءات والتوثيق والنظام القضائي، والتماس المباشر مع القضاء والمحامين والمحاكم، وهذا من فضل من الله تعالى، وحسن توفيقه، والحمد لله، ولذلك فإني أدفع هذه الرسالة للمطبعة على صورتها التي أعدت بها بدون تعديل ولا تنقيح ولا زيادة.

ولا يفوتني أن أقدم الشكر للأخ الكريم السيد بشير عيون ـ صاحب مكتبة دار البيان ـ الذي قام بعبء طبع هذه الرسالة ونشرها، مع حرصه الشديد على حسن الإخراج ودقة العمل، فجزاه الله خيراً.

أسأل الله تعالى أنْ يعلمنا ماينفعنا، وأن ينفعنا بما يعلمنا، وأن يزيدنا علماً، وأن يرزقنا حسن الفهم والتطبيق والعمل، وأن يجعل عملنا خالصاً لوجهه الكريم، وأن يدخر لنا ذلك إلى يوم الدين، يوم لا ينفع مال.ولا بنون، إلا من أتى الله بقلب سليم.

والحمد لله رب العالمين.

محمد الزحيلي

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

﴿رَبِّ اشرحْ لي صَدْري* وَيسِّرْ لي أَمْري* واحلُلْ عقدةً منْ لِساني* يَفْقَهُوا قَوْلي﴾[1]

«اللهم أجعل لنا من أمرنا رشداً، وثبت أقدامنا، وتب علينا، وسدّد خطانا، وقنا شر أنفسنا».

وبعد:

فإن الله تعالى أكرم هذه الأمة بخاتمة الشرائع والرسالات، وجعل شريعتها محكمة كاملة فقال عز وجل: ﴿اليومَ أكملتُ لكم دِينَكُمْ، وأَتْمَمْتُ عليكم نِعْمَتي ورَضِيتُ لكم الإِسْلامَ ديناً﴾[2] فجاءت الشريعة الإسلامية خاتمة لما قبلها، ناسخة ما سبقها، حاضنة للأحكام السماوية كلها، حتى تحقق للبشرية حياة إنسانية رغيدة في الدنيا، وتبشرهم بنعيم خالد في الآخرة، فتكفلت هذه الشريعة برعاية الإنسان من مهده إلى لحده، ووضعت له الأحكام الشرعية الرشيدة، ومنحته جميع الحقوق يتمتع بها ويمارسها، ورسمت له الطريق، وأرشدته الى أقوم السبل، وتوجهت به نحو مرتبة الكمال، وترقت بعواطفه ومشاعره إلى أسمى الغايات في علاقته بنفسه ومجتمعه وربه.

رعاية المسلم وتربيته:

فصار المسلم في نظر الإسلام يتمتع بكافة الحقوق، وينعم بجميع السبل التي تحقق له السعادة، فلا كدر في حياته، ولا عدوان على حقوقه، يعيش مع إخوانه كالجسد الواحد يشد بعضه بعضاً، يحب كل منهم لأخيه ما يحبه لنفسه، ويعامله كما يحب أن يعامل به، ويصونه في نفسه وماله وعرضه، فامتازت الشريعة الغراء بإعداد النفوس، وتربية الأفراد، والتدرج معهم إلى مراقي الفضائل والأخلاق، تنشد المثل الأعلى، وتبغي العدل المطلق، فتنظر إلى الفرد من

---

(١) سورة طه، الآيات ٢٥ ـ ٢٨

(٢) سورة المائدة، الآية٣.

خلال طبيعته البشرية، وواقعه المادية، ثم تسمو به نحو الفضيلة والكمال ومحاسن الأخلاق، ولا غرو في ذلك فالشريعة الاسلامية سماوية الأصل، وتعالج الانسان بحسب فطرته التي فطر الله الناس عليها.

الواقعية في الشريعة:

ولكن الله تعالى الذي أنزل هذه الشريعة، وأحكم بناءها، يعلم الطبيعة البشرية، والفطرة الانسانية، وتكوين الإنسان وما جبل عليه من حب للذات، وسير وراء الشهوات وطمع في المال، وانزلاق عن الفضيلة، وأنانية وذاتية، واتباع للشيطان الذي يجري من ابن آدم مجرى الدم، لذلك لم تكن الشريعة خيالية بل جمعت بين المثالية والواقعية، وانطلاقاً من الواقع البشري، وتكميلاً لما أقرته من الحقوق فقد أوضحت طريقة استعمالها، وكيفية التصرف فيها، ثم شرعت السبل لحمايتها، وأرشدت إلى طرق اثباتها عند التنازع والتخاصم فيها حتى لا يستأثر القوي بحقوق الضعيف، ولا يستبد الظالم بأموال المظلومين، ولا يطمع باغ في دماء البشرية، ولا يستمرىء فاجر بأعراض المسلمين، قال رسول الله ﷺ فيما رواه مسلم وغيره: «لو يُعطي الناسُ بدَعواهم لادعى رجالٌ دماء رجالٍ وأموالَهم، ولكنّ اليمينَ على المدعى عليه» وفي رواية البيهقي «ولكنّ البينةَ على المدعي واليمينَ على من أنكر»[1].

وبذلك كانت الشريعة متكاملة لا يأتيها الباطل من بين يديها ولا من خلفها فأعلنت حقوق الإنسان، وبينت طريق ممارستها واستعمالها، وأوضحت سبل حمايتها وإثباتها عند الاختلاف، حتى لا تضيع الحقوق، وتفقد قيمتها، وتصبح في مهب الرياح أمام العواصف والمطامع والمنازعات.

غاية الفقه الاسلامي:

وغاية الشريعة الغراء أن يمارسَ كل إنسان حقه، ويحافظ على حقوق الآخرين، فأقامت الحدود بينها، وتكفلت في وضع الضوابط لاكتسابها واستعمالها والتصرف فيها، بحيث لا يطغى فرد على آخر، ولا يُسيء مسلم في حق أخيه، ولا يتجاوز الحد في حقه أو يتعسف فيه، وبذلك يعرف كل إنسان ماله وما عليه فيستريح القاضي، وتهدأ الحياة، وتسير على أحسن ما يرام، وهذا ما حصل فعلاً في زمن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

---

(١) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٢، السنن الكبرى، للبيهقي ١٠/ ٢٥٣، سنن أبي داود ٢/ ٢٧٩ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي ٤/ ٥٧٠، سنن النسائي ٨/ ٢١٨.

وإذا تطاول فرد على آخر فاعتدى عليه، وانحرف في سلوكه لايقاع الضرر به، فلا بد من مؤدب ورقيب، يعطي كل ذي حق حقه، فدعا الإسلام إلى إقامة الدولة وتنظيم القضاء، وكان منطقياً أن يشرع من الوسائل ما يحقق هذه الغاية فبين طرق حفظ الحقوق، ووسائل إثباتها أمام المحاكم لمعالجة مشاكل الحياة ومآسيها، ولذلك فقد أحكم الشرع الحنيف البناء، وصانه من العبث، ووصف الدواء لكل داء، فشرع الحقوق وأرشد إلى السبيل القويم لحمايتها والحفاظ عليها، وقطع دار الفساد فيها، فندب إلى كتابة العقود وتوثيق الديون وإقامة الشهادة خوفاً من الجحود والإنكار، لتكون حجة دامغة عند التنازع، قال الله تعالى: ﴿يا أيُّها الذِينَ آمنوا إذا تَدايَنتُم بدَين إلى أجلٍ مُسمَى فاكتبوُه، ولْيَكْتُب بينَكم كاتبٌ بالعَدل، ولا يأبَ كاتبٌ أن يكتبَ كما علمه اللهُ، فليكتب وليُملِلِ الذي عليه الحق وليتَقِ اللهَ رَبَهُ ولا يَبخس منه شَيئاً، فإن كان الذي عليه الحقُ سَفيها أو ضَعيفاً أو لا يستطيعُ أنْ يُملَّ هو فليُملل وَلِيُه بالعَدل، واستَشْهِدُوا شَهيدَيْنِ مِن رِجَالِكُم، فَإن لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْن فَرَجُل وامْرَأتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُهَدَاءِ أن تَضلَّ إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى، ولَا يأبَ الشهداء إذا ما دعوا، ولا تَسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله، **ذلكم أقسطُ عندَ الله وأقومُ للشهادة وأدنى ألا ترتابوا**، إلا أن تكون تجارة حاضرة تُديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها، وأشهدوا إذا تَبايعتم، ولا يُضارّ كاتب ولا شهيد، وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم، واتقوا الله ويعلمكم الله، والله بكل شيء عليم﴾.

﴿وإن كنتم على سَفرٍ ولم تَجدوا كاتباً فَرهان مقبوضة، فإن أَمِنَ بعضكم بعضاً فليُؤَدِّ الذي اؤتمِنَ أمانتَه وليتَقِ اللهَ رَبَه، ولا تكتمُوُا الشهادةَ ومَن يكتُمْها فإنه آثمٌ قلبُه، والله بما تعملون عليم﴾[1]

أهمية وسائل الاثبات ومكانتها عند الفقهاء:

ومما سبق تظهر أهمية طرق الإثبات التي تعتبر في حقيقتها وجوهرها الدرع الواقي للحقوق، والأداة الفعالة في تحقيق العدل.

وطرق الإثبات من أكثر الموضوعات الفقهية تطبيقاً، وأشدها حيوية وإن الأسلوب الذي يتبعه المشرع في الإثبات يتوقف عليه ميزان العدل، وإحقاق الحق، وإن فساد الأسلوب في الإثبات يحول دون وصول الناس إلى حقوقهم أو يضع العراقيل في الطريق الموصل إليها فيعجز

---

(١) سورة البقرة، الآيتان ٢٨٢ ـ ٢٨٣.

صاحبها عنها[1].

وقد تبوأ الاثبات مكانة عالية عند الفقهاء، ووجد منهم الاهتمام الكامل في دراسته وبحثه، وقد عرف هذه المكانةَ بعضُ المتأخرين فأفردوها بمؤلفات مستقلة منها «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية، و «تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي، و «معين الحكام» لعلاء الدين الطرابلسي، كما تناوله بعض الفقهاء بالعرض مع الدعوى والحكم وما يتعلق بالقضاء فظهرت كتب «أدب القضاء» في فقه المذاهب.

والسبب في هذا الاهتمام هو الحاجة الماسة التي تواجه الحاكم عند الفصل بين الناس، وقطع النزاع بينهم، وإقامة العدل، وتحقيق القسطاس المستقيم، وحفظ الحقوق لأصحابها، وقد أمرنا بحفظها ونُهينا عن إضاعتها والتفريط فيها، وخاصة إذا ضَعُفَت النفوس وخف الوازع الديني، وغفل المرء عن الرقابة الإلهية فطمع بما في أيدي الآخرين، ومدّعينيه للسطوعليهم.

كما اتجهت الانظار في العصر الحاضر إلى دراسة الإثبات وطرقه، فتناول بعض العلماء دراسته من الناحية الفقهية[2]، وتعرض له رجال القانون بالشرح والتفصيل، نظراً لمكانته العظيمة، وأهميته الكبيرة في الحياة العملية، فلا تطلع شمسٌ أو تغرب إلا ونحن في حاجة ماسة إلى وسائل الإثبات أمام المحاكم، وما من صاحب حق إلا ويفتقر عند النزاع والخصام إلى طريقة منها يثبت بها حقه، ويحافظ عليه، ويرد كيد المعتدين عنه في نحورهم، وإلاضاع الحق، وأصبح هباء منثوراً.

لذلك فقد أردت الإسهام في هذا المضمار واخترت «وسائل الإثبات» موضوعاً لرسالتي التي أتقدم بها للحصول على شهادة العالمية (الدكتوراه) من كلية الشريعة والقانون بجامعة

---

(١) من هذه القواعد: الأصل براءة الذمة، اليد الظاهرة دليل الملك، قبول الأدلة الظنية في إثبات الحقوق وعدم إرهاق المدعي بالإثبات القطعي، البينة حجة متعدية، الاقرار حجة قاصرة، البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وهذه القواعد والمبادىء الاساسية في الإثبات وإن ظهرت أنها بدهية ولكنها لم تستقر في القوانين والشرائع الوضعية إلا بعد تجارب كثيرة، كانت البشرية تئن قبلها من الافراط والتفريط في ذلك، فكان من قواعد الإثبات عند الرومان أن يكلف المدعى عليه بإثبات حقه.

(٢) أحسن من كتب في الإثبات الشرعي من المُحْدَثين الشيخ أحمد ابراهيم في كتابيه «طرق القضاء» و «طرق الإثبات الشرعية» كما بحث الدكتور أحمد عبد المنعم البهي بعض الوسائل المختلف فيها في كتابه «من طرق الاثبات» وانظر كتاب «الأصول القضائية» للشيخ علي قُرّاعة، وقد اقتصر الشيخ أحمد ابراهيم في كتابيه المقررين على طلاب دبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق على المذهب الحنفي، وبعض المقارنات مع لائحة المحاكم الشرعية والقوانين الوضعية وبعض الاشارات إلى المذاهب الأخرى، وكذلك فعل الشيخ علي قراعة.

الأزهر، وسوف أدرس هذا الجانب العظيم من جوانب الفقه الاسلامي بأسلوب مبسط، وترتيب جديد، ودراسة مقارنة، لنصل إلى كنوز الفقه الإسلامي الخالد، وإبراز خصائصه وميزاته في إطار هذه الرسالة وبالقدر الذي تتسع له.

حدود الموضوع وشموله:

إن وسائل الإثبات من الاتساع والشمول بحيث تشمل جميع أبواب الفقه لأنها ضرورية لإثبات كل حكم من أحكامه، كما أنها من الكثرة والعمق بحيث تحتاج إلى بحث مستفيض يكوّن مجلداتٍ ضخمةً، ولكنني رغم هذا كله فقد آثرت أن أتناول هذا الموضوع بشكله الكلي، وأن أجمع الأحكام المتماثلة مع بعضها، لإعداد نظرية متكاملة وشاملة في الإثبات، فتناولت القواعد العامة، والأركان الرئيسية في كل جانب، وضربت بعض الأمثلة في الفروع والجزئيات، ودرستها دراسة تفصيلية مما أدى إلى اتساع الرسالة وامتداد صفحاتها، وقد ظهر من خلال ذلك أن هذه الشريعة الغراء قد أحكمت البناء التشريعي منذ أربعة عشر قرناً، وأفاضت في الأحكام والتبويب والتقسيم، وهذا يؤكد سموها، وأصالة فقهها، وأسبقيتها وصلاحها للتطبيق والعمل في كل زمان ومكان.

وقد قصرت موضوع الرسالة على المعاملات المالية والأحوال الشخصية، وتجنبت البحث في العقوبات التي تشمل الحدود والقصاص والتعزير، لأنها تمتاز عن غيرها بوسائل خاصة في الإثبات، مع مراعاة قواعد معينة في اقامة الحجة والبينة فيها، فالأصل في الحدود ـ مثلاً ـ أن تسقط بأدنى شبهة عند الإثبات، والأصل في القصاص مراعاة الاحتياط في إثباته درءا لهدر الأنفس ومنعاً لإشاطة الدماء[1]، ولكن هذا الطابع في إثبات العقوبات لا يمنعها من الاشتراك مع غيرها في القواعد العامة والأحكام الرئيسية، ولذلك فقد تعرضت لها أحياناً تكميلاً للبحث وتوضيحاً للصورة الكاملة في الإثبات[2].

---

(١) شاط دمُه هُدِرَ وبطل، المصباح المنير: ١/ ٤٤٩.

(٢) يذهب شراح القانون إلى تقسيم القوانين إلى قسمين، قسم ينظم الروابط المتعلقة بالأشخاص ويسمى الأحوال الشخصية، وقسم ينظم الأموال ويسمى الأحوال العينية، والتفريق بينهما ضروري لما يترتب عليه من إعمال قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص، ولما يترتب عليه من تعيين اختصاص المحاكم والدوائر الشرعية أو الملية مع المحاكم المدنية، بينما يقسم الفقهاء أحكام الفقه إلى قسمين: عبادات ومعاملات، فالعبادات تنظم علاقة الإنسان بربه من صلاة وصيام وحج وزكاة وصدقة وغير ذلك، والمعاملات تنظم علاقة الإنسان مع غيره من الناس، وهي على ثلاثة أنواع: المعاوضات المالية والمناكحات والعقوبات.

فالأحوال الشخصية اصطلاح قانوني تسرب إلى بلادنا مع دخول القوانين الأجنبية، ثم استعمله العلماء في الفقه =

طريقة البحث:

سلكت في معالجة الموصوع طريقة موضوعية مقارنة، فهي موضوعية لانني أعتمد أولاً في العرض والاستدلال على نصوص القرآن الكريم ثم على الأحاديث الشريفة الواردة في الإثبات بعد تحقيق هذه الأحاديث وبيان درجتها في الصحة، وعزوها إلى أمهات كتب الحديث، ثم استعرض أقوال الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين والفقهاء، ولا أغفل آراء المتأخرين الذين تعرضوا لهذا الموضوع، فأوليتها حقها من الدراسة والبحث، وأخص بالذكر القوانين التي استُمدت من الشريعة الاسلامية وهي مجلة الأحكام العدلية ولائحة المحاكم الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية.

وأبدأ بالكلام عما اتفق عليه الفقهاء من الأحكام المقرونة بالأدلة والحجج، ثم انتقل إلى دراسة الأحكام التي اختلفوا فيها، معتقدا أنهم على حق، وأن الدليل رائدهم، والحقيقة هدفهم، والاخلاص منهجهم، وأن المذاهب تصدر من منبع واحد، فأذكر الأقوال، وأصحاب كل قول ثم أعرض الأدلة وأبين وجه الدلالة لكل دليل، وما ورد عليه من اعتراض، والجواب عنه، ثم انتقل إلى القول الآخر وأدلته وهكذا، وأعمل ما أمكن على التوفيق بين الآراء والأدلة، كما يقول الشافعي رحمه الله: «إن إعمال الحديثين أو القولين أولى من إلغاء أحدهما، وإن ذلك من كمال مقام الإيمان»[1] فإن تعذر الجمع فأعمد إلى ترجيح أحد الأقوال بقوة الأدلة

الإسلامي، وصار عَلَمًا على الأحكام الشرعية التي تتعلق بالزواج والطلاق والنسب والرضاع والميراث والنفقة والوصية والوقف وغير ذلك من أحكام الأسرة، وحصرها بعض المُحْدَثين في ثلاثة أقسام وهي: أحكام الزواج، وأحكام الأهلية والحجر والوصاية، وأحكام الإرث، وصدر في كل منها قانون مستقل في مصر، بينما صدر قانون الأحوال الشخصية السوري متضمناً الأقسام الثلاثة.

ويظهر مما سبق أن تقييد العنوان «بالمعاملات المدنية والأحوال الشخصية» الذي فرضه مجلس الكلية عند تسجيل الموضوع، لإخراج العقوبات منه، تقييد غير صحيح وتنقصه الدقة، لأنه تلفيق غير سليم بين الاصطلاحات القانونية والاصطلاحات الشرعية معاً، بدون مراعاة لمدلول كل منها، والمقصود منه تقييد البحث في المعاملات المالية وأحكام الأسرة وما يتعلق بهما، دون التعرض الى أثبات الحدود والقصاص والتعزير.

انظر: الموافقات، الشاطبي :١ص٦٨المعاملات في الشريعة، أحمد أبو الفتح: ٢٤/١، فلسفة التشريع، المحمصاني: ٢٤، المدخل الفقهي العام: ٢٥، موسوعة الفقه الاسلامي: ٤٢/١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، شلبي: ١٥، مقدمة المختصر النافع: ص/ل/هامش، شرح قانون الأحوال الشخصية، للمرحوم السباعي ٣/١، مجموعة قوانين الاحوال الشخصية، اعداد الدكتور احمد محمد ابراهيم، مط الدار المصرية للطباعة، الاحوال الشخصية لغير المسلمين، الشرقاوي: ٣، الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية، شعبان: ٣٥، النظريات العامة للمعاملات، أبو سنة: ٢٩.

(١) الميزان الكبرى، عبد الوهاب الشعراني١/ ٤ مط البهية ١٣٠٢ هـ.

وبما يترتب على اختياره من تحقيق المصالح ودفع المفاسد، ودرء المشقة، ورفع الحرج، وبما يتفق مع أهداف الشريعة ومقاصدها العامة، وبما يرفع التعارض والتناقض، ويحسن الترتيب والتناسق بين الأحكام التي تكون البناء الشامخ في الفقه الإسلامي.

وقد رجعت إلى المصادر الأصلية في كل مذهب، وأخذت آراء المذهب من كتبه المعتمدة، ولا أنقل قولاً في المذهب من كتب غيره إلا نادراً مع بيان المرجع فيه، ولم أقتصر على الكتب المطبوعة، بل رجعت إلى المخطوطات في فقه المذاهب لتحقيق الآراء ومعرفة الأدلة عند الاختلاف.

وهي طريقة مقارنة من ناحيتين:

الأولى: المقارنة بين المذاهب الإسلامية، فلم اقتصر على مذهب دون مذهب، ولكن تناولت دراسة الموضوع وبحثه في المذاهب الفقهية الثمانية وهي: المذهب الحنفي، والمذهب المالكي، والمذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي، والمذهب الزيدي، والمذهب الاباضي، والمذهب الظاهري، والمذهب الامامي الجعفري، ولا شك أن نسبة غالبية هذه المذاهب إلى الشريعة سواء، يقول الشعراني[1]:

«وما ثمّ قول من أقوال علماء الشريعة خارج عن قواعد الشريعة فيما علمناه، وإنما أقوالهم كلها بين قريب وأقرب، وبعيد وأبعد، بالنظر إلى مقام كل إنسان، وشعاع نور الشريعة يشملهم كلهم ويعمهم، وإن تفاوتوا بالنظر إلى مقام الإسلام والإيمان والإحسان». ويقول فضيلة الأستاذ الزرقا:

«وإن هذه المذاهب المدونة بكاملها أو بعضها كلها نسبتها إلى الشريعة متساوية»[2] وإن مجموع هذه المذاهب يكون ثروة فقهية هائلة نفخر بها أمام العالم، ونعتز بآثارها وهي عبارة عن جهد وفير، وتراث عظيم، وإن اختلاف الأئمة كان رحمة للأمة وتوسعة عليهم بحيث تكوّن المذاهب بحراً خضماً يلتجىء إليه كل طالب للحقيقة، وكل قاصد لاختيار أحسن الأحكام وأنسب النظريات التي تحكم البشرية وتضمن لها الاستقرار في الحياة، والسعادة بعد الوفاة.

وإنني أعتقد أن الاقتصار على مذهب واحد لا يعطي صورة كاملة عن الفقه الإسلامي، كما أنه لا يلبي حاجة العصر وما فيه من تطورات واختراعات، فما يقصر عنه مذهب واحد يوجد

---

(١) الميزان الكبرى، له: ١/٣.
(٢) المدخل الفقهي العام، له: ١/١٨٥.

في مذهب آخر.

ولقد كان الاقتصار على مذهب واحد في القرن الماضي، المقترن بالتعصب المذهبي، والجمود الفكري، والمعاصر لاتساع آفاق العلم والمعرفة، كان الاقتصار على مذهب واحد سبباً من أسباب الانحراف نحو الغرب، واقتباس قوانينه وتشريعاته، اعتقاداً منهم أن الشريعة قاصرة عن متطلبات العصر، وعاجزة عن مسايرة تطوره.

ولا ينكر عالم مخلص فائدة الدراسة المقارنة بين المذاهب في الأحكام الفقهية وأدلتها، وبيان مدى التشابه والتباين بينها، واختيار أقواها دليلاً وأكثرها تحقيقاً لمصالح الناس مع مراعاة تغير الظروف والأزمان، بالإضافة إلى تكوين ملكة فقهية تساعد على الاستنباط والتخريج في مواجهة الأحداث الجديدة والحاجات اليومية، والاستعانة بقواعد كل مذهب وأحكامه بما يكون متناسباً مع المصالح الزمنية[1].

المقارنة مع القانون:

والناحية الثانية هي المقارنة مع القوانين الحديثة، ولقد قصرت المقارنة هنا على النقاط الهامة، والمواضع البارزة مع الاستعانة ببعض المصطلحات القانونية.

والاتجاه اليوم في التأليف والتبويب الفقهي يترسم خطا التصنيف والتقسيم القانوني بالإضافة إلى اقتباس مصطلحاته ومقارنتها وبيان مناطها في الفقه الإسلامي، وإبراز ما يماثلها من نظريات وأحكام شرعية، بقصد إظهار غزارة الفقه الإسلامي وسعة شواطئه، وما يحتوي من أصالة في البحث، وعمق في النظر والتدليل، ومرونة في الاجتهاد والتطبيق.

وإني لا أرى غضاضة في اتباع هذا الطريق، فقد ابتلينا بالقوانين الأجنبية تشريعاً وتطبيقاً ودراسة وتأليفاً، حتى أصبحت مألوفة في أسماع المسؤولين والعلماء والمتعلمين، وكادت أن تصبح الأحكام الشرعية والمصطلحات الفقهية ألغازاً يصعب فهمها، ويعسر هضمها، وأصبح الجيل الناشيء غريباً عن دينه وفقهه وتراثه، فصار الواجب على الباحثين في الفقه أن يبرزوا مكنونه ويظهروا لؤلؤه، ويجلوا غوامضه، بأسلوب عصري مبسط، ولغة يفهمها الجميع، ليقولوا لهم: ﴿هذا كتابُنا ينطقُ عليكم بالحق﴾[2] ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الحَقِّ إلَّا الضَّلَال﴾[3] فيقطعوا

---

(١) لمس الجميع فوائد الدراسة المقارنة، فاتخذت أساساً في الدراسات العليا وأنشيء قسم الفقه المقارن، ودبلوم الفقه المقارن في كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر وغيرها من الجامعات.

(٢) سورة الجاثية، الآية ٢٩.

(٣) سورة يونس، الآية ٣٢.

عليهم الحجة في تبني القوانين الأجنبية، ويوقظوا فيهم صحوة العزة والكرامة والشرف في اتخاذ الشريعة الإسلامية دستوراً وقانوناً، فالحديد لا يفله إلا الحديد، والسلاح لا يُقاوم إلا بسلاح مثله.

وإن المقارنة مع القانون هي لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، والحقيقة أن الشرع السماوي لا يقارن بالتشريع الوضعي، وأن الأحكام الإلهية لا توضع بجانب الأحكام الوضعية، ولذلك فقد كانت المقارنة على سبيل التنزل، ومخاطبة الناس على قدر عقولهم، لنصل معهم إلى بيان فضل الشريعة ومزاياها الجمة، ونواقص القانون والثغرات في نصوصه[1].

وإن نتيجة المقارنة مع القانون تظهر أنه ما من نظرية أو رأي معقول إلا وقد سبق إليه أحد الفقهاء السابقين، وهذا ما نلاحظه في ثنايا البحث، كما أن المقارنة مع القوانين لا تعني مطلقاً محاولة التوفيق بينها وبين الشريعة، بل يجب الحفاظ على وجوه الاختلاف الذي يؤكد استقلال الشريعة ويبين منهجها ويحافظ على صبغتها ويدعم مقوماتها وطابعها[2].

والخلاصة أنني سرت في منهج البحث على الاستنارة بكتاب الله تعالى، والاستهداء بسنة رسوله ﷺ، ودراسة فقه الصحابة والتابعين واجتهاد أئمة الفقه الإسلامي في مختلف مذاهبه، ثم الإشارة إلى الشرائع الوضعية والمبادىء القانونية.

خطة البحث:

وقد سرت في إعداد الرسالة على الخطة التالية:

رتبت البحث على ثلاثة أبواب وخاتمة.

الباب التمهيدي: في عموميات الإثبات، وتناولت فيه ما يمهد للإثبات في فصلين:

الفصل الأول: في تعريف الإثبات وأهميته وشروطه وضرورته ومكانته في الكيان الفقهي والتشريعي، مع إعطاء نبذة مختصرة عن تاريخ الإثبات وطرقه وتطوره، وبينت أثر العقيدة

---

(١) إنني إذا أبين فضل الشريعة ومزاياها الجمة، ونواقص القانون والثغرات التي تعتور نصوصه، فإن ذلك لم ينشأ عن تعصب أو جهل بالقانون، ولا ألقي الكلام فيه افتراء، وإنما أقوله بعد أن درست القانون دراسة تخصصية كاملة في مدة تزيد عن سبع سنوات في دراستي الجامعية في كليتي الشريعة والحقوق، وقد لمست أثر المقارنة وفائدتها وأصبحت هواية في نفسي، وحصلت من جامعة دمشق على ليسانس الشريعة من كلية الشريعة، وليسانس الحقوق من كلية الحقوق، كما حصلت على دبلوم الأحوال الشخصية وماجستير الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، وعلى دبلوم الشريعة ودبلوم القانون العام من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ونسأل الله التوفيق والسداد.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الدكتور أحمد السنهوري: ١/ ٣.

والأخلاق في الإثبات الشرعي.

الفصل الثاني: في محل الإثبات، فعرضت لنصوص الفقهاء، واستنبطت منها محل الإثبات وأنه واقعة أو حق، ثم ذكرت تعريف الحق باعتباره محلاً للاثبات، وتعرضت لتقسيم الحقوق وأنواعها، لتوقف الاعتماد عليها في مجال الإثبات في كل وسيلة على حدة، وختمت الفصل بشروط محل الإثبات، والاختلاف في شهادة النفي.

الباب الأول: في الإثبات، وفيه سبعةُ فصول ذكرت فيها الوسائل الشرعية التي أقرتها الشريعة في إثبات الحقوق، وأفردت كل وسيلة في فصل.

الفصل الأول: في الإثبات بالشهادة، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الشهادة وأركانها ولفظها.

المبحث الثاني: في مشروعية الشهادة وحكمتها وشروطها وحكم تحملها وأدائها.

المبحث الثالث: في حكم الشهادة وهو الأثر المترتب عليها.

المبحث الرابع: في نصاب الشهادة، وتناولت فيه اشتراط النصاب واختلاف الفقهاء فيه، ثم فصلت الكلام في مقدار النصاب في أربعة مطالب وهي:

المطلب الأول: في شهادة الرجلين، والحالات التي تصح فيها.

المطلب الثاني: في شهادة الرجل والمرأتين والحالات التي تجوز فيها.

المطلب الثالث: في شهادة الشاهد الواحد واليمين، مشروعيته، وحالاته.

المطلب الرابع: في شهادة النساء منفردات، والحالات التي تصح فيها شهادتهن.

الفصل الثاني: في الإثبات بالاقرار، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الإقرار وأركانه.

المبحث الثاني: في مشروعية الإقرار وحكمته ومحاسنه وشروطه.

المبحث الثالث: في حكم الإقرار وهو الأثر المترتب عليه، وحجيته القاصرة والاختلاف في تجزئته، والفرق بينه وبين الشهادة.

المبحث الرابع: في الحقوق التي تثبت بالإقرار، وشموله لجميع أنواع الحقوق، وأفردت ثلاث مسائل لأهميتها الكبرى، واختلاف الفقهاء فيها، وكثرة الأحكام المتعلقة بها،

وهي الإقرار بالنسب وإقرار المريض في مرض الموت، والإقرار بالكتابة.

الفصل الثالث: في الإثبات باليمين وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف اليمين وألفاظها وأنواعها.

المبحث الثاني: في مشروعية اليمين وحكمتها ومحاسنها وصيغتها وشروطها.

المبحث الثالث: في حكم اليمين في سقوط الحق والدعوى.

المبحث الرابع: في الحقوق التي تجوز فيها اليمين والحقوق التي لا تجوز فيها.

المبحث الخامس: في اليمين المردودة والنكول والاختلاف فيهما.

وختمت الفصل ببيان الفرق بين اليمين والشهادة.

الفصل الرابع: في الإثبات في الكتابة، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الكتابة وأنواعها وتطورها.

المبحث الثاني: في مشروعية الكتابة ومحاسنها.

المبحث الثالث: في حكم الإثبات بالكتابة، واختلافه حسب الأنواع.

المبحث الرابع: في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالكتابة، وخصصت هذا المبحث بذكر الحالات الرئيسية التي تعرض لها الفقهاء بالتفصيل وهي البراءات السلطانية وكتاب القاضي وديوان القضاء، والكتابة التي تتضمن شهادة وكتابة الحقوق والديون الفردية وصكوك العقود.

الفصل الخامس: في الإثبات بالقرائن وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف القرائن وشروطها وأنواعها.

المبحث الثاني: في مشروعية القرائن وحكمتها.

المبحث الثالث: في حكم القرائن، وأنها وسيلة احتياطية، ودليل غيرمباشر في الإثبات.

المبحث الرابع: في حالات القضاء بالقرائن في الحدود والقصاص باختصار، ثم فصلت الكلام في غير ذلك من الحقوق، وأفردت بالبحث القيافة والفراسة والتصرف والحيازة.

الفصل السادس: في الإثبات بعلم القاضي وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في مشروعيته.

المبحث الثاني: في الحقوق التي يجوز فيها القضاء بعلم القاضي.

المبحث الثالث: في موقف القانون من علم القاضي.

الفصل السابع: في الإثبات بالمعاينة والخبرة، وأفردت كلا منها في مبحث مستقل فبينت مشروعيتها والفروع التي تطبق عليها.

الباب الثاني: في أحكام الاثبات العامة:

وانتقلت إلى الباب الثاني وبحثت فيه أحكام الإثبات العامة في خمسة فصول:

الفصل الأول: في الإثبات بين الاطلاق والتقييد، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في حصر وسائل الإثبات.

المبحث الثاني: في دور القاضي في قبول وسائل الإثبات ومدى حريته في ذلك.

المبحث الثالث: في صلة الإثبات بالنظام العام.

المبحث الرابع: في تقسيم وسائل الإثبات.

الفصل الثاني: في عبء الإثبات وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف عبء الإثبات وأهميته.

المبحث الثاني: في معرفة المدعي والمدعى عليه، وبيان الضوابط في ذلك، والكلام عن المرجحات الأولية عند التمييز بينهما.

المبحث الثالث: في قواعد عبء الإثبات وتوزيعه بين المدعي والمدعى عليه.

المبحث الرابع: نقل عبء الإثبات والإعفاء منه.

الفصل الثالث: في قوة الإثبات وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في أثر الإثبات على المدعى به، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: في أثر الإثبات في الظاهر والباطن.

المطلب الثاني: قوة الإثبات من حيث الظنية والقطعية.

المبحث الثاني: أثر الإثبات على الأشخاص، ومدى تعديه إلى الآخرين.

المبحث الثالث: حقيقة قوة الإثبات للإخبار.

الفصل الرابع: في أثر الشبهة في الإثبات، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الشبهة الصادرة من مقدم الإثبات، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الشبهة التي تقع من المدعي.

المطلب الثاني: الشبهة التي تقع من المدعى عليه.

المبحث الثاني: الشبهة الصادرة من المقدّم ضده الإثبات.

المبحث الثالث: الشبهة في ذات الإثبات، وفيه أربعة مطالب.

المطلب الأول: في تغير حال الشهود.

المطلب الثاني: في بطلان الشهادة وتقادم العهد.

المطلب الثالث: في الرجوع عن الشهادة.

المطلب الرابع: في الاختلاف في الشهادة.

الفصل الخامس: في التعارض والترجيح في وسائل الإثبات وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف التعارض والترجيح، وتحديد حالات التعارض وشروطه وحكم التعارض، واختلاف الفقهاء في ذلك.

المبحث الثاني: في الجمع والترجيح.

المبحث الثالث: في انعدام الترجيح وموقف القاضي في فصل النزاع واستخدام القرعة أو القسمة أو التحالف.

الخاتمة: وجمعت فيها النتائج التي وصلت إليها في خلال البحث والمقارنة.

هذا ما قصدت دراسته وبحثه، راجياً بذلك خدمة هذه الشريعة النيرة، والمساهمة في تأدية الأمانة بالدراسة والفهم والعرض، عسى الله أن يردنا إلى ديننارداً جميلاً،وأن يلهمنا العمل بكتابه وسنة رسوله ﷺ، وعسى أن يجد المشروعون مادة قريبة المتناول لاستمداد قانون الإثبات من الفقه الإسلامي الذي يمتاز بالدعامة الروحية والخلقية، وهذا ما تصبو إليه معظم الدساتير العربية.

ولا يسعني إلا أن أتقدم بوافر الشكر والامتنان والاعتراف بالجميل لأستاذنا الفاضل الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي ـ أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن في جامعة الأزهر ـ الذي

تفضل مشكوراً بالاشراف على الرسالة، وتقديم النصح والإرشاد والتوجيه، جزاه الله كل خير، كما أشكر جميع الأساتذة الأفاضل الذين أمدوني بالعون المستمر وكانوا لا يضنون بعلم ولا وقت، ويُؤثرون ولا يَستأثرون، ويمنحون ولا يمنعون، وأختم هذه المقدمة بقول «صاحب القاموس»: «ضارعاً إلى من ينظر من عالمٍ في عملي أن يستر عثاري وزللي، وأن يسدد بسداد فضله خللي، ويصلح ما طغى به القلم، وزاغ عنه البصر، وقصر عنه الفهم، وغفل عنه الخاطر فإن الإنسان محل النسيان، وإن أول ناسٍ أول الناس، وعلى الله التكلان».

وأسأله أن يجعلني من الذين إذا أحسنوا استبشروا، وإذا أساءوا استغفروا، وعلى الله قصد السبيل وهو الموفق لما في السداد.

محرم ١٣٩١ مارس (آذار) ١٩٧١

محمد مصطفى الزحيلي

دمشق ـ دير عطية

الباب التمهيدي

في

تعريف الإثبات ومحل الإثبات

قبل أن نشرع في الكلام عن الإثبات ووسائله وأحكامه نقدم بين يدي البحث بعض الأمور التي تمهد له، وتنير الطريق أمامه، فنتناول تعريف الإثبات، ونبين أهميته، ونشرح شروطه العامة، ونذكر مكانته وتطوره التاريخي، وأثر العقيدة والأخلاق فيه، ثم نسعى في بيان محل الإثبات الذي يصح الإدعاء به، ويقع الإثبات عليه، مع استعراض شروط المحل التي يجب توفرها فيه ليُنْتِجَ الإثبات أثره، ونقسم الكلام في ذلك إلى فصلين:

الفصل الأول: في تعريف الإثبات وأهميته وتطوره وشروطه.

الفصل الثاني: في محل الإثبات وشروطه.

الفصل الأول

في

تعريف الإثبات وأهميته وتطوره وشروطه

وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول

في

تعريف الإثبات

تعريف الإثبات لغة:

الإثبات لغة: إقامة الثبتَ وهو الحجة[1].

تعريف الإثبات في اصطلاح الفقهاء:

استعمل الفقهاء الإثبات بمعناه اللغوي، وهو إقامة الحجة، غير أنه يؤخذ من استعمالاتهم أنهم يطلقونه على معنيين عام وخاص.

فقد يطلقونه ويريدون به معناه العام، وهو إقامة الحجة مطلقاً سواء كان ذلك على حق أم على واقعة، وسواء أكان أمام القاضي أم أمام غيره، وسواء أكان عند التنازع أم قبله، حتى أطلقوه على توثيق الحق وتأكيده عند إنشاء الحقوق والديون، وعلى كتابة المحاضر والسجلات

---

(١) ثَبَتَ الشيء ثباتاً وثُبوتاً دام واستقر، وثبت الأمر تحقق وتأكد ويتعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال اثبته وثبته أي عرفه حق المعرفة وأكده بالبينات، فمادة ثبت تفيدُ المعرفة والبيان والدوام والاستقرار، والمصدر ثبات وثبوت، وهو ثابت وثبيت وثَبْت، ورَجل ثبت: متثبت في أموره، والاسم ثبت، ومنه قيل للحجة ثبت، ورجل ثَبْت إذا كان عدلاً ضابطاً، والجمع أثبات، وثبت محركة وهو الأقيس وقد يسكن وسطه، وقول ثابت صحيح، والثبت الحجة والبينة، وأثبت حجته أقامها وأوضحها، والإثبات تقديم الثبت، والإثبات ضد السلب والنفي.

انظر: القاموس المحيط، مجد الدين الفيروزا بادى: ١/ ١٤٤-١٤٥،

الصحاح، الجوهري، ١/ ٢٤٥، تاج العروس، الزبيدي ج١ ص ٥٣٤، مختار الصحاح، الرازي: ص ٨١، ٨٢، المصباح المنير، الفيومي: ١/ ٨٨، المنجد، معلوف: ص ٦٨.

الحسيه واكتشاف بعض مكنونات الكون، وعلى تحقق بعض الامور العلميه في الطب والفلك والرياضة والتاريخ وغير ذلك من المجالات العلمية، وذلك لأن كل قول في أي علم من العلوم لا قيمة له إلا بإثبات صحته، وذلك لا يتأتى إلا بإقامة الحجة عليه، وإلا كان قولاً مردوداً.

وقد يطلقون الإثبات ويريدون به معناه الخاص وهو: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية[٣].

وهذا المعنى الخاص هو ما نقصده في هذه الرسالة، ولذلك نتناوله بالشرح.

شرح التعريف

١ ـ **إقامة الدليل**: يعني تقديمه إلى من يُراد إقناعه بالأمر، ولا يعني إنشاءه، وإقامة الدليل يشمل الدليل العلمي والتاريخي، والدليل العام أمام القضاء وخارجه.

٢ ـ **أمام القضاء**: هذا قيد ضروري في الإثبات القضائي الذي تترتب عليه آثار من الإلزام، بالفعل أو الترك، ويفهم منه أن الإثبات ينصب على أمر متنازع فيه، مرفوع أمام القضاء ليبت في شأنه، أما توكيد الحقوق عند إنشائها سواء بالإشهاد أو بالرهن أو بالتوثيق الكتابي فلا يدخل في الإثبات، وإذا لم يكن هناك نزاع أمام القضاء فلا معنى للإثبات[٤].

٣ ـ **الطرق التي حددتها الشريعة**: وهذا يعنى أن أحكام الإثبات أحكام شرعية فلا يجوز إقامة الدليل أمام القضاء على حق إلا بالوسائل التي حددتها الشريعة[٥] بالنص أو الإجماع أو

---

(١) وهذا مأخوذ من المعنى اللغوي، كما جاء في (المصباح المنير ١/٨٨): أثبت الكاتب الاسم كتبه عنده.
راجع: حاشية البجيرمى على الخطيب: ١/٤، موسوعة الفقه الإسلامي: ٢ ص ١٣٦
فلسفته التشريع في الإسلام، المحمصاني: ص ٢٩٢.

(٢) التعريفات، له ص ٤

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي: ٢ ص ١٣٦.

(٤) الإثبات بالشهادة أو بالإقرار أو باليمين لا يؤتى ثمرةً أو ينتج أثراً إلا أمام القضاء، واخترت لفظ«أمام القضاء» دون «متنازع فيه»لأنه يتضمن بالضرورة التنازع والتخاصم، فلا يُرفعُ الأمرُ إلى القضاء إلا بعد الاختلاف فيه، ولا تقبل الدعوى أصلاً إلا حين الاختلاف، أما تعبير متنازع فيه فهو غير مانع فيدخل فيه الأمور المتنازع فيها بين الناس قبل رفعها إلى القضاء.

(٥) نقصد بالشريعة معناها العام وهو الفقه الإسلامي وما يتصل به، وكانت الشريعة في العصر الأول تُطلَقُ على ما نزل به الوحي على رسول الله ﷺ في الكتاب والسنة مما يتعلق بالعقائد والوجدانيات وأفعال المكلفين، وقد عرفوا الشريعة بأنها الأحكام التي شرعها الله لعباده على لسان رسول من الرسل، وعرفوا الفقه بأنه العلمُ بالأحكام الشرعية العملية المكتسبُ من أدلتها التفصيلية. (راجع: مذكرات في تاريخ التشريع الإسلامي، لأستاذنا الشيخ فرج السنهوري ص ١٦، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي: ص ١٣).

الاستنباط والاجتهاد، ولا يجوز إثبات الحقوق بالطرق الملتوية والأساليب غير الأخلاقية، وقد حددت الشريعة الغراء ـ بطريق تفصيلي أو إجمالي ـ وسائلَ الإثبات التي يجب أن يتقيد بها القاضي فلا يبقى حراً في قبوله للطرق المحرمة، ولا يجوز أن يبنى اقتناعه إلا في حدودها، وطرق الإثبات منها ما هو متفق عليه كالشهادة والإقرار واليمين، ومنها ما هو مختلف فيه كالكتابة والقرائن وعلم القاضي والخبرة والقافة والقسامة، وعلى كل حال فيجب على الحاكم المسلم إلزام القاضي بالوسائل التي يجوز الحكم بها.

٤ ـ **على حق أو واقعة**: وهذا القيد يبين محل الإثبات، والمقصود بالحق معناه العام الشامل، وهو كل ما يثبتُ للمسلم استيفاؤه، أو هو مصلحة تحميها الشريعة، أو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله على الغير. والواقعةُ الشرعية مصدر من مصادر الحق، أو السبب المنشىء للحق، وذلك لأن القاضي يجب أن يعلم شيئين الواقعة الشرعية والحكمَ الذي يترتب على إثبات هذه الواقعة، وتفترض الشريعةُ أن القاضي عالم بالقسم الثاني بموجب تولية القضاء فالعلم بالأحكام الشرعية شرط أساسي لتولي القضاء، ويبقى الإثبات منصرفاً إلى إثبات الواقعة التي يرتب عليها الشارع حكماً معيناً، وينشأ عنها حقوق والتزامات على الطرفين.

٥ ـ **تترتب عليها آثار شرعية**: وهذا هو الهدف والغاية من الإثبات، فلا يصح إثبات أمرٍ أو واقعة لا يترتب عليها أثرٌ من الآثار مثل إثبات أن المدعى عليه وكل المدعي فلا أثر لذلك لأن الموكل يستطيع عزل الوكيل في كل وقت، أو إثبات أمور طبيعية أو عادية كإثبات طلوع الشمس، أو إثبات الخلطة أو الجوار للشفعة مع بقاء الملك لصاحبه، أو إثبات التقادم قبل مضي المدة المطلوبة.

وقد يلتبس الأمر في تعريف الإثبات مع بعض المصطلحات الفقهية الأخرى كالثبوت والبينة والتوثيق، ولذلك نذكر تعريف هذه المصطلحات ونبين وجه الاتفاق والاختلاف بينها وبين الإثبات، لإزالة كل لبس في معناه وتعريفه.

الإثبات والثبوت: الإثبات هو إقامة الحجة والدليل والبرهان، من أثبت، وهو فعلٌ متعدٍ، والأدلة بشكل عام تفيد الظن الراجح، ولا تصل إلى درجة اليقين.

أما الثبوت فهو من ثَبتَ اللازم، فالثبوت هو الأمر الثابت يقيناً، أي هو وجود الأمر حقيقة بحسب الواقع، وهو وصف قائم بذات الشيء المدعى به قبل المدعى عليه.

وتقديم الدليل هو لإظهار الأمر الثابت وبيان حقيقة الحال، ويصدر عن المدعي، وكلما كان الدليل صحيحاً قوياً اقتربت الواقعة المراد إثباتها من الحقيقة الواقعية وكان القضاء صحيحاً، ولكن قد تثبت الواقعة عند القاضي ولا تكون ثابتة في الواقع، كالإثبات بشهادة

الزور، والإقرار الكاذب، واليمين الآثم، ولذلك كان القضاء حسب الظاهر، وقد يختلف عن الأمر الحقيقي، وقد يكون المدعى به ثابتاً في الواقع ولا يستطيع صاحبُهُ إثباته في الظاهر أمام القاضي بحجة سالمة عن المطاعن في ظن القاضي واعتقاده [1]، فبينهما عمومٌ وخصوص وجهي.

وهذا التفريق بين الإثبات والثبوت تفريق حسن، ولكنه لا أثر له في الحياة العملية إلا من الناحية الدينية، فإنه لا يلزم من الإثبات عند القاضي الثبوت في الواقع ونفس الأمر، ولا يحل للمحكوم لهَ أخذه ديانة عند أغلبية الفقهاء رحمهم الله تعالى، خلافاً للحنفية في بعض الحالات كما سنرى ذلك ان شاء الله تعالى[2]، وأن العجز عن إثبات الحق أمام القاضي لا يجعل المتنازع مباحاً لغير صاحبه، بل يجب عليه شرعاً أن يؤديه ويدفعه من تلقاء نفسه قبل أن يُحاسب عليه في الآخرة.

وهذا التقسيم يقترب من مقارنة القانونيين بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، ومدى الصلة بينهما[3]، مع الفارق بين الشريعة والقانون وهو أن الشريعة أقامت الوازعَ الديني والعقاب الأخروي لردع الادعاءات الباطلة، والكف عن أخذ أموال الناس بالباطل، ولو حكم بها القضاة، وصدرت بها الأحكام، وتكون العقيدة هي الضامن في تنفيذ ذلك، ولا مقابلة لذلك في القانون، ويُطلق رجالُ القانون على الحق الذي عجزَ صاحبُه عن إثباته أو تقادم العهد عليه التزاماً طبيعياً[4].

الإثبات والبينة:

البينة لغة الدليل والحجة، مؤنث البين، والجمع بينات، وتبين الشيء اتضح وظهر[5].

والبينة في الاصطلاح اختلف الفقهاء في تعريفها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البينة معناها الشهادة والشهود، لأنه يتبين الحق بهم، أو لأن الأغلب في البينات الشهادةُ لوقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الإشكال بشهادتهم.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[6].

---

(١) تبصرة الحكام: ١ ص ١١٤، الفروق، القرافي: ٤ ص ٥٤، تهذيب الفروق: ٤ ص ٩٨. ف ٢٢٥، طرق الإثبات الشرعية: ص ٣.

(٢) في فصل قوة الإثبات، الباب الثاني.

(٣) الوسيط في شرح القانون المدني، الدكتور عبد الرزاق السنهوري ٢ ص ١٥، ٢٧.

(٤) حق الملكية، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: ص ٦٥٣، المادة ٣٨٦ من القانون المدني المصري.

(٥) المصباح المنير: ١ ص ٩٧، القاموس المحيط: ٤ ص ٢٠٦.

(٦) كشاف اصطلاحات الفنون، التهانوي: ١ ص ١٥٦، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٦١، =

القول الثاني: أن البينة اسم لكل ما يبينُ الحق ويُظهره، فكل دليل أو حجة أو وسيلة في إثبات الحقوق، وإظهارها أمام القاضي فهي بينة، وهذا التعريف يتفق مع التعريف اللغوي، ويُرادف معنى الإثبات.

ذهب إلى ذلك ابنُ فرحون وابن تيمية وابن القيم وحسن صديق خان وغيرهم[1].

القول الثالث: أن البينة تشمل الشهود وعلم القاضي، لأن الحقَ يتبين بهما حقيقة. ذهب إلى ذلك ابن حزم[2].

وهذا الاختلاف اصطلاحيّ لا دليلَ عليه من كتابٍ أو سنةٍ، ولا مشاحةَ في الاصطلاح، فالجمهور يُقصِر استعمالَ البينة على الشهود، وابن تيمية وابن فرحون وابن القيم يستعملونها بالمعنى العام بكل ما يبين الحق ويظهره من الحجة والدليل والبرهان.

والأفضل أن تكون البينة أعم من الشهادة لاعتبار اللغة والعمل، أما من حيث اللغة فإن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره بأي طريق أو وسيلة.

وأما من حيث العمل فإن الفقهاء يطلقون البينة ويريدون بها الحجة مطلقاً في كثير من عباراتهم، ولذلك يستدرك الشارح غالباً على صاحب المتن ويقول: لو عبر بالحجة لكان أولى لتشمل، وفي باب الدعوى والبينات يعرفون البينة بأنها الشهادة، ثم يبحثون في هذا الباب وسائلَ كثيرة غير الشهود كاليمين، بل لا يتعرضون للشهادة فيه مطلقاً لأنهم يفردون لها باباً خاصاً بعنوان «الشهادة».

لذلك نرى إطلاق البينة على المعنى العام وعدم حصرها في طريق دون أخرى، وقد استعمل الفقهاء في جميع المذاهب هذا المعنى العام في ثنايا كتبهم، فالتعميم في معنى البينة يجعلها تشمل جميع الطرق والوسائل المتفق عليها والمختلف فيها، وتكون البينة بهذا المعنى ترادف الحجة والدليل والإثبات في معرفة الحق المدعى به، وتأكيد وجوده، لأن الحجة والدليل والبينةَ ألفاظٌ مترادفة.

أما القانون فقد اتفق مع جمهور الفقهاء في تعريف البينة وحصرها في الشهادة ولكنه يستعمل البينة في معناها العام أيضاً، فالقانون السوري صدر باسم «قانون البينات» خلافاً للقانون المدني المصري والقانون المدني السوري وقانون المرافعات المصري التي أطلقت البينة على الشهادة، وخروجاً من هذا التضارب في الاصطلاح والاستعمال نميل إلى استعمال

الأقناع: ٤ ص ٣٢٦، المرافعات الشرعية، عبد الحكيم محمد: ص ٥ هامش.

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم: ص ١٢، ٩٦ وما بعدها، أعلام الموقعين، له: ١ص ٩٠، تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١ ص ٢٠٢، ظفر اللاضي، حسن خان: ص ٩٦.

(٢) المحلى: ٩ ص ٤٢٦.

لفظ «الإثبات» وهو ما جرى عليه القانون في الجمهورية العربية المتحدة لعام ١٩٦٨.

الصلة بين إثبات الحقوق وتوثيقها:

التوثيق علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يدونُ فيها ما يصدر عن شخصٍ أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الاسقاطات.

وطرق التوثيق نوعان: الأول: طرق الإثبات كالكتابة والشهادة والإقرار واليمين والقرائن وغيرها، وهي التي تثبت الحق عند التنازع، والثاني: طرق لتأمين الحق والتمكين من استيفائه كالرهن والكفالة والحوالة[1].

ونقرر سلفاً أن توثيقَ الحق وإثباته لا يؤثران على الحق ولا على وجوده، ولا يعتبران من أركانه، واختلف الأئمة في اشتراط توثيق العقد بالشهادة والكتابة والرهن والكفالة، وإننا لنعرض لهذا الاختلاف بإيجاز لصلته الوثيقة بالإثبات.

جاءت الشريعة الغراء لترعى الفرد والمجتمع في جميع أحواله، فجاءت محكمةً من عند الله تعالى، منظمةً للمعاملات المالية والأحوال الشخصية، مع ملاحظة الطبيعة البشرية، وما جبلت عليه من حب المال والطمع في اكتسابه بالطرق الحلال والحرام، وإنكار الحقوق، وجحود الأموال إلا من خشي جانب الله تعالى، فأقامت الشريعة نظام التوثيق لحفظ الحقوق، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يا أَيُّها الذَينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنْتُمْ بَدَيْنٍ إلى أَجلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُوهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿وإنْ كُنْتُم على سَفَرٍ ولمْ تَجِدُوا كاتِبَاً فَرِهَانٌ مَقْبوضَةٌ﴾ سورة البقرة «الآيتان ٢٨٢ - ٢٨٣ وقوله تعالى: ﴿فإذَا دَفَعْتُمْ إلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِم﴾ سورة النساء، الآية ٦، وقوله تعالى: ﴿فإذَا بَلَغْنَ أجلَهُنّ فأمْسِكُوهنّ بمَعْرُوفٍ أوْ فَارِقُوهُنَّ بِمعْرُوفٍ وأَشْهِدُوا ذَوَيّ عَدْلٍ منكم﴾ سورة الطلاق الآية ٢، فالله سبحانه وتعالى أمرَ بالكتابة والإشهاد والرهن بالاضافة إلى الكفالة وغيرها من وسائل التوثيق لصيانة الأموال وحفظ الحقوق، وضَبط الآثار والنتائج ومنع

---

(١) انظر: المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، لأستاذنا الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوي ص ٤٢، التوثيق والتشريعات المتعلقة به، المستشار احمد الفاضل: ص ١، وهي محاضرات على دبلوم الأحوال الشخصية في كلية الشريعة والقانون لعام ١٩٦٥ - ١٩٦٦، التوثيق في الكتاب والسنة، المستشار محمود مكادي ص ٢٦.

التجاحد والنُكْران، والزيادة في الحيطة والدقة والضَبْط وعدم النسيان، وقطعاً لدابرِ الفساد والانحراف، لأن الإنسان إذا توثق حقُه يندرُ أن ينكرَه الآخرُ خوفاً من الفضيحة والخزي والعار، ولأن الحق المؤيد بالكتابة أو الشهادة أو المضمون بالرهن قلما يحاول صاحبُه انكارَه، فيؤديَه طائعا مختارا، يقول الله تبارك وتعالى مبيناً أهمية التوثيق وفائدته وثمرته ﴿ذلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ وأَقْوَمُ للشَّهَادةِ وأَدْنَى ألا تَرْتابُوا﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢، فما هو حكم التوثيق ؟. والجواب فيه تفصيل.

اتفق الفقهاء على وجوب إعلان النكاح بالشهادة وغيرها لإظهاره وضمان النتائج المترتبة عليه، لما ورد في الحديث الشريف: «أَعْلِنُوا النكاحَ واضربوا عليه بالغِرْبال»[١] أي بالدُّفّ، ولقوله صلى الله عليه وسلم فيما روته عائشة رضى الله عنها: «لا نكاحَ الا بوليّ وشاهدي عَدْل»[٢]، وقوله صلى الله عليه وسلم «أيُما امرأةٍ نَكَحَتْ بغيرِ إذن وَلِيها وشاهدَي عَدْل فنكاحُها باطِل، وان دخلَ بها فلها المَهرُ»[٣]، وقوله صلى الله عليه وسلم «لا نكاحَ الا بشهودٍ»[٤] وقوله عليه الصلاة والسلام: «البَغايا اللاتي يُنْكِحْنَ أنفسَهن بغير بينة»[٥].

ولذلك فإن عقد الزواج يُعتبرُ عقداً شكلياً في الاصطلاح القانوني الحديث وفي ظل قوانين الأحوال الشخصية، فلا يرتب الشارع عليه الأحكام، ولا يعترف بحمايته بمجرد التراضي، بل لا بد فيه من الإشهاد[٦].

---

(١) رواه الترمذي وابن ماجه والبيهقي عن عائشة، وروى أحمد والحاكم من حديث عبد الله بن الزبير «أعلنوا النكاح» وروى أحمد والنسائي والترمذي وابن ماجه والحاكم من حديث محمد بن حاطب «فصل ما بين الحلال والحرام الضرب بالدُّف». (انظر: سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٢٠٩ - ٢١٠، سنن النسائي: ٦ ص ١٠٤، التلخيص الحبير، ابن حجر: ٢ ص ٤٠٩، المستدرك: ٢ ص ١٨٣، بلوغ المرام: ص ٢٥٠، التاج الجامع للأصول، منصور علي ناصيف: ٢ ص ٢٦٧، ٢٧٥).

(٢) رواه البيهقي في السنن عن عمران وعن عائشة، والطبراني في الكبير عن أبي موسى، (انظر: السنن الكبرى: ٧ ص ١١١، ١٢٤، الفتح الكبير: ٣ ص ٣٤٩)، وقال الذهبي: اسناده صحيح. (انظر: أسنى المطالب، درويش ص ٢٦٠)، ورواية «لا نكاح إلا بولي» رواها الأربعة وأحمد والحاكم.

(٣) رواه ابو داود والترمذي والحاكم في المستدرك والبيهقي وابن ماجه وأحمد عن عائشة والطبراني عن ابن عمرو. (انظر: سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٢٢٨، سنن أبي داود: ١ ص ٣٢٥، المستدرك: ٢ ص ١٦٨، السنن الكبرى: ٧ ص ١٢٤، الفتح الكبير: ١ ص ٤٩٥، المحلى: ابن حزم: ٩ ص ٤٦٥.

(٤) رواه البيهقي عن علي بلفظ «لا نكاح الا بولي، ولا نكاح إلا بشهود». (السنن الكبرى، ٧ / ١١١).

(٥) رواه الترمذي موقوفاً ومرفوعاً عن ابن عباس، (تحفة الأحوذي: ٤ ص ٢٣٤).

(٦) انظر: عقد الزواج وآثاره، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة: ص ٨٨ ط ١٩٥٨.

واختلف الفقهاء في اشتراط الإشهاد في النكاح على ثلاثة أقوال ، فقال الجمهور [1] : إن الشهادة شرط في صحة عقد النكاح للأحاديث السابقة ، وقال الإمام مالك [2] رضي الله عنه في المشهور : إنها شرط لحل الدخول وترتيب الآثار وليست شرطاً في العقد ، فلا مانع من الشهادة بعد العقد وقبل الدخول ، وحمل الأحاديث السابقة على حقيقة النكاح الذي هو الوطء دون العقد ، وقال مالك في رواية والامام أحمد في قول والشيعة الامامية وأبو ثور [3] : إنها ليست بشرط في النكاح ، لأنه عقد ، فصح من غير شهادة كالبيع .

وذهب الشافعي في مذهبه القديم والحنابلة في قول ورواية ابن بكير والقاضي اسماعيل عن مالك والقاضي عبد الوهاب عن شيوخه القرويين وعطاء وعمران [4] بن حصين الى وجوب الشهادة أيضاً في الرجعة وانقضاء العدة ، لقوله تعالى ﴿ فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَو فارقوهُنّ بِمَعْرُوفٍ وأَشْهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ للهِ ﴾ سورة الطلاق ، الآية ٢ ، وقال الجمهور [5] : بعدم اشتراط الشهادة فيها وحملوا الأمر على الندب والإرشاد .

---

(١) انظر : المهذب ، للشيرازي : ٢ ص ٤١ ،حاشيتي قليوبي وعميرة : ٣ ص ٢١٩ ، الحاوي ، الماوردي ١٢ ق ١٠٦ أ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٠٩ ، المغنى : ٧ ص ٨ ط القاهرة ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٤٤ ، جواهر العقود : ٢ ص ١٨ ، المقدمات الممهدات ، ابن رشد الجد : ٢ ص ٤٠ ، الاستفادة من كتاب الشهادة ، الشرنبلالى : ق ٢٠٤ أ ، المحلى ، ابن حزم : ٩ ص ٤٦٥ م ١٨٢٨ ، حاشية رد المحتار ، ابن عابدين : ٣ ص ٢١ ، المبسوط ، السرخسي : ١٦ ص ١٥٠ ، وقال الأسيوطي في (جواهر العقود : ٢ ص ٤٣٨) : اتفق الائمة رحمهم الله ان الشهادة شرط في النكاح ، وأما سائر العقود كالبيع فلا يشترط فيها الشهادة .

(٢) انظر : تبصرة الحكام : ١ ص ٢٠٩ ، حاشية الدسوقي : ٢ ص ٢١٦ ، فتح العلي المالك ، الشيخ محمد عليش : ١ ص ٤٢٣ ، سنن الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٤ ص ٢٣٦ .

(٣) انظر : المهذب : ٢ ص ٤١ ، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري : ٢ ص ٢٣٧ نشر بيروت ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٠٩ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، احمد الصاوي : ١ ص ٣٥٠ ، المغنى ، لابن قدامة : ٧ ص ٨ ط القاهرة .

(٤) أخرج أبو داود وابن ماجه أن عمران بن حصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها ؟ فقال طَلَّقتَ لغير سُنة وراجعتَ لغير سنة ، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعُدْ . (انظر : مختصر سنن أبي داود ومعالم السنن ٣ ص ١١٢ ، المقدمات الممهدات ، ابن رشد : ٢ ص ٩٧ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢١٠ ، تفسير ابن كثير : ٤ ص ٣٧٩ ، شرح المنهاج للمحلي : ٤ ص ٣ ، المهذب للشيرازي : ٢ ص ١٠٤ ، الأم ، للشافعي : ٧ ص ٧٦ .

وهذا ما أخذت به القوانين واللوائح المعمول بها في مصر ، (انظر المادة ١٨ من لائحة المأذونين الشرعيين لعام ١٩٥٥) .

(٥) انظر : رد المحتار ، ابن عابدين : ٣ ص ٤٠١ ، المقدمات الممهدات : ٢ ص ٩٧ ، تبصرة الحكام : ٢ ص ٢١٠ ، أحكام القرآن ، لابن العربي : ٤ ص ١٨٢٣ ، شرائع الإسلام : ٢ ص ٢٣٧ ، شرح المنهاج ، للمحلي ٤ ص ٣ ، الاستفادة من كتاب الشهادة ، الشُرُنْبُلالِيْ ق ٢٠٤ أ .

أما الإشهاد على التصرفات المالية عامة والعقود خاصة وبقية الأحوال الشخصية فقد اختلف الفقهاء فيه على رأيين : ـ

الأول : عدم الاشتراط ، وأن الاشهاد في العقود والمعاملات مستحب فقط ، وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والامامية [1] .

الثاني : اشتراطه ، وأن الإشهاد واجبٌ فيها وهو مذهب الظاهرية وابن جرير الطبري وسعيد بن المسيب والضحاك وسعيد بن جبير وعطاء ومجاهد وجابر بن زيد كما قال بفرضية الإشهاد في المداينة والبيع أهل سمرقند من الحنفية وفريق آخر منهم[2].

ولكل مذهب دليلهُ ، ونكتفي بعرض الآراء خشية الإطالة والخروج عن موضوع البحث ، ولا يقلل من أهمية التوثيق أنه سنةٌ مستحبة عند الجمهور ، لما يتمتع به من مزايا كريمة في حفظ الحقوق من الضياع وتوثيق المعاملات وضبط الديون ويكون وسيلة للاثبات عند التنازع ، ولذا لا يجوز إهماله كلية في المعاملات كما هو الشائع والواقع بين المسلمين ، ومن الغرابة بمكان أن هذا الحكم رغم اتفاق أكثر الفقهاء على ندبه واستحبابه فان المسلمين قد أهملوه بشكل كلي ، مع أنه أكثرُ ضماناً وأرضى لله تعالى ، وأشدُ احتياطاً ، روى الحاكم في المستدرك والبيهقي في السنن عن أبي موسى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ﴿ ثلاثةٌ يَدْعونَ الله فلا يُستجابُ لهم ، رجلٌ كانَ تَحْتَه امرأةٌ سيئةُ الخلقِ فلم يُطلقها ، ورجلٌ باعَ بيعاً فلم يُشهد ، والله تعالى يقول ﴿ وأَشْهِدُوا اذا تَبَايَعْتُمْ ﴾ ورجلٌ آتى سَفيها مالَه

---

(١) انظر : الحاوي ، الماوردي : ١٢ ق ١٠٦ أ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٠٩ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٤٤ ، تفسير ابن كثير : ١ ص ٣٣٦ ، أحكام القرآن ، للإمام الشافعي ، بتحقيق فضيلة الشيخ عبد الغنى عبد الخالق : ٢ ص ١٢٣ ، أحكام القرآن ، ابن العربي : ١ ص ٢٥٩ ، أحكام القرآن ، الجصاص الرازي : ١ ص ٥٧١ ، البحر الرائق : ٧ ص ٥٢ جواهر الكلام : ٦ ص ٤٤٢ ، الموجز في الوثيق ، الدكتور كمال الشورى ص ٦ ، الأم ، للامام الشافعي : ٧ ص ٧٧ ، ٧٤ .

(٢) انظر : المحلى : ٨ ص ٣٤٤ ، تفسير الطبري : ٣ ص ٧٩ ، التوثيق في الكتاب والسنة ، المستشار محمود مكادي ص ٢٧ محاضرات على طلبة دبلوم الأحوال الشخصية في كلية الشريعة والقانون لعام ١٩٦٥ ـ ١٩٦٦ ، الاستفادة من كتاب الشهادة الشُرُنبلالي : ق ٢٠٤ أ ، البحر الرائق : ٧ ص ٥٩ ، رد المحتار : ٣ ص ٢١ ، منحة الخالق على البحر الرائق : ، لابن عابدين : ٧ ص ٥٩ ، لسان الحكام : ص ٣٦ (نقلاً عن النصاب قال : الاشهاد على المبايعة والمداينة فرضٌ على العباد لانه يتلف المال لولاه الا اذا كان قليلاً أو تافهاً لا يُخاف عليه نحو درهم) ، وانظر أحكام القرآن لابن العربي : ١ ص ٢٥٩ .

وقد قال تعالى : ﴿ ولا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ ﴾ [1].

فالهدف من التوثيق هو تقويةُ وتأكيدُ الحق لمنع المدين أو الدائن من الانكار أو النسيان أو ادعاء الأكثر أو الحلول أو انقضاء الأجل . . فان حصل النزاع والخلاف تقدم وسيلة التوثيق كوسيلة للإثبات أمام القضاء ، لأن فائدة التوثيق الأساسية هي إثبات الحق المتنازع فيه أمام القاضي ، والتوثيقُ ليس إلا اعداداً مقدماً للإثبات منذ إنشاء الحق أو عند اجراء التصرفات المنشئة للحقوق ، كما أن الهدفَ الأخير من القضاء والإثبات هو حماية الحقوق [2] ، وإيصالها الى أصحابها ، ومنع الآخرين من الاعتداء عليها أو التعرض لها ، ولقطع دابر التنازع والتخاصم بين الناس ، وإزالة أسبابه بينهم ، وبذلك نرى أن التوثيق والإثبات موضوعان لهدفٍ واحد وغايةٍ واحدة ويكمل كلٌ منهما الآخر ، وانْ كان التوثيق يسبق الإثبات ، ويُهيأ عند انشاء التصرف ، كما أن التوثيق يشمل جميع طرق الاثبات الممكن اعدادُها مقدماً بالاضافة الى طرق التأمين الأخرى كالكفالة والحوالة والرهن وبيع الوَفاء عند الحنفية ، فكل توثيق إثبات ، ولا عكس ، فالتوثيق أعم من الاثبات .

تعريف الاثبات في القانون :

الإثبات في القانون لا يخرج في تعريفه ومعناه عما ورد في الشريعة ، وقد ذكر شراح القوانين تعريفاتٍ كثيرة للإثبات ، وهي تعريفات متشابهة ومتقاربة ، نذكر أهمها :

فقد عرفه الدكتور الصدة بقوله : « الإثبات هو إقامة الدليل أمامَ القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حقٍ مُنازع فيه » [3] .

وعرفه الدكتور السنهوري بقوله : « هو إقامة الدليل أمامَ القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعةٍ قانونية تَرتبت عليها آثارُها » [4] .

---

(١) رواه الحاكم في المستدرك : ٢ ص ٣٠٢ ولفظه « ورجل كان له على رجل مال فلم يُشهد عليه » وقال صحيح الإسناد على شرط الشيخين ، وقال الذهبي انه موقوف ، ورواه البيهقي بهذا اللفظ في السنن الكبرى ج ١ ص ١٤٦ ، تفسير ابن كثير ١ ص ٣٣٦ .

(٢) قال الامام الشافعي : وكل ما نَدبَ الله اليه من فرض أو دلالة فهو بركةٌ على من فعله ، (أحكام القرآن للشافعي : ٢ ص ١٢٤) ، وانظر : فتح القدير : ٥ ص ٤٧٠ ، ج ٦ ص ٣ ، ص ٧٥ .

(٣) الإثبات في المواد المدنية ، له : ص ٥ ، والدليل له عدة استعمالات منها أن كلّ وسيلةٍ مستعملة للدفاع ولاظهار وجود فعل مدعى به ومنكر من الخصم فهو دليل ، انظر : المقارنات التشريعية : ٣ ص ٣ .

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني ، له : ٢ ص ١٤

وعرفه الدكتور مرقس بقوله : « الإثبات هو إقامة الدليل على حقيقةِ أمر مدعى به ، نظراً لما يترتب عليه من آثارٍ قانونية » (١) .

والتعريف القانوني واضحٌ على ضوء ما سبق شرحه في التعريف الشرعي ، وأن القانون لم يُبح التمسك بأي دليل ، وانما حدّد طرق الاثبات ، وعين مجال كل طريق من الطرق وحدودها التي يجوز فيها الإثبات (٢) .

أما التوثيق في القانون فإن القوانين تقسم التصرفات القانونية إلى قسمين رضائية وشكلية ، فالعقود الرضائية تتم وتنتج أثرَها وتصبح لازمةً ويحميها القانون بمجرد التراضي واتفاق الطرفين كالبيع ، والعقود الشكلية هي التي لا تترتب عليها آثارُها التي رتبها القانون لها إلا بعد الاشهاد أو الكتابة ، وقد اتجه المشرع الى جعل جميع العقود رضائية ، واستثنى بعضها لنظرة خاصة ، فاشترط تسجيلها وكتابتها والإشهاد عليها لأهميتها وتعلق حق الغير بها ، وهي بيع العقارات وعقد الشركة والهبة والرهن التأميني والوصية في المواد المدنية ، أما في الأحوال الشخصية فلا تزالُ تسير وفقاً للشريعة الإسلامية مع تنظيم جديد في توثيقها وإثباتها بالكتابة مع اشتراط الشهادة التي أوجبتها الشريعة الغراء في عقد النكاح والطلاق والرجعة (٣) .

* * *

(١) الأدلة الخطية واجراءاتها له : ص ١ ، وموجز أصول الاثبات ، له ص ١ وانظر المراجع التي أشار اليها في كتابه الأول .

(٢) راجع أيضاً في تعريف الإثبات في القانون : نظام الإثبات ، الدكتور عبد الباسط جميعي ص ٩ ، ٤٢ ط ثانية ، المداينات ، عبد السلام ذهني : ١ ص ٩٣ ، نظرية الحق ، الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٤٣ ، ٢٥٨ ، رسالة الأثبات ، أحمد نشأت : ١ ص ٦ ، المقارنات التشريعية : ٣ ص ٣ .

(٣) نصت المادة ١٨ من لائحة المأذونين الشرعيين في الجمهورية العربية المتحدة لعام ١٩٥٥ على ما يلي : يتولى المأذون توثيق عقود النكاح وإشهادات الطلاق والرجعة ، وهذا يتفق مع مذهب الشافعي القديم ومن معه في وجوب الإشهاد على الطلاق والرجعة ، وانظر المرسوم التشريعي رقم ٨٨ لعام ١٩٤٨ الملحق بقانون البينات السوري .

المبحث الثاني

في

أهمية الإثبات وتطوره

جاءت الشريعةُ الغَراءُ بالأحكام الشرعية ، فأقرت الحقوقَ بجميع أنواعها ، وأعطت كلَ ذِي حقٍ حقَه ، ورسمت الطريق في كيفية استعمال هذه الحقوق ، وأساليب ممارستها بما يحقق التكافلَ الاجتماعي ، والتضامنَ بين الأفراد وبما يؤمن الاستقرار في المعاملات .

ولكن الطبيعة البشرية جُبلت على حب الذات والأنانية ، والطمع بما في أيدي الناس ، والاعتداء على حقوق الآخرين ؛ ومحاولة سَلبها ، أو الاستئثار بها ، أو الاستيلاء عليها ، إما بالقوة ، وإما بالادعاءات والحيل ، يقول الخطيب الشربيني : «إنّ طباعَ البشر مجبولةٌ على التظالم ، ومنعِ الحقوق ، وقلَّ من يُنصفُ نفسَه »(١) .

وكثيراً ما يكون الانسان ذئباً على أخيه الإنسان ، فيحاول الإضرار به ، وأخذ ماله وهتك عرضه ، ويتطاول عليه في البيع والشراء ومختلف المعاملات المالية ، فتثور بينهم الشحناءُ والخصومات .

وقد يتساهل بعض الناس في تطبيق الأحكام الشرعية ، ويتهربون من تطبيق الواجبات المفروضة عليهم .

لذلك كله أقامت الشريعة الغراء القضاءَ لحفظ الحقوق ، وإقامة العدل ، وتطبيق الأحكام ، وصيانة الأنفس والأعراض والأموال ، ومنع الظلم والاعتداء ، وإنصاف الناس بعضهم من بعض ، ويتولى القاضي هذه السلطة ، ولكن القاضي يستحيلُ عليه الإحاطة بجميع الحوادث والوقائع بنفسه ، وهو أمام خصمين يدعى كلٌ منهما الحق ، وينسبه الى نفسه ، فيأتي دور الإثبات لانهاء النزاع ورد الحق الى صاحبه ، وتكون البينة هي سند القاضي في أحكامه ، وهي وسيلة المدعي في تأييد دعواه ، وإظهار حقه .

فالإثبات ـ في الغالب ـ هو المعيار في تمييز الحق من الباطل ، والسمين من الغث ،

(١) مغني المحتاج ، له : ٤ ص ٢٧٢ .

وهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة ، والدعاوى الباطلة ، وهذا ما نلمسه في الحديث الشريف الذي يعتبر منار القضاء ، وأساس الإثبات ، فقد روى ابن عباس رضي الله عنه أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال : « لو يُعطى الناسُ بدَعواهم لادعى رِجالٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهم ، ولكنَ اليمينَ على المُدعى عليه » وفي رواية البيهقي « البينةُ على المدعي واليمينُ على من أنكر » [1] وجه الدلالة أنه لا يقبل الادعاء بدون دليل ، وإلا تطاول الناس على الأعراض وطالبوا بأموال الآخرين ، واعتدوا على الأنفس والأرواح والأموال.

فكلُ ادعاء يحتاج الى دليل ، وكلُ قول لا يؤخذ به إلا بالحجة والبرهان ، وكلُ حق يَبقى ضعيفاً مهدداً بالضياع ، مجرداً عن كل قيمة اذا لم يُدعم بالإثبات ، ويصبح الحقُ عند المنازعة فيه هو والعدم سواء ، ولذلك قال بعض العلماء : ان الدليل فِديةُ الحق ، أو جزية الحق ، ولولا الإثبات لضاعت الحقوق ، وزهقت الأنفس ، كما ورد في الحديث الشريف .

قال محمد بن عبد الرحمن البخاري : الشهادة سبب إحياء الحقوق ، قال عليه الصلاة والسلام « أكرموا الشهود فان الله يُحيي بهم الحقوق » [2] ، فالشهادةُ بمنزلة الروح للحقوق ، فالله أحيى النفوس بالأرواح الظاهرة ، وأحيى الحقوق بالشهادة الصادقة » [3] وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري : « الدليل هو قِوامُ حياة الحق ، ومعقِدُ النفع فيه [4] » .

وقال الشافعيُ رحمه الله : فالشهادة سبب قطع المظالم وتثبيت الحقوق [5] .

وتتأكد أهميةُ الإثبات أنه عام في جميع الحقوق ، سواء أكانت من الحقوق العامة ، أم

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن (انظر : صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني ، ٢ ص ٥٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ ص ٢ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي ٤ ص ٥٧٠ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٢٧٩ ط الحلبي ، نيل الأوطار ٨ ص ٣١٦ ، احكام الأحكام : ٢ ص ٢٩٧ ، نصب الراية ، الزيلعي : ٤ ص ٣٩١ ، السنن الكبرى ، البيهقي : ج ١٠ ص ٢٥٣ ، ج ٦ ص ٦٣ في باب الإقرار ، سبل السلام : ٤ ص ١٣٤ ، سنن النسائي . ٨ ص ٢١٨ ، سنن ابن ماجه ٢ ص ٧٧٨ .

(٢) رواه الخطيب في التاريخ وابن عساكر ، والبانباسي في جزئه . (انظر : الفتح الكبير : ١ ص ٢٢٦) ، وقال الحافظ ابو الفيض الغماري في كتابه (المغير : ص ٢٥) : قلت موضوع ظاهر البطلان ، وصرح الصغاني بوضعه وأقره العراقي . (أنظر أسنى المطالب: ص ٥٠) ، كشف الخفا ١ ص ١٩٥ ، الفوائد المجموعة للشوكاني ص ٢٠٠ .

(٣) محاسن الاسلام ، له : ص ١١٢ .

(٤) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨ ، وكان يحتضن قواعدَ الإثبات حتى عام ١٩٦٨ ، راجع المذكرة الايضاحية ، الدكتور جمال الدين العطيفي : ٢ ص ٣٩٦ ، والوسيط ، السنهوري : ٢ ص ١٦ ونظام الاثبات ، جميعي : ص ٧ ، وشرح قانون الاثبات الجديد ، عنبر ص ١٤ .

(٥) أحكام القرآن ، الامام الشافعي : ٢ ص ١٢٥ .

من الحقوق الخاصة ، وسواء في ذلك الحقوق المالية والحقوق العائلية ، وسواء الحقوق المادية والحقوق المعنوية أو الأدبية ، وان وظيفة الإثبات يومية ودائمة على مر الزمان والعصور ، ويلجأ اليه الأفراد في كل نزاع ، ويستخدمه القاضي في كل قضية ، ويكفي أن نُلقي نظرة سريعة على إحدى المحاكم لنرى مئات الأشخاص وآلاف الدعاوى تتوقف كلها سلباً أو إيجاباً على الإثبات .

وقد لمس الشارع الحكيم أهمية الإثبات ، ومكانته في المجال التشريعي والقضائي ، فنظم أحكامه ، ونص على الوسائل الشرعية للإثبات ، وطرق استعمالها .

كما تجلت أهمية الاثبات منذ العصور الأولى في التنظيم القانوني ، فنصت عليه الشرائع والقوانين منذ أقدم الأزمنة ، وبرز واضحاً جلياً في العصور الحديثة فوضعه المشرع في القوانين المدنية وأصول المرافعات ، ثم أفرده بقانون خاص ، فصدر قانون البينات السوري عام ١٩٤٧ ، وصدر قانون الإثبات المصري الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (١) .

والخلاصة : فإن الإثبات يتحققُ به حقنُ الدماء ، وصيانةُ الأعراض ، وردُ الحقوق الى أصحابها ، واستتبابُ الأمن في المجتمع ، وسيادةُ الطمأنينة والنظام ، وان تنظيمَ الإثبات وتقنينه علامةٌ على تنظيم الحياة الإنسانية ، ودليلٌ على غروب النظام البدائي والقبلي الذي يَعتمد على التقاضي الفردي أولاً والقوة المادية ثانياً (٢) .

وجاء الإثبات في الشريعة الإسلامية متكاملاً في ذاته ، ومتميزاً عن غيره ، ولذلك فإننا نستعرض نبذة تاريخية عن تطور الإثبات القضائي ، وبيان خصائص الإثبات الشرعي .

نبذة تاريخية عن أدوار الإثبات القضائي :

يقول شراح القانون (٣) إن الإثبات القضائي مر بثلاثة أدوار نشير إليها باختصار وهي : -

---

(١): أول قانون أفرد قواعد الاثبات بقانون خاص وتشريع مستقل هو التشريع الانكليزي والاميركي في « قانون الاثبات low of Evidence وقد حذا حذوهما قانون البينات السوري والقانون السوداني ، وأخيراً أخذ المشرع المصري بهذا المنهج وأصدر قانونه الجديد . راجع : موجز أصول الاثبات ، مرقس : ص ٦ ، الأدلة الخطية ، مرقس ص ١٦ رسالة الأثبات ، نشأت : ١ ص ٢٧ .

(٢) انظر : نظام الاثبات ، الدكتور عبد الباسط جميعي ص ٧ وما بعدها ، المدخل الفقهي العام ، الاستاذ الزرقا : ج ١ ص ٦٠٠ ، الأدلة الخطية ، مرقس ص ٢ .

(٣) انظر : رسالة الأثبات ، أحمد نشأت : فقرة ٣ ج ١ ص ١٠ ط ٦ وما بعدها ، حجية القرائن ، فتح الله زيد ص ٤ نقلاً عن أحمد صفوت في النظام القضائي في انكلترا ، المقارنات والمقابلات ، محمد صبري : ص ١٨٤ وما بعدها ، =

١ ـ عهد ما قبل القضاء الذي كان يعتمد على القوة الشخصية ، فكان كلُ شخص يقضي لنفسه بنفسه ويصلُ الى حقه بقوته ، وينتقمُ لنفسه من خصمه ، ولم يكن هناك شريعة ولا قانون ، وكان الحقُ للقوة ، فيستعين الشخص بأقاربه ، وقد تهبُ القبيلةُ كلها لنجدته سواء كان ظالماً أو مظلوماً كما قال الشاعر عنهم :

لا يَسألون أخاهُم حين يَندُبُهم في النائباتِ على ما قالَ بُرهانا

وقد يستخدمون السحر والحيل والألاعيب والغدر والترصد للايقاع بالخصم بأية وسيلة .

٢ ـ عهد الدليل الإلهي ، وسُمِيَ بذلك لأنهم كانوا يمارسون بعضَ الطُقوس التي تُنسَبُ للدين ، ويعتقدون أن الاله ينصرُ المظلوم وينتقم من الظالم بقوة خفية وبصورة فورية ويستسلمون لمشيئته وقدره ، فيُعطون السمّ الى المتهم ، أو يُلقونه في النهر ، أو يَصبون عليه الزيت أو الماء المغلي ، أو يكلفونه أن يضع لسانه على النار أو أن يقبض عليها بيده ، أو يُعرض لعَضّ الثعابين ، فان لم تؤثر عليه هذه المحاولات ثبتت براءتُه وإلا ثبت عليه الجرم ، ويُطلقون على هذه الطرق « الامتحان » وبَقي معمولاً بها في انكلترا حتى القرن الثالث عشر عام ١٢١٥ .

وهذه الأعمال تنبعُ من المفهوم البدائي للدين ، وكان الكاهن وغيره يتلاعب فيها بالغش والهوى والشعوذة ، ويُعطي كمية قليلة من السُمّ أو مقداراً كبيراً حسب هواه وما يروق له من الخصوم . ثم بدأ التخفيف من هذا الأسلوب فصاروا يجربون السُمَّ في حيوانٍ للخصم ، أو يقسمون الأيمان ويطلبونُ الهلاك والشر للكاذب ، أو الانتقام منه عن طريق الحفرة والسيف وغير ذلك ، لاعتقادهم أن الله تعالى يعاقب الحانث في الحال ، فيُلقى في الحفرة أو يُضرب بسيف القديس الذي يحلف أمامه .

وفي مرحلة لاحقة جمعوا بين القوة والعقيدة عن طريق المصارعة المبنية على القوة الشخصية واستمداد العون من الله لتأييد الحق ونصره ، وتقع المصارعة والنزال بين الخصوم أو بين النواب عنهم ، ثم اقتصروا على استئجار الأنصار والمصارعين نيابة عنهم ، واستمرت المصارعة في انكلترا حتى القرن الثالث عشر أيضاً ، وفي الهند والصين يلجئون الى الانتحار للتأكيد على ثبوت حقهم ، واستنزال الغضب والسخط على الخصم أو الكيد منه ، ولا يزال

= طرق الإثبات الشرعية ، الشيخ أحمد ابراهيم ص ٥٣٢ هامش نقلاً عن مُوسهيم في كتاب : تاريخ الكنيسة ، في الطرق التي كانت متبعة في توضيح الحق الى القرن الثاني عشر من الميلاد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، السنهوري : ٢ ص ١٥ هامش ٢ ، موجز أصول الإثبات ، برتس : ص ٢ ، نظام الإثبات ، جميعي : ص ٨٤ ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، اسماعيل غانم : ص ١٥٦ .

لهذه الطريقة أثرٌ حتى اليوم في الهند وفيتنام وغيرهما .

٣ ـ عهد الدليل الانساني الذي لَجأ الى طُرقٍ موضوعية ومحصورة وهي الاعتراف واليمين والشهادة ثم الكتابة والقرائن . وقد اختلفت الأساليب وتطورت السبل التي تتبع في الحصول على هذه الوسائل مثل استخدام التعذيب للاعتراف ، وتعيين الشهود الذين يشهدون على تزكية المدعي وصدقه ، أو على تزكية المدعى عليه وصدقه ، وفشت شهادة الزور ، وتزوير المستندات والأيمان الحانثة الآثمة حتى استقرت الوسائل في القوانين المدنية وقوانين الإثبات والبينات الحديثة على الشهادة والإقرار والكتابة واليمين والقرائن والخبرة والمعاينة ، ونصبت القوانين على حصر هذه الوسائل وعدم الخروج عنها [١] .

هذا التطور التاريخي للإثبات القضائي ـ وإن حاول شراح القانون تعميمه ـ لا ينطبق على عالمنا العربي وتاريخنا الإسلامي .

فقد عرف العرب قبل الإسلام المحكِّمين ، واشتهر في كل قبيلة محكِّم أو أكثر مثل أكثم ابن صَيْفي ، وقِس بن ساعدة ، وحاجب بن زُرارة ، والأقرع بن حابس ، وعامر بن الظَرب ، وضمُرة بن ضَمُرة التميمي ، وغيلان بن مَسْلَمة الثقفي وهاشم بن عبد مناف ، وعبد المطلب ابن هاشم ، وأبو طالب عم النبي ﷺ ، والعاص بن وائل ، والعَلاء بن حارثة وحُذام بنت الريّان وغيرهم من الرجال والنساء الذين أُثِرت عنهم الأقوال الخالدة والأمثال الثائرة في قواعد الإثبات والتحكيم [٢] ، وكانت طرقُ الاثبات عندهم أقربَ الى الصواب والمنطق والعدل إذا قورنت بطرق الإثبات مع الأمم الأخرى فكانوا يعتمدون على الإقرار والشهادة والقرائن والقُرعة والفِراسة والقِيافة ، والقسامة والعِيافة [٣] ، ومن أقوالهم المأثورة « البينةُ على المدعي واليمين على من أنكر » الذي ينسب الى قِس بن ساعدة ، وعندما نزلت الشريعة الاسلامية أقرت بعض هذه الطرق ورفضت بعضها الآخر وأرست دعائمَ العدل ، وقواعدَ الإثبات ، وأعلنت طرق الإثبات المعروفة اليوم منذ لحظة نزولها بدون تطور ولا تجارب ، وقضت الى الأبد على الوسائل البدائية ، وطرق الشعوذة ، والاعيب الكُهان ومنعت القضاء الشخصي واستخدام القوة والمصارعة والامتحان التي يندي لها جبين العدل .

---

(١) وسار التطور القانوني الى مرحلة رابعة ـ تجدر بنا الاشارة اليها ـ وهي مرحلة ترك الحرية للقاضي ليكون عقيدته في الدعوى ، من أي مصدر أو وسيلة ، وهي تقتصر على المجال الجنائي فقط .

(٢) انظر : نهاية الأرب في معرفة أحوال العرب ، محمود شكري الألوسي : ١ ص ٣٠٨ ، عمر بن الخطاب وأصول السياسة والادارة الحديثة ، الدكتور سليمان الطماوي ص ٣٢٦ ط أولى ، القضاء في الإسلام ، عطية مصطفى مشرفة : ص ٢٢ ط أولى ١٩٣٩ .

(٣) القيافة هي بيان هيئة الانسان ، والعيافة هي تتبع آثار الأقدام والأخفاف والحوافر .

قال تعالى مُبيناً أهميةَ الدليل والبرهان في إثبات الأقوال والحقوق : ﴿ والذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بأرْبَعَةِ شُهَداءَ فاجْلِدُوهُمْ ثَمانينَ جَلْدَةً ، ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أبداً وأولئكَ همْ الفَاسِقُون ﴾ سورة النور الآية ٤ .

وقال تعالى : ﴿ واللاتي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُم فاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فإنْ شَهِدُوا فأمسِكُوهُنّ في البُيُوتِ ﴾ سورة النساء الآية ١٥ .

وقال تعالى : ﴿ فاذا دَفَعْتُمْ إليهم أَمْوالَهم فأشْهِدوا عَلَيْهِمْ ، وكَفَى باللهِ حَسِيباً ﴾ سورة النساء الآية ٦ .

وقال تعالى ، في طلب الحجة والبرهان في الجدل والمناقشة والاعتقاد : ﴿ ومَنْ يَدْعُ مع اللهِ إلهاً آخرَ لا بُرهانَ له به فإنَّما حِسَابُه عِنْدَ رَبِّهِ إنَّهُ لا يُفْلِحُ الكَافِرُونَ ﴾ سورة المؤمنون الآية ١١٧ ، وقال تعالى ﴿ أإلهٌ مَعَ اللهِ ؟ قلْ هاتُوا بُرْهَانَكُمْ إنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴾ سورة النمل الآية ٦٤ ، وقال رسول الله ﷺ : « البينةُ على المُدعي واليمينُ على من أنكر » وقال أيضاً « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » .

ومن هذا العرض السريع نلاحظ أن القوانين والتشريعات الوضعية قد قطعت أشواطاً كثيرة ، ومرت بتجارب متعددة ثم وصلت في نهاية المطاف الى المبادىء والقواعد والسبل التي أقرتها الشريعة الغراء وأسست عليها دولة الحق والعدل ، وإنما ذكرت هذه اللمحة التاريخية لإظهار الجوانب الوضعية والتجارب المختلفة التي سلكتها البشرية في القديم وما تحتويه من سذاجة وخرافات وبدع وضلالات ، وإبداء مناط الاختلاف بينها وبين الشريعة في مجال التطور والرقي معاً ، وليست المقارنة في ذلك إلا على سبيل التنزل والحجاج والمناظرة ، وإلا فلا مقارنة بين تشريع وضعي وتفكير محدود ، وبين تنزيل إلهي ، لا يأتيه الباطلُ من بين يديه ، ولا من خلفه ، تنزيل من حكيم حميد ، مع ما تمتاز به الشريعة الغراء عن الشرائع الأخرى من عقيدة قويمة وتربية عالية وأخلاق كريمة يكون لها الأثر الكبير على الإثبات .

أثر العقيدة والأخلاق في الإثبات الشرعي :

يمتاز الفقه الإسلامي على الشرائع الوضعية بالجانب التعبدي فيه الذي يلازم التكاليف

الشرعية كلها ، فالأحكام الشرعية لها اعتبار دياني ، واعتبار قضائي دنيوي ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية تشارك القوانين في الاعتبار القضائي ، فإنها تمتاز عنها وتنفردُ بالاعتبار الديانى ، والمعنى الروحي ، وأساس فكرة الحلال والحرام ، والثواب والعقاب ، التي تقوم عليها عقيدة المسلم ، وهذا المعنى هو الذي يتكفل بتربية الوازع الديني عند المسلم ، ويجعل من وازعه الديني مراقباً له في حياته عامة ، وفي وسائل الإثبات خاصة ، كما تمتاز الشريعةُ الإسلامية بقيامها على الأخلاق التي تعتبر عنوان المسلم في حياته ، ورائده في معاملاته مع الآخرين ، ولذلك كانت أحكام الفقه الإسلامي تستند إلى دعامتين متينتين هما العقيدة والأخلاق ، أو الوازع الديني والوازع الخلقي ، وقد حرص الإسلام على غرس العقيدة في وجدان المسلم قبل تكليفه بالأحكام ، وأحاطه بسياج من الأخلاق بجانب التكاليف ، فالعقيدة هي الضامنُ لتنفيذ الأحكام ، وهي الحامي لصحة التنفيذ وحسن السلوك والبعد عن الانحراف ، وهي الرقيب في الطاعة الحقيقية في التطبيق ، لذلك فإن العقيدةَ وتعاليم الأخلاق ذوات أثر عظيم وخطير في الإثبات ، وإن وجود العقيدة وسلامة الأخلاق تعتبران المهماز الأساسي في قبول وسائل الإثبات والاطمئنان إلى صحتها وترجيح صدقها على كذبها ، وتكوين القناعة منها ووجوب القضاء بها .

وإن توفر العقيدة وممارسة العبادات الإسلامية يؤديان الى تربية الضمير ، ويحققان تهذيب النفس ، ويدعمان الباعث الديني ، والشريعة الإسلامية دين وقانون وهما قسمان متعاونان متكاملان ، يلتقيان في شخصية الفرد المسلم ، فالناحية الدينية في العبادة والتربية والأخلاق تتصل بخفايا النفوس ، وتكّون المسؤولية أمام الله تعالى الذي يعلم السر وأخفى ، كما تمتزج القواعد الخُلُقية والقواعد الدينية مع القواعد التشريعية [1] ، فنرى وجوب أداء الشهادة مع الترغيب فيها ، وأداء اليمين مع الأجر في ذكر الله تعالى ، والعقاب في الحنث فيها .

ويظهر الوازع الديني في الإثبات بشكل ظاهر وجلي ، فيشترط في الشهادة العدالةُ التي تُعرّف بالتزام الأحكام الشرعية مع اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر ، ومن هذا الشرط نعرف السبب الرئيسي في اعتبار الشهادة أهم وسائل الإثبات في الشريعة ، كما أن الأساس في مشروعية اليمين اللجوء الى العقيدة الدينية بإشهاد الله تعالى على صدقه ، وتحمل الحنث والكفارة والهلاك عند الكذب ، وإن طلب اليمين في الإثبات يعني قبول عقيدة

---

(١) انظر : كتاب الشهاوي في تاريخ التشريع الإسلامي ، ابراهيم دسوقي الشهاوي : ص ٨ ، العقوبة في الفقة الإسلامي ، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧ وما بعدها ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، عبد المقصود شلتوت : ص ١٦٠ من أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق ، الملكية الخاصة وحدودها في الإسلام ، الدكتور عبد الله = =

[illegible] الطبيعي في الإقرار والنكول ايجابا وسلباً رغم قبولهما من البَر والفاجر واعتمادهما على خلاف الوازع الطبيعي في الإنسان بالإقرار لغيره مع حبه لنفسه ، أو ترك الحلف مع استحقاق الآخر بالنكول ، ومع ذلك تحث العقيدة على الإقرار الصحيح ، والاعتراف بالحقوق لأصحابها ، وتنهى عن الاعتراف الكاذب الذي يُقربه لدوافع خاصة يريد المقر إخفاءها ، ومثل ذلك في كتابة الدين ، واستنباط القرائن ومعاينة الوقائع وتحمل الشهادات .

ولم يكتف المشرع عند هذا الحد بل زاد على ذلك ترغيباً وترهيباً ، فحث على أداء الشهادة فقال تعالى : ﴿ وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ للهِ ﴾ سورة الطلاق الآية ٢، وقال تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ ولَوْ عَلى أنفُسِكُمْ ﴾ سورة النساء الآية ١٣٥، وقال عز وجل : ﴿ ولا يَأبَ الشُّهَدَاءُ إذَا ما دُعُوا ﴾ ﴿ ولا تَكْتُمُوا الشَّهادَةَ ، ومَنْ يَكْتُمْها فإنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢ ، وبين الرسول الكريم كيفية تحمل الشهادة وأدائها ووجوب اعتمادها على اليقين ، فقال عليه الصلاة والسلام للسائل : « ترى الشمس ؟ قال نعم ، قال : على مثلها فاشهدْ أو دَع » (٢) ورهّب الشارع الكريم من شهادة الزور وجعلها في مرتبة الإشراك بالله ، واعتبرها من أكبر الكبائر ، وهدد مرتكبها بالويل والثبور ، وحذر من اليمين الغموس التي تَغمسُ صاحبها في النار وتَذَرُ الديار بلاقع ، فقال رسول الله ﷺ ، « ألا أُنَبِّئُكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا : بلى يا رسول الله ، قال الإشراك بالله ، وعُقوقُ الوالدَيْن ، وكان متكئاً فجلس ، وقال ألا وقولُ الزُّور ، ألا وشهادةُ الزور ، فما زال يكرِّرُها حتى قلنا لَيْتَه سَكَتَ » (٣) .

= العربي : ص ١٣٤ ، من المؤتمر الاول لمجمع البحوث الإسلامية في القاهرة ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، الدكتور الدريني : ص ٧٨ .

(١) انظر : الفروق ، القرافي : ٤ ص ٩٢ .

(٢) رواه البيهقي في سننه والحاكم في المستدرك : ٤ ص ٩٨ وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال البيهقي : لم يرد من وجه يعتمد عليه ، وقال ابن حجر : رواه ابن عدي باسناد ضعيف وصححه الحاكم فاخطأ ، ورواه العقيلي في الضعفاء وأبو نعيم في الحلية ، وفي إسناده محمد بن مشمول وهو ضعيف .

(انظر : بلوغ المرام في أدلة الأحكام : ص ٢٥١ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤٠٧ ، سبل السلام : ٤ ص ١٣٠ ، نصب الراية ، الزيلعي : ٤ ص ٨٢) .

(٣) رواه البخاري ومسلم والترمذي وأحمد والبيهقي عن أبي بكرة .

انظر : صحيح البخاري مع حاشية السندي ٢ ص ٦٨ ، مختصر صحيح مسلم للمنذري : ١ ص ١٨ حديث ٤٦ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣١٠ ، جامع الترمذي وتحفة الأحوذي : ٦ ص ٥٨٤ ، سنن البيهقي : ١٠ ص ١٢١ ، احكام الأحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص٢٩٣ ، التاج الجامع للاصول : ٣ ص ٦٤ ، تيسير الوصول : ٤ ص ١٥٣ .

وقال ﷺ : « لَن تزولَ قدمُ شاهد الزّور حتى يُوجبَ اللهُ له النّارَ » [1] وقال رسولُ الله ﷺ : « الكبائرُ الاشراكُ بالله ، وعقوقُ الوالدَين ، وقتلُ النفس ، واليمينُ الغَمُوس » [2] وقال رسول الله ﷺ : «عُدِلَت شهادةُ الزُور بالإشراك بالله » ثلاث مرات ، ثم قرأ : « فاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الأوثان ، واجْتَنِبُوا قَوْلَ الزّورِ حُنَفَاءَ للهِ غَيْرَ مُشركينَ به » [3] ، وقال عليه الصلاة والسلام : « من اقتَطَعَ حقَ امرىء مسلم بيمينه فقد أوجبَ اللهُ له النارَ وحرّم عليه الجنةَ ، فقال رجل : وان كان شيئاً يسيراً ؟ قال : وان كان قَضِيباً من أراك » [4] ، وفي رواية « من حلفَ على يمينٍ هو فيها فاجر ليقْتَطِعَ بها مالَ امرىء مسلم لقيَ اللهَ وهو عليه غَضبان » [5] ، وروى البخاري ومسلم وأبو داود عن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « ليس مِنْ رَجلٍ ادّعى لغير أبيه وهو يَعلم إلا كَفَرَ ، ومن ادّعى ما ليسَ له فليس منا ، وليَتَبوأ مقعدَه من النار ، ومن دعا رجلاً بالكفر أو قال هو عَدُو الله وليس كذلك الا حَارَ عليه » [6] أي رجع عليه ، وقوله « من ادعى ما ليس له » يدخل فيه الدعاوى الباطلة كلُها سواء كانت بالنسب أو بالمال .

وأمر الله تعالى كاتبَ الوثائق بالتقوى ومراعاة أحكام الله تعالى التي يعلمها في كتابته فقال

---

(١) رواه ابن ماجه والشافعي (انظر : نيل الأوطار ٨ ص ٣١٠ ، بدائع المنن في ترتيب مسند الشافعي والسنن ، للساعاتي : ٢ ص ١٤٣)، ورواه الحاكم في (المستدرك : ٤ ص ٩٨)، سنن ابن ماجه ٢/٧٩٤.

(٢) رواه البخاري والنسائي والترمذي وأحمد والبيهقي . (انظر : صحيح البخاري مع شرح السندي : ٤ ص ١٠٤ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ٣٥ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣١٨ ، ذخائر المواريث : ٢ ص ١٧٠ ، سنن النسائي : ٧ ص ٨٢، المستدرك ٤ ص ٢٩٦) .

(٣) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والبيهقي من حديث خريم بن فاتك الأسدي بسند صحيح . (انظر سنن أبي داود : ٢ ص ٢٧٤ ط الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٦ ص ٥٨٥ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٢١ تيسير الوصول ٤ ص ٥٩ ، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٦٣ ، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٤ ، سنن ابن ماجه ٢/٧٩١).

(٤) رواه مسلم والنسائي وابن ماجه وأحمد والشافعي .

(انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ، ٢ ص ١٥٧ ، سنن النسائي : ٨ ص ٢١٦ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣١٨ ، بدائع السنن : ٢ ص ١٤٣ ، الفتح الكبير : ٣ ص ١٣٨ .)

(٥) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد والبيهقي .

(انظر : صحيح البخاري : ٨ ص ١٧١ ط الشعب ج ٩ ص. ٩ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٢ ص ١٥٨ حاشية السندي على صحيح البخاري : ٢ ص ٥٢ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٧٣ ، احكام الأحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص ٢٧٨ ، السنن الكبرى ١٠ ص ١٧٨ ، نيل الأوطار :٨ص ٣١٨،مسند أحمد :١ ص ٣٧٩ ط أولى) .

(٦) انظر : سنن أبي داود : ٢ ص ٦٢٣ ط الحلبي ، إحكام الأحكام : ٢ ص ٢٢٤ ، صحيح البخاري حاشية السندي : ٢ ص ١٧٢ ، هداية الباري : ٢ ص ١١٠ ، مختصر صحيح مسلم للمنذري : ١ ص ١٩ رقم ٥٠ .

جل وعلا : ﴿ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكم كاتِبٌ بالعَدْلِ ، ولا يَأْبَ كاتِبٌ أنْ يَكْتُبَ كما عَلَّمَهُ اللهُ فليَكْتُبْ ، وَلْيُمْلِلِ الذي عليه الحَقُّ ، ولْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ ﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

واذا تعسرت وسائلُ الإثبات أو تمكن أحدُ الخصوم من قلب الحق الى باطل بإثبات ما ادعاه زوراً وبهتاناً ، لم يبقَ إلا الوازع الديني الذي أشار اليه النبي الكريم عندما قال : « إنما أنا بشرٌ ، وإنكم تَختَصِمون إليّ ، ولعلَ بعضَكم أن يكونَ أَلْحَنَ بحُجَتِه من بعض فأَقضيَ بنَحْوما أسمع ، فمن قضيتُ له من حقِ أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطعُ له قطعةً من النار »[1] .

ومن ذلك نرى أن القيم الخُلُقية ومبادىء العقيدة تسهم بنصيب وافر في الإثبات ، وتوفر له الحيطة والاطمئنان في الأداء والفصل في النزاع ، وتجعل من الاخلال به مناطاً للجزاء الأخروي ، لأن المسلم يَشعرُ عند أداء الشهادة والإقرار بالحق ، والإقدام على اليمين وكتابة الحقوق ، واستنباط القرائن أنه ينفذُ أحكام الله تعالى فيطيعُ في مرضاة الله ويقوم بها بوحيٍ من نفسه ، لا خوفاً من حاكم ، ولا رهبةً من سلطان ، ولا تهرباً من غرامة .

وكذلك فان التربية الروحية والالتزام الأخلاقي يكونان السند الحصين في وسائل الإثبات ، ولا أعدو الحقيقة إذا قلت إن الأخلاق الفاضلة والعقيدة السليمة هي أساس وسائل الإثبات ، ومنطق العدل وركيزة الحق والقسطاس المستقيم ، والا فلنتساءل : ما هو الرادعُ عن شهادة الزور ؟ وما هو الحافزُ إلى الاقرار بالحق ؟ وما هو المعتمد في اليمين ؟ وما هو الضامن والجزاء الحقيقي في الكتابة والتزوير والمحاكاة ؟ ولئن بادر إنسان للإجابة عن ذلك بما يُشرع من جزاء رادع وعقوبة صارمة لمن يرتكب ذلك ، فأقول فوراً :
إنّ القانون إنّ عثر على حالةٍ واحدة ، فلا يصلُ إلى بقية الحالات ، ويفوته أكثرُ مما وجد ، كما أنه لا يحكم إلا على الظاهر ، وكم تخفى البواطن من حقائق ؟ وكم يجرى في السر من أعمال ؟ وكم قصّر الحكام عن تناول جميع المجرمين ؟ وكم ضاعت حقوق وأهدرت دماء بالباطل ؟ .

---

(١)رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه والبيهقي ومالك والشافعي وأحمد والطبراني في الأوسط (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندى : ٤ ص ١٦٣ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ ص ٤ ، سنن أبي داود : ٢ ص . ٢٧ ط الحلبي ، سنن النسائي : ٨ ص ٢٠٥ ، سنن الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٤ ص ٥٦٨ ، الموطأ وشرح الزرقاني : ٣ ص ٣٨٤) وانظر كتاب المظالم في صحيح البخاري : ٢ ص ٤٥ وغيره من كتب الصحاح ، السنن الكبرى للبيهقي ج ١٠ ص ١٤٤ ، احكام الأحكام : ٢ ص ٢٩١ ، مجمع الزوائد ، ٤ ص ١٩٨ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤٠٥ ، الموطأ : ٢ ص ٧١٩ تحقيق فؤاد عبد الباقي ، بدائع المنن في ترتيب وجمع مسند الشافعي والسنن ، الساعاتي : ٢ ص ٢٣٣ ، نيل الاوطار ٨ / ٢٨٨ .

أما صاحبُ العقيدة والأخلاق فإنه يميز بين الحلال والحرام ، وإن فكرة الحلال والحرام المبثوثة في بطون الفقه الإسلامي أهم هذه الدعائم ، وأنجع الوسائل في قطع دابر الظلم ، واحلال التعاون والمحبة والطمأنينة والسكينة في ربوع المعمورة ، فإذا عجزت الوسائل المادية عن إثبات الحق ظهرت الوسائلُ الروحية والخلقية ، وبرزت فكرةُ الحلال والحرام وتحركت مشاعر المسلم وخَلَجَات المؤمن لتحثه على التزام الحق والعمل به .

فالإسلام اتجه الى تربية الفر ، وإعداده إعداداً كاملاً بحيث يكون من نفسه رقيباً على أعماله وتصرفاته ، ويجعل من إيمانه بالله تعالى الذي يعلم من السر ما يعلم من الجهر رقيباً ومشرفاً ووازعاً للمحافظة على حقوق الآخرين والاقرار بها لهم ، وتحريم أموال بعضهم على بعض والمشاركة في إقامة العدل عن طريق الشهادة ، والترهيب من شهادة الزور لما ورد فيها من التهديد والوعيد والويل والثبور لمن يرتكبها أو يتنكب الصراط السوي في أقواله ، وأعود لأتساءل مرة ثانية : أيُ مسلم يشعرُ بحلاوةِ الإيمان ، أو يخالطُ قلبَه ذرةٌ من إيمان ، يجرأ على شهادة الزور ، أو يجهر باليمين الغموس ، أو يرتكب جريمة التزوير ، وهو يعلم الجزاء الرهيب من علام الغيوب ؟ وهكذا نجد الأحكام الشرعية تقوم على أسس الأخلاق مع التشريع لتحقيق القسط ، والمحافظة على الحقوق ، ونشر رواق الحق والعدل ، وهو ما يحلم به فقهاء القانون الوضعي [1] . وإن استناد الحقوق إلى الأخلاق هو أعلى درجات السمو التشريعي الذي سيصل بالإنسان الى الكمال الذي ترمى إليه مقاصد الشريعة .

أثر القواعد الأخلاقية على القواعد القانونية :

أصبحت القوانين أخيراً تتطلع الى هذا الجانب العظيم في الشريعة وهو العقيدة والأخلاق ، وتحاول جاهدة التوفيق بينه وبين قواعدها وتسعى لتقنين القواعد الأخلاقية في قواعد قانونية تدريجياً [2] ، وكان هذا أمل الفلاسفة والمصلحين في الماضي ، وهو أمل البشرية في الحاضر ، ومهما حاولت بعض القوانين التنكر للعقيدة والأخلاق فسرعان ما تعود إليها تتلمس فيها الحلول عندما تقف عاجزة عن ضبط تصرفات الأفراد ، ويفلت الزمام منها ، فجميع القوانين لجأت الى ذلك في مجال الإثبات عندما تضاءلت الوسائل المادية عن الوصول

(١) انظر : أصول القانون ، الدكتور جميل الشرقاوي ص ٣١ ، الوجيز في الحقوق المدنية ، الدكتور عدنان القوتلي : ١ ص ١٢٥ المدخل الفقهي العام ، الزرقا : ١ ص ٢٨ ، ص ١٩٩ ، الحق ، للدريني ص ١٧ ، ٨٩ فلسفة التشريع في الإسلام ، المحامي صبحي المحمصاني : ص ٢٣ ، نظرية التعسف ، شلتوت ، ص ١٨٠ .

(٢) انظر : أصول القانون ، السنهوري وأبو ستيت ص ١٦ - ١٨ .

الى الحقيقة ، وتوقفت حائرة أمام المتداعين فاضطرت إلى العودة الى العقيدة والأخلاق تستنجد بقواعدها ، وتلتجىء إلى عرينها ، وترضى بالاحتكام إلى ضمير الخصم وعقيدته ، وتطلب منه اليمين على الفعل أو عدم الفعل ، وعلى الاستحقاق وعدم الاستحقاق كما ترتبط القوانين بالأخلاق في الاعتماد على حسن النية وسوء النية ، والعمد وسبق الاصرار وكذلك في الاعتماد على مخالفة النظام العام والآداب العامة التي ترتكز على أخلاق الأمة وسلوك أفرادها[1] .

وإن الباحث في شؤون القوانين يشعر بالتناقض في هذا المسلك القانوني لأن القانون لا يعترف بالجزاء الأخروي أولاً ، ولا يتعرض إلى تنمية الأخلاق ، وتربية الضمير ثانياً ، وإنما يقف منها موقفاً سلبياً أقرب إلى الإنكار منه إلى الحياد ، ويضع الملحد والكافر ، والفاسق والفاجر على قدم المساواة مع المؤمن والعَدْل والتقي والصالح ، وإن القانون لا يُهمه الخلق ما استقر النظام[2] ، ولمّا تعجز وسائله المادية في الإثبات ، وكثيراً ما تعجز - يعود ليستصرخ الضمير والأخلاق والعقيدة في إثبات الحقوق والوقائع ، على خلاف الشريعة الإسلامية التي تُولي عنايتها وتوجيهها إلى الناحية الروحية والمادية معاً ، لتؤكد التكامل والتجانس في مختلف الأحكام وفي جميع الحالات وتلبي حاجة العنصرين المادي والروحي في الإنسان ثم تعتمد عليه بعد ذلك ، وهذا يذكرنا ثانية بالأهمية العظمى في استمداد القوانين من التشريع الإسلامي ، لأنه يحقق التكامل الطبيعي ، ويتناسب مع التكوين البشري ، ويؤمّن التطبيق السليم الكامل للأحكام ، ويقلل الفرار من الالتزامات والحقوق عن طواعية واختيار ، أملاً في الثواب وطمعاً في الأجر ، وخشية من مراقبة الله تعالى[3] .

تقنين وسائل الإثبات من الشريعة الإسلامية :

الواقع أن الفقهاء تناولوا بعض وسائل الإثبات بالدراسة المستفيضة والأبحاث المطولة والفروع الكثيرة ، والأحكام الدقيقة ، مثل الإقرار والشهادات واليمين[4] ، وأشاروا إلى بعضها

---

(١) انظر : نظام الإثبات ، جميعي ص ٨٤ .

(٢) انظر : الشيخ علي الخفيف ، الشريعة الإسلامية : مقال في مجلة العربي ص ٦٢ عدد ١٠٣ شهر حزيران (يونيو) ١٩٦٧ .

(٣) انظر : المدخل الفقهي العام ، للأستاذ الزرقا : ١ ص ٢٠٢ .

(٤) اتجه الفقهاء المسلمون قديماً إلى بيان حكم الله تعالى في الواقعة التي طرأت ، أو يحتمل وقوعها ، وفي عصر لاحق قاموا بوضع القواعد العامة التي تشمل عدة جزئيات أو فروع ، مثل كتاب الفروق للقرافي المالكي ، والقواعد لابن رجب الحنبلي ، والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ، والأشباه والنظائر للسبكي الشافعي ، والأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي ، ولكنهم لم يهتموا بصياغة النظريات العامة ، والبحث عن ضوابطها ومعاييرها التي تكون نظاماً حقوقياً موضوعياً وهذا ما يدعو إليه علماء الشريعة اليوم .

الأخر عرضاً، فيجب علينا أن نقوم بتنظيم وسائل الإثبات في الشريعة ووضعها في القوالب العامة، والمواد المرتبة، بحيث يتكون منها نظرية عامة، وقانون راسخ في الإثبات يستمد نوره من التراث الفقهي الزاخر، ويستضيء بهدى القرآن الكريم والسنة الشريفة، ويرتكز على الدعائم الخُلُقية والعقيدة السليمة التي جاءت بها رسالة السماء ودستورُ الإسلام، بحيث نستغني بيسر عن التقنينات الأجنبية والشرائع المستورده من فرنسا وإيطاليا وسويسرا.

وإننا نلفت نظر المشرع العربي إلى هذه الثغرة الخطيرة في حياتنا لنبدأ مرحلة جديدة، ونفتح صفحة بيضاء في الاستقلال التشريعي والقانوني، وبذلك تعود الحياة إلى مجاريها، ويلحق خلف هذه الأمة بسلفها، ويكمل البناء الذي أقامه أجدادنا طوال ثلاثة عشرَ قرناً، وقد رووه بالدماء والأنفس والأموال، ومما يجدر الإشارة إليه أن مجلة الأحكام العدلية قد بدأت الطريق وتعرضت لإثبات المعاملات المالية، ولكنها اقتصرت على المذهب الحنفي.

واليوم وبعد أن تطورت الحياة، وتقدمت المدنية، وازدهرت الحضارة وتوسعت شؤون العمل، وانطلقت الدراسات المقارنة، فإننا نتجه إلى اختيار القوانين من الشريعة الإسلامية أولاً، ومن جميع مذاهب الفقه الإسلامي ثانياً، ولا نفضل مذهباً من المذاهب الأربعة على آخر إلا بمقدار صلاحه للتطبيق، وقابليته للحاجات وملاءمته للعصر والبيئة[1]، وإن ما يضيق فيه مذهب فقهي يتسع له مذهب آخر، والمذاهب الفقهية متساويةٌ في الانتساب إلى الشريعة الإسلامية[2]، مع الاهتمام بالوسائل الحديثة وإمكان تخريجها على الأصول والقواعد الفقهية، واستلهام روح الشريعة ومقصدها في اختيار ما تقبله ورفض ما عداه، وذلك عن طريق القياس أو الاستصلاح أو المصالح المرسلة.

فائدة تقنين الأحكام:

ومن فوائد التقنين أن يعرف الناس مقدماً القواعد التي يجب أن يسيروا عليها في المعاملات

= انظر: المدخل للفقه الإسلامي، لأستاذنا محمد سلام مدكور: ص ٤١١، المدخل الفقهي العام الزرقا ١ ص ٢١٦ ف ٩٨، الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده الدكتور الدريني وتقديم الشيخ طه الدبناري ص ٦، النظريات العامة، أبو سنة: ص ١٤.

(١) يقول الشيخ الزرقا: «بل نختار من كل مذهب ما هو أشدُّ دليلاً وأنطقُ حكمةً وأجرى مصلحة فيكون مجموعة فقهية كقانون يتقيد به القضاء، ثم يتجدد الاختيار من المذاهب تبديلاً وتعديلاً كلما دعت الحاجة واقتضت المصلحة بحسب اختلاف الزمان (المدخل الفقهي العام، له ١ / ١٤٥ حاشية). وانظر تفصيل ذلك في كتاب «العرف والعادة»، للشيخ أحمد فهمي أبو سنة: ص ١٠٨، ١٩٥، أصول القانون، السنهوري وأبو ستيت ص ٢٦٣.

(٢) الميزان الكبرى للشعراني: ١ ص ٣، المدخل الفقهي العام: ١ ص ١٨٥.

والتوثيق وأن يعرفوا الأحكام التي سوف تطبق عليهم، مع تعيين الرأي الذي يجب على القاضي أن يُلزم به المتقاضين، فلا يحكم تارة بقول إمام، وتارة أخرى بقول فقيه آخر، لأنه يؤدي إلى الاضطراب والفوضى والفساد وإيقاع الظلم على المتقاضين، وإثارة التهم والظنون على القاضي[1].

قال الحطاب: ولو شرط الإمام على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلاً وصح العقد. ثم قيده فقال: وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهداً[2].

* * *

(١) شرح النيل، محمد بن يوسف اطفيش جـ ٦ ص ٥٦٣ مط السلفية ١٣٤٣ هـ، المدخل الفقهي العام، الزرقا: ١ ص ١٥٤ حاشية. قال المواق في التاج والأكليل: ٦ ص ٨٨: وهل يلزم المقلد الاقتصار على قول إمامه أم لا، الأصل عدم اللزوم، ولأن المتقدمين لم يكونوا - يجبرون على العوام اتباع عالم واحد.. لكن الأولى في حق القاضي لزوم طريقة واحدة. وإن قلد إماماً لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي لتهمته بالميل ولما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين.

(٢) مواهب الجليل، له: ٦ ص ٩٨، وأنظر: المغني لابن قدامة: ١٠ ص ٩٣ ط مكتبة الجمهورية.

المبحث الثالث
في
شروط الإثبات

يشترط في الإثبات أن تتوفر فيه سبعة شروط وهي:

الشرط الأول: أن تسبقه دعوى.

الشرط الثاني: أن يوافق الإثبات الدعوى.

الشرط الثالث: أن يكون الإثبات في مجلس القضاء.

الشرط الرابع: أن يكون الإثبات منتجاً في الدعوى.

الشرط الخامس: أن يكون موافقاً للعقل والحس وظاهر الحال.

الشرط السادس: أن يستندَ الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن.

الشرط السابع: أن يكون الإثبات بالطرق التي أقرها الشارع.

وسنتكلم عنها بالتفصيل:

الشرط الأول: أن تسبق الإثبات الدعوى، لأن الإثبات يؤكد أو يظهر حقاً لشخص على آخر، فلا يصح تقديمه إلا بطلب المدعي صاحب الحق، ولأن صاحبَ الحق يملك التصرف به بالإسقاط والإبراء، ولأنه يحتمل أن يكون قد استوفاه أو أخذه مُقَاصّة بدون علم الشهود مثلاً، ولا يُعرفُ بقاءُ الحق إلا بطلبه، وهذا يستلزم إقامة الدعوى أمام القضاء للفصل فيها، وشرط الدعوى يتضمن أمرين، الأول: رفع الدعوى للتحقق من رغبة صاحب الحق بطلبه، الثاني: طلبه للشهود بأداء الشهادة، ولأن الإثبات حجةٌ في الدعوى فلا يتقدم عليها، فلا تقبل الشهادة مثلاً إلا بعد إقامة الدعوى وطلب المدعي، ولا يحلف الخصم اليمين إلا بطلب المحلوف له وتوجيه القاضي السؤال بذلك، فإذا حلف أحد الخصوم اليمين أمام القاضي قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها ولكن قبل طلب الخصم فتلغو يمينه ولا أثر لها، وللقاضي أن يوجه اليمين ثانية بعد طلب الطرف الآخر.

وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء[1] في حقوق الآدميين كالحقوق المالية والنكاح

---

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢٢٩، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٣٥٨، ٤٦٢، ٤٩٢، ٥٤٨، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٧ شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٨، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٦، ٣٢٦، التاج والاكليل: ٦ ص ١٦٥، =

والطلاق والعقود، والعقوبات كالقصاص والجروح وحد القذف، والوقف على آدمي معين، لأن الشهادة فيها حق للآدمي فلا تستوفى إلا بمطالبته وإذنه.

والأصل في هذا الشرط ما رواه البخاريُ ومسلم وأحمد وأصحاب السنن إلا ابن ماجه عن عِمران بن حُصَين عن النبي ﷺ قال: «خيرُ أمتي قَرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، قال عمران فلا أدري أذكر بعد قرنه قرنين أو ثلاثة، ثم إن من بعدهم قوماً يشهدون ولا يُستشهدون، ويخونون ولا يُؤتمنون، ويَنذُرون ولا يُوفون، ويظهر فيهم السِمَن[1]».

وروى مسلم وأحمد عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «خيرُ أمتي القرن الذي بُعثت فيه ثم الذين يلونهم، والله أعلم أذكر الثالث أم لا، قال ثم يُخلَف بقوم يشهدون قبل أن يُستشهدوا»[2] ورواه ابن حبان في صحيحه وفيه: «ثم يفشو الكذب، حتى يحلف الرجل على اليمين قبل أن يُستحلف، ويشهد على الشهادة قبل أن يستشهد[3]».

وجه الدلالة واضح وصريح وهو أن النبي ﷺ ذكر الذين يؤدون الشهادة واليمين قبل الطلب في مَعرض الذم والقدح، مما يدل على استنكار ذلك.

وقال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا ما دُعُوا﴾ فعلق الشهادة على الدعوة والطلب،[4] فلا يقبل إلا بعد الدعوى وطلب المدعي، واستثنى المالكية والحنفية والشافعية وبعض

= مواهب الجليل، الحطاب: ٦ ص ١٦٥، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٧٤، حاشية قليوبي وعميرة ٤ ص ٣٢٢، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٣٦، الحاوي، للماوردي: ١٢ ق ٩٧ ب، ١٢ ق ١٢١ ب الأشباه والنظائر السيوطي: ص ٥٢٠ ط المشهد الحسيني، المغني، ابن قدامة: ٩ ص ٢١٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٢، ٢٤٤، النكت والفوائد، ابن مفلح: ٢ ص ٢٢٨، المحلى، لابن حزم الاندلسي: ٩ ص ٤٢٩م ١٧٩٨، التاج المذهب: ٤ ص ١٠٩، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٢، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٢٧، المختصر النافع: ص ٢٨٧، شرح النيل: ٦ ص ٦٣٢، مجلة الأحكام العدلية، المادتان ١٦٩٦، ١٧٠٦، رسالة ابن نجيم في الحكم بلا تقدم دعوى وخصومة، مخطوطة: ق ٧٧ ب، قال البُرلسي المالكي في كتابه الأبواب والفصول، مخطوط: ق ١٨٣ أ: إذا تقدم الشاهد للشهادة بدون طلب فلا تقبل شهادته، ويُعتبر رفعه للشهادة بدون طلب جرحاً له وطعناً في شهادته، للتهمة في حرصه على أداء الشهادة.

(١) أنظر: صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٦٨، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٦ ص ٨٤ و٨٨، سنن أبي داود: ٢ ص ٥١٨ ط الحلبي، جامع الترمذي وتحفة الأحوذي: ٦ ص ٥٨٧، سنن النسائي: ٧ ص ١٧، السنن الكبرى، البيهقي: ١٠ ص ١٦٠، معالم السنن: ٢ ص ٤٠٩، نيل الأوطار، الشوكاني: ٨ ص ٣٠٧، سبل السلام، الصنعاني: ٤ ص ١٢٦.

(٢) أنظر: نيل الأوطار: ٨ ص ٣٠٧، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٦ ص ٨٦.

(٣) انظر: نيل الأوطار: ٨ص ٣٢٣.

(٤) أنظر: كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٤.

الحنابلة[1] حالة واحدة من اشتراط قيام الدعوى لسماع الشهادة وهي إذا كان الإثبات لآدمي، وهو لا يعلم به، فيجوز إقامة الشهادة قبل الدعوى خوفاً من فوات الحق وضياعه، واستدلوا بالحديث الصحيح الذي رواه مسلم ومالك وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أُخبِرُكم بخيرِ الشُهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يُسألها»[2] وفي لفظ أحمد «الذين يَبدؤ ون بشهادتهم من غير أن يُسألوا عنها» وهو واضح الدلالة في الترغيب في البدء بالشهادة قبل الطلب ومدحهم بكونهم خير الشهداء، وحملوا الحديث الأول على حالة التسارع إلى الشهادة، وصاحبها عالم بها قبل أن يُسألها، جمعاً بين الحديثين، فيصير شرط الإثبات هو طلب المشهود له في الدعوى، أو خوف ضياع حق المشهود له عند عدم علمه بالشهادة[3].

وخالف ابن القاسم من المالكية وغيره جماهيرَ الفقهاء وقال بجواز سماع الشهادة قبل الدعوى وقبل السؤال والطلب مطلقاً، فإن الشاهد يذهب عند القاضي ويؤدي الشهادة قبل رفع الدعوى، ويحفظها القاضي عنده، فإن حضر الخصم المشهود عليه قرأ القاضي عليه الشهادة وحكم بها، وإن سأله أن يُعيد عليه البينة حتى يَشهدوا بمحضره فليس له ذلك، وحمل الحديث السابق على شهادة الزور، والشهادة بالحلف «أشهد بالله» والشهادة على المَغيّب من أمر الناس «كفلان في النار» أو لمن ينتصب شاهداً وليس من أهل الشهادة[4].

أما في حقوق الله تعالى فقد اتفق الفقهاء[5] على عدم اشتراط الدعوى ويعتبر الإثبات

---

(١) أنظر: رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٦١، الأبواب والفصول: ق ١٨٣ أ، شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢ ص ١٧، المغني: ٩ ص ٢١٦، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٤، النكت والفوائد: ٢ ص ٢٢٨.

(٢) أنظر: صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ ص ١٧، الموطأ: ٢ ص ٧٢٠ نشر فؤاد عبد الباقي، طبع الحلبي، سنن أبي داود: ٢ ص ١١٦، سبل السلام: ٤ ص ١٢٦، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٩، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٥٨٠.

(٣) أنظر: رد المحتار: ٥ ص ٤٦١، تكملة رد المحتار، محمد علاء الدين: ٧ ص ٦٥، شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢ ص ١٧.

(٤) أنظر: مواهب الجليل، للحطاب: ٦ ص ١٢٩، الخرشي على مختصر خليل: ٧ ص ١٥٦، نيل الأوطار: ٨ ص ٣٠٩، تبصرة الحكام: ١ ص ٥٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٧، رد المحتار، ٥ ص ٤٦٣، معين الحكام: ص ١٣١، الرسائل الزينية، رسالة ٢٥ فيما تسمع به الشهادة حسبة: ق ٥٥ ب، جامع الفصولين: ١ ص ١٢٣، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٩، ٩١، الخرشي: ٦ ص ١٦٥، التاج والأكليل: ٦ ص ١٦٥، الأبواب والفصول: ١٨٣ ب، المجموع للأمير: ٢ ص ٣٢٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٢، القول المرتضى، البرلسي: ق ٢٠ أ، الوجيز للغزالي: ٢ ص ١٥٢، الحاوي: ١٢ ق ١٢١ ب، تحفة المحتاج، الهيتمي، ١٠ ص ٢٣٧، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٥، ٢٤٣، الطرق الحكمية: ص ٢٣٦، =

فيها حسبة[1]، فكل حق لله تعالى يجوز إثباته أمام القضاء دون اشتراط إقامة الدعوى فيه، ولا يحتاج إلى طلب ذلك، وإنما تجب الشهادة بدون طلب، والسبب فيه أن حق الله تعالى يجب على كل مسلم المحافظة عليه، ويلتزم بتنفيذه، ويمنع من الاعتداء عليه، فإن حصل نقص أو عدوان عليه فيجب على كل مسلم القيام بإثباته أمام القضاء، والشاهد واحد منهم، فكان قائماً بواجب شرعي، ولأن شهادته في حق الله تعالى لا تجر لنفسه نفعاً ولا تدفع عنه ضرراً فلا تتوجه عليه التهمة كالحدود والطلاق والعتق والعفو عن قصاص وبقاء عدة وانقضائها[2].

والأصل في ذلك ما رواه الإمام أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه في الحديث السابق عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أخبرُكم بخير الشُهداء الذي يأتي بشهادته قبلَ أن يُسألها»[3] وهذا صريح في الحث على أداء الشهادة، والإسراع بالقيام بها، ومثول الشاهد أمام القاضي فيها ليكون خير الشهداء.

ويبدو أن هذا الحديث يتعارض مع الحديث الأول في ذم الذين «يَشهدون قبل أن يُستشهدوا» ولكن الجمهور جمعوا بين الحديثين بحمل الأول على حقوق العباد، وحمل الحديث الثاني على حقوق الله تعالى، لأن الشاهد إذا لم يظهرها ضاع حكم من أحكام الدين، وقاعدة من قواعد الشرع، وقيده بعض الفقهاء في أداء الشهادة على الأمانة والوديعة ليتيم لا يَعلمها[4].

واستدل ابن قدامة على جواز شهادة الحسبة في حق الله تعالى كالحدود الخالصة لله

= المغني: ٩ ص ٢١٥، البحر الزخار: ٥ ص ٤٣، ٥٢، التاج المذهب: ٤ ص ١٠٩، الورد البسام في رياض الأحكام، الثميني: ص ٨٦.

(١) تعريف الحسبة: هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، ومعنى الحسبة الأجر والثواب لله تعالى، وهي اسم من الاحتساب، فشاهد الحسبة يقصد بشهادته الأجر وامتثال أمر الله تعالى في إزالة المنكر أو تطبيق حكم الله. (انظر: الحسبة لفضيلة الشيخ إبراهيم دسوقي الشهاوي: ص ٩، الطرق الحكمية: ص ٢٣٧، تكملة رد المحتار: ٧ ص ٧، طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم ص ١٠٦).

(٢) أنظر: تحفة المحتاج، الهيتمي: ١٠ ص ٢٣٧ - ٢٣٩.

(٣) أنظر تخريجه في الصفحة السابقة

(٤) الظاهر من الحديثين التعارض، وقد ذهب بعض الفقهاء والمحدثين إلى الترجيح فرجح فريق الحديث الأول، ورجح فريق آخر الحديث الثاني، وذهب كثير من الفقهاء إلى الجمع بينهما من عدة وجوه، والجمع مقدم على الترجيح لأن إعمال الحديثين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر.

(أنظر: شرح النووي على مسلم: ١٢ ص ١٧، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٠، نيل الأوطار للشوكاني: ٨ ص ٣٠٩، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٦٠ تحفة الأحوذي شرح جامع الترمذي: ٦ ص ٥٨٠، شرح معاني الآثار: ٤ ص ١٥٠ - ١٥٤).

تعالى والزكاة والكفارة، وأنها لا تفتقر إلى تقدم الدعوى والطلب بأن ذلك الحق ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به، ولذلك شهد أبو بَكْرة وأصحابه على المُغيرة، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر. . ، من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم[1].

والأحكام التي تقبل فيها دعوى الحسبة[2] أو إثبات الحسبة هي حقوق الله تعالى المحضة كالإيمان والعبادات والحدود، وإن كان الستر فيها أفضل، لأن المعصية قد انقضت إلا للفاسق والمُجاهر بالمعاصي، وما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء أو على مسجد والوصايا العامة، وكذلك الشهادة على الطلاق البائن وتعليق الطلاق والنسب وحالات تحريم الزواج بالرضاع وغيره، والخلع والعفو عن القصاص وهلال رمضان عند بعض الفقهاء، والإيلاء والظهار وحرمة المصاهرة، وجرح الشاهد، ويستثنى من الحدود القذف والسرقة لتعلق حق العبد في المال، وقد قسم الفقهاء حق الله تعالى في هذا المجال إلى قسمين[3]:

القسم الأول: ما يستديم تحريمه كالطلاق والوقف والرضاع فيجب فيه المبادرة بالشهادة لاستدامة المعصية فيه، وإلا فإن تأخيرَها بدون عذر يعتبر جُرحاً في حق الشاهد.

القسم الثاني: ما لا يستديم تحريمه كالزنا وشرب الخمرفلا تجب المبادرة والإسراع بالشهادة، والستر فيها أفضل لأن المعصية قد انقضت.

والخلاصة: أن رفع الدعوى وطلب الإثبات شرط لإقامته، وهذا الطلب إما أن يكون من المدعي في حقوق الآدميين، وإما أن يكون من الشارع الحنيف في حقوق الله تعالى لمطالبة الشاهد فيها بالشهادة حسبة.

الشرط الثاني: أن يوافق الإثبات الدعوى، لأن الإثبات لتصديق المدعي في دعواه وإظهار الحق المتنازع فيه، فيجب أن يكون الإثبات موافقاً لدعوى المدعي بحيث يكون مطابقاً لها لينتج

---

(١) المغني، له: ٩ ص ٢١٥.

(٢) قال كثير من الفقهاء: إن تقديم الإثبات في الحسبة يعتبر إقامة للدعوى، فشاهد الحسبة يعتبر مدعياً وشاهداً في آن واحد باعتبارين مختلفين، ويجب إثبات دعوى الحسبة على كل فرد مسلم، سواء كان عادياً أو موظفاً، ذكراً أو أنثى، لمراعاة حق الله تعالى، أو أن القاضي نائب عن الله تعالى في تطبيق الأحكام فكأن القاضي مدع فيها، وبذلك تحصل الدعوى معنى، أو لأن الله سبحانه وتعالى طلب إقامة شهادة الحسبة فكأنه تعالى طلب الشهادة ممن يتحملها.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٦، تكملة رد المحتار: ٧ ص ٦٨، الأبواب والفصول: ق ١٨٣ ب، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٢٩، تبصرة الحكام: ١ص ٢٠٦ التاج والإكليل: ٦ص ١٦٥، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٣٨، شرح النووي على مسلم: ١٢ ص ١٧.

أثره في الحكم بموجبه، ويكون محل الإثبات والمدعي به واحداً فإن خالف الإثبات الدعوى فلا يقبل، لعدم توفر الربط بينهما، وكأن الدعوى كانت على شيء، وجاء الإثبات على شيء آخر، فلا يحكم به، ولأن الإثبات إذا خالف الدعوى فقد كذبها، والدعوى الكاذبة لا تقبل، ويكون الإثبات بلا دعوى وهو لا يصح في حقوق العباد، ولأن المخالفة تثبت التناقض بينهما مع تعذر الجمع.

فإن ادعى شيئاً معيناً بالزمان أو المكان أو الوصف وقامت البينة على خلاف الوصف كالدراهم والدنانير أو ادعى عقداً أو اتلافاً يوم الفطر وشهدوا على ذلك يوم النحر، أو ادعى عقاراً معيناً فشهدوا على غيره. أو ادعى قرضاً أو عقداً في القاهرة فشهدوا على ذلك في دمشق، أو ادعى مبلغاً من المال فشهدوا على خلافه فلا تقبل، وكذلك إذا ذكر المدعي سبباً للملك وذكر الشهود سبباً آخر له فترد شهادتهم للتناقض بين الدعوى والشهادة كما إذا ادعى شخص داراً بالشراء أو الإرث وشهد الشهود له بالهبة مثلاً فلا تقبل[1].

ولا يشترط الموافقة على اللفظ، وإنما تشترط الموافقة في المعنى، بأن يكون الإثبات مطابقاً للمدعى به أو أقل منه[2]، فلو ادعى الغصب فشهدا بإقرار المدعى عليه بذلك صح، لأنه لا يضير الإثبات الاختلاف بين الشهادة والدعوى في الإنشاء والإقرار، وكذلك إذا كانت المخالفة إلى أقل فلا يضر، فمثلاً إذا ادعى ألفاً، وشهد الشهود بخمسمائة، أو أقر المدعى عليه بخمسمائة، أو ظهرت الكتابة بخمسمائة أو حلف المدعي عليه على خمسمائة، فتقبل الشهادة والإقرار والكتابة واليمين، لأن المدعي وافق الشهود والمقر والحالف على استحقاق هذا المبلغ الثابت ضمناً[3].

---

(١) انظر: الحاوي، الماوردي: ١٣ق ٥٤ب، مغني المحتاج، للخطيب الشربيني: ٤ ص ٤٨٤، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٩٢، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٧٣، جامع الفصولين: ١ ص ١١٨، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٤ ص٢٣١، الأصول القضائية، على قراعة: ص ١٧٥، مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٧١١، مرآة المجلة، يوسف آصاف: ٢ ص ٤٤٧.

وفي قول عند الشافعية لا يضر الاختلاف في السبب، فتقبل الشهادة على أصل الملك ويلغو السبب(انظر: مغني المحتاج: ٤ ص٤٨٥، أصول الإثبات الجعفري: ص ٦٨).

(٢) انظر: مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٠٥، الدر المنتقى، ٢ص ٢٠٥، المرافعات الشرعية السبكي: ص ٢٧٣ الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩١، الدر المختار، ابن عابدين: ٥ ص٤٦٢، مرآة المجلة، يوسف اصاف: ٢ ص٤٢٧، ٤٤٤، مجلة الأحكام العدلية، المادتان ١٧٠٧، ١٧٠٨، الحاوي: ١٢ق ٩٧ب.

وفي قول عند ابن الغرس إنما تعتبر الحجة إذا طابقت المدعى به (انظر المجاني. الزهرية على الفواكه البدرية: ص ٩١).

(٣) الموافقة بين الشهادة والدعوى تختلف عن الموافقة بين الشهادة والشهادة، فيكفي في الأولى الموافقة بالتطابق أو التضمين، بينما يختلف الفقهاء في الثانية، وسوف نري ذلك في فصل أثر الشبهة على الإثبات.

أما إذا كانت المخالفة إلى أكثر فلا يقبل الإثبات، لأن المدعي حينئذٍ يكون مكذباً للإثبات، مثل إذا ادعى شخص ألفاً فقامت البينة على ألف وخمسمائة، فالمدعي أكذب بينته بالزائد، وما دام قد أكذب بعضها فتكون كلها كذباً ولا تقبل ولا تجزأ، إلا إذا وفق بين دعواه وبين محل الإثبات كأن يثبت أن أصل الدين ألف وخمسمائة وقد قبض منه خمسمائة أو أبرأه منها.

وللفقهاء كلام طويل وتفصيل دقيق في تمييز الأكثر والأزيد في الأوصاف كقولهم إن الملك المطلق أزيد مما هو بسبب[1].

أما الحقوق التي لا تشترط فيها الدعوى ـ كما سبق ـ فلا يعتبر فيها هذا الشرط.

الشرط الثالث: أن يكون الإثبات منتجاً في الدعوى: وهو أن يكون له فائدة في إثبات الحق وصدور الحكم وإلزام الخصم به، ولذلك قال الشافعي رحمه الله إذا أقام المدعي بينة أن هذه الدار كانت في يده أمس لم أقبل هذه البينة، لأنه قد يكون في يده ما ليس له، إلا أن يقيم بينة أنه أخذها منه»[2]، فهذه الشهادة لم تؤد إلى المقصود وهو إثبات اليد الآن، فهي غير منتجة في الدعوى، ويشترط في الإثبات المنتج أن يبين صاحب الحق وإلا رد، كما لو شهدت البينة بأن هذه الدار لأحد هذين الرجلين ردت، لأنه لا بيان فيها لواحد بعينه، ومثله الإقرار لشخص في عدد غير معين، والكتابة الموهمة وغيرها من وسائل الإثبات[3].

الشرط الرابع: أن يكون الإثبات في مجلس القضاء، لأن المقصود من الإثبات الحكم بموجبه، والحكم لا يعتبر إلا إذا صدر في مجلس القضاء[4] فإذا أقيم الإثبات خارج مجلس الحكم فلا يحصل به المقصود، ولا تنقطع به الخصومة، ولأن بعض وسائل الإثبات كالشهادة واليمين لا تعتبر حجة إلا بقضاء القاضي بها، وهذا يختص بمجلسه، ولا يقضي القاضي إلا

---

(١) انظر: جامع الفصولين: ١ص ١١٦، تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢٢٩، معين الحكام: ص ١٠٥، المرافعات الشرعية: ص٧٤ وما بعدها، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشُرُنْبُلالي: ق ٢٠٢أ.

(٢) انظر: الحاوي، للماوردي: ١٣ق ٥٤ب، المهذب، الشيرازي: ٢ص٣١٣،

وقال ابن فرحون المالكي: إذا شهدت بينة بملكيته بالأمس مثلاً، ولم تتعرض للحال لم تسمع حتى يقولوا ولم تخرج عن ملكيته في علمهم، (تبصرة الحكام، له: ١ ص ٣١٠).

(٣) انظر: الحاوي: ١٣ ق ٥٥أ.

(٤) انظر: رد المحتار: ٥ ص ٤٦٢، تكملة رد المحتار: ٧ص ٦٢، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٧٧، ٢٧٩، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشرنبلالي: ق ٢٠٣أ، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٥١، الحاوي ١٢ ق ٦٥ ب، كشاف القناع ٤/٢٤٣ تبصرة الحكام ١/٣٤، المحلي ٩ص ٣٦٦، فيض الإله المالك، بركات: ٢ ص ٢٣٩، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٩٣، مراتب الإجماع، ابن حزم: ص ٥٠، التاج المذهب: ٤ ص ٦٩، أصول الإثبات الجعفري: ص ٦٩.

بحجة صدرت أمامه، فإن حلف المدعي عليه خارج مجلس القضاء فلا تعتبر يمينه[1].

وإذا تعذر الإثبات في مجلس القضاء مباشرة فلا يصح الحكم به إلا بعد نقله إلى مجلس القضاء، وقد ذكر الفقهاء عدة طرق مضمونة ومأمونة في نقل الإثبات إلى مجلس القضاء، وأهمها كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وندب النائب القاضي لسماع اقوال الشهود أو المقر، ويشهد عليه ثم ينقلها إلى القاضي، أو إقامة الشهادة على الإقرار الصادر خارج المجلس[2].

ويعتبر اشتراط مجلس القضاء من النظام العام، فلا يجوز أن يتفق الأطراف على خلافه، فلو اتفق الخصمان على أن يحلف أحدهما عند غير القاضي ويكون بريئاً فهو باطل، لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم، قال ابن قاضي سَماونَة، «المعتبر يمين قاطعة للخصومة، واليمين عند غير القاضي غير قاطعة، كما أن النكول عند غير القاضي لا يعتبر فكذا التحليف»[3].

ونصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك في الشهادة مثلاً فجاء في المادة ١٦٨١ منها: لا تعتبر الشهادة التي تقع خارج مجلس المحاكمة.

ولا يصح نقل الإقرار الصادر خارج مجلس القضاء في الحدود، لأن المقر إن أنكر فهو رجوع عن إقراره والرجوع عن الأقرار صحيح في الحدود دون غيرها[4].

الشرط الخامس: أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن[5]، فإن استند إلى شك أو

---

(١) ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى اشتراط مجلس القضاء المقترن بصحة ولاية القاضي، فإن ثبت أمامه حق فعزل ثم أعيد إلى القضاء فلا يجوز له أن يحكم بالإثبات السابق، ويشترط إعادة الإثبات ثانية، واعتبر ذلك من القضاء بعلم الحاكم، وهو ممنوع عنده في هذه الصورة، وسوف نرى تفصيل ذلك في القضاء بعلم الحاكم وفي الاعتماد على ديوان القاضي.

(٢) لا يعترض علينا في اشتراط المجلس بالحكم لأننا نبحث في القضاء والإثبات النظامي.

(٣) جامع الفصولين: ٢ص١٤٢ ـ١٤٣، وانظر: الدر المختار: ٥ص ٥٤٨، المختصر النافع: ص ٢٨٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٧ص ٢٢٧، المحلي: ٩ ص ٣٦٦م ١٧٧٩.

(٥) قال القرافي: ومدارك العلم اربعة: العقل وإحدى الحواس الخمس والنقل المتواتر والاستدلال (الفروق: ٤ص ٥٥)، وقال ابن فرحون: والعلم يدرك بأربعة أشياء: العقل بانفراده كالعلوم الضرورية، والعقل مع الحواس الخمسة، وحصول العلم بالاخبار المتواتر، والعلم المدرك بالنظر والاستدلال، فشهادة خُزيمة للرسول ﷺ كانت بالنظر والاستدلال، وشهادة أبي هريرة أن رجلاً قاء خمراً فقال له عمر أتشهد أنه شربها. قال أشهد انه قاءها، فقال عمر ما هذا التعمق، فلا وربك ما قاءها حتى شربها، ومنها شهادة الطبيب بقدم العيب والجروح مثلاً، (تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٤، ٢٠٥).

وهم فلا عبرة به، لأن الإثبات يجب أن يكون قائماً على أساس قويم، وسند قوي، بأن يكون مبنياً على علم بمحل الإثبات أو على ظن قوي يقرب من العلم واليقين[1]، فالأصل في الإثبات أن يعتمد على العلم واليقين لقوله تعالى: ﴿إلا مَنْ شَهِدَ بالحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ سورة الزخرف، الآية ٨٦، وقوله تعالى: ﴿وما شَهِدْنا إلا بِمَا عَلِمْنا﴾ سورة يوسف، ٨١، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»[2] وقوله ﷺ «ولكنّ البينةَ على المدعي»[3] والبينة هي ما يبين الحق ويظهره، فلا تكون كذلك إلا إذا كان مصدرها سوياً، وقال الفقهاء يشترط في الشاهد أن يكون مقراً في حقيقة نفسه بصحة الشهادة، ويقول ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه وحمل بعض المحدثين[4] حديث «ثم يأتي قومٌ يشهدون ولا يُستَشهدون» على الشاهد بما لم يعلم فيكون شاهد زور، وفي اليمين ليس للشخص أن يحلف على فعل نفسه إلا باليقين والتأكد سواء كانت اليمين من المدعى عليه أو كانت من المدعي في اليمين المردودة واليمين مع الشاهد، أما إذا حلف على فعل غيره فيجوز أن يحلف على غلبة الظن، ويكون يمينه على نفي العلم[5].

ويلحق باليقين الغالب للضرورة عندما يتعذر أو يستحيل الوصول إلى اليقين كالشهادة بالسماع والقرائن القوية، لأن الظن القوي يقوم مقام اليقين في كثير من الفروع، وشهادة السماع[6] هي أن يقول الشهود سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم، أو لم نزل نسمع كذا، وقد أجاز الفقهاء شهادة السماع في بعض الحالات التي يصعب أو يتعذر فيها الاطلاع المباشر والعلم اليقيني، إما لطبيعة هذه الحالات أو لما يلابسها من ظروف واعتبارات، أو لأن معاينة أسبابها يختص به خواص الناس مع بقاء أحكامها زمناً طويلاً، فلو لم يُقبل فيها السماعُ

---

(١) انظر: تبصرة الحكام: ١ص ٢٠٤، أعلام الموقعين: ٤ ص ١٧٣، القول المرتضى: ق ٧٨ ب وما بعدها (مخطوط نمرة ٧٢ فقد مالك)، المغنى: ٩ ص ١٥٨، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٧٧، رد المحتار: ٥ص ٤٦٢، المهذب: ٢ ص ٢٣٥ أ الأشباه والنظائر السبكي: ق ١١٨ ب مخطوط، التاج والإكليل، المواق: ٦ ص ١٦٠، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٥، البحر الزخار: ٥ ص ١٨.

(٢) صححه الحاكم في المستدرك: ٤ ص ٩٨ وقد سبق تخريجه في صفحة ٤٠.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٤

(٤) انظر السنن الكبرى: ١٠ ص ١٦٠، شرح النووي على مسلم: ١٢ ص ١٧، نيل الأوطار: ٨ ص ٣٠٩، وقد سبق تخريج الحديث في صفحة: ٤٨.

(٥) انظر: القول المرتضى، البرلسي المالكي: ق ٢٤أ المغني: ٩ص ١٥٣، قارن كلام الشيعة فإنهم يقولون لا يحلف مع عدم العلم مطلقاً المختصر النافع: ص ٢٨٣.

(٦) اختلف الفقهاء في حقيقتها وتعريفها وشروطها وصلتها بالاستفاضة، (انظر تبصرة الحكام ١ ص ٣٤٧، الفروق: ٤ ص =

لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام[1]، ثم اختلفوا في هذه الحالات بين مضيق وموسع، وأكثر المذاهب توسعاً فيها المالكية، وأهم هذه الحالات الموتُ والنسب والنكاح والدخول وولاية القاضي والوقف[2].

ويصح أن يكون مصدر الشهادة مبنياً على القرائن القوية في الحالات التي لا تثبت بالحس كالإعسار، فإنه يدرك بالخبرة الباطنة بقرائن الصبر على الجوع والضرر، فيكفي فيه الظن الغالب، كالاعتماد على أحوال المعسر ومراقبته في خلواته[3]، وكالشهادة على الملك بمعاينة دليله بأن يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد إنسان يستعملها استعمال الملاك ويتصرف بها من غير منازع فيحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد، لأن اليد المتصرفة في المال من غير منازع دليل الملك فيه، وزاد الإمام أبو يوسف: أن يقع في قلبه أنه له[4] ومن الظن الغالب اليمين على فعل الغير، والحلف على الدين المكتوب بخط الأب وغيرها[5].

= ٥٦، شرح المنهاج، للمحلى: ٤ ص ٣٢٨وبوب لها البخاري في صحيحه: ٢ص ٦٧ مع حاشية السندى، البهجة في شرح التحفة ج ١ ص ١٣٢).

(١) انظر: شرح المحلي وحاشية قليوبي وعميرة عليه: ٤ ص ٣٢٨، الهداية للمرغيناني وشروحها: ٦ ص ٢١، المبسوط، السرخسي: ١٦ ص ١٥٠، أحكام القرآن، الجصاص: ١ ص ٥٩٤.

(٢) انظر: رد المختار: ٧ ص ٦٣، المبسوط: ١٦ ص ١٤٩، الفواكه البدرية، ابن الغرس ص ١١٥، مواهب الجليل، الحطاب: ٦ص ٩٧، الفروق: ٤ ص ٥٦، تهذيب الفروق: ٤ص ١٠٠، تبصرة الحكام: ١ص ٣٤٧، المهذب: ٢ ص ٣٣٦، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥٢٠ طبع المشهد الحسيني، شرح المحلي: ٤ ص ٣٢٨، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٦.

قال الشيخ عليش: ما اتسع أحد في شهادة السماع اتساع المالكية، (فتح العلي المالك، له: ٢ ص ٣٠٣)، وقال بعض الفقهاء إن هذه الحالات وغيرها تقبل من الشاهد إذا لم يفصل ذلك في شهادته أما إذا بين مصدر شهادته بالتسامع أو الاستفاضة أو الشهادة على الاستصحاب فلا تقبل، وإن كان مصدر الإثبات مختلف فيه بين الأئمة فيجب على القاضي الاستيضاح حتى لا يظلم أحداً، (انظر: مغني المحتاج: ٤ص ٤٨٣، الهداية وشروحها: ٦.ص ٢١، جواهر العقود الأسيوطى: ٢ ص ٤٨٢).

(٣) انظر: مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٤٩، الفروق: ٤ص ٥٦، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٠٠، حاشيتا قليوبي عميرة: ٤ ص ٣٢٩، المهذب: ٢ ص ٣٣٦، القوانين الفقهية، ابن جُزَيء: ص ٣١٣ حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٧٢، التاج والإكليل: ٦ ص ١٦٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٦٧، الهداية وشروحها: ٦ ص ٢٣، المهذب: ٢ ص ٣٣٦ كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٦، المغنى: ٩ ص ١٦٢، الطريقة الواضحة: محمود حمزة: ص ٥، شرح النيل: ٦ ص ٦٤٤، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٦، المختصر النافع: ص ٢٨٩، البحر الزخار ٥ ص ٥٢.

(٥) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٧٧، رد المختار: ٥ ص ٤٦٧، القوانين الفقهية: ص ٣١٣، الدر المختار، للحصكفي: ٥ ص ٥٥٠، التاج المذهب: ٤ ص ١١٢. البحر الزخار: ٥ ص ٣٨.

ويترتب على اشتراط العلم أو الظن الغالب في مصدر الإثبات أن تكون عبارات الإثبات مشتملة على ما يفيد اليقين والعلم والجزم دون شك أو تردد، وبناء عليه حدد الفقهاء ألفاظ الشهادة وألفاظ اليمين وذكروا الصيغة الواجبة فيهما ، فذهب الجمهور إلى اشتراط لفظ«أشهد» في الشهادة خلافاً للمالكية، ولفظ«والله» في اليمين، وحددوا أسلوب الصياغة في الكتابة والتوثيق.

وأن اشتراط العلم أو غلبة الظن في مصدر الإثبات لا يتناقض ولا يتعارض مع حكم الإثبات الظني أي قوته الملزمة، فإن الفقهاء يرون أن طرق الإثبات لا تفيد غالباً إلا الظن، وتصدر بها الأحكام، ونحن مأمورون بالعمل بالظن الغالب في الأحكام، وخاصة في الاجتهاد والقضاء، وإنصاف المظلومين وتحقيق العدالة لاستحالة الوصول إلى القطع واليقين[1]،قال الله تعالى: ﴿إنا أَنزَلْنَا إليكَ الكتَابَ بالحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاس بما أَرَاكَ اللهُ﴾ سورة النساء، الآية ١٠٥ ، اي بما تراه من الرأي ، والرأي يكون عن يقين وعن ظن ، وجاء في الحديث الشريف الذي رواه الجماعة عن أم سلَمَة أن النبي ﷺ قال :» إنّكم تَختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعضٍ فأقضي له بنحو ما أسمع . . »[2] والخبر بالسماع يحتمل الصدق ويحتمل الكذب مع ترجيح احتمال الصدق فيستند القضاء عليه .

وإن استناد الإثبات إلى العلم لا يترتب عليه حصول العلم للقاضي بمحل الإثبات وإنما الذي يترتب عليه هو ظن القاضي صدقَ الحجة، لاحتمال الكذب وهذا لا يمنع القاضي من الحكم، لأنه إنما كلف بالظن لا بالعلم، وإن احتمال كذب الحجة احتمال مرجوح، والحقيقة التي يتوصل إليها القاضي من وسائل الإثبات هي حقيقة نسبية، لأن الشهود قد يكذبون، والمقر قد يقر كاذباً لأهداف خاصة، وأغراض بعيدة، والحالف قد يتجرأ على الحلف الكاذب دون مبالاة بالإثم والتهذيد والوعيد للحالف لضعف عقيدته وإيمانه، والكاتب قد يكتب زوراً وبهتاناً وهكذا . . ، كما سنرى ذلك في الفصل الخاص بقوة وسائل الإثبات.

ولا يوجد ما يفيد العلم والقطع إلا علم القاضي وشهادة التواتر، والأول مختلف فيه، وقد عدل عنه جميع المتأخرين، وشهادة التواتر نادرة الوقوع، قليلة الاستعمال والتطبيق.

الشرط السادس: أن يكون الإثبات موافقاً للعقل أو للشرع أو للحس أو لظاهر الحال، فإن خالف الإثبات أحدها فلا يعتبر، لأن الإثبات يفيد علماً ظنياً فلا يقبل في معارضة الحس الذي يفيد علماً قطعياً، ولأن الإثبات يقوم على الظاهر الضعيف الذي لم يصل في الظهور إلى

---

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبد السلام: ١ ص ٤

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٤٢ من هذا الفصل.

درجة القطع، وإذا خالف الإثبات العقل أو الشرع فلا يقبل للجزم بكذبه[1].

ومثال مخالفة الإثبات للعقل أن يقر شخص بقتل رجل مات قبل أن يولد، أو أن يشهد الشهود بذلك، أو يقر بنسب ولد لا يولد مثله لمثله في فارق السن أو أن يقرّ لحمل في بطن أمه ويبينَ سبباً بعيداً كالبيع والقرض وغيرهما، قال الفقهاء يصح الإقرار للحمل إن بين سبباً صالحاً كالوراثة والوصية واختلفوا إن لم يبين سبباً، فقال أبو يوسف لا يجوز، وقال مالك والشافعي ومحمد وأحمد يقبل وإن لم يبين سبباً، ويحمل على السبب الصالح لأنه ممكن.

ومثال مخالفة الإثبات للحس أن يقر شخص بأرش يد قطعها واليد صحيحة، أو أن تشهد البينة أن الدابة ملكه منذ مدة فدل سنها على أقل من ذلك قطعاً فتسقط البينة لتحقق كذبها، ومنه اشتراط الجمهور في ثبوت النسب بالفراش إمكان الوطء، فإن استحال إمكانه بعد العقد فلا يثبت النسب، وخالف في هذا الحنفية وقالوا يثبت نسب المرأة المشرقية من زوجها المغربي لوجود العقد بينهما، ولو تحقق عدم اللقاء بينهما ولا تقبل شهادة الأعمى برؤ ية الهلال، ولا تقبل البينة على موت أحد وحياته مشاهدة، أو على خراب دار وهي عامرة، لأن الإثبات يخالف المحسوس فلا يقبل.

ومثال مخالفته للشرع أن يقر بما علم كذبه شرعاً كمن أقر بولد مشهور النسب لآخر، ومن أقر بسهم لوارث اكثر من فريضته الشرعية فلا يقبل.

ومثال مخالفته لظاهر الحال أن يدّعى فقير معروف بالفاقة على أحد الأغنياء مالاً جسيماً يستحيل عادة أنه أصاب في حياته ما يقرب منه فلا يصدق في ذلك، وكما إذا ادعى وصى أنه أنفق على الصغير الموصى عليه مبلغاً عظيماً في مدة يسيرة فلا يصدق في ذلك، ويكذبه ظاهر الحال[2]، وكذا إذا أقر الصغير الذي لم تتحمل بنيته البلوغ بقوله بلغت، فلا يصح اقراره ولا يعتد به، لأن الظاهر يكذبه، وكذلك قال الفقهاء يشترط في تبوت البلوغ بالإقرار أن يكون جسمه محتملاً ذلك[3].

---

(١) الأبواب والفصول: ق ١٧٦ ب، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٣، شرح النيل: ٦ ص ٥٦٠، تبين الحقائق: ٥ ص ١٢، مرآة المجلة: ٢ ص ٣٣٣، مجلة الأحكام العدلية، المادتان: ١٥٧٧، ١٦٩٧، المرافعات الشرعية، السبكي: ص ٥٨، البحر الزخار: ٥ ص ١٣، شرائع الإسلام، ٢ ص ٢٢٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٠١، المبسوط: ١٧ ص ١٥٦، أصول الإثبات في الفقه الجعفري، محمد جواد مغنية: ص ٢٩

(٢) المدخل الفقهي العام، الزرقا: ٢ ص ١٠٦٧.

(٣) قال الشيخ أحمد ابراهيم: ومما ينبغي أن يلتحق بهذا ما إذا دل الحساب على عدم إمكان رؤ ية الهلال الليلة، لأنه يغرب قبل غروب الشمس، فشهد شاهد بأنه رآه بعد الغروب فيجب أن ترد شهادته لكذبها بيقين، وذلك لانضباط الحساب وعدم تطرق الخلل والشك اليه كما يعلم ذلك العارفون به، وهو من العلم المدرك بالنظر والاستدلال، طرق الإثبات الشرعية، له: ص ١٤٤ ـ ١٤٥، وقد صدر مثل هذا عن مفتي الجمهورية العربية المتحدة في مطلع شهر رمضان ١٣٨٩، =

الشرط السابع : أن يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشارع فلا يجوز الإثبات بما نهي عنه كالشعوذة والسحر والطيرة، أو عن طريق العراف والكهان التي كانت عند العرب والشعوب البدائية، لأن طرق الإثبات احكام شرعية أقرها الشارع بالنص أو الاجتهاد والاستنباط من الأدلة التفصيلية.

فالإثبات يجب أن يكون مسموحاً به، وصالحاً من الناحية الشرعية ويخرج ما نهى الشارع عنه، وأهم طرق الإثبات الشرعية هي الإقرار والشهادة واليمين والكتابة والقرائن والخبرة، وما ينضوي تحت هذه الطرق من وسائل جزئية وأنواع مختلفة ويُضاف إلى ذلك مجموعة من الوسائل المختلف فيها، وقد أقرها بعض الفقهاء وأنكرها آخرون فلا تعتبر مقبولة شرعاً عند المنكرين كالقسامة والقيافة وعلم القاضي وشهادة النساء في الأموال، وشهادة الأشخاص الذين لم تتوفر فيهم شروط الشهادة وصفاتها[1].

شروط الإثبات في القانون : لم يذكر شراح القانون أيضاً شروطاً عامة للإثبات ويمكن أن تستخلص من تعريف الإثبات في المؤلفات القانونية[2] ومن مواد القانون أن الإثبات يشترط فيه عدة شروط وهي :-

١ - أن يكون الإثبات في واقعة متنازع عليها، وهذا الشرط يقترب من شرط الدعوى في الشريعة، لأن الدعوى لا تكون إلا في حق متنازع فيه، كما سنبحثه في شروط محل الإثبات بالتفصيل، ولكن يجوز الإثبات بطلب المدعي قبل الدعوى عند الخوف من فواتها مثل السماع إلى شهادة شخص قبل سفره ، وهذا يتفق مع مذهب ابن القاسم من المالكية.

٢ - أن ينص القانون على الأثر القانوني للواقعة المراد إثباتها، وذلك لأن محل الإثبات في القانون هو الواقعة القانونية، ولذلك يشترط أن يترتب القانون أثراً لهذه الواقعة حتى يكون الإثبات منتجاً وإلا كان عبثاً.

٣ - أن يكون مصدر العلم بالإثبات صحيحاً[3]، فإن كان شهادة فيكون علم الشاهد

= حيث قال: إن حسابات الإرصاد تؤكد ان الهلال لم يولد أصلا، فكيف يمكن رؤ يته إذن؟. وقال إنه لا يستطيع ان يتجاوز في ثبوت مولد الهلال عن تأكيد علماء الإرصاد ليأخذ برؤ ية شخص أياً كان، جريدة الأهرام بتاريخ ١١/١١/١٩٦٩.

(١) توسع الفقهاء في بيان ذلك وبينوا مثلا من تقبل شهادته ومن لا تقبل ، في شروط الشاهد، ومن يقبل اقراره، ومن لا يقبل.

(٢) انظر: موجز أصول الإثبات ، مرقس: ص ١٦٧، رسالة الأثبات، نشأت :١ص ١٧ ف ١٢ ط ٦ وما بعدها، الإثبات في المواد المدنية، الدكتور الصدة ص ٥، نظرية الإثبات المؤمن ١٠، ٢٥، قانون الإثبات شرح وتعليق عنبر ص ٣٥، المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري ف ١٣٦: ص ٥٩، نظرية الحق، جميل الشرقاوي ص ٢٦.

(٣) انظر: أصول المحاكمات ، انطاكي: ص ٥٤٧، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٢٦٧.

بالمحل شخصياً بأن يرى الفعل بنفسه، وأن يسمع القول مباشرة، ولا تقبل الشهادة السماعية في القانون، ويصح للشاهد أن يشهد على العقد أو الحادثة المادية إذا وجد عن طريق الصدفة أو بناء على طلب الفريقين، وفي الإقرار يحلف الشخص على فعل نفسه بالجزم، وعلى فعل غيره على عدم العلم.

٤ ـ مجلس القضاء: الأصل أن يكون الإثبات القانوني في مقر المحكمة، ولكن يجوز للمحكمة أن تنتقل إلى مكان الإثبات للقيام بإجراءاته، وقد نص القانون على جواز انتقال المحكمة إلى مقر رئيس الجمهورية لاستماع شهادته مثلاً كما جاء في المادة ٧٢ من قانون البينات السوري، كما يجوز للمحكمة ان تندب أحد قضاتها عند وجود عذر لمباشرة إجراءات الإثبات خلال مدة تحددها له، المادتان٣، ٧٢، من قانون الإثبات المصري الجديد، المادة ٧٥بينات سوري، وإذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لإجرائه قاضي المحكمة التي يقع هذا المكان في دائرتها، المادة ٤ من قانون الإثبات المصري والمادة ٧٦ بينات سوري.

٥ ـ أن يكون الإثبات مشروعاً بالقانون كلياً أو جزئياً فلا يقبل الإثبات بعلم القاضي ولا يجوز الإثبات فيما زاد على عشرين جنيهاً أو مائة ليرة سورية بالشهادة والقرينة، لأن القانون فضل الكتابة وأوجب الإثبات بها في بعض الحالات التي جوز إثباتها بالشهادة والقرينة، كما حدد القانون طرق الإثبات بالنص والحصر فلا يقبل الخروج عنها وهي الكتابة والشهادة والقرائن والإقرار واليمين والخبرة والمعاينة(١).

وهذا الإثبات الذي يشترط فيه هذه الشروط لا بد أن يكون له محلٌ يقع عليه، ويظهر فيه، ويختلف باختلافه، فما هو محل الإثبات؟

* * *

(١) انظر: رسالة الإثبات: ١ ص ٢٥ ـ ٢٦

الفصل الثاني
في
محل الإثبات
وفيه مبحثان

المبحث الأول
في
تعريف محل الإثبات وأقسامه

محل الإثبات هو الحق المتنازع فيه، فإذا تنازع اثنان في حق من الحقوق ورفع أحدهما الدعوى على الآخر يطالبه به أمام القضاء، فإن القاضي يطلب إثبات هذا الحق ليحكم به لصاحبه، ويعبر الفقهاء عن محل الإثبات بالمقضي فيه أو المدعى به[1] أو المشهود به أو المقر به أو المحلوف عليه أو المكتوب لأجله الوثيقة، وذلك باختلاف وجهة النظر التي ينظرون منها إليه.

وإثبات الحق المتنازع فيه إما أن ينصب مباشرة على الحق المطلق وهو المجرد عن سبب كالتنازع في دين أو عين[2]، وإما أن يقع على مصدر الحق وهو السبب المنشىء له كالتنازع في عقد أو اتلاف أو واقعة مادية كالولادة، وإما أن يقع على الحق مع السبب معاً كالتنازع في ملك العين بسبب الشراء، أو طلب الدين بسبب القرض.

فمحل الإثبات إذن إما أن يكون حقاً أو سبباً منشئاً للحق، والأسباب المنشئة للحق يطلق

---

(١) يظهر الاتفاق بين محل الإثبات وبين المدعى به أو المقضي فيه إذا تطابق الإثبات معه وحكم به القاضي.

(٢) الدّين في الشرع هو وجوب مال في الذمة بدلاً من شيء آخر، وجاء تعريفه في الحاوي القدسي أنه عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما، وابقاؤه واستيفاؤه لا يكون إلا بطريق المقاصة عند أبي حنيفة، والعين ما له وجود حسي، (انظر: حاشية الحموي على الأشباه: ٢ ص ٢٠٩، التعريفات للجرجاني ص ٩٥).

عليها مصادر الحق[1].

وقد اتفق الفقهاء على جواز أن يكون محل الإثبات حقاً مطلقاً أو حقاً مقيداً بسبب أو سبباً فقط، ثم اختلفوا في اشتراط بيان السبب وعدمه سواء كان ذلك في العين أو الدّين، وقد تضاربت أقوال الفقهاء، وتشابكت آراؤهم، واختلف النقل عن أصحاب المذهب الواحد، وتعرضوا لذلك في كل وسيلة على حدة، فاختلفوا في الشهادة هل تقع على الحق أم على مصدره؟ وفي اليمين، هل يحلف على السبب أم على الحاصل؟

ونظراً لأهمية هذا الموضوع نقتبس بعض نصوص الفقهاء، ونقدمها بين يدي البحث.

نصوص الحنفية:

١ ـ قال الكاساني: وجملة الكلام أن المدعي لا يخلو أما أن يدعي عليه ملكاً مطلقاً ولم يدع عليه فعلاً، واما أن يدعي عليه فعلاً[2].

٢ ـ قال السرخسي: ويصح إثبات السبب بالبينة[3].

٣ ـ قال الزيلعي: المقصود إثبات السبب (البيع) على معنى أنه الأصل، والحكم يثبت تبعاً، وإن كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع، والسبب وسيلة إليه تمكن مقصوده، وهو الحكم ـ لا يحصل إلا به، فكان في إثباته إثبات الحكم إذا لا يمكن إثبات الحكم إلا بسبب معين[4].

٤ ـ قال ابن نجيم: لا يشترط في صحة الدعوى بيان السبب إلا في دعوى العين، والرأي إلى القاضي في السؤال عن سبب الدين المدعى به، ولكن لا جبر على بيانه. وقال في مكان آخر: وللقاضي أن يسأل عن سبب الدين احتياطاً[5].

---

(١) يطلق السبب على معان كثيرة، ونواح مختلفة، والمقصود به هنا هو المصدر، فسبب الحق مصدره، وسبب الدين مثلاً هو البيع أو القرض أو الاتلاف، كما يطلق المصدر ويراد به معانٍ كثيرة منها السبب المنشىء له، ومصدر الالتزام هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام، (انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري: ١ ص ٦٧).

(٢) بدائع الصنائع، له: ٦ ص ٢٣١، والملك المطلق هو الذي لم يتقيد بأحد أسباب الملك كالارث والشراء والنتاج، والملك الذي تقيد بمثل هذه الأسباب يقال له الملك بسبب، المادة ١٦٧١ من مجلة الأحكام.

(٣) المبسوط، له: ١٦ ص ١٩٤.

(٤) تبين الحقائق، له: ٤ ص ٢٣٤.

(٥) الأشباه والنظائر، له: ص ٨٧، ٩١ وحاشية الحموي عليه: ١ ص ٣٤٧، البحر الرائق، ابن نجيم: ٧ ص ١٩٥.

٥ ـ قال قُطْلُوبُغا: ذكر السبب شرط في العقار، ولا تسمع فيه دعوى الملك المطلق، وفي إثبات الدين ذكر الصفه والوزن ثم يقول ديناً لازماً وحقاً واجباً[١].

٦ ـ نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٢٧ على ما يلي: إذا كان المدعى به أعياناً فلا يلزم بيان سبب الملكية، بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لي، وأما إذا كان ديناً فيسأل عن سبب وجهته.

ونقل يوسف آصاف في شرحه على المجلة النصوص التالية وبين وجود التعارض بينها[٢]، ففي الفتاوي الظهيرية: وإن وقعت الدعوى في الدين فلا بدَّ من بيان السبب، لأنه لا يجب في الذمة بالاستهلاك وكذا بالقرض، لأن قرضه لا يجوز وإنما يجب بسبب السلم أو يجعله ثمناً في البيع، وحينئذ يحتاج فيه إلى بيان النوع والصفة، وفي جامع الفصولين: لا بد من بيات السبب في دعوى الغطارفة والعدالي والفلوس بخلاف سائر الدعاوي من دعوى الأملاك والأعيان والكيلي والوزني والذهب والفضة، فإنه لا يحتاج إلى ذكر السبب، ثم ذكر عن الحموي قوله: لا يلزم المدعي بيان السبب، وتصح بدونه إلا في المثليات ودعوى المرأة الدين على تركة زوجها[٣]

ويظهر من هذه النصوص أن محل الإثبات يصح أن يكون حقاً أو مصدراً للحق كالفعل كما جاء في كلام الكاساني، والسرخسي، ويؤكد الزيلعي توجيه الإثبات على السبب والمصدر لأن الحكم يثبت تبعاً، ثم يضطرب النقل في عدم وجوب بيان السبب في الدين كما قال ابن نجيم، ووجوب ذكره في العقار كما قال قُطْلُوبُغا، وعدم وجوب ذكر السبب في الأعيان ووجوب ذكره في الدين كما نقل آصاف عن الفتاوي الظهيرية، وجامع الفصولين وحاشية الحموي.

ونرى أن محل الإثبات يصح أن يكون بكلا الأمرين، ولكن إذا كان السبب مختلفاً فيه، أو مشكوكاً به فيجب أن ينصب الإثبات على السبب، وهذا ما حققه الشيخ علي قرّاعة فقال: ويشترط لصحة الدعوى بالدين بيان سبب وجوبه من بيع أو قرض أو سلم أو ما أشبه ذلك، وذلك لأن الأحكام تختلف باختلاف هذه الأسباب، . . . وبيان سبب الوجوب واجب في جميع دعاوى المثليات ما عدا الدراهم والدنانير فلا يشترط إلا في مسائل، منها دعوى الكفالة ودعوى

---

(١) موجبات الأحكام، له: ص ٩.

(٢) مرآة المجلة، له: ١ ص ٣٨٠ ـ ٣٨١.

(٣) جامع الفصولين، ابن قاضي سماونة: ١ ص ٥٥، حاشية الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٤٧. والغطارفة والعدالي والفلوس أنواع من النقد المخلوط بمعدن آخر.

المرأة مالاً على ورثة زوجها بعد وفاته، ودعوى الدارهم المنقطعة عن الأيدي، فيشترط بيان سبب الوجوب حتى يعلم إن كان الدين واجباً على المدعى عليه أم ليس بواجب. . . وقال إن الإقرار لا يعتبر سبب الوجوب لأنه إخبار وليس إنشاء[1].

نصوص المالكية:

١ ـ قال الشيخ عُليش: الإقرار بالدين في الصحة لازم من غير الفصل في بيان السبب وعدمه[2].

٢ ـ قال الخِرشي: ويشترط في دعوى المعاملات بيان السبب كالسلف والبيع والنكاح، وإن تركه سأله القاضي عنه، فإن جهله المدعي أو رفض بيانه فلا يطلب من المدعى عليه الجواب، وإن نسيه قبل منه، وإن فسرا الشهادة بإقرار المدين عندهما صح[3].

٣ ـ قال ابن فرحون: إذا لم يبين الشهود وجه الحق الذي شهدوا فيه ولا فسروه فليس ذلك بشيء حتى يبينوا أصل الشهادة وكيف كانت ويقولون أسلفه بمحضرنا أو أقر عندنا المطلوب أنه أسلفه، وإن كان الدين من بيع فسروا ذلك وقالوا باع منه كذا وكذا أو بإقراره عندنا، لأن الشهادة مصدّقةٌ للدعوى، وقال محمد بن عبد الحكم: إذا شهد شاهدان أن لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولا وأقر بذلك عندنا ولا نحو ذلك وإنما أطلقا الشهادة هكذا، لم أرَ شهادتهما بحق شيئاً لأنهما كحاكيين حتى يقولا: أسلفه أو أقر عندنا بذلك أو أن يبينا ما شهدا فيه وقد نجد من الناس من يحلل بيع النبيذ المسكر ويوجب له ثمناً وغير ذلك[4].

وقال ابن فرحون أيضاً: وسواء كانت الدعوى في ملك مطلق غير مضاف إلى سبب أو في ملك غير مطلق وهو المضاف إلى سبب يتكرر أو لا يتكرر، فالمطلق أن يقيم بينه بأن هذا الشيء له ملكاً مطلقاً، وغير المطلق هو المضاف إلى سبب وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بينة بأن هذا العبد ملكه، ولد في ملكه، وأن هذه الدابة نتجت في ملكه، وأن هذا الثوب نسج في ملكه، ثم هذا السبب على ضربين منه ما يمكن أن يتكرر في الملك مثل الغرس ونسج ثوب الخز، ومنه ما لا يمكن تكرره كالولادة والنتاج ونسج ثوب القطن[5].

---

(١) الأصول القضائية، علي قراعة: ص ٢٥ ـ ٢٦.

(٢) فتح العلي المالك، له: ٢ ص ٣٢٩.

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧ ص ١٥٤.

(٤) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٤٣.

(٥) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩.

ونلاحظ أن المالكية يؤكدون على جعل سبب الحق ومصدره هو محل الإثبات، لأن الحق يثبت بثبوت مصدره، مع جواز إثبات الحق المطلق كالمقربه دون بيان سببه، لأن الإقرار ليس سبباً لاستحقاق المقربه بل هو دليل على تقدم سبب الاستحقاق في زمن سابق، فيحمل على تقدم السبب على الوجه المعتبر الشرعي لأن التصرف محمول على الغالب وإذا تحققت التهمة فيشترط ذكر السبب دون خلاف، كالإقرار لوارث وغيره في مرض الموت[1].

نصوص الشافعية:

١ ـ قال السيوطي: لا بد في دعوى الدين من بيان السبب[2].

٢ ـ قال الشيرازي: ولا يلزم في دعوى المال ذكر السبب الذي ملك به لأن أسبابه كثيرة، وفي دعوى العقد كالبيع والإجارة اختلف الفقهاء على ثلاثة وجوه في اشتراط ذكره[3].

٣ ـ قال الماوردي: إذا ادعى عليه ديناً في ذمته دعوى مطلقة ولم يذكر سبب استحقاقها فهي دعوى صحيحة، ولا يلزم سؤاله عن سببها. وإن سأله الحاكم كان مخطئاً ولا يلزمه إبانة السبب، لأن تنوع الأسباب لا تجب لاختلاف الحقوق[4].

وقال أيضاً: وإن ادعى حقاً مع سببه كألف من قرض أو غصب فالجواب عام واليمين على البتّ حسب الجواب، ولا يجوز للقاضي أن يستحلفه ما اقترض منه لاحتمال اقتراضه ووفائه[5]، وقال أيضاً: والمدعي مخير بين أن يذكر سبب الاستحقاق في الدين بأحد وجوه الاستحقاق وهي ثمن وأجرة وقرض وقيمة متلف وعقد سلم أولاً يذكره بعد أن يصف ما يدعيه في الذمة بما ينفي عنه الجهالة[6]،-وقال أيضاً: لو ادعى عيناً منقولة أو غير منقولة أنها ملكه، وهي في يد المدعى عليه بغير حق، فهو بالخيار بين أن يعين السبب الذي به صارت في يده بغير حق وبين أن يطلقه[7].

٤ ـ وقال الماوردي أيضاً: إن البينة تسمع على التقييد والاطلاق للسبب من المدعي،

---

(١) انظر: تهذيب الفروق: ٤ ص ٧٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٢٥، التاج والأكليل، المواق: ٦ ص ١٢٤.

(٢) الأشباه والنظائر، له: ص ٥٢٤ طبعة المشهد الحسيني.

(٣) المهذب، له: ٢ ص ٣١١.

(٤) الحاوي: له: ١٢ ق ١٣٩أ.

(٥) المرجع السابق: ١٢ ق ١٤٠ أ.

(٦) المرجع السابق: ١٢ ق ٩٦أ.

(٧) المرجع السابق: ١٣ ق ٤٣ ب.

وكذلك من المدعى عليه في المذهب الجديد، وفي القديم لا تسمع من المدعى عليه إلا مقيدة بسبب، ولا تقبل مطلقة لجواز الشهادة له لأجل اليد، واليد قد بطل حكمها ببينة المدعي، وفي العقار يخير المدعي بين بيان سبب ملكه وعدم بيانه[1].

٥ ـ وقال الماوردي أيضاً: ينبغي للشاهد إذا شهد عند الحاكم بحق على رجل أن يستوفي الشهادة بذكر السبب الموجب للحق، فإن أغفل السبب سأله الحاكم، وإن لم يسأله فالحاكم مقصر. وحكمه بالشهادة نافذ، لأن سؤاله سؤال استظهار فحمل الشهادة على ظاهر الصحة إلا أن يثبت ما ينافيها[2].

٦ ـ قال الماوردي: والحقوق على ثلاث أقسام، الأول: ما لا يجب الكشف عن سببه وهو الأموال المدعاة من عين ودين فلا يلزم أن يسأله الحاكم عن سبب، وإن سأل لا يجب كشف سببه، لأن أسباب الملك شتى يكثر عددها كالإرث والابتياع والهبة والعينة والوصية والإحياء والنتاج، الثاني: ما يجب الكشف عن سببه كدعوى القتل والقذف، ويسأل عن العمد والخطأ، وعن لفظ القذف، لاختلاف الأحكام المترتبه على نوع السبب، الثالث: وقسم مختلف في وجوب الكشف عن سببه وهو الدعوى في عقد يتردد بين الصحة والبطلان وهو ضربان الأول: ما يغلظ حكمه في الشرع كالنكاح المغلظ بالولي والشاهدين ففيه ثلاثة وجوه في السؤال عنه، الاستحباب والوجوب لتخصيصه عن العقود، ولأن الفروج موضوعه على الحظر والتغليظ، وفيه اتلاف لا يستدرك ولا يرتفع بالإباحة، والثالث اشتراط الكشف في دعوى العقد وعدم اشتراطه في دعوى الزوجية، والضرب الثاني: العقود عامة فالأكثر عدم اشتراطه وقيل باشتراطه[3].

ثم قال: وإن كانت الشهادة على غير إقرار كالثمن في بيع حضره أو صداق في نكاح شهده أو قرض شاهده ففي لزوم ذكر السبب في أدائه وجهان[4].

٧ ـ ذكر السيوطي الحالات التي يجب فيها ذكر السبب وهي الشهادة بنجاسة الماء والردة والجرح والتعديل واستحقاق الشفعة والوراثة والعقد وانتقال الملك والرضاع والإكراه وشرب الخمر وإرجاع الملك والسرقة ونظر الوقف وبراءة المدعى عليه من الدين والرشد[5].

---

(١) المرجع السابق: ١٣ ق ٤٨ أ.
(٢) المرجع السابق: ١٣ ق ٢٤ أ وما بعدها.
(٣) المرجع السابق: ١٣ ق ٤٩ ب.
(٤) المرجع السابق: ١٢ ق ٩٧ ب.
(٥) الأشباه والنظائر، له: ص ٥٢١ طبع المشهد الحسيني.

٨ ـ قال السبكي: كا ما صحت إقامة البينة عليه صحت الدعوى به[١].

ويبدو من نصوص الشافعية أن محل الإثبات يصّح أن يكون الحق نفسه مجرداً عن الأسباب، ويصح أن يكون الحق مع السبب، وأن في المذهب وجهين أو ثلاثة في اشتراط ذكر السبب وعدمه، ويظهر ترجيح الرأي الذي يفصل ذلك حسب الحالات كما ذكر الماوردي، إلا إذا حصلت شبهة فيجب بيان السبب، وذلك في الحالات التي يتردد فيها السبب بين الصحة والبطلان، ويختلف الحكم فيها حسب اختلاف السبب والوصف، أو كان السبب مختلفاً فيه بين الفقهاء، فيجب بيان السبب ليتحقق القاضي من صحة السبب المؤدي للحق المدعى به، وهذا ضابط حسن في ذلك، ووضع السبكي ضابطاً آخر وهو جواز الإثبات في كل ما تجوز به الدعوى، والدعوى تصح في السبب وفي الحق.

نصوص الحنابلة:

١ ـ قال البهوتي: إن شهد بإقرار لم يعتبر لصحة الشهادة ذكر سبب الإقرار بذلك ولا سبب الحق الذي أقر به، كما لو شهد باستحقاق مال، فإنه لا يعتبر ذكر سبب الاستحقاق... وإن شهد الشاهد بسبب يوجب الحق كتفريط في أمانة أو تعد فيها أو شهد باستحقاق من غير ما يوجبه السبب ذكره، أي اشتراط ذكر الموجب للاستحقاق لأنه قد لا يعتقده الحاكم موجباً[٢].

٢ ـ وقال البهوتي أيضاً: لا يشترط لصحة الدعوى ذكر سبب الاستحقاق لعين أو دين لكثرة سببه وقد يخفى على المدعي[٣].

٣ ـ قال ابن القيم: وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم كيف تحملوا الشهادة... وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعي عن سبب الحق وأين كان[٣].

٤ ـ وقال أبو البركات ابن تيمية: وإذا قال من شهد بقتل: جرحه فقتله أو مات من ذلك صح...، ومن شهد لرجل أن هذا الغزل من قطنه والطير من بيضه، أو الدقيق من حنطته حكم له بذلك[٤].

---

(١) الأشباه والنظائر، السبكي، مخطوط: ق. ١٢٠ ب.
(٢) كشاف القناع، له: ٤ ص ٢٤٥.
(٣) شرح منتهى الارادات، له: ٤ ص ٢٧٧ على هامش كشاف القناع، وانظر المحرر في الفقه ٢ص٢٠٨.
(٤) الطرق الحكمية، له: ص ٢٤.
(٥) المحرر في الفقه، مجد الدين أبو البركات ابن تيمية: ٢ ص ٢٤٦.

٥ ـ قال البهوتي: ومن شهد بنكاح أو غيره من العقود فلا بد من ذكر شروطه لاختلاف الناس في بعض الشروط فربما ترك شرطاً يرى الشاهد صحته بدونه دون الحاكم، وإن شهد برضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وأنه شرب من ثديها وفي الحولين، وإن شهد بقتل احتاج أن يقول ضربه بسيف أو غيره أو جرحه فقتله[١]...

ونلاحظ أن الحنابلة يجيزون الشهادة على الحق المطلق وعلى السبب كما ذكروه في العقود والاتلاف والقتل وغير ذلك، ويجب ذكر السبب وشروطه إذا كان يوجب الاستحقاق لاحتمال عدم الاستحقاق في نظر الحاكم، كما يجب السؤال عن السبب عند التهمة والشك.

نصوص المذاهب الأخرى:

١ ـ قال المرتضى في البحر الزخار: ولا يلزم مدعي الملك تفصيل سببه إجماعاً بل لا بد من تعيين المدعى فيه[٢].

٢ ـ وقال أحمد بن قاسم العنسي اليماني: والمدعى فيه هو الحق... والإثبات على ضربين إما إثبات لعين قائمة أو إثبات لشيء في الذمة[٣].

٣ ـ وقال محمد أطفيش: والمقضى به هو الحق الذي يقضي به القاضي من الشرع... ثم قال والمقضي به هو جميع الحقوق[٤].

٤ ـ وقال ضياء الدين الثميني: وإنما تجوز الدعوى في المعلوم ولو غائباً، والمجهول تجوز فيه إن كان بتعدية أو خيانة، وأما في معاملة فمنه ما تجوز فيه، ومنه ما لا تجوز، وكذا في أمانة[٥].

ويظهر من مجموع النصوص أن محمل الإثبات إما أن يكون حقاً مطلقاً وإما أن يكون مصدراً للحق، وإذا ثبت المصدر ثبت الحق الناشيء عنه، وقد وردت معان كثيرة للحق واطلاقات متعددة، كما أن مصادر الحق متنوعة ومختلفة ولذلك نفصل القول في كل منهما وذلك في مطلبين.

---

(١) كشاف القناع، له: ٤ ص ٢٤٦.
(٢) البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٤.
(٣) التاج المذهب: ٤ ص ٤.
(٤) شرح النيل، له: ٦ ص ٥٢٦، ٥٢٧.
(٥) الورد البسام، له: ص ٢٩.

المطلب الأول
في
مصادر الحق

مصدر الحق هو السبب المنشىء له، أو هو كل سبب يترتب عليه حكم شرعي، ومصادر الحقوق أسباب شرعية يرتب عليها الشارع حقوقاً معينة، وهذا السبب يطلق عليه علماء الأصول، المحكوم به[1]، وهو قسمان ما ليس له إلا وجود حسي، وماله وجود آخر شرعي، وكلا القسمين يتعلق بهما حكم شرعي، فالإثبات يقع إما على الوجود الحسي وإما على الوجود الشرعي، والوجود الشرعي هو ما يشترط فيه الشارع شروطاً وأركاناً في وجوده، وكل قسم من هذه الأقسام قد يكون سبباً لحكم شرعي آخر، فالزنا له وجود حسي ويتعلق به حكم شرعي وهو الحرمة، وسبب لحكم آخر وهو وجوب الحد، وإذا ثبت السبب أمام القاضي حكم بوجوب الحد، والإتلاف له وجود حسي وهو سبب للتعويض، وأكل مال الناس له وجود حسي، ويتعلق به حكم شرعي، وهو الحرمة، وهو سبب للضمان.

والبيع له وجود شرعي لاشتراط الشارع فيه أركاناً وشروطاً معينة كالتراضي مثلاً وكون محل البيع مباحاً، ويتعلق به حكم شرعي وهو الإباحة، وسبب لحكم شرعي آخر وهو الملك[2]، ويقع الإثبات إما على العقد وإما على الملك، والوصية لها وجود شرعي، ولها حكم شرعي وهو الوجوب أو الندب، وهي سبب لحكم شرعي وهو انتقال الملك إلى الموصى له، وهكذا كل سبب رتب عليه الشارع الحكيم حكماً معيناً، متى ثبت أمام القضاء رتب القاضي عليه ذلك الحكم وألزم الخصم به.

ومصدر الحق هو كل عمل إرادي أو طبيعي رتب الشارع عليه أثراً، ومصادر الحق في

---

(١) وقد يطلق الأصوليون عليه المحكوم فيه، وهو فعل المكلف الذي يعلق به حكم الشارع.
أنظر: شرح التوضيح على التنقيح: ٢ ص ١٥٠ وما بعدها ط صبيح، وكلاهما لعبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة المتوفى ٧٤٧هـ، وهو على هامش كتاب التلويح للتفتازاني الشافعي المتوفى سنة ٧٩٢هـ علم أصول الفقه، خلاف: ص ١٢٧ ط الكويت، تسهيل الوصول، المحلاوي: ص ٢٧٤.

(٢) الصلاة لها وجود شرعي لأنها تؤدى بأركان وشروط وهيئة وضعها الشارع، ويتعلق بها حكم شرعي وهو الفرضية وليست سببا لحكم شرعي آخر.

الشريعة يمكن حصرها كما يقول الدكتور السنهوري في الوقائع المادية والتصرفات الشرعية التي تصدر عن إرادة ينتج عنها أثر[1]، فالوقائع المادية كالزلازل والأمطار وهلال رمضان وباقي الأهلة، ودوران الشمس وأوقات الصلاة، كما يعتبر من الوقائع المادية الولادة لثبوت النسب، والإتلاف للحصول على التعويض، والتصرفات الشرعية الإرادية إما أن تكون من طرف واحد كالوقف والوصية أو من طرفين كالبيع والإجارة والشركة والوديعة والقرض وهي كلها أسباب شرعية يرتب عليها الشارع أحكاماً شرعية وينتج عنها حق يقره الشارع للشخص.

ويقع الإثبات على السبب أو مصدر الحق، والقاضي يقضي بالحق وهو الأثر الذي رتبه الشارع على هذا السبب كملك العين في البيع، وملك المنفعة في الإجارة، وحل المتعة في النكاح.

يقول ابن أبي الدم الشافعي مؤيداً ذلك: إن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها بل وظيفته أن ينقل ما يسمعه منهما من إقرار وعقد تبايع أو غير ذلك أو ما شاهده من التفويض والإتلاف فينقل ذلك إلى القاضي ثم وظيفة الحاكم ترتيب المسببات على أسبابها فالشاهد سفير، والحاكم متصرف. ثم يقول معللاً ذلك: والأسباب الملزمة مختلف فيها فقد يظن الشاهد ما ليس بملزم سبباً للإلزام فكلف نقل ما سمع أو رأى، والحاكم مجتهد في ذلك[2].

---

(١) يقول الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري في كتابه(مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ٢ص ٦٧) ومصادر الحق في الشريعة شأنها شأن المصادر القانونية عامة تنحصر في الوقائع والتصرفات وهي العقد والإرادة المنفردة والضرر أو العمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب والنص الشرعي، والعقد هو توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه، والعمل غير المشروع هو المسؤولية التقصيرية، والإثراء بلا سبب هو كل إثراء على حسب الغير دون سبب قانوني، ويُردُّ لهذا الغير قدر ما أثرى به في حدود ما لحق الغير من خسارة كأن يستولي على ملك غيره بدون سبب، ولو كان بنية حسنة، والنص الشرعي كمصدر مباشر عند عدم النص على مصدر آخر، كالنص على التزام الأب بالنفقة على عياله، والواقع أن كل الحقوق مصدرها الشريعة بصفة غير مباشرة بأن تنص على اسبابها كالعقد أو العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب، فإن نصت على التزام أو حق دون أن يتبين له مصدرٌ مباشر فيكون نص الشريعة هو المصدر المباشر له. وانظر: الوسيط للسنهورى أيضاً: ١ ص ١١٩، ١١٧، ص ١٣٧، ١١٠٣، ١٢٧١.

وخلاصة كلامه أن الأسباب إما أن تكون ذات وجود حسي أو ذات وجود شرعي، ويرتب الشارع على كل منهما آثاراً شرعية تنتج حقوقاً والتزامات على أصحابها كما عبر علماء أصول الفقه.

(٢) انظر: أدب القضاء، لابن أبي الدم ص ٣٦٣،
الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥٢٤ طبع المشهد الحسيني.

المطلب الثاني
في
الحق

يصح أن يكون الحق نفسه محلاً للإثبات ، دون اشتراط لبيان السبب الذي أنشأه فيجوز إقامة البينة على ملك العين المطلق عن بيان السبب، ويجوز إثبات الدين دون بيان سببه.

قال ابن رشد : فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق ، سواء كان حقاً لله أو حقاً للآدميين [١] .

تعريف الحق وإطلاقاته:

الحق في اللغة هو الثابت الموجود الذي لا يسوغ إنكاره، وعرفه الجرجاني بأنه الحكم المطابق للواقع[٢]، وقال التفتازاني: الحق هو الحكم المطابق للواقع، ويطلق على العقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل[٣].

إطلاقات الحق:

للحق اطلاقات مختلفة عند فقهاء المسلمين[٤]، منها ما هو عام وشامل لكل ما يثبت للشخص ، فيشمل الملك من النقد والمنقول والعقار والدين والمنفعة والحقوق المجردة كحق الانتفاع وحق التملك والخيارات وحق الولاية وحق الشفعة، وقد يريدون به الحق المجرد في مقابلة الملك والمال كما جاء في الوصايا والمواريث، أو في مقابلة المال فقط أو في مقابلة الملك فقط [٥].

---

(١) بداية المجتهد: ٢ ص ٤٩٧.

(٢) التعريفات، الجرجاني: ص ٦١، المصباح المنير: ١ ص ١٩٧.

(٣) كشاف اصطلاحات الفنون: ١ ص ٤٩٣.

(٤) انظر المدخل للفقه الإسلامي، لاستاذنا محمد سلام مدكور: ص ٤١٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري: ١ص ١٠، البحر الزخار: ٤ ص ٣٨٣.

(٥) انظر: التاج المذهب لاحكام المذهب ، للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني، الصنعاني ٣ ص ٣٨١، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين: ٥ ص ١٨٧، الملكية في الشريعة الإسلامية، لأستاذنا الشيخ على الخفيف: ١ ص ٢، الملكية ونظرية العقد ص ٧٥.

وتارة تطلق الحقوق ويراد منها مرافق العقار كحق الشرب والمسيل وحق الجوار وحق الطريق وحق التعلي وتسمى حقوق الارتفاق[1].

ويطلقون الحق أحياناً ويريدون منه ما يتبع العقد من التزامات، كحق المشتري في استلام البيع، وحق البائع في استلام الثمن، ويطلقون على الالتزامات في المسؤولية التقصيرية اسم الضمانات.

ويطلق الحق على الحقوق العامة والحريات مما هو مباح للناس كافة الانتفاعُ بموضوعه على سبيل التساوي والاشتراك دون استئثار كحق التملك والتنقل والسير في الطريق العام، ويطلق على ما يخول صاحبه اختصاصاً واستئثاراً بموضوعه المعين دون سائر الناس كحق الملكية[2].

ويستعمل الفقهاء لفظ الحق ويريدون جميع الحقوق المالية وغير المالية كحق الله تعالى وحق العبد[3].

وجمهور الفقهاء يذكرون الحقوق في مقابل الأعيان، والحنفية يذكرونها في مقابلة الأموال[4].

قال الكاساني: والحق هو الثابت عند الله عز وجل من حكم الحادثة إما قطعاً وإما ظاهراً[5]. وقد يطلق الحق بمعنى الحقيقة المثلى أو اليقين أو العدالة مثل«الآن حصحص الحق»«وقل جاء الحق وزهق الباطل» أي ظهرت الحقيقة «فيعلمون أنه الحق من ربهم»[6].

ويظهر مما سبق أن الفقهاء استعملوا الحق في معان مختلفة فأطلقوه على الحقوق المالية وغير المالية وأطلقوه على مرافق العقار، وأطلقوه على الالتزامات الناشئة من العقد أحياناً.

تعريف الحق عند الفقهاء: لم يعرف الفقهاء الحق تعريفاً واحداً لاختلافهم في معناه، ولذلك نرى تعريفات مختلفة تبعاً لاختلافهم في مضمونه وحدوده كما سبق، وظهرت بعض التعريفات الجديدة له.

---

(١) شرح النيل ٢ ص ٥٨٢.

(٢) انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الدكتور الدريني: ص ١٨٣.

(٣) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري: ١ ص ١٠.

(٤) انظر: نظرية الالتزام، الزرقا: ص١٤، الملكية في الشريعة، الخفيف: ١ ص ٤.

(٥) بدائع الصنائع، له ٧ ص ٤.

(٦) انظر: الوجيز في الحقوق المدنية، الدكتور عدنان القوتلي: ١ ص ١١٢.

فعرفه الأستاذ الزرقا بمعناه العام فقال: إنه اختصاص حاجز يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً[1].

وعرفه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة بأنه ما يثبت للإنسان استيفاؤه سواء كان عاماً أم خاصاً، وساء كان حقاً متعلقاً بالمال كحق الملك في الأعيان وحق الانتفاع، أم كان حقاً غير مالي كحق الولاية للشخص على أولاده وحق الزوجية، وحق الطاعة لولي الأمر وحق الشورى[2]، ثم عرفه تعريفاً آخر فقال: هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير[3]. وعرفه الدكتور الدريني فقال: الحق اختصاص يقربه الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة [4].

ويظهر لنا من كل ذلك أن الحقّ محلّ الإثبات هو الحق بمعناه العام الشامل الذي يشمل جميع الحقوق التي يمكن للإنسان أن يستفيد منها ويختص بها في حياته كلها بشرط إقرار الشارع لها، وسواء أكان الحق حاجزاً كالملكية وغيرها أم غير حاجز كحق الحياة والتنقل والتنفس إذا أراد غيره أن يمنعه منه، وسواء أكان حقاً مالياً أم غير مالي، كما يشمل الحقوق التي تهم المجتمع وتنسب إلى الله تعالى لشرفها وعظمتها، لذلك نرى أن تعريف الشيخ احمد فهمي أبو سنة أشمل هذه التعريفات وهو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير.

شرح التعريف[5]:

ما: أي شيء وهذا يشمل ملك العين وملك المنفعة ويشمل الدين والحقوق الفكرية كحق التأليف، والحقوق العامة كالسير في الطريق العام ويشمل العمل كحق التنقل والامتناع عن الفعل الضار كإتلاف مال الغير، ويشمل الوصف كالولاية على الصغير وكطاعة ولي الأمر والزوج، والحقوق النظرية كالحياة والحرية، ويشمل الحق على وجه الاختصاص كالملك أو على الاشتراك كالإباحة.

ثبت: الثبوت معناه التمكن والتسلط بحيث لا يملك أحد رده عما ثبت له، ولا الحيلولة دون ممارسته ولو كان فعلاً مباحاً أو مندوباً.

---

(١) نظرية الالتزام، له: ص ١٠.

(٢) التعسف في استعمال الحق، له: ص ١٠٥ من أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق.

(٣) النظريات العامة في المعاملات، نظرية الحق، أبو سنة: ص ٥٠.

(٤) الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، له: ص ١٩٣ ونقل تعريف الملك من الحاوى القدسي بأنه اختصاص حاجز، وجعله تعريفاً للحق عامة ص ١٨٣.

(٥) النظريات العامة في المعاملات، نظرية الحق، أبو سنة ص ٥٠ وما بعدها.

في الشرع: أي شرعه الله تعالى، لأن مصدر الحقوق كلها هو الشريعة، فما أقره الشرع فإنه يثبت لصاحبه، وما منعه فلا عبرة به، وليس للعقل أثر في ذلك خلافاً للمعتزلة.

للإنسان أو لله: وهذا يشمل حق الإنسان كملك المال والتصرف فيه، وحق الله تعالى في أن يعبده الناس ويقيموا دينه ويحافظوا على شرعه وأحكامه وحدوده وحماه.

على الغير: معناه أن كل ما ثبت للإنسان أو لله تعالى هو واجب على الغير سواء كان هذا الغير معيناً كحق الإنسان في ثمن المبيع أو حقه في أجرة عمله فإنه واجب على المشترى، ورب العمل، أم كان واجباً على الناس جميعاً كملك الإنسان لأرضه وولايته على طفله، فإنه يجب على الناس جميعاً ألا يتعرضوا له ولا يحولوا بينه وبين ممارسته لهذا الحق.

ونرى هذا المعنى العام للحق في كثير من النصوص، قال الله تعالى: ﴿وفي أموالِهِمْ حقٌّ مَعْلُومٌ للسَّائِلِ والمَحْرُوم﴾ سورة الذاريات، الآية ١٩، فأخبر عن الحق بنصيب من المال، وقال رسول الله ﷺ «فمن قضيتُ له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذْهُ، فإنما أقطعُ له قطعةً من نارٍ»[١] فلفظ «من حق أخيه» عامٌ يشمل جميع الحقوق التي أقرها الشارع للإنسان مهما كان نوعه أو وصفه، وقال رسول الله ﷺ «وحق الله على عباده أن يعبدوه»[٢] وأخبر عن الحق بنصيب من العبادة وذكر من يثبت له الحق ومن يثبت عليه، وقال رسول الله ﷺ: «إن الله لا يقدس أمة لا يُؤخذ للضعيف فيهم حقه» وفي لفظ «كيف تقدّس أمة لا يؤخذ لضعيفهم حقُه من شديدهم»[٣] فالحديث عام يشمل كل حق، ولم يقيد بوصف أو نوع، فكل ما يثبت للإنسان ويقره الشرع تجب حمايته، والدفاع عنه، والمطالبة به من الظالمين وإثباته أمام القضاء[٤].

---

(١) حديث صحيح، وسبق تخريجه ٤٢.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي، (انظر: صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٩٧، مختصر صحيح مسلم للمنذري: ١ ص ١١، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٤، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي، ٧ ص ٤٠٢).

(٣) رواه ابن خزيمه وابن ماجه وابن حبان والبيهقي والطبراني في الكبير والأوسط ورجاله ثقات، والحاكم وصححه، وأبو يعلى ورجاله رجال الصحيح، والشافعي، (انظر: التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٢، مجمع الزوائد: ٤ ص ١٩٧، بدائع المنن في ترتيب وجمع مسند الإمام الشافعي والسنن، الساعاتي: ٢ ص ٢٣١).

(٤) لقد تباينت الآراء في العصر الحاضر في النظر إلى الحق، وتفرقت فيه الكلمة وأصبح تعريف الحق ومصدره وتقييده أساس النظريات والمدنيات والمذاهب في العالم، وكل فريق عرفه حسب النظرية التي تبناها، ومن خلال نظرته الفردية او الاجتماعية للحق، فظهرت المذاهب الفردية والمذاهب الاجتماعية والمذاهب الاشتراكية فعرفه أصحاب المذهب الفردي بأنه قدرة أو سلطة ارادية يخولها القانون شخصاً معيناً، ويرسم له حدودها، وعرفه أصحاب المذهب الاجتماعي بأنه مصلحة يحميها القانون، وعرفه أصحاب المذهب الحديث بأنه استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه، وعرفه أصحاب المذهب الاشتراكي بأنه وظيفة اجتماعية، كما يطلق الحق قانوناً على المصلحة ذات القيمة المالية التي يحميها القانون، وعرّفه الدكتور الدواليبي بشكل عام بأنه: مجموعة الأحكام التي تسوس مسلك الناس العائشين في جماعة =

تقسيم الحقوق:

قسم الفقهاء والأصوليون [1] الحق تقسيمات كثيرةً باعتبارات مختلفة، وأذكر أهم هذه التقسيمات لما يترتب عليها من نتائج وآثار في الإثبات.

ينقسم الحق باعتبار تعلقه ومن يضاف إليه إلى حق الله تعالى وحق العبد، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله تعالى فيه غالب، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب.

الأول: حق الله تعالى المحض: قال القرافي إن حق الله تعالى هو متعلق أمره ونهيه، ويتعلق به النفع العام لجميع العالم فلا يختص به شخص معين [2]، وإضافته لله تعالى لتعظيم خطره وشمول نفعه وإعلاء شأنه، لكي يحرص الناس عليه دون إهمال أو تقصير مثل حرمة الزنا وعقوبة السرقة وشرب الخمر والزكاة والكفارات والعبادات والعشور والخراج.

وحق الله تعالى لا مدخل للصلح فيه، ولا يسقط بالإسقاط، ولا يصح التنازل عنه ولا يستباح بإباحة أحد [3]. ويقوم على المسامحة فيما بين العبد وربه.

ويطلق على هذا القسم حق العامة، وضابطه كل ما يتعلق به النفع العام للمجتمع من غير اختصاص بأحد، وهو أشبه ما يكون في القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام، غير أنه يشمل في الشريعة المصلحة الدنيوية والأخروية [4].

= مشتركة والمضمونة بسلطة قسرية تفرض نفاذ الأحكام مهددة منتهك الأحكام بقوة ما، وهذا يعني الحقّ المنصوص عليه ضمن دفتي القانون، والمؤيد بقوة.

انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، عبد المقصود شلتوت: ص ١٤٧ من اسبوع الفقه الإسلامي بدمشق، نظرية الحق، محمد سامي مدكور: ص ٢١٥، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري: ١ص٥، المدخل إلى التاريخ العام، للدواليبي ص ٤٦.

(١) انظر: رد المختار: ٥ ص ٣٥٣، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٧، الذخيرة، القرافي ٤ ص ١١٧، أعلام الموقعين: ١ ص ١٠٨، التلويح على التوضيح ج٢ ص ١٥١ ط صبيح، المغنى: ١٠ ص ٢١٣ ط القاهرة، وهذا التقسيم عند الجماهير ولكنهم مختلفون في التمثيل لكل نوع.

(٢) الفروق: ١ ص ١٤٠، وأن حقوق الله تعالى ثمانية وهي عبادات خالصة كالإيمان، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الامرين كالكفارات وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها عقوبة كالخراج، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم، فحق الله تعالى واسع تتلاقى فيه الأمور الدينية مع الأمور الدنيوية في المعاملات والجنايات والأموال العامة(انظر: تسهيل الوصول: ص ٢٧٨، تيسير التحرير: ٢ ص ١٧٤، النظريات العامة، ابو سنة: ص ٥٦).

(٣) انظر: الموافقات: ٢ ص ٣١٧، الفروق: ١ ص ١٤٠، التلويح على التوضيح: ٢ ص ١٥١ ط صبيح، التعسف في استعمال الحق، ابو سنة: ١٠٤ من اسبوع الفقه الإسلامي بدمشق، جواهر الكلام: ١ ص ٤٣٧، التاج المذهب: ٤ ص ٤، القول المرتضى: ق ١٩آ ب، نهاية المحتاج: ٨ ص ٣٠٦

(٤) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ١ ص ٤٤ وما بعدها، ج٣ ص ٩٩، نظرية الضرورة الشرعية: ص ٢٤.

الثاني: حق العبد المحض: وهو ما تعلقت به مصلحة خاصة دنيوية، ويقبل الصلح والمعاوضة والإسقاط والإباحة من صاحبه، وحقوق العباد أكثر من أن تحصى كالنقود والمداينات وحق الدية وبدل المتلفات وبدل المغصوب وحق الشفعة وحق المشترى في الملك وحق كل من الزوجين قبل الآخر.

وهذه الحقوق تتعلق بالأفراد، ولا يتدخل فيها النظام العام، وهي قريبة الشبه من المسائل التي نظمها القانون الخاص في القوانين الوضعية[1].

الثالث: ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب مثل حد القذف عند الحنفية[2]، فإن حد القذف فيه حق لله تعالى لأنه يتضمن الزجر عن ارتكاب جريمة التهتك لحرمة العفيف، وتهم المجتمع لتطيهره من هذه الجريمة التي يعود نفعها إلى عامة الناس، وفيها حق الفرد لرفع العار عن المقذوف، ولكن يغلب فيه حق الله تعالى لأنه يتعلق بالعرض وهو من مقاصد الشريعة، ولما يترتب عليه من الأثر الخطير على الأخلاق والوجود الإنساني عامة، فحد القذف يغلب فيه حق الله تعالى فيلحق بحقوق الله.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة ان حق العبد غالب في القذف، وللمقذوف حق العفو قبل الوصول إلى الأمام[3]، ويرون أن الزكاة والصدقة يجتمع فيها الحقان وحق الله غالب فيها[4]

الرابع: ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد فيه غالب كالقصاص والتعزير فيلحق بحقوق العبد.

ويرى الحنفية أن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا في شيء ونفذ أحدهما سقط الآخر، وقالوا لا يجتمع قطع وتغريم في سرقة، ولا يجتمع حد وصداق في إكراه على الزاني، بينما يرى الجمهور أنه لا تنافي بين الحقين، فلا يمنع تنفيذ أحدهما من تنفيذ الآخر[5].

رأي القرافي والشاطبي في تقسيم الحقوق:

يقول القرافي: «إن حق العبد المحض هو الذي غلب فيه حقه فيتمكن من إسقاطه، وإلا

---

(١) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي: ١ ص ٤٤.

(٢) انظر: رد المختار: ٥ ص ٣٥٣.

(٣) انظر: القول المرتضي: ق٩آ ب، مغنى المحتاج: ٤ ص ١٥٥، ٤٤٢، شرح المحلي على المنهاج: ٤ ص ٣٢٥، المغني: ٩ ص ٨٥.

(٤) حاشية الباجورى علي ابن القاسم على متن أبي شجاع: ٢ ص ٢٨٣.

(٥) المدخل للفقة الإسلامي، مدكور: ص ٤١٧، الهداية وفتح القدير: ٦ ص ٥.

فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه[1]»، ويقول في الفروق أيضاً: «والتكاليف على ثلاثة أقسام حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر، وحق العبد فقط كالديون والأثمان، وقسم اختلف فيه هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد كحد القذف، ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق الله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك إلى مستحقه فيوجد حق الله دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، وقد يوجد حق الله ويكون معه حق العبد كتحريم عقود الربا والغرر والنسب[2].

وهذا ما يقرره الشاطبي فيقول: إن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد «لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقاً بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقاً لذلك بحكم الأصل» ويقول «وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق العبد فيه، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله» ويقول «ومن حق الله على العباد أن يعبدوه، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه[3]».

والخلاصة أن الحقوق قسمان حق الله تعالى المحض ويلحق به الحق الذي يتغلب فيه حق الله تعالى، وهو كل ما يتعلق به النفع العام في الدنيا والآخرة، وحق العباد ويلحق به ما اشترك فيه الحقان وترجح حق العبد فيه.

أثر هذا التقسيم: ويترتب على هذا التقسيم عدة نتائج في مجال الإثبات:

منها: أن الدعوى شرط لقبول الإثبات في حقوق العباد، وأما حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها الدعوى، وتقبل الشهادة والدعوى حسبة لله تعالى.

ومنها: أن اليمين لا توجه في بعض حقوق الله تعالى عند الجميع كالحدود، فلا تشرع اليمين فيها، لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره صح رجوعه وقبل منه ويترك من غير يمين، ولأنه يستحب فيها الستر، وقد راجع الرسول ﷺ ما عزا في إقراره بالزنا لعله يرجع، وقال له: لعلك قبلت، لعلك فاخذت، لعلك لامست، وعاتب هزالاً الذي دفع ما عزا للإقرار وقال له ﷺ: «لو سترته بثوبك لكان خيراً لك». وفي رواية «هلا سترته بثوبك»[4] كما منع بعض الفقهاء توجيه

---

(١) الذخيرة، له: ٤ ص ١١٨.

(٢) الفروق، له: ١ ص ١٤٠ ق ٢٢.

(٣) الموافقات، له: ٢ ص ٣١٧.

(٤) رواه النسائي وأبو داود والحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح الإسناد، ورواه عبد الرزاق في مصنفه والبزار في مسنده والطبراني وابن سعد في الطبقات ومالك في الموطأ، (انظر: سنن أبي داود: ٢ ص ٤٤٦ ط الحلبي، نصب الراية: ٤ ص ٧٥، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٧٦، الموطأ: ص ١٣ ٥ ط الشعب، المستدرك: ٤ ص ٣٦٣).

اليمين في حقوق أخرى لأنها لا تقبل البذل والإسقاط والإباحة وهي النكاح والطلاق والنسب والرجعة والفيء في الإيلاء والعتق والولاء والاستيلاد، فمنع اليمين فيها الإمام أبو حنيفة ورواية عند الحنابلة، والمالكية في النكاح[1]، لتعلق حق الله فيها. وفي حقوق الله تعالى المالية كالزكاة والكفارات ونذر الصدقة، قال الإمام أحمد: لا يحلف رب المال على مرور الحول وكمال النصاب والقول قوله بدون يمين لأنه أشبه الحد ولأنه عبادة، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف فيها لأنها دعوى مسموعة فتشبه حق الآدمي[2].

ومنها: أن نصاب الشهادة وشروطها تختلف حسب المشهود به هل هو من حق الله تعالى أم من حق العبد، فقال أغلبية الفقهاء لا يقبل في حقوق الله تعالى إلا الرجال.

ومنها: أن الرجوع عن الإقرار يصح في حقوق الله تعالى ما لم يتعلق به حق لآدمي كالنسب، والمال المسروق، ولا يصح الرجوع أصلاً في حقوق العباد[3].

وغير ذلك من النتائج المهمة التي تعتمد على التمييز بين حق الله تعالى وحق العبد، وهو تمييز مهم وأساسي في وسائل الإثبات، ويتعرض له الفقهاء في كثير من جزئيات الإثبات، وفي كل وسيلة من وسائله. ففي الشهادات عامة وفي شهادة النساء خاصة وشهادة الرجل والمرأتين والشاهد مع اليمين، وفي علم القاضي، والإقرار، واليمين، ووجوب التوثيق والإشهاد وفي مجال القرائن واستنباط دلائل الأحوال وغيرها.

هذا إذا كان محل الإثبات إيجابياً، فهل يصح أن يكون محل الإثبات نفياً؟. الجواب على ذلك فيه تفصيل.

إثبات النفي:

الإثبات في اللغة ضد النفي، والإثبات تأكيد أمر من الأمور وتحقيق قيامه ووجوده، ومن هنا يمكن أن يثور التساؤل هل يمكن إثبات النفي؟ وقد يتبادر إلى الذهن أن الجواب بالرفض

---

(١) انظر المغني: ج ٩ ص ٢٣٩، البحر الرائق ٧ ص ٢٠٩، رد المحتار، ابن عابدين: جـ ٥/٥٥١، ص ٤٨٥ وما بعدها، الحاوي، للماوردي ١٢ ق ١٤٢ أ، الوجيز للغزالي، ٢ ص ١٦٠، حاشية الدسوقي ٢ ص ٢٢٧، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٥، ١٩٤، الطرق الحكمية ص ١١٠، ١٢٤، المحرر في الفقه، أبو البركات: ٢ ص ٢٢٦.

(٢) المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٣.

(٣) فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك وعدة الناسك، عمر بركات: جـ ٢ ص ١٠٢، وسوف نرى تفصيل ذلك في فصل أثر الشبهة على الإثبات في الباب الثاني.

والاستحالة ولذلك سارع كثير من الفقهاء، وقالوا بمنع إثبات النفي[1]، وأن الشهادة على النفي لا تقبل، لأن الشهادة تنبىء عن المشاهدة والمعاينة المترتب عليها العلم بالمشهود وهو لا يحصل بالنفي، لأن الإنسان إذا لم يصحب غيره آناء الليل وأطراف النهار لا يمكن أن يعلم أنه لم يفعل كذا، وأن الشيء المعين ليس له، وأنه لم يكن في مكان كذا.

والحقيقة أن الجواب فيه تفصيل، وذكر الفقهاء بعض الأمثلة التي يمكن فيها إثبات النفي، ويمكن استنباط القواعد التالية في ضبط الحالات التي يجوز فيها إثبات النفي، والحالات التي لا يجوز فيها ذلك.

قواعد إثبات النفي: يجوز إثبات النفي في الحالات التالية:

القاعدة الأولى: أن يكون النفي معلوماً بالضرورة، وهذا قسمان:

القسم الأول: أن يحيط به علم الشاهد: بأن يكون النفي منضبطاً محصوراً، وذلك بأن يضاف النفي إلى وقت مخصوص أو مكان معين، أو حالة محدودة، والأمثلة على ذلك هي: ـ

١ ـ أن يشهد شخص على خلو مكان معين من أمر مادي، فيصح أن يشهد أنه لا يوجد في هذه البقعة فرس أو بناء أو إنسان[2].

٢ ـ إذا أضاف النفي إلى وقت مخصوص كأن يدعي زيد على عمرو القتل أو الإتلاف أو الطلاق أو البيع في وقت كذا، فتصح الشهادة أنه ما فعل ذلك في هذا الوقت لأنه ظل في البيت ولم يفارقه[3]، ولا يشترط التواتر لذلك عند المالكية والشافعية لاحاطة علم الشاهد به، خلافاً للحنفية باشتراط التواتر فيها كما ذكر ابن عابدين[4].

٣ ـ قبول بينة الزوج على سكوت البكر البالغة وعدم اعتراضها على الزواج لأنه نفي يحيط به الشاهد[5].

٤ ـ الأمان: إذا أمن الإمام أهل المدينة، فشهد اثنان أن هؤلاء لم يكونوا فيها وقت

---

(١) قال ابن نجيم في (الأشباه والنظائر ص ٨٨): بينة النفي غير مقبولة إلا في عشر، وقال الحموي في (حاشيته على الأشباه: ١ ص ٣٥١): بينة النفي غير مقبولة لأن وضع الشهادة لإثبات خلاف الظاهر، ولهذا تقدم إحدى البينتين على الأخرى إذا كانت أكثر إثباتاً.

(٢) الفروق، القرافي: ٤ ص ٦١ف ٢٢٧، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٠٣ الفرق ٢٢٧، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٨٩.

(٣) الفروق: ٤ ص ٦١، تبصرة الحكام ١ ص ٣٨٩، الأشباه والنظائر، السيوطي ٥٢٠ مط المشهد الحسيني.

(٤) رد المحتار: ٥ ص ٤٩١، ٥٤٨، حاشية الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٥١.

(٥) إيضاح الخفيات، الشرنبلالي: ق ٢٢٥ أ.

الأمان[1].

٥ ـ الإقرار بنفي: تصح الشهادة على إقرار الشخص بالنفي كعدم الاستحقاق أو عدم الإيفاء، أو عدم الإبراء[2]، فهو نفي تضمن علماً أحاط به الشاهد.

٦ ـ السَلَم: إذا شهد أن الأجل لم يذكر في عقد السَلَم[3].

والدليل على جواز الشهادة على النفي بالعلم ما روته عائشة رضي الله عنها قالت: «ما ترك رسول الله ﷺ ديناراً ولا درهما[4]» فهو نفي في علمها.

القسم الثاني: أن تتوافر في النفي شروط التواتر أو الظن الغالب فتصح الشهادة ولها أمثلة: ـ

١ ـ تقبل بينة النفي المتواتر، وتقدم على شهادة الإثبات، فإذا شهد أنه استقرض من فلان في يوم كذا في بلد كذا، أو طلق أو قتل أو باع أو أجر، فبرهن على أنه لم يكن في ذلك اليوم في ذلك المكان لا يقبل برهان النفي عند الحنفية إلا إذا أثبته بالتواتر بأن يتواتر عند الناس ويعلم الكل عدم كونه في ذلك الزمان والمكان، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٩٩ عندما قالت: لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف مثل ما فعل فلان هذا الأمر. . ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة[5]، أما المالكية والشافعية فلا يشترطون التواتر كما سبق في القسم الأول.

وقد أيد الشيخ أحمد إبراهيم اتجاه الجمهور بعدم اشتراط التواتر وذلك عند كلامه على تقديم بينة الإثبات على بينة النفي ما لم تصل إلى حد التواتر، وقال لا حاجة إلى اشتراط التواتر، وأن الأمر في ترجيح هذه البينات يرجع إلى القاضي بما يستنتجه من القرائن المأخوذة

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٨، جامع الفصولين: ١ ص ١٢٦، معين الحكام ص ١١٢، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٩١، البحر الزخار: ٥ ص ٥٢.

(٢) البحر الزخار: ٥ ٥٢، التاج المذهب ٤ / ١٠٧.

(٣) الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص ٨٨.

(٤) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه، (انظر: صحيح البخاري مع حاشية السندي والقسطلاني: ٢ ص ٨٣، ٣ ص ٦٣، صحيح مسلم بشرح النووي ١١ ص ٨٩ سنن أبي داود: ٢ ص ١١، التاج الجامع للأصول: ٢ ص ٢٦٤).

(٥) رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٩١، ٥٤٨، إيضاح الخفيات، الشرنبلالي: ق ٢٢٥ أ، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٨٨، مرآة المجلة: ٢ ص ٤٣٦، طرق القضاء، الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١، الحموي على الأشباه ١ ص ٣٥١، ٣٥٢.

من الدعوى وجواب الخصوم عنها وشهادة الشهود وحال كل من المدعي والمدعى عليه وعلاقة أحدهما بالآخر، والترجيح بكثرة العدد وتوفر العدالة[1].

٢ ـ الإرث: إذا قالوا لا وراث له غيره، أولا نعلم له وارثاً غيره فتقبل عند الحنفية وقال ابن أبي ليلى وابن الماجشون المالكي لا تقبل شهادتهم إذا قالوا «لا نعلم له وارثاً غيره» لاحتمال وجود وارث لا يعلمونه، ولقيامها على الحدس والظن، فإن قالوا لا وارث له غيره، قبلت شهادتهم[2]، وعلى العكس قال المالكية ولو شهدوا على البت كانت غموساً زوراً لا تجوز عند مالك، ويكفي الظن الغالب[3]، وقال الشافعي تصح إذا كانوا من أهل المعرفة الباطنة به وكذا عند الزيدية، قال الماوردي: وشهادة النفي فيه على العلم دون البت والقطع لأنه لا يوصل إلى نفيه وإنما يعلم من غالب أحواله[4]، فالشهادة على النفي في الإرث تقبل بشرط العلم عند فريق، وبشرط غلبة الظن عند فريق آخر.

٣ ـ تقبل الشهادة على الإفلاس بعد الحبس وأنه لا يملك شيئاً، لأن النفي تأيد بمؤيد هو الحبس عند الحنفية، ولا يشترط هذا المؤيد عند المالكية والشافعية ويكفي فيها الظن الغالب لاحتمال أن يكون له مال وهو يكتمه[5].

٤ ـ تقبل الشهادة على الاستحقاق أنه ملكه ولم يفوته بنوع من أنواع الفوت ولم يخرج عن ملكه بوجه. وكذا الشهادة على انتقال الملك للورثة عن مورثهم، لا تجوز الشهادة حتى يقولوا لا نعلم المشهود له به فوت شيئاً منه إلى آخر، وهذا مذهب ابن القاسم، وقال ابن الماجشون لا بد من الشهادة على القطع، والشهادة بالعلم ساقطة، والقضاء على الأول[6].

القاعدة الثانية: إذا كان النفي تابعاً للإثبات، ومثاله:

---

(١) طرق القضاء، له: ص ٢٤.

(٢) رد المحتار، ٥ ص ٤٩٧، الأشباه، ابن نجيم ص ٨٨، البدائع: ٦ ص ٢٧٦، تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١ ص ٢٤٦.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٤٦، الفروق: ٤ ص ٦١، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٠٣.

(٤) الحاوي: ٧ ق ٢٢٣ أ، ق ٢٢٢ ب، ق ٢٢٤ أ، مختصر المزني ٣ ص ٣١، الأشباه للسيوطي ص ٥٢٠ ط المشهد الحسيني، التاج المذهب: ٤ ص ١٠٤.

(٥) الفروق: ٤ ص ٦١، الأشباه للسيوطي ٥٢٠ مط المشهد، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٢٩، موجبات الأحكام ص ١٠، شرح الدر المختار: الحصكفي، جـ ٥ ص ٤٦٩، الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٥١.

(٦) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٩٠، ٢٨٩، ٢٤٥.

١ ـ النتاج: إذا شهدا بنتاج الدابة عنده، وقالا لم تزل على ملكه، فالأصح قبولها[١].

٢ ـ الرضاع: إذا شهد أن الظئر أرضعت الطفل بلبن الشاة، ولم ترضعه من لبن نفسها[٢].

والدليل على صحة الشهادة على النفي إذا كانت تبعاً للإثبات ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال:[٣] «ما كان يحجر رسول الله ﷺ عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة» فصح نفيه لما اقترن بإثبات.

القاعدة الثالثة: إذا تضمن الإثبات نفياً، ومثاله:

١ ـ الشهادة: إذا شهدا على آخر أنه أسلم ولم يستثن أي نطق بشطر بالشهادة، أشهد أن لا إله، فتقبل شهادتهم وإن تضمنت نفياً، وكذا إذا شهدا على آخر أنه قال: «المسيح ابن الله» ولم يقل قول النصارى، فتقبل شهادتهم[٤].

٢ ـ إذا شهد شاهدان على آخر بالخلع أو الطلاق ولم يستثن في لفظه، لأنه في المعنى شهادة على أمر وجودي فيصح[٥].

٣ ـ الشرط: إذا علق الطلاق على عدم فعل معين، فقامت البينة على عدم فعله، وكذا كل فعل معلق على شرط[٦]، لأن الشهادة تقع على نفي هو شرط لثبوت شيء آخر، فتقبل لأنها في الحقيقة للإثبات والعبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، قال الحموي: وهذه قاعدة كلية وهي أن الشرط يجوز إثباته ببينة ولو نفياً.

القاعدة الرابعة: إذا كان النفي غير منضبط ولا محدد ولا محصور بل كان نفياً مطلقاً فلا يقبل، وهذا هو مقصود الفقهاء عندما يقولون بعدم جواز إثبات النفي، أي النفي المطلق غير المنضبط ولا المحصور ولا المحدد بزمان أو مكان أو غيرهما، ولا يعتمد على الظن الغالب

---

(١) الأشباه، ابن نجيم: ص ٨٨، معين الحكام، الطرابلسي: ص ١١٢.

(٢) الأشباه، ابن نجيم ص ٨٨.

(٣) الحاوي للماوردي: ٧ ص ٢٢٣ أ.

(٤) جامع الفصولين: ١ ص ١٢٦، رد المحتار، ابن عابدين ٥ ص ٤٩١، الأشباه، ابن نجيم، ص ٨٨.

(٥) الأشباه، ابن نجيم ص ٨٨.

(٦) الأشباه، ابن نجيم ص ٨٨، معين الحكام ص ١١٢، جامع الفصولين: ١ ص ١٢٦، رد المحتار، ابن عابدين عن السرخسي جـ ٥ ص ٤٩١.

الذي ينشأ عن الفحص أو الاستنباط[1].

والمثال على ذلك أن يشهد اثنان على آخر أنه ما باع، ولا وفى الدين، ولم يضرب زيداً، وغير ذلك من حالات النفي المجرد مثل ما باع، ما فعل، لم يقر، وهو ما عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية بالنفي الصرف، ويطلق بعض الفقهاء على شهادة النفي المطلق شهادة التهاتر[2].

ويضاف إلى ما تقدم أن إثبات النفي يصح بوسائل الإثبات الأخرى غير الشهادة، فالنكول الذي يعتبر دليلاً من الأدلة الشرعية عند الحنفية والحنابلة وغيرهما، هو عبارة عن نفي، ومع ذلك يحكم بموجبه، واليمين نص الفقهاء جميعاً على صحة الحلف على نفي العلم بالنسبة للحالات التي يحلف فيها على فعل غيره، ويحكم القاضي بموجب هذه اليمين مع أنها تقوم على النفي.

فالنفي المنضبط المحدد المحصور الذي يحيط به علم الشاهد يقبل الإثبات لأنه إثبات لحالة وجودية، وكذا إذا ثبت النفي بالتواتر أو غلبة الظن، أو إذا كان النفي تابعاً لشهادة الإثبات، أو كان داخلاً فيها، أو كانت الشهادة على النفي المطلق للضرورة لحصر الورثة والشهادة على الإفلاس.

محل الإثبات في القانون:

إن محل الإثبات في القانون هو مصدر الحق وهو الواقعة القانونية التي أنشأت الحق، والواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضاؤه[3].

والواقعة القانونية إنا أن تكون طبيعية كالفيضان والولادة والموت وإما أن تكون من فعل الإنسان، وفعل الإنسان قسمان، مادي وهو العمل الذي يقوم به دون أن تتوجه إراداته إلى ترتيب الأثر القانوني عليه كارتكاب جريمة أو إصلاح الشخص حائط جاره، والثاني عمل قانوني كالبيع وغيره من العقود.

---

(١) الفروق: ٤ ص ٦١ الفرق ٢٢٧، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٠٥ الفرق ٢٢٧، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٨٩، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٩١.

(٢) الورد البسام: ص ٨٥، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة: ص ٢٢٦.

(٣) الإثبات، الدكتور الصدة ص ٢٤، نظرية الحق، مدكور ص ٣، نظرية الحق، الدكتور الشرقاوي ص ٢٤٣، نظام الإثبات، الدكتور عبد الباسط جميعي ص ٤٣، أصول المحاكمات، انطاكي ص ٧، ٤، الموجز في أصول الإثبات مرقس ص ٩، قانون الإثبات، شرح وتعليق عنبر ص ٩، الوسيط، السنهوري: ٢ ص ٤٦.

فالعمل المادي للإنسان والوقائع الطبيعية يرتب القانون عليها الأثر سواء تدخلت إرادة الشخص فيها أم لا، وتسمى الوقائع المادية.

والأعمال القانونية يتحكم في وجودها وترتيب آثارها إرادة الشخص وتسمى الأعمال أو التصرفات القانونية، ومن شأن الواقعة القانونية أن تؤثر في روابط الناس فتحدث أو تنتج أثراً قانونياً[1]، والقاعدة القانونية هي سبب الحق، ولذلك فإن القانون هو مصدر جميع الحقوق، والإثبات يقع على مصدر الالتزام عقداً أو غير عقد، ومصادر الحق أو الالتزام في القانون خمسة، هي العقد، الإرادة المنفردة، والإثراء بلا سبب، والعمل الضار والعمل النافع، ويضاف اليها القانون كمصدر للحق أحياناً، فمصادر وجود الحق أو زواله بالانقضاء أو الوصف القانوني للحق كالدفاع الشرعي أو سبب بطلان الحق كلها محل للإثبات.

وقد يبدو شيء من التناقض في القول: إن القانون مصدر الحق، والقول إن الواقعة القانونية هي مصدر الحق، وهذا التناقض مرفوع لأن القانون يعتبر مصدراً غير مباشر للحق أو مصدراً بعيداً، والواقعة هي المصدر المباشر أو القريب، أو أن الواقعة هي سبب الحق المظهر له[2].

ويذكر شراح القانون في كتبهم إثبات الحق أو إثبات الالتزام كمحل للإثبات وهذا تجوز أو هو خطأ شائع من قبيل التسامح في التعبير أو من قبيل النظر النهائي من الإثبات أو النتيجة الأخيرة التي يصل اليها المدعي[3].

والأصل أن القواعد القانونية لا تحتاج إلى إثبات ولكن جرى العمل على تعمد الطرفين التدليل على القواعد القانونية الواجبة التطبيق في النزاع، وقد يكلف الخصم في بعض الحالات بإثبات القانون، وهي إذا كان عرفاً محلياً فيجب إثباته، أو كان المراد تطبيق قانون

---

(١) يختلف شراح القانون في اصطلاحات هذا التقسيم، فالأكثرية حسب التقسيم السابق أما الدكتور السنهوري فيقسم مصدر الحق إلى قسمين تصرف قانوني وهو ما تؤثر فيه الإرادة وإلى واقعة قانونية وتكون إما مادية باختيار الإنسان ويرتب القانون عليها أثراً كالبناء والغراس والعمل غير المشروع، أو طبيعية لا دخل للإنسان بها كالموت، ثم يقول والتصرف القانوني والواقعة القانونية هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق وكل الروابط القانونية.
(انظر الوسيط: ٢ص ٣، ٤٧، وأصول القانون للسنهوري وأبي ستيت ص ٣٧١، ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٦٥).

(٢) أصول القانون، السنهوري وأبوستيت ص ٢٦٧، نظرية الحق، محمد سامي مدكور ص ٣، نظرية الحق، الدكتور جميل الشرقاوي ص ٢٤٣.

(٣) نظرية الإثبات، حسين المؤمن ج ١ ص ٢٩، الوسيط للسنهوري: ٢ ص ١٥، ٤٧.

أجنبي أو إذا اختلف الشراح في تفسير قاعدة قانونية[1].

تقسيم الحقوق في القانون:

تقسم الحقوق في النظريات الحديثة إلى أقسام كثيرة[2]، فتقسم أولاً إلى قسمين:
الأول: الحقوق السياسية وهي التي يكسبها الشخص باعتباره عضواً في هيئة سياسية، وهي تثبت فقط لمن قرر الدستور والقانون ثبوتها له، كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف، وينظمها القانون الدستوري، أو النظام الأساسي.
الثاني: الحقوق غير السياسية أو الحقوق المدنية: وهي الحقوق اللازمة للإنسان باعتباره فرداً في المجتمع، والتي لا يمكن الاستغناء عنها فهي تلازمه لزوم الماء والطعام، وهي على أقسام.
وتقسم الحقوق غير السياسية إلى قسمين:

الأول: الحقوق العامة وهي التي تنظم الدولة وجهازها وسلطاتها وسيادتها وأمنها واستقرارها وإدارتها وتأمين سير الخدمات العامة فيها وفي علاقاتها مع غيرها من الدول، وفي علاقتها مع الأفراد المقيمين فيها وتشمل القانون الدستوري والإداري والجزائي والدولي وفيها حق الفرد بالملكية وتكوين الأسرة وحقه في حرية العقيدة واستقلال الرأي.

الثاني: الحقوق الخاصة: وهي التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم دون أن يكون للدولة تدخل في هذه العلاقات أي لا تكون الدولة طرفاً فيها وهذه الحقوق الخاصة تنظم الروابط بين أفراد المجتمع سواء كانت روابط أسرة أو روابط مالية، ولذلك تقسم إلى قسمين، ومجموع هذين القسمين يكوِّن القانون المدني.

أقسام الحقوق الخاصة: تنقسم الحقوق الخاصة إلى قسمين بحسب اعتبار الفرد:
الأول: باعتباره عضواً في أسرة فينظم روابطه معها في قانون الأحوال الشخصية.
الثاني: باعتباره عضواً في المجتمع، ونشاطه المالي فيه، وتنظيم هذه الروابط في قانون المعاملات أو القانون المدني.

---

(١) نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ٣٥، وقارن الدكتور السنهوري، فإنه يرى أن تفسير القانون يلحق بعنصر القانون ويقع عبؤه على القاضي لا على الخصم، (الوسيط: ٢ ص ٥٠).

(٢) الوجيز في الحقوق المدنية، القوتلي ج ٢ ص ٤١٤، ج ١ ص ١٧٠، أصول القانون ص ٢٢١، ٢٦٨، نظرية الحق، الشرقاوي ص ١ ٣، مصادر الالتزام، الصدة ص ٦.

ويقول الدكتور السنهوري والدكتور أبو ستيت[1]: تقسم الحقوق غير السياسية إلى حقوق عامة وهي الحقوق المقررة لحماية الشخص في نفسه، وحريته وماله، ويتمتع بها الناس جميعاً في حدود القانون، وحقوق مدنية.

والحقوق المدنية تنقسم إلى حقوق الأسرة وهي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره فرداً في عائلة، من أهلية ونسب وولاية وزواج، وإلى حقوق مالية تثبت للشخص من ارتباطه بغيره في المعاملات، وتتميز هذه الحقوق بصفتها المالية.

ونلاحظ التشابه في تقسيم الحقوق بين الشريعة والقانون بشكل عام، ويختلفان اختلافاً جذرياً في الفروع، وهل تعتبر هذه الفروع من الحقوق العامة التي تمثل النظام العام وليس للأفراد الاتفاق على خلافها أم من الحقوق الخاصة، والمثال على ذلك جريمة الزنا والنسب فإنهما يعتبران في القانون من الحقوق الخاصة ، بينما تعتبرها الشريعة من الحقوق العامة، وبالعكس فإن حق القصاص يرجح فيه الحق الخاص للعبد أو لولي القتيل في الشريعة بخلاف القانون.

وتقسم الحقوق في القانون تقسيمات كثيرة منها تقسيمها إلى حقوق تامة وحقوق ناقصة. فالحقوق التامة هي الحقوق التي يكفلها القانون لأصحابها عن طريق الدعوى التي تحميها وهي الأصل.

والحقوق الناقصة، وهي حقوق يعترف بها القانون ولكنه لا يكفلها لأصحابها أي ليست لها دعوى تحميها كسقوط الحق بمضي المدة ومقابله الالتزام الطبيعي.

والحق الناقص يختلف عن الحق الأدبي وهو الذي تقرره قواعد الأخلاق كالإحسان الى الفقير ومديد المساعدة إلى الصديق إذ لا يترتب عليه أي أثر قانوني خلافاً للحق الناقص فيترتب عليه صحة الوفاء اختياراً وامتناع الرجوع.

ويرى الدكتور الشرقاوي أن الحق الذي ليس له حماية ليس حقاً، وأن الحماية عنصر في كل حق[2].

شهادة النفي في القانون:

تكلم شراح القانون على شهادة النفي في معرض حديثهم على شرط الواقعة القانونية بأن

---

(١) أصول القانون، لهما: ص ٣٦٨.

(٢) نظرية الحق، الشرقاوي: ص ٢٣٣. أصول القانون، السنهوري وأبو ستيت: ص ٢٦٧ هامش.

تكون محددة،وقالوا إن محل الإثبات يقع على الواقعة الإيجابية والواقعة السلبية،وقد شاع لدى القانونيين قديماً عدم صحة إثبات النفي، لأنه غير ممكن، وذلك جرياً وراء شراح النصوص في القوانين الرومانية ، ثم أدركوا خطأ مذهبهم[1]، وبعده عن الواقع فأقروا بصحة إثبات النفي متأثرين بالشريعة الغراء في ذلك ، يقول الاستاذ أحمد نشأت: إن القانون جارى الفقه في الشهادة على النفي، وقال بجوازها إذا كان النفي مما يحيط به علم الشاهد ، وإثبات النفي ليس بمستحيل إلا إذا كانت الواقعة المراد إثباتها مطلقة غير محصورة، وفي بعض الأحوال تقضي الضرورة بقبول إثبات النفي المطلق، وتكون الشهادة منصبة على مجرد العلم كما إذا حصر الشهود الورثة في شخص. . . وكذلك الحال في الغيبة المنقطعة فإنه يكفي إثبات أن الغائب لا خبر عنه، وأنه لم يوجد في جميع مظان وجوده، أما الواقعة السلبية المحصورة فقد يمكن إثباتها عن طريق إثبات واقعة إيجابية، وقد تكون بطبيعتها ممكنة الإثبات بغير إثبات واقعة إيجابية[2].

مقارنة في محل الإثبات بين الشريعة والقانون:

تبين من الدراسة السابقة أن القانون يجعل محل الإثبات مقتصراً على الواقعة القانونية التي يجب إثباتها أمام القاضي، وهي كل واقعة قانونية يرتب القانون أثرها المتعلق بها، والسبب الرئيسي في ذلك أن الحقوق التي تنتج عن أسباب متعددة كثيراً ما تختلف بحسب الوقائع القانونية وبحسب شروطها وأوصافها وظروفها ومقتضيات وجودها والملابسات المحيطة بها، مما يؤدي إلى تفاوت أنظار الناس في تقدير النتائج المترتبة على كل واقعة، فرأى القانون أن يحصر تقدير ذلك في القاضي الذي تأكد من الحادثة، ويتحقق من الشروط القانونية فيها، ثم يقرر الحكم القانوني الواجب لها، وهذا المعنى نلمسه بوضوح في كلام ابن أبي الدم في رأيه السابق.

أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت محل الإثبات أوسع من ذلك بحث يتضمن الواقعة وهي مصدر الحق وسببه، بالإضافة إلى إمكان إثبات الحق المطلق عن سبب، ويقصد الشارع من هذا التوسع أن يصل إلى تحقيق العدل ورد الحقوق إلى أصحابها في جميع الحالات والظروف، لأن السبب مقيد بوقت زمني، ويحاط بظروف خاصة، وقد ينسى المدعي سبب الحق، وقد يضيع السند، وقد تكتنفه ظروف غامضة، كما يحتمل أن تكون الواقعة قد صدرت من شخص آخر متوفى أو غائب، ويقترن بالمصدر شبهة أو شرط مختلف فيه بين الفقهاء ،

---

(١) الإثبات ، الصدة: ص ٣١، رسالة الأثبات ، أحمد نشأت: ١ص ٥٠ فقرة ٤٤، الوسيط ، السنهوري: ٢ ص٥٨.
(٢) رسالة الأثبات : ١ ص ٥٠ ـ ٥١.

ويعتبره القاضي مفسداً للعقد أو مبطلاً له فيترتب عليه ضياع الحق، كما يفترض في تصرفات المسلم أنها سليمة، وأعماله صحيحة، فلا حاجة للتفتيش عن مصدر الحق، لاحتمال كونه محرماً أو خبيثاً،[1] فيؤدي إلى الفضيحة والتشهير مع أن الشارع الحكيم ندب العاصي إلى التستر وأن الله يحب إذا ابتلى عبداً بالمعاصي أن يستتر، وهذا مادعا الشارع إلى جواز كون محل الإثبات حقاً مطلقاً، وإن كنا نرى من أقوال الفقهاء أن الأنظار تتجه إلى حصر محل الإثبات، في الأسباب والمصادر وخاصة عند التشكك والريبة والتهمة في صحة التصرف أو مشروعيته، ولأن تحديد المحل بالسبب والمصدر اكد في ضبط الحقوق ودقة التصرفات، وأن الشهود وغيرهم ليسوا سوى رسل ومبعوثين لنقل الحادثة الى مجلس القضاء ثم يتولى القاضي ترتيب الحق الشرعي عليها وتطبيق الأحكام الموضوعية على أفرادها.

* * *

(١) مثل البيع الفاسد، فإذا قبضه أو تصرف به أصبح لازماً عند الحنفية، ومثل المغصوب، عند المالكية والحنفية إذا تصرف به الغاصب ملكه، ومثل بيع النبيذ المسكر عند بعض الفقهاء.

المبحث الثاني
في
شروط محل الإثبات

محل الإثبات سواء كان حقاً مجرداً أي ملكاً مطلقاً، أو كان واقعة أي ملكاً مقيداً أو غير ذلك يشترط فيه شروط لإمكان تحقيق الهدف من الإثبات، وإلا كان مجرداً عن الفائدة، ولأن بعض الحقوق لا يصح إثباتها أمام القضاء بسبب طبيعتها أو لمنع الشارع من إثباتها.

والشروط الواجب توفرها في محل الإثبات[1] قسمان : شروط عامة في كل حق أو مصدر، وشروط خاصة في بعض الحقوق والوقائع دون بعض.

(القسم الأول ـ الشروط العامة)

الشرط الأول: أن يكون محل الإثبات معلوماً:

يشترط أغلبية الفقهاء[2] في محل الإثبات أن يكون معلوماً، لأن فائدة الإثبات هي الإلزام به من القاضي، ولا يتحقق الإلزام في المجهول، ومعلومية المحل شرط لإمكان الإدعاء به أيضاً وإمكان إثباته أمام القضاء، فالبينة هي ما أبانت الحق وأظهرته، والمجهول لا يمكن إظهاره وإبانته، ولأن علم القاضي بالمحل شرط لصحة قضائه، فيجب أن يكون المحل معلوماً محدداً مبيناً ظاهراً.

---

(١) يبدو أن هذه الشروط تشبه نوعاً ما شروط الإثبات العامة، ولكن الفرق بينهما دقيق ومهم، ذلك أن شروط الإثبات تشترط في الوسائل ذاتها، أي هي عبارة عن شروط عامة تشترك فيها الشهادة والإقرار واليمين والكتابة والخبرة وغيرها، أما شروط محل الإثبات فهي شروط للحق أو الواقعة المسببة له، والمراد اثباتها بالوسائل المشروعة، فشرط المشروعية في الأول يقتضي ان يكون الإثبات بالكتابة أو الشهادة جائزاً مهما كان المحل، اما مشروعية المحل فهو أن يقر الشارع أو القانون صحة هذه الواقعة أو حيازة الحق المتنازع فيه أولاً.

(٢) القول المرتضى، محمد بن عبد الرحمن البرلسي المالكي ق ٢٤ب، موجبات الأحكام، قُطْلُوبُغا: ص ٦، شرح الخرشي: ٧ ص ١٥٤، كشاف القناع، ٤ ص ٢٠٣، جواهر العقود، الأسيوطي: ٢ ص ٤٩٨، البحر الرائق: ٧ص ١٩٥، بدائع الصنائع ٦ ص ٢٧٧، جامع الفصولين: ١ ص ٥٠، رد المحتار، ابن عابدين ٥ ص ٣٥٣، ٤٦٦، البحر =

قال مطرف: وقد كنا نحن نقول وغيرنا إذا لم يعرف الشهود الحق الذي شهدوا به، ونسوه فلا شهادة لهم ولا حق[1].

وقال السبكي: كل ما صحت إقامة البينة به صحت الدعوى به[2]، وقال الخرشي: فيدعى بمعلوم محقق[3].

والعلم بمحل الإثبات يكون بتحديده ووصفه وتعريفه، فإن كان عقاراً ذكر حدوده، وإن كان مشهوراً كفى تسميته، وإن كان منقولاً وأمكن إحضاره إلى مجلس الحكم أشار إليه لتعيينه وإزالة اللبس عنه، وإن تعذر إحضاره إلى مجلس الحكم تعين بالأوصاف التي تحدده وتميزه عن غيره أو انتقل إليه القاضي لمعاينته بنفسه، أو ندب إلى ذلك نائبه لمعاينته، وإن كان موصوفاً في الذمة بين قدره ووصفه ونوعه وجنسه، قال الماوردى[4]: ويصير الدين في الذمة معلوماً بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر، وقال ابن جزيء[5]: الشهادة على إثبات الشيء المدعى فيه تكون على عينه حين أداء الشهادة، وتؤدى على عينه وإن كان عقاراً ذهب القاضي إليه مع الشهود، أو وجه شهود الحيازة مع الشهود[6].

فمعلومية محل الإثبات تكون بتعيينه بالإشارة اليه أو إلى مكانه الخاص أو بيان حدوده، أو ذكر أوصافه المميزة له، فإذا لم يكن محل الإثبات معلوماً طلب القاضي توضيح الإثبات وتحديد المحل، ولا يحلف القاضي على حق مجهول، فلو ادعى على شريكه خيانة مبهمة لم يحلفه، إلا في مسائل، إذا اتهم القاضي وصي اليتيم، وإذا اتهم متولي الوقف، فإنه يحلفهما نظراً لليتيم والوقف، وإذا ادعى المودع على المودع خيانة مطلقة فإنه يحلفه[7].

ويستثنى من اشتراط معلومية محل الإثبات حالات يجوز فيها أن يكون مجهولاً أو مبهماً وأهمها المقربه، فيجوز الاقرار بالمجهول لأنه لا يعتبر مجهولاً في نفس الأمر كما يمكن أن يَلزم المقِرَ حقٌ مجهول كأن يتلف مالاً لا يدري قيمته، ويؤمر المقِر ببيانه بما يشبه أن يكون حقاً

= الزخار: ٤ ص ٣٩٣، الاستفادة من علم الشهادة ق ٢٠٢أ، شرح النيل: ٦ ص ٥٨٤، أصول الإثبات، عبد الجواد مغنية: ص ٢٨.

(١) القول المرتضى: ق ٢٤ ب.

(٢) الاشباه والنظائر، السبكي ق ١٢٠ ب

(٣) شرح الخرشي: ٧ ص ١٥٤

(٤) الحاوى، الماوردى: ٣ ق ٤٤أ.

(٥) القوانين الفقهية: ص ٣٠٥.

(٦) الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، محمود حمزة مفتي الشام: ص ٥.

(٧) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٧، وحاشية الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٤٣.

ولا يكذبه ظاهر الحال، ولو ابتكر المقر إقراره بمجهول لم تسمع عليه البينة لجهالة المشهود به كجهالة المقر والمدعى، والفرق بين صحة الإقرار بالمجهول وعدم صحة الدعوى به والشهادة به أن الإقرار يتعلق به حق لغير المقر حالة الإقرار فلزمه بيانه[1].

وقال الحنفية يستثنى أيضاً الوصية والرهن والغصب والابراء والكفالة بالنفس لمجهول [2]، وقال الشافعية يستثنى المودع والرهن والوصايا والاقرار، وعد السيوطي في الأشباه والنظائر خمساً وثلاثين مسألة تجوز فيها الجهالة [3]، وقال الزيدية يستثنى المهر والكتابة والوصايا والاقرار والنذر والخلع [4].

كما يجوز كون الحق مجهولاً إذا كان موقوف التقدير على حكم القاضي، فالحاكم يعينه في الحكم كالمتعة والحكومة ونفقة الزوجة [5]، أو تعويض الإتلاف، وهذه الأمثلة وإن كانت صحيحة، ولكن محل الإثبات فيها إنما هو السبب والواقعة أو المصدر الذي يجب إثباته ثم يرتب القاضي عليه الحكم الشرعي.

الشرط الثاني: أن يكون محل الإثبات جائزاً شرعاً: يشترط في محل الإثبات أن يكون جائزاً أي تقره الشريعة، وإلا فلا معنى لاثباته، وكان الإثبات عبثاً، وذلك لأن محل الإثبات سواء كان حقاً أو واقعة ينشأ عن الحكم الشرعي، ولا يعتبر ذلك صحيحاً حتى يقره الشرع بحكم، فأساس الحق ومصدره الأصلي هو الأحكام الشرعية [6]، أي لا يعتبر كذلك إلا إذا

---

(١) رد المحتار: ابن عابدين: ٥ ص٥٩٠، الحاوي: ٢ ق ٩٥ ب، المغنى: ٥ ص ١٥٢، ١٧٢، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٨، المهذب: ٢ ص ٣٤٨، القواعد، لابن رجب: ص ٢٣٤، الطرق الحكمية: ص ٣٢، مرآة المجلة: ٢ ص ٣٣٦، مجلة الأحكام: المادة ١٥٧٩، الدر المنتقى: ٢ ص ٢٩٠.

(٢) رد المحتار: ٥ ص ٥٩٠، المرافعات الشرعية، الشيخ محمد خاطر، ص ١١، الأصول القضائية، علي قراعة: ص ٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٨٧، مرآة المجلة ٢ ص ٣٧٣، المادتان ١٦١٩ - ١٦٢٠ من مجلة الأحكام.

(٣) الوجيز، للغزالي: ١ ص ١١٨، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥٢٨ مط المشهد الحسيني، جواهر العقود، الأسيوطي: ٢ ص ٤٩٨.

(٤) البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٢.

(٥) الأشباه والنظائر، السبكي: ق ١٢٠ أ، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٠، تبيين الحقائق، الزيلعي: ٥ ص ٤

(٦) نقصد بالحكم الشرعي هنا معناه الأصولي وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييراً أو وضعاً، ويراد منه في القانون القاعدة القانونية، ومصدر الحق القانوني هو القانون ذاته، فهو مصدر كل الحقوق، وهو مانحها وحاميها، وقال بعض الشراح ان الحقوق الفردية هي من مستلزمات الطبع الإنساني. (انظر: مختصر ابن الحاجب ص ٣٣، منهاج الوصول للبيضاوي: ص ٤، الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٣٧).

أقره الشارع بخطاب . ولذلك لا يجوز اثبات ملك الخنزير والخمر والميت بالنسبة للمسلم ولا أن يدّعي المحرم صيداً ، فالحق منحة من الله تعالى تستند إلى مصادر الشريعة التي تستنبط منها الأحكام الشرعية ، والشريعة هي أساس الحقوق ، وأن الأسباب الموجبة للحق هي أسباب جعلية وليست مؤثرة كعقد البيع وغيره ، وهي أفعال شرعية اشترط الشارع لوجودها أركاناً وشروطاً ، ولا تكتسب وجودها الشرعي إلا إذا توفرت في وجودها الحسي الأركان والشروط التي طلبها الشارع الحكيم (١) . ويتفرع على ذلك أن يكون محل الإثبات صالحاً للتعامل في الشريعة ، أي أن يكون مالاً متقوماً مملوكاً ، وعدم الصلاحية يرجع إلى طبيعة الشيء أو الغرض الذي خصص له (٢) .

الشرط الثالث : أن يكون محل الإثبات متنازعاً فيه : بأن تكون هناك خصومه حقيقية بين المدعي والمدعى عليه ، فإذا كانت الخصومة ظاهرية ، يقصد منها الاحتيال للوصول إلى القضاء فلا يصح الإثبات فيها ، ولذلك قال الفقهاء اذا ادعى شخص عقاراً في يد آخر فلا يقبل تصديق المدعى عليه أنه في حيازته الا أن يثبت ذلك بالشهادة أو بعلم القاضي ، ولا يكفي اقرار المدعى عليه لجواز أن يتصادقا على ذلك فيما بينهما للتحايل ، وكذا النكول واليمين ، وأن البينة لا تقام على مقر (٣) ، قال ابن الغرس « ولا بد في ذلك من الخصومة الشرعية وإذا كان القاضي يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهرة وأنه لا تخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بين المتداعين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك (٤) .

وفي شهادة الحسبة أن يكون لها أثر شرعي فان شهد بالرضاع بأن فلاناً أخو فلانة من الرضاع قال : وهو يريد أن ينكحها ، وإن شهد أن شخصاً طلق امرأته ثلاثاً قال : ويريد أن

---

(١) التلويح على الوضيح : ٢ ص ١٥٢ مط صبيح ، التاج المذهب : ٤ ص ٧ ، شرائع الإسلام : ٢ ص ٢٢٢ ، التعسف في استعمال الحق ، الشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢٤ من أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق ، نظرية الإلتزام ، الزرقا ، ص ١٤ ، المدخل للفقه الإسلامي ، مدكور ص ٤١٤ ، نظرية التعسف في استعمال الحق عبد المقصود شلتوت ص ١٢٧ ، ١٤٤ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ٤ .

(٢) المرافعات الشرعية ، السبكي ص ٦١ ، المختصر النافع ٢٨٣ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي : ٣ ص ٩٣ ، نظرات في أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية ، الشيخ عبد السميع امام ص ٣٧ ط ١ جواهر العقود ، الاسيوطي : ٢ ص ٤٩٦ .

(٣) البحر الزخار : ٤ ص ٣٩٤ ، الأصول القضائية ، قراعة ص ١٠ ، الطريقة الواضحة ، حمزة : ص ٥ ، رد المحتار : ٥ ص ٥٤٨ .

(٤) رد المحتار ، ابن عابدين : ٥ ص ٣٥٤ .

يرجعها وهكذا [1] .

الشرط الرابع : أن يكون محل الإثبات ملزماً للخصم : إذا افترضنا صحة الحق وصحة إثباته امام القضاء ، فإن الدعوى تبقى عديمة الفائدة إذا لم تلزم الخصم بمحل الإثبات ، بأن يترتب على الإثبات الزام الخصم بشي ء ، وإلا فلا فائدة من الإثبات وكان مضيعة لأعمال القضاء ، فمن ادعى أنه محتاج إلى آلة وطلب من آخر اعارته اياها فرفض فرفع عليه الدعوى وأثبت حاجته ، فلا يحكم على الخصم بشي ء لأن الاعارة اختيارية ، ومن ادعى على آخر أنه أحق منه بالولاية والرعاية على آخر لأنه جار له ، وأثبت أنه جاره ، والدعوى على حاضر بالوكالة ، واثبات هذه الوكالة ، لا جدوى لها ، لأنه على فرض صحتها وثبوتها فإن الموكل غير ملزم بذلك ويبادر بسرعة لفسخ وانهاء الوكالة بارادته المنفردة لأنها غير ملزمة ، والوكالة اختيارية أيضاً تعتمد على المساعدة ، كما يستطيع الوكيل أن يعزل نفسه في الحال [2] ، وكذا الشهادة على وصية في حياة الموصي فأنكرها فلا يلزم بها ، لأنه يحق له الرجوع عنها ، وضابطه أنه لو أقر بها لزمته [3] ، ومثال الإثبات غير الملزم الشهادة على محجور عليه بالبيع والشراء والسلف والإبراء فلا فائدة من إثباته لأن هذه الأشياء لا تلزمه [4]

ولا يقبل إثبات الهبة إلا مع الاقباض وكذا الرهن وغيرهما من عقود التبرعات التي لا تلزم إلا بالقبض ، ولا الدين المؤجل ، ومن ادعى على آخر انه يعرف فسق شهوده أو فسق الحاكم وتوجهت عليه اليمين على ذلك فلا يجاب الى طلبه ، لأن هذا الحق غير لازم [5] ، ولا يثبت بالنكول ولا باليمين المردودة .

الشرط الخامس : أن يكون محل الإثبات مالاً متقوماً : وذلك بأن يكون الحق محل الإثبات يجري فيه التمانع والتخاصم ، ويترتب على اثباته تسليمه إلى صاحب الإثبات ، فإن كان محل الإثبات لا يجري فيه التمانع بين الناس لتفاهته لم يصح إثباته مثل إثبات ملكية حبة

---

(١) نهاية المحتاج ، الرملي : ٨ ص ٣٠٦ .

(٢) مرآة المجلة : ٢ ص ٣٨٤ ، رد المحتار ، ابن عابدين : ٥ ص ٥٤٣ وما بعدها المجاني الزهرية على الفواكه البدرية : ص ١٠٧ ، الأصول القضائية ، قراعة ص ١٠ ، وقارن الدكتور وهبه الزحيلي في كتاب الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد : ٢ ص ٥١٠ فقد فسر شرط الزام المدعى عليه بالإثبات ، بقوله أن يكون مشروعاً في مفهومنا الحاضر ، وهذا غير صحيح فيمكن أن يكون الطلب مشروعاً مثل الوكالة والهبة ومع ذلك فلا يلزم المدعى عليه به .

(٣) مواهب الجليل على مختصر خليل : ٦ ص ١٢٥ .

(٤) مواهب الجليل : ٦ ص ١٢٦ .

(٥) شرائع الإسلام : ٢ ص ٢٢٢ ، جواهر العقود ، الأسيوطي ، ٢ ص ٤٩٧ ، مواهب الجليل : ج ٦ ص ١٣١ ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج : ١٠ ص ٢٩٦ ، منح الجليل : ٤ ص ١٧٠ ، والفقهاء مختلفون في شرط القبض =

حنطة وحفنة تراب [1] .

الشرط السادس : أن يكون محل الإثبات مما يحتمل الثبوت : فلا يكون محالاً عقلاً أو عادة أو شرعاً ، فإن كان مما يستحيل ثبوته عقلاً فلا يقبل ، قال ابن الغرس : فإن الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب في المستحيل العادي يقينية الكذب في المستحيل العقلي [2]، كدعوى شخص صغير السن على آخر كبير لا يولد لمثله أنه أبوه [3] ، أو يقر لشخص أنه أقرضه ديناً في يوم معين ، وقد مات الشخص قبل ذلك ، أو يقر بأرش يده التي قطعها ويداه صحيحتان ، قال علي قراعة [4] : وهكذا كل حق مرتب على سبب محال عقلاً لوجود ضده فإن الإقرار به يكون باطلاً ، وغير معتبر شرعاً .

وكذا إذا كان مما يستحيل ثبوته عادة كدعوى رجل معروف بالفقر على آخر غنى أن له عنده أموالاً عظيمة أقرضه اياها [5] .

وكذا إذا كان محل الإقرار مستحيلاً شرعاً كأن يقر شخص بقدر من السهام لوارث أكثر مما هو مقدر له شرعاً كأن يقر لأخته بنصف الميراث أو أن يقر لزوجته بمهرها بعد أن وهبته له ، أو يقر لها بنفقة لمدة ماضية كانت فيه ناشزاً باعترافها أو دعوى شخص على آخر معروف النسب من أبيه بأنه ابنه ، أو كالاقرار بالزوجية مع وجود مانع في الزوجة ساعة الإقرار بأن كانت زوجة لآخر أو معتدة له أو كانت وثنية أو أخت زوجته أو عمتها أو عنده أربع زوجات غيرها فلا يصح اقراره لكون المقربه مستحيلاً شرعاً [6] .

قال المالكية [7] : ان الدعوى على ثلاث مراتب ، ما يشهد العرف بأنها تشبه أن تكون حقاً فتسمع دعواه ، ويقيم عليها الإثبات ، ويستحلف عليها ، ودعوى لا يقضي العرف بكذبها ، ولا يشهد لها فتسمع الدعوى بها ويسمح له باثباتها ولكنه لا يستحلفه خصمه عليها ،

= وعدمه .

(١) الأصول القضائية ، قراعة ص ٨٤ .

(٢) الفواكه البدرية : ص ١٠٥ .

(٣) رد المحتار ، ابن عابدين : ٥ ص ٥٤٤ ، الأصول القضائية ص ٩ ، المرافعات الشرعية ، الشيخ محمد خاطر ص ١١ ، البحر الرائق : ٧ ص ١٩٢ .

(٤) الأصول القضائية ، له ص ٨٣ .

(٥) رد المحتار ، ابن عابدين ج ٥ ص ٥٤٤ ، البحر الرائق ج ٧ ص ١٩٢ ، مرآة المجلة : ٢ ص ٣٨٣ ، الفواكه البدرية ، ابن الغرس ص ١٠٥ .

(٦) رد المحتار : ٥ ص ٥٤٤ ، ٦٢٧ ، الأصول القضائية : ص ١٠٣ .

(٧) تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٩ ، الطرق الحكمية : ٨٨ .

ودعوى يكذبها العرف كالدعوى على حائز الدار والمتصرف فيها عدة سنوات فلا تسمع دعواه ولا بينته .

القسم الثاني : الشروط الخاصة في محل الإثبات : يشترط في اثبات بعض الحقوق شروط خاصة بها فمثلاً يشترط في إثبات الإرث لشخص أن يذكر الشاهد موت المورث وأنه ترك هذه الأموال ، وأن يبين سبب الوراثة كالبنوة والأخوة والعمومة وأنه لا وارث له سواه ، وان يدرك الشاهد الميت ، والغرض من ذلك تعريف الوارث تعريفاً يميزه عن غيره ويبين للقاضي أنه وارث حقيقة ليتبين نصيبه . ومثل إذا شهد الشاهد على بيع وجب ذكر الثمن فيه ، وان شهد على عقد نكاح وجب ذكر المهر [1] ، وإذا شهد على عقد يجب بيان المبيع والثمن ومعرفة البائع والمشترى ، وفي العقار يجب بيان الحدود وغير ذلك .

شروط محل الإثبات في القانون :

محل الإثبات في القانون هو الواقعة القانونية التي تنشىء الحق ، وهي مصدر الحق وسببه المباشر ، ويملك كل شخص حق اختيار الوقائع القانونية لإثبات دعواه وتبريرها ، ولكن تقيد هذه الحرية بقيود حسب طبيعة الأشياء أو لسبب يراه المشرع كحرصه على حسن سير العمل في المحاكم أو لتحقيق مصلحة عامة .

نصت المادة الثانية من قانون الإثبات المصري الجديد ، والمادة الثالثة من قانون البينات السوري على أنه : « يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ، وجائزاً قبولها ، فشروط الواقعة القانونية المراد اثباتها هي أن تكون : ١ ـ محددة ٢ ـ متنازعاً عليها ٣ ـ متعلقة بالدعوى ٤ ـ منتجة فيها ٥ ـ جائزاً قبولها .

الشرط الاول : أن تكون الواقعة محددة : يشترط في الواقعة أن تكون محددة تحديداً كافياً لامكان التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها أم لا ، لأن تجهيل الواقعة يجعلها غير قابلة للإثبات والإقناع ، ففي البيع يذكر عقد البيع ويبين المبيع وأوصافه ويحدد تاريخه ويعين الثمن فيه ، وفي وفاء الدين يبين زمانه ومكانه وأصل الدين والمقدار ، وفي الاضرار يبين وقوع الاتلاف أو الاضرار وزمانه ومكانه ، ويصح أن تكون الواقعة ايجابية كما سبق ويصح أن تكون سلبية وهي نفي الأمر الوجودي كنفي التقصير في العلاج ، وعدم الوفاء بالتزام معين

---

(١) المرافعات الشرعية ، السبكي : ص ٨٢ ، الحاوي : ١٢ ق ١٤٠ ب ، ج ٧ ق ١٢٢ ب ، تهذيب الفروق : ٤ ص ١٠٥ الفرق ٢٢٧ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٤٦ ، الفروق للقرافي : ٤ ص ٦٠ الفرق ٢٢٧ ، رد المحتار ، ابن عابدين : ٥ ص ٤٩٦ ، ٤٦٧ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٧٧ .

كالبناء ، وذلك بإثبات أمر وجودي مناف لها ، فتثبت الواقعة السلبية بإثبات واقعة ايجابية مضادة لها ، كاسترداد ما دفع بغير وجه حق ، واثبات عدم نقل الموظف ، ويكون إثبات النفي مستحيلاً إذا كان من قبيل النفي المطلق أو النفي الصرف ، وهو كون الواقعة غير محددة [١] .

وضرب الدكتور عبد الباسط جميعي [٢] أمثلة للوقائع غير المحددة بأن يدعى الملك المطلق أي دون بيان سبب التملك أو يحدد ماهية العقد أو يدّعي وضع اليد ولا يحدد عنصره الزمني .

الشرط الثاني : أن تكون الواقعة متنازعاً فيها : فإن كان الخصم مقراً ومعترفاً بالحق للمدعي فلا حاجة لإثباتها ، أو كانت الواقعة ثابتة بطبيعتها كشروق الشمس ، وإلا كانت مضيعة للمحكمة [٣] .

الشرط الثالث : أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى : فلا يقبل إثبات أمر مقطوع الصلة بموضوع الدعوى ، لعدم الفائدة من اثباته ، وذلك بأن تكون الواقعة محل الإثبات متصلة بالحق المطالب به ، فإذا ادعى شخص على آخر ديناً فيجوز له أن يثبت وفاء الدين ، لوجود الصلة بين الدين والوفاء ، ولكنه ليس له أن يثبت وفاء ديون أخرى لا تتعلق بالدعوى ، وقد يبدو هذا الشرط بسيطاً وبدهيا ، وهذا صحيح في الإثبات المباشر ، ولكن الواقع أعمق من هذا بكثير ، والقضايا المتشابكة والمعقدة تجعل من الصعوبة امكان الإثبات المباشر في كل مسألة ، ولذلك يضطر الخصم إلى اثبات بعض الوقائع غير المباشرة التي تؤدي وتوصل إلى الحق المدعى به بطريق الاستنتاج والاستنباط ، وهنا تظهر أهمية هذا الشرط ، وأنه يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات تتصل بالحق المطلوب ويؤدي اليه [٤] .

الشرط الرابع : أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى : وذلك بأن يؤدي إثبات الواقعة إلى اقناع القاضي في إنهاء الخلاف وقطع النزاع واصدار الحكم ، فإذا ادعى شخص على آخر دينا ، فأراد المدين إثبات الوفاء بإقرار غير المدين فلا يقبل ، فوفاء الدين هنا متصل بالدين ،

---

(١) موجز أصول الإثبات ، مرقس : ص ١٢ ، نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٣٦ ، لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، المادة ٩٠ ، الإثبات ، الدكتور الصدة : ص ٣١ ، الوسيط : ٢ ص ٥٧ .

(٢) نظام الإثبات ، له : ص ٤٨ .

(٣) موجز أصول الإثبات : ص ١٢ ، نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٣٦ ، نظام الإثبات ، جميعي ص ٤٧ ، الإثبات ، الصدة : ص ٣٣ ، الوسيط : ٢ ص ٥٩ .

(٤) نظام الإثبات ، الدكتور جميعي : ص ٥٣ ، نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٣٩ ، الإثبات ، الدكتور الصدة : ص ٣٤ ، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري ص ١٢ فقرة ١٢ ، الوسيط : ٢ ص ٦١ .

ولكنه غير منتج في الدعوى لأنه على فرض ثبوته ، فإن اقرار ذلك الشخص لا يلزم الدائن ولا يقيده [1] .

ويظهر أن هذا الشرط قريب جداً من الشرط السابق ومتعلق به ، لأن اشتراط تعلق الواقعة بالدعوى يفترض أن تكون منتجة فيها ، وهذا السبب جعل بعض الشراح يدمج الشرطين مع بعضهما ، ولكن القانون المصري في الإثبات المادة ٢ وقانون البينات السوري المادة ٣ ، فصلا بين الشرطين ، لأن القاضي لا يستطيع الجزم والقطع بكون الواقعة منتجة في الدعوى أم لا إلا بعد فحص الدعوى وأطرافها والنزاع فيها وتحقيق كل جزئية منها وهذا لا يكون إلا في مرحلة لاحقة ، ولكنه يستطيع بسهولة أن يتبين تعلق الواقعة بالدعوى أم لا بنظرة سريعة ، ولذلك فالحكم بكل مرحلة يحتاج إلى فاصل زمني ، وفترة أطول ، ولذا فصل القانون بينهما .

الشرط الخامس : أن تكون الواقعة جائزة القبول : أي أن تكون محتملة الثبوت عقلاً وجائزة الثبوت قانوناً ، وذلك يعني ألا تكون مستحيلة الوقوع أو يحرم القانون إثباتها ، فالواقعة المستحيلة لا يجوز اثباتها ، وقد يمنع القانون اثبات بعض الوقائع مثل دين القمار والمعاشرة غير المشروعة لتعلقها بالنظام العام والآداب والأخلاق ، وقد يفترض القانون صحة بعض المسائل فلا يجوز إثباتها [2] ، والأمثلة على ذلك هي : ـ

إذا وجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه وحلفها ، فلا يجوز لمن وجه اليمين أن يثبت عكس ما أفادت اليمين ، لأن القانون افترض عند توجيه اليمين الحاسمة [3] أن صاحبها تنازل عن جميع وسائل الإثبات الأخرى ورضي بذمة خصمه والاحتكام إلى ضميره .

وإذا نص القانون على صحة بعض الوقائع بقرينة قانونية فإنه يفترض ثبوتها ، وهي قسمان : قسم لا يجوز إثبات عكسه مثل حجية الأمر المحكوم به فلا يجوز اثبات عكسه بحال من الأحوال لمخالفته لنص القانون ، لافتراض مطابقته للواقع والحقيقة الواقعية ، وقسم يجوز إثبات عكسه إما بجميع طرق الإثبات أو بطريق دون آخر فيلتزم الخصم بنص القانون ، كاثبات الدين عن فترة سابقة عن الوصل المتأخر .

---

(١) نظام الإثبات : ص ٥٧ ، نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٣٩ ، الإثبات الصدة : ص ٣٤ ، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري : ص ١٢ فقرة ١٢ ، الوسيط ٢ ص ٦٢ .

(٢) موجز أصول الاثبات ، مرقس ص ١٢ ، نظام الاثبات ، جميعي ص ٦٢ ، قانون الاثبات المصري شرح وتعليق عنبر ص ٣٢ ، الإثبات ، الصدة ص ٣٧ ، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري : ص ١٢ فقرة ١٢ ، نظرية الاثبات المؤمن : ١ ص ٣٩.

(٣) الإثبات في المواد المدنية ، الصدة : ص ٤٥٣ .

مقارنة : نلاحظ التشابه الكبير بين الشريعة والقانون في شروط محل الإثبات ، والشريعة الإسلامية التي تنظم أمور المعاملات وقضايا الناس بمنتهى الدقة والتنظيم وتحوط الفرد المسلم بالنظام الشامل في كل جزئيات حياته لا نستغرب أن نراها تُحكِم القيود والشروط في محل الإثبات ، ولا تفتح مجالاً للعبث في القضاء ، أو التحايل فيه ، أو اتخاذه وسيلة للكسب غير المشروع عندما يحاول المحتال اضفاء الصفة الشرعية على تصرف من تصرفاته الباطلة ، وكذلك نرى أن هذه الشروط في القانون منطقية وعادية ، وان ظهر أن بعض هذه الشروط مأخوذة من الشريعة أصلاً فشرط الواقعة أن تكون جائزة القبول بألا تكون مستحيلة أولاً ولا يحرمها القانون ثانياً ، أي أن تكون الواقعة جائزة ومشروعة ، وألا تخالف النظام العام والآداب وأن يكون المال متقوماً ومتمولاً فهذا الشرط مأخوذ من الشريعة الإسلامية [1] ، وإن كنا نرى أن هذا الشرط أكثر وضوحاً وظهوراً وتفصيلاً في المجال الشرعي كما سبق بيانه .

* * *

---

(١) انظر كتاب : نظرات في أصول البيوع الممنوعة في الشريعة الإسلامية وموقف القوانين منها ، الشيخ عبد السميع امام ص ٣٦ .

البـــاب الأول

فـــي

الإثبـــات

يتم إثبات الحق أو الواقعة أمام القاضي بوسائل كثيرة ، أهمها الإثبات بالشهادة ، والإثبات بالإقرار ، والإثبات باليمين ، والإثبات بالكتابة ، والإثبات بالقرائن ، والإثبات بعلم القاضي ، والإثبات بالمعاينة والخبرة ، ونتناول كل وسيلة من هذه الوسائل في فصل مستقل ، وذلك في سبعة فصول .

الفصـــل الأول

فـــي

الشهـــادة

الشهادة أهم وسيلة من وسائل الإثبات ، وأعظمها مكانة ، وأقدمها استعمالاً ، ولذلك نقدمها في الدراسة والبحث ، ونفصل أحكامها في أربعة مباحث .

المبحـــث الأول

فـــي

تعريـــف الشهـــادة

الشهادة لغة : الحضور ومنه قوله تعالى ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ البقرة : ١٨٥ ، أي من حضر شهر رمضان وهو مقيم غير مسافر فيجب عليه الصوم . وقوله تعالى ﴿ وهُمْ عَلَى ما يَفْعَلُونَ بالمُؤْمِنينَ شُهُودٌ ﴾ البروج : ٧ ، أي حضور ، وقال البخاري في صحيحه (١) : الغنيمة لمن شهد الوَقْعَة ، أي حضر ، وشهد فلان أي حضر ، والشاهد يرى مالا يرى الغائب أي الحاضر يعلم مالا يعلمه الغائب (٢) .

---

(١) صحيح البخاري مع حاشية السندي : ٢ ص ١٢٦ قال : باب الغنيمة لمن شهد الوقعة ثم روى عن عمر رضي الله عنه قال : لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر .

(٢) الشهادة لها عدة معان ، وسوف أذكر أكثر المعاني اللغوية لبيان ما تتضمنه الشهادة من المعاني وما يترتب على ذلك من اختلاف الفقهاء في اشتراط لفظها لميزات في معناها لا توجد في لفظ آخر ، وأهم المعاني هي : -

فالشهادة هي الحُضور في مكان الواقعة ، أو في مجلس القضاء لأدائها .

الشهادة في الإصطلاح :

اختلف الفقهاء في تعريف الشهادة تبعاً لاختلافهم في الأحكام المتعلقة به عندهم .

فعرفها الحنفية بأنها : إخبارُ صِدْقٍ لإثبات حَقٍ بلفظ الشهادة في مجلس القاضي .

فقوله : « إخبار » جنس يشمل جميع الاخبارات سواء أكان صادقاً أم كاذباً وسواء أكان في مجلس القضاء أم في غيره ، وسواء أكان في إثبات حق أم في نقل رواية .

وقوله : « صدق » قيد أول يخرج الإخبار الكاذب ، وهو شهادة الزور فلا تدخل في التعريف ، وإنما يطلق عليها اسم الشهادة مجازاً .

وقوله : « إثبات حق » قيد ثان لبيان محل الشهادة والغرض من الاخبار ، وتخرج منها الإخبار في الرواية ، والشهادة برؤية بعض العرفيات .

وقوله : « بلفظ الشهادة » قيد ثالث لإخراج الإخبار الذي يقع بدون لفظ الشهادة كأعلم

= ١ ـ العلم : قال تعالى : ﴿ شَهِدَ اللهُ أنهُ لا الهَ إلا هُوَ ﴾ أي علم ، والعلمُ خَبَر قاطع والشهادة والمشاهدة تعتمد وتنبىء على المعاينة ، جاء في الحديث الشريف « إذا علمت مثل الشمس فاشهد أو دع » فالمعاينة هي سبب الشهادة ، والاخبار المعين سبب، فيكون الشارع قد أطلق اسم السبب على المسبب وعليه فالشهادة هي الخبر القاطع القائم على المعاينة والمشاهدة ، وعرف الجوهري الشهادة بأنها خبر قاطع ، وشهدتُ الشيءَ اطلعت عليه وعاينته .

٢ ـ الادراك : تقول شهدتُ عيد الاضحى أي أدركته ، وشهدت الجمعة أدركتها .

٣ ـ الحَلِف : شَهِد بالله حَلَف ، وأشهد بكذا أحلف ، قال تعالى حكاية عن المنافقين : ﴿ إذا جَاءكَ المُنافِقُونَ قالُوا نَشْهَدُ إنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ ﴾ ثم قال تعالى : ﴿ اتَّخَذُوا أيْمانَهُم جُنَّةً فَصَدُّوا عن سَبِيلِ اللهِ ، إنَّهُمْ سَاءَ ما كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾ سورة المنافقون ، الآيتان ١ ، ٢ فسمى شهادتهم أيماناً .

وتظهر الصلة والعلاقة بين هذه المعاني لأن العلم بالخبر القاطع قائم على المشاهدة والمعاينة لمحل الاثبات ، وادراكه تماماً بأحد الحواس ، مع الحضور والحلف بالله تعالى على التحمل والاداء .

وَشَهد كَعلم وكَرُمَ فهو شاهد والجمع شُهود وشُهَّد ، ويقال شهيد والجمع شهداء ، وشهد لزيد بكذا أدى ما عنده من الشهادة ، فهو شاهد ، واستشهد ، سأله أن يشهد ، ويعدّى بالهمزة فيقال أشهدته الشيء ، ويتعدّى بالباء لأنه بمعنى أخبر به ، ولهذا يقال شهد بكذا ، وقال ابن فارس الشهادة الاخبار بما قد شوهد .

(انظر: القاموس المحيط ، الفيروزبادي : ١ ص ٣٠٥ ـ ٣٠٦ ، مختار الصحاح ، الرازي : ٣٤٩ ، ط ٦ ، الصحاح ، الجوهري : ١ ص ٤٩١ ، المصباح المنير ، الفيومي ، ١ ص ٤٤٣ ، ط ٦ ، أساس البلاغة ، الزمخشري : ص ٥١٠ ط الشعب) .

وقال ابن العربي في أحكام القرآن : ٢ ص ٧١٠ : شهد بمعنى أقر وحكم ووصى .

وأتيقن فلا يعتبر شهادة .

وقوله : « في مجلس القضاء » قيد رابع لإخراج الإخبارفي غير مجلس القضاء فلا يعتبر شهادة شرعاً .

وهذا أشهر التعريفات عند الفقهاء وأكثرها تداولاً في كتب الفقه وقد يزاد عليه بعض العبارات مثل «ولو بلاد عوى» وهو قيد خاص ليشمل شهادة الحسبة التي يؤديها الشخص بدون طلب كالشهادة على أسباب التحريم من طلاق ورضاع، وهذا التعريف اشتمل على شروط الشهادة خاصة وشروط الإثبات عامة مثل مجلس القضاء فإنه شرط في جميع وسائل الإثبات، لأن الغاية من الإثبات إظهار الحق أمام القاضي ليلزم به الخصم، والقاضي لا يلزم إلا في مجلس القضاء.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه تضمن الشروط مع أن التعريف لبيان الحقيقة التي تميز المعرَف من غيره فلا يدخل فيه الشروط[1].

وعرفها ابن عرفة من المالكية بأنها: «قَوْل هو بحيثُ يُوجِبُ على الحاكِم سَماعُهُ الحُكْمَ بمقتضاه إن عُدّل قائلُه مع تعدُدِه أو حَلفِ طَالِبه»[2].

فقوله: «قول» جنس يشمل ما يوجب الحكم وما لا يوجبه كالأقوال العامة والروايات وغيرها، والقول أعم من الخبر كما يقول الرَصّاع، واستعمل القول دون الخبر لاستعمال القول في الشهادة لما جاء في الحديث«ألا وقول الزور وشهادة الزور».

وقوله: «هو بحيث» يدخل الشهادة قبل الأداء، والشهادة غير التامة.

وقوله «يوجِب على الحاكِم سماعُه» قيد يخرج به الرواية وغيرها مما لا يوجب على الحاكم سماعها ويخرج الخبر القسيم للشهادة.

وقوله « الحاكم » عبر به دون القاضي ، لأن الحاكم أعم من القاضي لوجوده في المحكم .

---

(١) التعريفات: ص ٨٨، فتح القدير: ٦ ص ٢، الدر المختار: ٥ ص ٤٦١، البحر الرائق: ٧ ص ٥٦ وانظر تعريفات أخرى عند الحنفية في : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٤ ص ٤٠٦، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشرنبلالي: ق ٢٠٠ أ، المجلة المادة ١٦٨٤، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٥، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٦٦، المبسوط ١٦ ص ١١١، رسالة في حدود الفقه لابن نجيم: ق ٧٦ ب، جواهر الروايات، البشتاوي: ص ١٨.

(٢) شرح حدود ابن عرفه، الرّصاع: ص ٤٤٥، الخرشي: ٧ ص ١٧٥، منح الجليل: ٤ ص ٢١٥، مواهب الجليل: ٦ ص ١٥١، وانظر تعريفات أخرى للمالكية في: الشرح الكبير: ٤ ص ١٦٤، حاشية العدوى على الرسالة: ٢ ص ٣١٤، بلغة السالك لأقرب المسالك، الصاوي: ٢ ص ٣٢٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٥.

والأمير، والأقوال التي يجب على القاضي سماعها تشمل ما يجب عليه الحكم بمقتضاه مثل شهادة العدول وما لا يجب عليه الحكم بمقتضاه كشهادة غير العدول.

وقوله: «والحكم بمقتضاه» قيد ليخرج شهادة غير العدول التي لا يحكم بها.

وقوله: «إن عدّل قائله» أي إن ثبتت عدالته عند القاضي إما بالبينة أو بكونه يعلمها، والعدالة شرط في إيجاب الحكم، ويخرج به مجهول الحال.

وقوله «مع تعدده أو حلف طالبه» شرط آخر في الشهادة الموجبة للحكم بأن يتعدد الشهود أو يحلف الطالب مع الشاهد الواحد.

ويخرج إخبار القاضي بما ثبت عنده قاضياً آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب إليه به لعدم شرطه بالتعدد أو الحلف[1].

وعرفها الإباضية بما يقرب من تعريف المالكية فقالوا بأنها: «خبرٌ قاطعٌ يُوجب على الحاكم الحكمَ بمقتضاه» وهو مدلوله المشهود به[2]

ويؤخذ على هذا التعريف ما يلي: ـ

١ ـ أنه يعرف الشهادة بالأثر المترتب عليها من وجوب السماع والحكم بها.

٢ ـ ذكر في التعريف شروط الشهادة الشرعية.

٣ ـ التعريف غير مانع لدخول الإقرار فيه، فالإقرار قول يجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه، ويشترط في التعريف أن يكون جامعاً مانعاً بحيث يمنع دخول ما ليس منه في المعرف.

٤ ـ عرف الشهادة بأنها قول مما يدل على عدم اشتراط لفظ أشهد، وهو مذهب المالكية في عدم اشتراط صيغة معلولة في أداء الشهادة بل المدار على حصول العلم كرأيت كذا وكذا وسمعت أو نحو ذلك[3].

٥ ـ وفيه دور لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع عن كونه شهادة[4].

---

(١) منح الجليل: ٤ ص ٢١٥، شرح حدود ابن عرفه، الرصّاع: ص ٤٤٦.

(٢) شرح النيل: ٦ ص ٦٥١ مكرر، وكلمة مكرر وضعتها من عندي لوجود تكرار في أرقام الصفحات ما بين ٦٥٠ ـ ٦٦٠ خطأ، ووضعت كلمة مكرر للتمييز بين الصفحات العشر الأولى والثانية.

(٣) حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ١٧٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٢.

(٤) منح الجليل، الشيخ عليش: ٤ ص ٢١٥، مواهب الجليل، الحطاب: ٦ ص ١٥١.

وعرفها الشافعية بتعريفين:

التعريف الأول: أنها «إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد[1]».

فقوله: «إخبار» جنس يتناول الإخبار بحق والإخبار في الرواية.

وقوله: «بحق» قيد أول يدل على محل الإثبات وهو الحق الذي يثبت، ويشمل حق الله تعالى وحق العبد، ويشمل المال وغيره مما يثبت ويسقط، ويشمل الحق الوجودي والعدمي كالابراء، ويخرج بهذا القيد الخبر والرواية والإخبار عن الحقائق الكونية الثابتة والأمور العادية.

وقوله: «للغير» قيد ثان يخرج به الإخبار بحق لنفسه على غيره وهو الدعوى.

وقوله: «على الغير» قيد ثالث، فيخرج الإخبار بحق للغير على نفسه وهو الإقرار.

وقوله: «بلفظ أشهد» قيد رابع فلا تقبل الشهادة إلا بهذا اللفظ، ويخرج الإخبار بحق لغيره على غيره بلفظ آخر يفيد معنى الإخبار مثل أعلم وأتيقن.

وهذا التعريف أطلق لفظ الإخبار، ويحسن إضافته إلى المخبر فيقال: إنها «إخبار الشخص بحق...».

التعريف الثاني: أنها «إخبار عن شيء بلفظ خاص»[2].

فقوله «عن شيء» ليشمل الحق ويشمل الشهادة بهلال رمضان، وقوله: «بلفظ خاص» وهو أشهد أي على وجه مخصوص بأن تكون عند قاض بشرطه.

وهذا التعريف غير مانع فيدخل فيه الإقرار والدعوى.

وعرفها الحنابلة بأنها: «الإخبار بما علمه بلفظ خاص»[3].

فقوله: «الإخبار» جنس يشمل ما يعلمه وما لا يعلمه كالإخبار بالظن أو الكذب،

---

(١) حاشية قليوبي على شرح المحلي: ٤ ص ٣١٨، حاشية الجمل على شرح المنهج: ٥ ص ٣٧٧، كشاف اصطلاحات الفنون، التهانوي: ١ ص ٧٣٨.

وعرفها بعض الحنفية بمثل ذلك فقال مثلا خسرو في (شرح الدرر على الغرر: ٢ ص ٣٧٠): الشهادة هي إخبار بحق لغير على الغير عن يقين لا عن حسبان وتخمين. وقال شيخي زادة في مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأنهر: هي إخبار بحق للغير على الغير عن مشاهدة وعيان لا عن ظن وحسبان. (مجمع الأنهر: ٢/ ص ١٨٥).

(٢) حاشية قليوبي: ٤ ص ٣١٨، حاشية الجمل: ٥ ص ٣٧٧، تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠ ص ٢١١، فيض الإله المالك، عمر بركات: ٢ ص ٣٤٩، وانظر: الاقناع، محمد الشربيني الخطيب، وحاشية سليمان البجيرمي عليه: ٤ ص ٣٣٩ شرح التحرير لزكريا الأنصاري وحاشية الشرقاوي عليه: ٢ ص ٥٠٢.

(٣) كشاف القناع، البهوتي: ٤ ص ٢٤٢، منتهى الارادات، البهوتي جـ ٤ ص ٣١٤.

وقوله: «بما علمه» قيد يخرج به ما لا يعلمه.

وقوله: «بلفظ خاص» وهو أشهد أو شهدت بكذا.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع فيدخل فيه الإقرار فهو إخبار بما يعلمه بحق لغيره على نفسه بلفظ يدل عليه، ويدخل فيه الدعوى وهي إخبار بحق له على غيره بلفظ تفهم منه.

وعرفها الإمامية بأنها: «إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير الحاكم»[1].

فقوله: «إخبار جازم» يخرج الإخبار مع التردد والتشكك وقوله: «عن حق لازم» أي ثابت.

وقوله: «للغير» يخرج الدعوى.

وقوله: «واقع من غير الحاكم» يخرج إخبار الله ورسوله والأئمة عليهم السلام وإخبار الحاكم حاكماً آخر، أو يخرج إخباره بالحق حال إرادة إنشاء الحكم به، لأن إخبار الله ورسوله وأئمة المسلمين لا يسمى شهادة عرفاً[2].

ويؤخذ عليه أنه غير مانع فيدخل فيه الإقرار فهو إخبار جازم عن حق لازم للغير واقع من غير الحاكم.

التعريف المختار:

ويظهر ترجيح تعريف الشافعية الأول مع إضافة لفظ «الشخص» وهو المخبر، وذلك لأنه تعريف جامع مانع وهو أوضح من غيره، ويفرق بين الشهادة والإقرار والدعوى والرواية

فالإقرار إخبار الشخص بحق لغيره على نفسه، والدعوى إخبار الشخص بحق لنفسه على غيره، والشهادة إخبار الشخص بحق لغيره على غيره، والرواية إخبار بموضوع عام لا يتعلق بشخص بذاته[3].

---

(١) جواهر الكلام، محمد حسن بن الشيخ باقر: ٦ ص ٤١١.

(٢) جواهر الكلام: ٦ ص ٤١١.

(٣) الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥٣٠، الأبواب والفصول في أحكام شهادة العدول، بدر الدين محمد عبد الرحمن البرلسي المالكي: ق ١٥٣ أ، تدريب الراوي، للسيوطي، تحقيق المرحوم محمد عبد الوهاب عبد اللطيف: ١ ص ٣٣١، شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٥، شرح النيل: ٦ ص ٦٥٢ مكرر، جواهر الكلام جـ ٦ ص ٤١١.

ويقول محمد حسن باقر في جواهر الكلام «والغالب في المعاني العرفية (الاصطلاحية) عدم إمكان حد تام لها شامل لجميع أفرادها... ولذلك يرد على تعريف الشهادة مثلاً وتمييزها عن الرواية: رؤية الهلال وكلام المترجم المقوم والقاسم والمخبر عن نجاسة الماء وطهارة الثوب والقبلة ودخول الوقت» فلا تميز هذه الأمور عن الرواية إلا بشيء من التجوز. =

أما تعريف الحنفية فقد تضمن شروط الشهادة، وإن تعريف المالكية عرف الشهادة بأثرها لا بحقيقتها وهو غير مانع وفيه دور، وتعريف الشافعية الثاني غير مانع فيدخل فيه الإقرار والدعوى، وكذا تعريف الحنابلة فإنه غير مانع فيدخل فيه الإقرار والدعوى، وتعريف الإمامية غير مانع لدخول الإقرار فيه.

فالشهادة هي «إخبار الشخص بحق لغيره على غيره بلفظ أشهد».

أركان الشهادة:(١)

اختلف الفقهاء في ركن الشهادة على قولين:

القول الأول: إن ركن الشهادة هو قول الشاهد أشهد بكذا لا غير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم وإخبار للحال، فالركن هو الصيغة فقط.

ذهب إلى ذلك الحنفية(٢).

القول الثاني: أن أركان الشهادة خمسة وهي شاهد ومشهود له ومشهود عليه ومشهود به وصيغة.

وذهب إلى ذلك الشافعية(٣).

والتوسع. (انظر: جواهر الكلام: ٦ ص ٤١١، وانظر: شرح لائحة المحاكم الشرعية: ص ٣٩٤، مباحث المرافعات، محمد زيد الأبياني: ص ٩٨، طرق الاثبات الشرعية، الشيخ أحمد إبراهيم: ص ١٠٥).

(١) الركن في اللغة الجانب القوي: (المصباح المنير ١/ ٣٢٤ ط٦)، وفي الاصطلاح قال فقهاء الحنفية هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده ويكون جزءاً داخلاً في ماهيته، والشرط ما يكون به قوام الشيء وليس جزءاً من ماهيته فهو خارج عن ذاته وحقيقته، فركن الشهادة لفظ أشهد وإن استلزم الشاهد والمشهود له والمشهود عليه والمشهود به، وقال الجمهور: الركن ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل سواء أكان جزءاً منه أم كان مختصاً به وليس جزءاً منه فركن الشهادة هو الشاهد والمشهود له والمشهود عليه واللفظ والمشهود به.

(انظر: المدخل الفقهي العام، الشيخ مصطفى الزرقا: ١ ص ٢٨٤، ٢٨٩، أحكام الوصية الشيخ علي الخفيف: ص ٣ ط معهد الجامعة العربية ١٩٦٢).

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٦٦، البحر الرائق: ٧ ص ٥٦، رد المحتار على الدر المختار، المشهور بحاشية ابن عابدين ٥ ص ٤٦٢، شرح الدرر على الغرر: ٢ ص ٣٧٠، شرح لائحة الأحكام الشرعية: ص ٣٩٤، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٥، حاشية قرة عيون الأخبار، تكلمة رد المختار: ٧ ص ٦٤.

وعبر بعض الفقهاء عن الركن أنه لفظ أشهد، والراجح أن لفظ أشهد شرط في الشهادة عند الحنفية والركن هو الصيغة وحكاية الشاهد ما شهده، وهذه الحكاية والاخبار لا تعتبر شهادة إلا بشرط لفظ أشهد، (انظر: طرق الإثبات الشرعية: ص ١٣٦، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٩).

(٣) تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١١، حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣١٨، حاشية الجمل على شرح المنهج: ٥ ص ٣٧٧.

ونظراً لأهمية لفظ الشهادة، واختلاف الفقهاء فيه فإنا نخصه بشيء من التفصيل.

لفظ الشهادة: إذا حضر الشاهد إلى مجلس القضاء لأداء الشهادة فهل يجب عليه أن يؤديها بلفظ الشهادة دون غيره فيقول أشهد، أم لا يجب عليه ذلك وإنما تصح شهادته بأي لفظ آخر يؤدي معناها كأعلم وأتيقن؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجب على الشاهد أن يؤدي شهادته بلفظ الشهادة، وبصيغة المضارع «أشهد» لأنه يدل على الحال بخلاف الماضي أو الصفة، ولأنه يتضمن المشاهدة والقسم والإخبار للحال، ولا يقبل غيره مثل أعلم وأتيقن.

ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة والاباضية والزيدية، وهو ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية وكذلك لائحة المحاكم الشرعية في مصر حتى سنة ١٩٢٦ ثم صدر قانون نسخ اشتراط لفظ الشهادة وجاء بدلها باليمين[١].

غير أن هؤلاء انقسموا إلى فريقين فمنهم من اعتبر اللفظ ركناً في الشهادة[٢]، ومنهم من اعتبره شرطاً فيها[٣].

القول الثاني: لا يجب على الشاهد أن يؤدي الشهادة بلفظ معين، ويصح أداؤها بكل لفظ أو صيغة تفيد المعنى.

ذهب إلى ذلك المالكية والظاهرية والإمامية وأحمد في رواية وأيدها ابن تيمية وابن

---

(١) فتح القدير: ٦ ص ١١، ١٢، الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر: ٢ ص ١٨٩، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٢، مرآة المجلة، آصاف: ٢ ص ٤٢٥، أحكام القرآن للجصاص: ١ ص ٥٨٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٤، المغني: ٩ص٢١٦، منتهى الإرادات: ٤ ص ٣٣٣، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٣، شرح النيل: ٦ ص ٦٣٧، البحر الزخار، أحمد بن يحيى المرتضى (٨٤٠هـ): ٥ ص ٥٣.

قال ابن قدامة: ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها... ولا أعلم فيه خلافاً، وقال الحصكفي في الدر المنتقى: وشرط لفظ الشهادة بالإجماع.

(٢) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٢٦، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١١، تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢٠٧، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشُرُنْبُلالي: ق ٢٠٠ أ، البحر الرائق جـ٧ ص ٥٦، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد: ٢ ص ٥٥٦.

(٣) مجمع الأنهر، شيخي زاده: ٢ ص ١٨٩، الدر المنتقى: ٢ ص ١٨٩، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٣، فتح القدير وشروح الهداية: ٦ ص ١٠.

القيم، والاباضية في قول، كما نقل ابن القيم رواية ثالثة عن الإمام أحمد رحمه الله يفرق فيها بين الشهادة على الأفعال فيشترط اللفظ، والشهادة على الأقوال فلا يشترط[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل الجمهور على مذهبهم في وجوب أداء الشهادة بلفظ أشهد بالكتاب والسنة واللغة.

فأما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَينِ مِنْ رِجَالِكُمْ . . . وأشْهِدُوا إذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وقوله تعالى ﴿ولاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢ وقوله تعالى: ﴿وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ﴾ سورة الطلاق الآية ٢، وقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ﴾ سورة النساء ١٣٥، وغير ذلك من الآيات الكثيرة التي ورد فيها لفظ الشهادة.

فقد وردت النصوص بلفظ الشهادة، فلو قال: أعلم أو أتيقن مكان أشهد لكان مخالفاً لما نطق به الكتاب[1].

وأما السنة:

فقد أخرج الحاكم والبيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ سئل عن الشهادة، فقال للسائل: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد، أو دع»[2].

فقد أمر الرسول الكريم السائل بلفظ «أشهد» فلزم أن يؤدي به الشهادة.

وأما اللغة:

فإن لفظ الشهادة يتضمن معان كثيرة لا تتوفر في غيره، فالشهادة تعني الخبر القاطع والحضور والقسم، ففيها زيادة تأكيد لأنها من ألفاظ اليمين، وهذه المعاني لا توجد في غيرها من الألفاظ، فكأن الشاهد يقول: أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك، وأنا أخبر به الآن، مما

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦١، حاشية الأمير على المجموع وحاشية حجازي على المجموع: ٢ ص ٣٢٤، المحلى: لابن حزم جـ ٩ ص ٤٣٥، شرح النيل: ٦ ص ٦٣٧، الطرق الحكمية: ص ٢٠٢ كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٥، طرق الإثبات الشرعية: ١٣٨، أصول الإثبات في الفقه الجعفري، محمد جواد مغنيّة: ص ٦٧ جواهر الكلام: ٦ ص ٤١١.

(٢) مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٩، ومراجع الجمهور السابقة.

(٣) رواه الحاكم وصححه، وسبق تخريجه في صفحة ٤٠.

يدفع الشاهد عن الامتناع عن الكذب.

فاللفظ ورد في الكتاب العزيز تعبداً غير معقول المعنى كما يقول الكاساني، ويمتاز من الناحية اللغوية بميزات خاصة، فلا يستبدل به غيره من الألفاظ، لأنها أقل منه دلالة على القطع واليقين، ولا يعدل عن لفظ شرعي قوي في دلالته إلى ما دونه[1]، فلفظ الشهادة أبلغ من غيره في الظهور، فيقتصر عليه احتياطاً واتباعاً للمأثور.

قال الطرابلسي في معين الحكام: لأن الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب، وأنه لا يصلح حجة ما لم يتأكد بمؤيد، وهو لفظ «أشهد» لأنه يمين بدلالة قوله عز وجل مخبراً عن المنافقين[2]: ﴿قالُوا نَشْهَدُ... * اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ سورة المنافقون ١، ٢.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على عدم وجوب لفظ الشهادة في الأداء بأن الشارع استعمل لفظ الشهادة مرادفاً لألفاظ أخرى مما يؤكد عدم تفرد لفظ الشهادة بمعنى خاص، قال تعالى﴿واجتَنِبُوا قَولَ الزُورِ﴾ سورة الحج ٣٠، وقال عليه الصلاة والسلام: «ألا أُنبئكم بأكبر الكبائر: الشركُ بالله وقتلُ النفس التي حرم الله، قال: ألا وقول الزور ثم قال فما زال يُكررها حتى قُلنا لَيْتَه سَكَتَ[3]، وقال رسول الله ﷺ: «عُدِلَتْ شهادةُ الزور بالإشراك بالله»[4] فجاء في النص الشرعي قولُ الزور مرادفاً لشهادة الزور، فالقول والشهادة سواء، وقد أطلق ابنُ عباس رضي الله عنه لفظ الشهادة على مجرد الإخبار فقال: شَهدَ عندي رجال مرضيون، وأرضاهم عندي عمر، أن رسول الله ﷺ نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس، وبعد العصر

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٣، العقوبة في الفقه الإسلامي، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة: ص ٢٤٨، مباحث المرافعات، محمد زيد الأبياني: ص ٩٩، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٣، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٢.

(٢) معين الحكام، له: ص ٨٨.

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه في صفحة ٤٠.

(٤) حديث صحيح سبق تخريجه في صفحة ٤١.

وقد ورد لفظ شهادة الزور في حديث البخاري عن أنس أن رسول الله ﷺ سئل عن الكبائر فقال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس وشهادة الزور، (صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٦٨) وانظر سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٩٤.

حتى تغرب[1]».

وهذه النصوص تدل على أن لفظ الشهادة لا يختص بالإخبار عن الحق أمام القضاء وإنما تستعمل في معنى الإخبار عامة، كما أنها لم تنفرد بالدلالة على أداء الشهادة فاستعمل الشارع لفظ«قول» في محلها.

واعترض أصحاب هذا القول على استدلال الجمهور بالكتاب والسنة واللغة فقالوا: «إن هذه الأدلة لا توجب لفظ الشهادة، ولا تفيد في محل النزاع، وغاية ما تأمر به الآيات الكريمة والحديث الشريف إقامة الشهادة وأداؤها، وهذا لا يستلزم أن يكون الأداء بلفظ«أشهد» بخصوصه، فكما لا يشترط التلفظ بكلمة«أشهد» عند الدخول في الإسلام«أشهد أن لا إله إلا الله» كذلك لا يشترط هذا اللفظ في أداء الشهادة أمام القاضي، والعبرة في الشهادة ما يدل على حصول علم الشاهد بما شهد كرأيت وسمعت وعلمت. . . .[2].

أما اللغة فمع التسليم أن الشهادة لها عدة معانٍ لا يشاركها فيها لفظ آخر ولكنها من المشترك اللفظي، والمشترك اللفظي يراد أحد معانيه، ولا يقصد جميع معانيه في وقت واحد واستعمال واحد.

كما أن الإخبار المقصود من الشهادة يستفاد من صيغة أخرى تؤدي نفس الغاية مثل: اني رأيت ما أخبر به بعينَيْ رأسي، وسمعت كلام المدعي عليه بأذني سماعاً حقيقياً وإني متأكد مما أقول، وأقسم بالله العظيم أني لصادق، كما أن الشاهد نادراً ما يشعر بمعنى اليمين أثناء شهادته.[3].

قال ابن القيم: قال شيخنا فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له في كتاب ولا سنة رسول ولا قول أحد من الصحابة ولا يتوقف لفظ الشهادة لغة على ذلك، وقال ابن حزم مثل ذلك[4].

---

(١) رواه البخاري في كتاب المواقيت وأبو داود، وابن ماجه في كتاب الإقامة(انظر صحيح البخاري مع حاشية السندى: ١ ص ٧٦، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ٣ ص ١٨٦)، وقال ابن الدَيْبَع في تيسير الوصول: ٢ ص ٢٠٢ رواه الخمسة البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٩٤ ط الحلبي.

(٢) المراجع السابقة في القول الثاني، طرق الإثبات الشرعية: ص ١٣٧، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٥.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦١ ـ ٢٦٢، ادرار الشروق على أنوار الفروق ابو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط(٧٢٣هـ)ج٤ ص ٥٧، المحلى، لابن حزم: ٩ ص ٤٣٥.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٢٠٤، المحلى: ٩ ص ٤٣٥، كشاف القناع ٤ ص ٢٣٥.

الرأي المختار:

والناظر في أدلة الفريقين يرى أن جميع الأدلة لا توجب المدعى، فأدلة الجمهور عامة، تأمر بإقامة الشهادة وليس فيها نص خاص، أو عبارة صريحة تشعر بأن امتثال الأمر لا يتحقق إلا بلفظ الشهادة، بحيث إذا تركها الشاهد بطلت شهادته، ومما يؤيد هذا أن الجمهور أنفسهم لجأوا في الاستدلال الى التسليم بأن اللفظ تعبدي غير معقول المعنى، وقد ورد اللفظ به فنقبله ونسلم به دون مناقشة ولا جدال.

كما أنه لا توجد في أدلة الفريق الثاني ما يدل على وقوع الإخبار أمام المحاكم بدون لفظ الشهادة، أي لم يرد فيه دليل شرعي، وحاولوا قياسه على أمر آخر كالشهادة للدخول في الإسلام، واعتمدوا على استعمال الشهادة في معانيها العامة أو المجازية، وأما إطلاق قول الزور مرادفاً لشهادة الزور فلا حجة فيه، لأن شهادة الزور لا تسمى شهادة إلا مجازاً. والذي نميل إليه الإبقاء على اشتراط لفظ الشهادة وترجيح قول الجمهور، وذلك لاعتبارين اثنين: -

الاعتبار الأول: شكلي: فقد وردت الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة باستعمال هذا اللفظ، فيحسن الحفاظ عليه، واعتباره لفظاً شرعياً، ولو لم تأمر به النصوص صراحة.

كما أنه أكثر احتياطاً في أداء الشهادة، وأكثر دلالة على المقصود من الألفاظ الأخرى، وخاصة إذا لاحظنا المعاني اللغوية التي توجد في لفظ الشهادة واشتقاقها من المشاهدة والمعاينة والحضور والقسم[1] وبذلك نوحي للشاهد أنه يؤدي مهمة عظيمة ووظيفة خطيرة، يترتب عليها آثار عملية، مع تمييزها عن مجرد الأخبار العارضة، والأقوال المجردة، والحكايات الماضية، وفي ذات الوقت فهي أكثر اختصاراً وإيجازاً من استعمال الصيغ الطويلة التي اقترحها الفريق الثاني، وان كانت تؤدي معناها.

فمراعاة لقدسية هذه اللفظة المقتبسة من القرآن الكريم والسنة الشريفة، وما تتضمنه من تنبيه خاص للشاهد على التأمل والتفكير، فتشعره أنه قادم على أمر جليل، وخطب مهم، يحسن الإبقاء عليها واشتراطها في الأداء.

الاعتبار الثاني: اعتبار عرفي: فقد سار سلف الأمة وخلفها على استعمال هذا اللفظ في

---

(١) ذهب الإمام الشافعي رحمه الله وجمهور الأصوليين إلى جواز استعمال اللفظ المشترك في معنييه أو معانيه.
(انظر: إرشاد الفحول، الشوكاني: ص ٢٠، وقارن طرق الإثبات الشرعية، للمرحوم أحمد إبراهيم: ص ١٣٨ فإنه ينكر ذلك ويستبعده، وانظر شرح التوضيح على التنقيح: ١ص ٣٨٢، مختصر ابن الحاجب في الأصول: ص١١١، منهاج الوصول، البيضاوي: ص ٢٤، تسهيل الوصول الى علم الأصول، المحلاوي: ص ٨٢، حاشية العطار على جمع الجوامع ١ ص ٣٨٤).

أداء الشهادة ، كما تعارف الناس على استعمال الفعل الماضي لإنشاء العقود واستعمال اسم الفاعل لإنشاء الطلاق، كذلك تعارفوا على استعمال لفظ الفعل المضارع من«شهد» للإخبار الخاص أمام القاضي لفصل الخصومات ، فأصبح لفظ الشهادة لفظاً شرعياً بناء على العرف الذي يقوم عليه كثير من الأحكام الشرعية.[1].

فيجب الحفاظ عليه كإجراء شكلي تقتضيه المصلحة والعرف ويأمر به الحكام لاعتبارات في معناه لغة واستعماله شرعاً وعرفاً وتطبيقاً كما أنه للتمييز بين مجرد الإخبار والرواية وبين الشهادة التي يبغيها الشارع ويرتب عليها النتائج المعينة.

ولا نجد مؤيداً أصرح وأظهر على صحة هذا الترجيح من قول الفيومي صاحب المصباح المنير حيث يقول:

«فائدة: جرى على ألسنة الأمة سلفها وخلفها في أداء الشهادة«أشهد » مقتصرين عليه دون غيره من الألفاظ الدالة على تحقيق الشيء، نحو أعلم وأتيقن وهو موافق لألفاظ الكتاب والسنة أيضاً فكان كالإجماع على تعيين هذه اللفظة دون غيرها، ولا يخلو من معنى التعبد إذ لم ينقل غيره، ولعل السر فيه أن الشهادة اسم من المشاهدة وهي الاطلاع على الشيء عياناً، فاشترط في الأداء ماينبىء عن المشاهدة ، وأقرب شيء يدل على ذلك: ما اشتق من اللفظ وهو«أشهد» بلفظ المضارع، ولا يجوز شهدت، لأن الماضي موضوع للإخبار عما وقع نحو قمت أي فيما مضى من الزمان فلو قال شهدت احتمل الإخبار عن الماضي فيكون غير مخبر به في الحال وعليه قوله تعالى حكاية عن أولاد يعقوب عليهم السلام﴿وما شَهِدْنَا إلا بِمَا عَلِمْنَا﴾[2] ، لأنهم شهدوا عند أبيهم أولاً بسرقته حين قالوا﴿إنَّ ابْنَكَ سَرَقَ﴾. . . . والمضارع موضوع للأخبار في الحال، فإذا قال«أشهد» فقد أخبر في الحال، وعليه قوله تعالى:﴿ قالوا: نَشْهَد إنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ﴾[3] وكذلك فقد استعمل«أشهد » في القسم نحو«أشهدُ بالله» لقد كان كذا أي أقسم، فتضمن لفظ أشهد معنى المشاهدة والقسم والإخبار في الحال، فكأن الشاهد قال: أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا الآن أخبر به، وهذه المعاني مفقودة في غيره من الألفاظ ، فلذا اقتصر عليه احتياطاً وإثباتاً للمأثور[4]».

---

(١) انظر تفصيل ذلك في كتاب(الفروق، للقرافي: ٤ ص ٥٨، وتهذيب الفروق: ٤ ص ١٠٣، الفرق ٢٢٧).

(٢) سورة يوسف: ٨١.

(٣) سورة المنافقون: الآية ١.

(٤) المصباح المنير، أحمد بن محمد المقرى الفيومي: ١ ص ٤٤٣ - ٤٤٤.

ولا يفوقنا أخيراً أن نشير إلى أن محل الاختلاف في لفظ الشهادة إنما يقع في الأخبار التي تعرض على الحاكم وتلزمه القضاء بموجبها، أما الأخبار التي تكون على سبيل الخبرة والاستكشاف والتجربة فلا يشترط فيها لفظ الشهادة باتفاق، كالشهادة على طهارة الماء ورؤية هلال رمضان والتزكية وأقوال أهل الخبرة، وهي كما يقول الشيخ أحمد ابراهيم من قبيل الإعلام والإظهار وإعانة القاضي، وتسمى «شهادة استفسار أو استكشاف» وأنها إخبار محض، وقد نصت عليها المادة ١٦٨٩ من المجلة والمادة ١٧٣ من اللائحة الشرعية بمصر لعام ١٩٢٦، وكذلك قال العراقيون من الحنفية: إن شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال لا يشترط فيها لفظ الشهادة، لأنها مجرد إخبار، وقال الزيلعي: والصحيح الأول أنها شهادة[١].

تعريف الشهادة في القانون:

لم يرد تعريف للشهادة في القانون المدني المصري، ولا في قانون الإثبات المصري الجديد، ولا في قانون البينات السوري، كما أن شراح القانون نادراً ما تناولوا تعريف الشهادة، ومن عرفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء إن لم يكن مقتبساً منهم، فقال الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره، ومثله تعريف الدكتور جميل الشرقاوي[٢]، وقال الدكتور عبد الباسط جميعي: شهادة الشهود هي الأقوال التي يدلون بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين[٣]، وعرفها الدكتور سليمان مرقس بقوله: هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره[٤]، وهو تعريف مشابه لتعريف الفقهاء الشرعيين ويلاحظ على تعريف القانونيين ما يلي:

١ ـ أن محل الشهادة هو واقعة، أما الفقهاء فيجعلونه حقاً، وهذا خلاف سبق بحثه في محل الإثبات، وبينا أن الشريعة تجعل محل الإثبات حقاً أو واقعة.

٢ ـ النص على مجلس القضاء في التعريف شأنهم شأن جمهور الفقهاء في ذلك وقد بينا أن هذا ليس شرطاً في الشهادة فحسب بل في الإثبات عموماً، وأنه شرط لا يدخل في التعريف.

٣ ـ أغفل شراح القانون لفظ الشهادة، وهو الاتجاه القانوني الحديث بعدم تقييد الشهادة بقيود

---

(١) تبين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢١٠، فتح القدير: ٦ ص ١١، الدر المنتقى ٢ ص ١٨٥، مرآة المجلة، آصاف: ٢ ص ٤٣٠، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٥، مباحث المرافعات الابياني: ص ٩٩، طرق الإثبات الشرعية: ص ١٣٩.

(٢) الإثبات في المواد المدنية، له: ص ٢٢٨ ط الثانية ١٩٥٥، مذكرات في الإثبات في المواد المدنية، شرقاوي: ص ١٠١.

(٣) نظام الإثبات في القانون المدني المصري، له: ص ١٨٤.

(٤) موجز أصول الإثبات، له: ص ١٦٥.

شكلية معينة[1]، وهذا يوافق رأي المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة، وإن كنا نؤيد جمهور الفقهاء في اشتراطه والإبقاء عليه لاعتبارات شكلية وعرفية وتعبدية.

٤ ـ ذكر بعض الشراح في التعريف اشتراط اليمين وهو شرط للشهادة في القانون[2]، والشرط لا يأتي في التعريف، ويلاحظ أن تحليف الشاهد في الشريعة مختلف فيه. فأجازه المالكية وابن أبي ليلى وابن حزم الظاهري والزيدية وابن القيم وفقهاء العصر الحديث من الحنفية لفساد الزمان وضعف الوازع الديني ومنعه الجمهور[3].

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري ص ٥٧ ف ١٣٣.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري: ص ٥٩ ف ١٣٨ والمادة ٧٧ ف ٣ منه، والمادة ٨٦ من قانون الإثبات الجديد في الجمهورية العربية المتحدة، الوسيط، السنهوري جـ٢ ص ٣٢٦ ط ١٩٥٦.

(٣) اللائحة الشرعية لعام ١٩٢٦، طرق الإثبات الشرعية، ابراهيم: ص ١٤٠، فتح العلي المالك، الشيخ محمد عليش: جـ٢ ص ٣١١، الطرق الحكمية، ابن القيم ص ١٤٢، ١٤٣، المحلى، ابن حزم: جـ ص٣٧٩، البحر الزخار ٥ص ١٨.

وعند الحنفية عن التهذيب، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٢ ط ١٣٢٢ مرآة المجلة، جـ١ ص ٤٣، الدر المختار: جـ٤ ص ٣٨٨ ط ١٣٢٤، المقارنات والمقابلات، صبري: ص ٦٠، ٦١ المادتان ٥٨، ٥٩.

ومنع الشافعية تحليف الشهود، انظر الحاوي، الماوردى: جـ١٣ ق ٤٩أ وهو مخطوط بدار الكتب المصرية، وقال: وهو قول جميع أهل العلم.

المبحث الثاني
في
مشروعية الشهادة

اتفق الفقهاء على مشروعية الإثبات بالشهادة، واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول[1].

فأما الكتاب: فقد ذكر الله سبحانه وتعالى الشهادة في آيات كثيرة لإرشاد المسلمين الى أقوم الطرق وأسهل السبل في حفظ الحقوق، ونذكر بعضها:

١ ـ قال تعالى: ﴿يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا إذَا تَدايَنْتُمْ بدَيْن إلى أجَلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُـــوهُ . . . الآية﴾ ثم قال تعالى: ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهيدَين مِنْ رجالِكم فإنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَينِ فَرجُل وامْرَأتانِ مِمَّنْ تَرضَوْنَ مِنَ الشهداء أنْ تَضِلَّ إحْدَاهُما فتُذَكِّرَ إحْدَاهُما الأُخرى﴾ ثم قال تعالى في نفس الآية وأَشهِدُوا إذَا تبايَعتُم ولا يُضَارَّ كاتِبُ ولا شَهيدٌ، وإنْ تَفْعَلُوا فإنَّهُ فسُوقٌ بِكم، واتَّقُوا اللهَ ويُعلِمُكُم الله، واللهُ بكلِ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢.

فالآية صريحة الدلالة في الأمر بالاشهاد على البيع والمداينة لضبط التعامل ومنع الحقوق من الضياع، ولو لم تكن الشهادة مشروعة لإثبات الحق أمام القضاء لما أمر الشارع الحكيم بها، ولكنه أمر بها فدل على أنها مشروعة[2].

---

(١) الحاوي، الماوردي: ١٢ ق ١٠٦ أ، مغنى المحتاج، الخطيب الشربيني: ٤ ص ٤٢٦ شرح التحرير، زكريا الأنصاري: ٢ ص ٥٠٢، الاقناع، للشربيني ٤ ص ٣٣٩، تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠ص ٢١١، المغني، ابن قدامة: ٩ ص ١٤٥، ١٤٦، كشاف القناع: ٥ ص ٢٤٢، شرح منتهى الارادات: ٤ ص ٣١٤، المبسوط، السرخسى: ١٦ ص ١١٢؛ فتح القدير: ٦ ص ٢.

(٢) الدَّين عبارة عن كل معاملة يكون أحد العوضين فيها نقدا والاخر نسيئة في الذمة، فالعين عند العرب ما كان حاضرا، والدين ما كان غائبا، والمداينة مفاعلة منه، لأن أحدهما يرضاه، والآخر يلتزمه، (راجع: أحكام القرآن: ابن العربي: ١ ص ٢٤٧، جامع البيان، الطبري: ٣ ص ١٢٣، تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٥).

٢ ـ قال الله تعالى : ﴿ولا تَكْتُمُوا الشَّهادَةَ، ومَنْ يَكْتُمْها فإنّهُ آثِم قَلْبُهُ﴾ سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .

فالآية تفيد النهي ، والنهي عن كتمان الشهادة أمر بأدائها، واقامتها، لأن النهي عن الشيء أمر بضده اذا كان له ضد واحد[١]، وقد بين الله تعالى إثم كاتم الشهادة، وخص القلب بذلك لأنه أعظم عضو ، وأشرف جزء في الجسم ، فهو محل اكتساب الآثام والأجور[٢].

٣ ـ قال تعالى : ﴿فإذا دَفَعْتُم إليْهم أموالَهُم فأَشْهِدُوا عليهم، وكَفَى بالله حَسِيباً﴾ سورة النساء، الآية ٦ .

وجه الدلالة : أن الله تعالى أمر الأولياء بالإشهاد حال تسليم الأموال إلى اليتامى بعد البلوغ، لحفظ الحقوق وتوثيقها، وقطع المنازعات في إنكار القبض والتسليم[٣].

٤ ـ قال تعالى : ﴿يا أيُها النَبيُّ إذَا طَلقتُمُ النِسَاءَ فطَلِّقُوهُنَّ لِعدِّتِهِنَّ، وأَحْصَوا العِدَّةَ﴾ ثم قال تعالى : ﴿فإذَا بَلَغْن أجَلَهُنَّ فأَمْسِكُوهُنَّ بمَعْرُوفٍ أو فَارقُوهُنّ بمعروفٍ، وأَشْهِدوا ذَوَي عَدْلٍ مِنكُم، وأَقيموا الشَّهادَةَ لله، ذَلِكم يُوعظُ به منْ كانَ يُؤْمِنْ بالله واليومِ الآخرِ، ومن يتّقِ الله يَجْعَلْ له مَخْرَجا ﴾ سورة الطلاق، الايتان ١، ٢ .

وجه الدلالة : أن لفظ «أشهدوا» أمر، ولفظ «أقيموا الشهادة» أمر ولو كانت الشهادة غير مشروعة لما أمر الشارع بها، ولكنه أمر فدل على مشروعيتها، وقد أمر بالاشهاد على الرجعة في العدة أو على استمرار الطلاق ، وأكد سبحانه ذلك بقوله «واقيموا الشهادة لله» دون تضييع ولا تغيير مع الابقاء بها على وجهها[٤].

فهذه الآيات الكريمة تطلب الإشهاد لتوثيق الحقوق وتثبيت المعاملات، خشية النكران، فتكون الشهادة حجة وبرهانا ودليلا أمام القضاء ، فالغاية من التوثيق هو الاعتماد على الشهادة

---

(١) انظر المستصفى للغزالي : ٢ ص ٢٤، حاشية العطار على جمع الجوامع : ١ ص ١٩٦، مختصر المنتهى في الأصول، لابن الحاجب: ص ١٠٣، تسهيل الوصول الى علم الاصول، المحلاوي: ص ٥٩.

(٢) قال السدي : آثِمٌ قلبه يعني فاجر قلبه، وقال ابن عباس وغيره: شهادة الزور من أكبر الكبائر، وكتمانها كذلك، (انظر : تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٧، الحاوي، للماوردي: ١٢ ق ١١٩ب)

(٣) تفسير ابن كثير (٧٧٤هـ) : ١ ص ٤٥٤، تفسير الطبري: ٤ص ٢٦١ .

(٤) أحكام القرآن ابن العربي: ٤ ص ١٨٢٣، ١٨٢٤، تفسير ابن كثير: ٤ ص ٣٧٩.

عند التنازع ، وجعل الله تعالى إقامة الشهادة حقا له ، فقال تعالى ﴿يا أيُّها الذينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بالقسْطِ ، شُهَدَاءَ لله﴾سورة النساء الآية ١٣٥ ، وقال تعالى ﴿وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لله﴾ سورة الطلاق، الآية ٢ .

فالآية الاولى في المعاملات ، والثانية في الشهادة عامة، والثالثة والرابعة في الأحوال الشخصية، وقد اختلف الفقهاء والمفسرون والأصوليون في دلالة هذه الأوامر، وهل هي للوجوب أم للندب والإرشاد ؟ وقد سبق بيانه في فصل تعريف الاثبات .

وأما السنة : فثبت عن رسول الله ﷺ أحاديث كثيرة في طلب الشهادة وإقامتها عند التجاحد والتخاصم، وأنها أساس الحكم، فنذكر أهمها :

١ ـ أخرج البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال : « كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ : « شاهداك أو يمينه» قلت : إنه إذن يحلف ولا يبالي ، فقال رسول الله ﷺ : « من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجرٌ لقي الله وهو عليه غضبان ، فأنزل الله تصديق ذلك﴿إن الذينَ يَشْتَرُون بعَهدِ اللهِ وأيمانِهم ثَمَناً قليلاً﴾ إلى قوله﴿ولهمْ عَذَابٌ أليمٌ﴾ وهذا نص البخاري(١) .

فالحديث الشريف صريح الدلالة في طلب الشهادة كحجة ودليل لفصل الخصومة، وقطع النزاع ، لما ورد في رواية أخرى في البخاري «ألك بينة؟» .

٢ ـ أخرج مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابن عباس وعن وائل بن حجر قال : «جاء رجل من حَضر موت ورجل من كندة إلى النبيﷺ فقال : الحَضرمي : يا رسولَ الله ، إن هذا غلبني على أرضٍ لي كانت لأبي ، فقال الكِندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق ، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ للحضرمي : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال فلك يمينه ، قال : يا رسول الله الرجل فاجر ، لا يبالي على ما حلف عليه ، وليس يتورع عن شيء فقال : ليس لك إلا ذلك ، فانطلق ليحلف ، فقال عليه الصلاة والسلام لما أدبر : أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ، ليَلْقَيَنَّ الله ، وهو عنه مُعرض»(٢) .

---

(١) رواه الأئمة الستة (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ٢ ص ١٥٨ ، صحيح البخاري بحاشية السندي : ٢ ص ٥٢ واللفظ له ، وذكره أيضاً في مواضع أخرى ٢ ص ٧١ ، ج ٤ ص ١٦٤ ، نصب الراية ، جمال الدين أبو محمد عبد الله ابن يوسف الحنفي الزيلعي (٧٦٢هـ) : ٤ ص ٩٥ ، التلخيص الحبير ، ابن حجر : ٢ ص ٤٠٧ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١٩٧ ط الحلبي بلفظ ألك بينة؟ مسند احمد : ١ ص ٣٧٩ ط أولى .)

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي : ٢ ص ١٥٤ ، نصب الراية : ٤ ص ٩٤ ، التاج الجامع للأصول : ٣ ص ٦٠ ، قال الزيلعي : أخرجه البخاري ومسلم ، وقال منصور على ناصف : رواه الخمسة الا البخاري ، جامع الترمذي مع =

وفي هذا الحديث الشريف سأل رسول الله ﷺ المدعي البينة، والشهادة نوع منها، ولو لم تكن مشروعة لما سأله اياها.

٣ ـ أخرج الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ سئل عن الشهادة، فقال للسائل: هل ترى الشمس؟ قال نعم، قال على مثلها فاشهد أو دع»[١].

والحديث واضح الدلالة فى مشروعية الشهادة.

فهذه الاحاديث صريحة في مشروعية الشهادة، وأنها وسيلة من وسائل الاثبات أمام القضاء، وتسمى الشهادة بينة أيضا لأنها تبين الحق وتظهره وتكشف ما التبس فيه، وقد تطلق البينة ويراد بها الشهادة إما لأنها نوع منها، واما لأنها أهم البينات.

وأما الإجماع: فان الأمة أجمعت من لدن رسول الله ﷺ حتى عصرنا الحاضر على مشروعية الشهادة وأنها حجة شرعية، ودليل للقضاء ووسيلة للاثبات ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين، وأصبحت معلومة من الدين بالضرورة، ومن ينكر ذلك فقد كفر، لأنه أنكر النص في القرآن الكريم[٢].

والشهادة ليست حجة بذاتها فلايثبت بها الحق ،ولا يجبر المشهود عليه على أدائه إلا إذا اتصل بها القضاء، كما سنرى ذلك في حكم الشهادة إن شاء الله تعالى.

وأما المعقول[٣]: : فالشهادة ضرورية لقيام الحياة الاجتماعية وما يخالطها من أحداث، وما يصحبها من وقائع مادية، وتصرفات إرادية، ومعاملات وعلاقات عائلية، وكل ذلك يحتاج إلى الشهادة في إثباتها وإلا ضاعت الحقوق، وانتهكت الأعراض، وسفكت الدماء هدرا، فشرعت الشهادة لتحفظ الأموال وتوثق الحقوق وتصون الأنفس وتسهل أعمال القضاء في رد

= الاحوذي: ٤ص ٥٧٠ سنن أبي داود جـ ٢ ص ١٩٨ ط الحلبي، نيل الاوطار: ٨ ص ٣١٤.

(١) رواه الحاكم وصححه، وسبق تخريجه في صفحة ٤٠ .

(٢) الأبواب والفصول في أحكام شهادة العدول، البرلسى المالكي: ق ١٥٣أ، ١٥٣ب، البحر الزخار جـ ٥ ص ١٦، شرح منتهى الارادات: ٤ ص ٣١٤، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٢، مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٢٦.

(٣) قال الامام الشاطبي: الأدلة العقلية غير مستقلة بالدلالة، وانما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية أو معينة في طريقها أو محققة لمناطها، أو ما أشبه ذلك لا مستقلة بالدلالة، لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي، والعقل ليس بشارع (الموافقات ،له: ١ص ١٣) ، وقال في مكان آخر: اذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ويتأخر العقل فيكون تابعا، فلا يسري العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل، (الموافقات: ١ ص ٥٣).

الحقوق الى أصحابها(١).

قال شريح: القضاء حجر فنحه عنك بعودين يعني: بشاهدين، وإنما الحكم داء، والشهود شفاء، فأفرغ الشفاء على الداء(٢).

حكمة مشروعيتها:

نزلت الشريعة الاسلامية المطهرة لرعاية البشرية في حياتها، وتنظيم المجتمع الإسلامي، فجاءت تحرس مصالحهم، وتحفظ حقوقهم، وتضبط معاملاتهم، فشرع الله سبحانه وتعالى الشهادة لتوثيق الحقوق، ولتكون حجة للقضاء حتى يعيش الناس بسعادة وسلام، وذلك لتباين أخلاق الناس وأطباعهم، ووقوع التعدي والتخاصم، وحصول التجاحد بينهم، فالحاجة والضرورة داعية لها، وقد أمرنا رسول الله ﷺ بحفظ المال وعدم اضاعته، فأخرج البخاري ومسلم عن المغيرة بن شعبة وأبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كَرِه لكم ثلاثاً: قيلَ وقال، وإضاعةَ المالِ، وكثرةَ السؤال»(٣).

وقد عظم الله شأن الشهادة، ورفع مكانتها، وأضافها الى ذاته جل وعلا، ووصف بها ملائكته ورسله، وذلك لأن الله تعالى يحفظ بها الحقوق، ويوثق بها المعاملات، فجاءت أحكامها صريحة في الكتاب العزيز والسنة الشريفة، وتناولها الفقهاء بالدراسة والتفصيل، فكان لها المكان الأول، والمنزلة الرفيعة.(٤)

والشهادة طريقة من الطرق التي تدعم الروابط الاجتماعية بين الناس وتوثق الصلات بينهم، فأمر تعالى بالاشهاد على الحقوق، وفرض على الناس تأدية الشهادة وعدم كتمها، قال

---

(١) تبصرة الحكام ١ ص ٢٠٩، معين الحكام، منقولا عن التبصرة ـ ص ٩٨، المبسوط السرخسي: ١٦ ص ١١٦، المغني، ابن قدامة: ٩ ص ٢١٦، الفروق، القرافي، ٤ ص ٣٤.

(٢) المغني: ٩ ص ١٤٦.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ ص ١٠، صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٤٠.

(٤) انظر في هذا المعنى كتاب (تبصرة الحكام، ابن فرحون المالكي: ١ ص ٢١٥، أحكام القرآن، ابن العربي: ١ ص ٢٥٤) ويستشهد كثير من الفقهاء والكتاب على أهمية الشهادة وتكريمها بما أثر عن النبي ﷺ أنه قال: «أكرموا الشهود فان الله يحيى بهم الحقوق ويَستخرجُ بهم الباطل» وهو حديث ضعيف، رواه العقيلي في الضعفاء من حديث ابن عباس، وقال الذهبي انه منكر، وصرح الصغاني بأنه موضوع (انظر التلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ): ٢ ص ٤٠٧، تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتي (٩٧٢ هـ): ١٠ ص ٢١٠)، قال ابن عرفة: ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم أي بمقتضاها اكتسبت شرفا، (مواهب الجليل: ٦ ص ١٥١، التاج والاكليل، المواق: ٦ ص ١٥٠).

تعالى : ﴿ولَوْلاَ دَفْعُ اللهِ النّاس بَعْضَهُمْ ببَعْضٍ لَفَسَدَتِ الأَرضُ ولكِنَّ الله ذُو فَضْلٍ عَلىٰ العَالَمِين﴾[1] سورة البقرة، الآية ٢٥١، وقال تعالى : ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَين مِنْ رِجالِكُم﴾ وقال تعالى : ﴿وأشْهِدُوا إذَا تَبايَعْتُم﴾ وقال أيضاً : ﴿ولاَ تَكْتُمُوا الشَّهادَةَ ومَنْ يكتُمها فإنَّه آثِمٌ قَلْبُه﴾ سورة البقرة، الايتان ٢٨٢، ٣٨٣.

فالشهادة سبب لاحياء الحقوق، وحفظ الأرواح، وصيانة الأعراض، ومن محاسنها الامتثال لأمر الله تعالى : ﴿كُونُوا قَوَّامينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ لله﴾ سورة النساء الآية ١٣٥، وقال تعالى : ﴿يا أيُّها الذين آمنُوا كُونوا قَوّامِينَ لله شُهداءَ بالقِسْطِ ولا يَجْرِمَنّكُم شَنَآنُ قَومٍ على ألا تَعدِلوا اعدلوا هو أقربُ للتقوى، واتَّقُوا اللهَ إنَّ اللهَ خَبيرٌ بما تَعْمَلُون﴾ سورة المائدة، الآية ٨.

وأهمية الشهادة تعود إلى التاريخ القديم ، والحضارات السالفة التي كانت تعتمد على الشهادة بشكل رئيسي، وكانت الشهادة أهم وسيلة من وسائل الإثبات، وهي الأصل في إثبات الحقوق، نظرا لتفشي الأمية وقلة الكتابة، ومن أقوالهم المأثورة: «المشهود خيرٌ من المكتوب» ومن قواعدهم« تقديم البينة على الكتابة»[2].

ومع مرور الزمن فقدت الشهادة أهميتها لانتشار العلم، واستعمال الكتابة وضعف الوازع الديني، ورقة الايمان ، وسوء الأخلاق، وشيوع شهادة الزور، وتعقد شؤون الحياة ، وتشابك المعاملات التي لا يضبطها إلا الكتابة، حتى أصبحت أبغضَ طرق الإثبات عند رجال القانون، وأقلّها أهمية واستعمالا، وصارت وسيلة ثانوية تخضع لتقدير القاضي واجتهاده[3].

ومن الانصاف أن نقرر أن الشهادة اليوم قد ضعفت، وأصابها الوهن، وخدشها الخطأ والكذب والزور، وتطرق اليها العجز والشيخوخة، وصار المتبادر منها ترجيح جانب الكذب على الصدق، رغم بقائها مطبقة في قضايا الأحوال الشخصية حتى وقتنا الحاضر، مع تقديمها

---

(١) قال بعض المفسرين: الاشارة الى ما يدفع الله عن الناس بالشهود في حفظ الأموال والانفس والدماء والأعراض، فهم حجة الامام، وبقولهم تنفذ الاحكام ، (انظر: تبصرة الحكام: ١ص ٢١٥).

(٢) لا تزال هذه القاعدة مطبقة في التقنين الألماني والنمساوي: (راجع : التقنين المدني المصري ، الدكتور جمال الدين العطيفي: جـ ٢ ص ٤٣٠ط دار النشر لجامعات المصرية عام ١٩٤٩).

(٣) شرح لائحة الاجراءات الشرعية، أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد: ص ٣٨٩ وما بعدها، الوجيز في شرح القانون المدني، الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: ص ٦٣٣ ط ١٩٦٦ الموجز في النظرية العامة للالتزامات، السنهوري: ٢ ص ٦٩٧ط ١٩٤٦، نظرية الاثبات، المحامي حسين المؤمن: ٢ ص ١ وما بعدها، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري: ص ٤٠ ف ٨٨، المقارنات التشريعية، سيد عبد الله على حسين جـ ٤ ص ١٤.

على الكتابة في سورية وتقديم الكتابة عليها في مصر[1]، وخضوعها لتقدير القاضي في القوانين المدنية.

وهذا العزوف عن الشهادة يرجع لأسباب خارجة عنها، فهي حسن لا يتبدل حسنها، ولا تحتمل النسخ، وان ورد عليها ما يحتمل القبح[2]، **ولا يزال المشرع في العصر الحاضر يعتمد عليها في حالات كثيرة، فهي الوسيلة الوحيدة في إثبات الوقائع المادية، وأن واقع الناس الآن لا يؤثر في تقييمها، لأن المفروض عدالة الشهود، فالشهادة وسيلة للاثبات قديمة قدم الحق، وستبقى وسيلة للاثبات إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وهذا يوجب دراستها وبيان أحكامها.**

حكم تحمل الشهادة وأدائها:[3]

إذا كان الأمر بالاشهاد والتوثيق في الآية الكريمة يفيد الوجوب أو الندب أو الارشاد ـ على خلاف بين الفقهاء ـ وأراد الانسان أن يوثق تصرفاته ومعاملاته تمهيدا لإثباتها عند التنازع، وسعى في تحقيق ذلك، فما هو الحكم الشرعي بالنسبة لمن يطلب منه تحمل الشهادة، واذا تحملها فما هو حكمه عند الاداء؟.

---

(١) جاء في المرسوم رقم ٨٨ لعام ١٩٤٨ الملحق بقانون البينات السوري ما يلي: يجوز الاثبات في الشهادة في جميع القضايا الشرعية إلا في الدعاوي المالية التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، ويشترط النصاب الشرعي.

وانظر قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في مصر القاضي بالغاء المحاكم الشرعية والنظر في الدعاوي الشرعية وفقا لقانون المرافعات المدني، المادة ١، شرح لائحة المحاكم، قمة والسيد: ص ٣٩١، نظرية الإثبات، المؤمن: ٢ ص ٧.

(٢) قال أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن البخاري (٥٤٦هـ) في (محاسن الاسلام: ص ١١١): الشهادة في الشرع عبارة عن اخبار صدق، وغير الصدق يسمى باسم الشهادة لأنه تصور بصورة الشهادة وتروج بالصدق.. واذا عرفت ان الصدق هو الركن في الشهادة فقد علمت أن الشهادة حسن لا يتبدل حسنها ولا تحتمل النسخ. (وانظر؛ العناية على شرح الهداية على هامش فتح القدير: ٦ص ١).

(٣) تطلق كلمة الحكم ويراد به عدة معان، أهمها المعنى الأصولي وهو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا ويسمى الحكم الشرعي وينقسم الى قسمين الحكم التكليفي والحكم الوضعي ويعرف الفقهاء الحكم الشرعي بأنه اثر الخطاب وهو الوجوب أو المندوب أو الإباحة أو الحرمة أو الكراهة أو السبب أو الشرط أو الصحة أو اللزوم فالمعنى الفقهي هو الأثر المترتب على التصرف الشرعي.

انظر: ارشاد الفحول، محمد بن على الشوكاني (١٢٥٥هـ): ص ٦، أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسي: ص ٤٥، ٤٧ط ١٣٨١ هـ /١٩٦١م، مباحث الحكم عند الأصوليين، لاستاذنا محمد سلام مدكور، ص ١٣، ٦٠ ط ٢ علم أصول الفقه، خلاف: ص ١٠٠ الطبعة الثامنة بالكويت).

اتفق الفقهاء في المذاهب الثمانية على أن تحمل الشهادة وأداءها أمام القاضي فرض كفاية ، لا شتراط الشهادة في صحة بعض العقود، وللحاجة الى اثبات الحقوق والتصرفات عند التنازع حيث يفتقر إلى الشهادة ، ويخشى تلف الحق وهلاكه بعدمها(١).

واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

١ ـ فقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ سورة البقرة ٢٨٢.

واختلف المفسرون في تفسير هذه الآية على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ولا يأب الشهداء على تحمل الشهادة إذا دعوا ليشهدوا على الكتاب والحقوق، ويكون إطلاق الشهيد عليه مجازاً باعتبار ما سيكون.

وهذا قول ابن عباس وقتادة والربيع بن أنس رحمهم الله تعالى.

القول الثاني: ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا للقيام بالشهادة التي عندهم للداعي، أي إجابته إلى القيام بها بعد تحملها وطلب صاحبها.

وهذا قول مجاهد وعطاء والشعبي وسعيد بن جبير والسُّدي.

القول الثالث: الجمع بينهما أي عدم الإباء عن تحمل الشهادة أولاً، وعدم الإباء عن اقامتها أمام المحاكم ثانياً.

وهذا قول الحسن البصري.

والراجح أن الآية الكريمة تحتمل المعنيين معاً وهو قول الحسن البصري، وذكره الطبري ثم قال: وأولى هذه الأقوال بالصواب قول من قال ذلك: ولا يأب الشهداء من الإجابة إذا دعوا

---

(١) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢٠٧ حاشية أحمد الشلبي عليه: ٤ ص ٢٣٨، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٣، البحر الرائق: ٧ ص ٥٧، الهداية وفتح القدير والعناية: ٦ ص ٣، مجمع الأنهر: ٢ص ١٨٦، معين الحكام، الطرابلسي: ص ٦٨، لسان الحكام، ابن الشحنة الحنفي: ص ٣٦، الخرشي: ٧ ص ٢١٣، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٥، المهذب: ٢ ص ٣٢٤، تحفة المحتاج، الهيتمي ١٠ ص ٢٦٧ ـ ٢٧٠ شرح المنهاج، المحلي: ٤ص ٣٢٩، حاشية قليوبي عليه: ٤ ص ٣٣٠، مواهب الجليل: ٦ ص ١٦٢ وما بعدها، المغني، ابن قدامة: ٩ ص ١٤٦ منتهى الارادات: ٤ ص ٣١٤، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٤، البحر الزخار: ٥ص ١٧، التاج المذهب: ٤ ص ٦٧، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٣٨، جواهر الكلام ٦ص ٤٤٢، المختصر النافع: ص ٢٨٨، وهذا المروى في التحمل من قولين للامامية، شرح النيل: ٦ ص ٦٠٩، المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٤٢٩م ١٧٩٨، الاستفادة من أحكام الشهادة: ق ٢٠٤ أ.

لإقامة الشهادة وأدائها عند ذي سلطان أو حاكم يأخذ من الذي عليه ما عليه للذي هو له[1].

قال الشافعي رحمه الله: الذي أحفظ عن كل من سمعت منه من أهل العلم أن هذه الآية في الشاهد قد لزمته الشهادة[2].

٢ - وقوله تعالى: ﴿ولاَ تكتُمُوا الشَّهَادَةَ، وَمَنْ يكْتُمْها فإنَّهُ آثمٌ قلبه﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٣.

وهذا نهي عن الكتمان، ولا يتحقق النهي إلا بأداء نقيضه وهو الأداء، وقد أكد سبحانه وتعالى وجوب الأداء بأسلوب النهي عن الكتمان الذي يقتضي الفور والتكرار، وبين العقاب الذي يحل بكاتم الشهادة من الإثم والفجور ونسب ذلك إلى القلب أشرف الأعضاء ومحل الأجور والآثام، فالكتمان كبيرة من الكبائر كما قال ابن عباس[3]، وأنها تؤدي إلى الفسق لصريح الآية الكريمة[4].

٣ - وقوله تعالى: ﴿وأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ للهِ﴾ سورة الطلاق الآية ٢، وقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوّامِينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ﴾ سورة النساء، الآية ١٣٥، وقوله عز شأنه: ﴿كُونُوا قَوّامِينَ للهِ شُهَدَاءَ بالقِسْطِ﴾ سورة المائدة، الآية ٨.

فالآيات الكريمة تأمر بإقامة الشهادة، وإقامتها تشمل الإشهاد على إنشاء العقود والتصرفات، وتشمل أداءها أمام القضاء، وقد جعل الله تعالى إقامة الشهادة حقاً من حقوقه ونسبها إلى نفسه، وذلك لرعاية الحقوق وحفظها، وقرن إقامة الشهادة بإقامة العدل والقسط، فكما يجب تحقيق العدل تجب الشهادة تحملاً وأداء بنص الآيتين الكريمتين، ولأنها وسيلة له

---

(١) تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٥، ٣٣٦، تفسير الطبري: ٣ ص ١٢٦ وما بعدها، أحكام القرآن لابن العربي: ١ ص ٢٥٦، المحلى: ٩ ص ٤٢٩، شرح النيل: ٦ ص ٥٦٦، الحاوي، الماوردي: ١٢ ق ١١٩ ب.

وقد نسب الطبري وابن كثير القول الثالث إلى الحسن وابن عباس وخالفهما الماوردي وجعل القول الأول لابن عباس.

(٢) السنن الكبرى، البيهقي: ١٠ ص ١٥٨، الحاوي: ١٢ ق ١١٩ ب.

(٣) تفسير الطبري: ٣ ص ١٤١، تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٧ الأشباه والنظائر ابن نجيم: ٩٠، المهذب، الشيرازي: ٢ ص ٣٢٤ الحاوي: ١٢ ق ١١٩ ب.

(٤) أخرج الطبراني من رواية من احتج به البخاري عن أبي موسى أنه ﷺ قال: «من كتم شهادة إذا دعي إليها كان كمن شهد الزور» انظر الزواجر عن اقتراف الكبائر، ابن حجر الهيتمي: ٢ ص ١٦١، الفتح الكبير: ٣ ص ٢٣٤.

فتأخذ حكمه[1].

وأما السنة:

١ ـ فما أخرج البخاري ومسلم والبيهقي عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال:[2] «بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره وأثرة علينا، وألا ننازع الأمر أهله، ونقول الحق حيث كنا لانخاف في الله لومةَ لائم»[3].

دل الحديث الشريف على الالتزام بقول الحق، والشهادة بالحق قول بالحق سواء أكانت عند التوثيق أم عند القاضي.

٢ ـ أخرج مسلم ومالك وأبو داود والترمذى والنسائي وابن ماجه عن زيد بن خالد الجُهني «أن النبي ﷺ قال: أَلَا أُخبرُكم بخيرِ الشُهداءِ، الذي يأتي بشهادته قَبل أن يُسألها»[4].

قال الإمام النووي: وفي المراد بهذا الجديث تأويلان أصحهما وأشهرهما تأويل مالك وأصحاب الشافعي أنه محمول على من عنده شهادة لإنسان بحق ولا يعلم ذلك الإنسان أنه شاهد فيأتي إليه فيخبره بأنه شاهد له، والثاني أنه محمول على شهادة الحسبة وذلك في غير حقوق الآدميين المختصة بهم. . . . وحكى تأويل ثالث أنه محمول على المجاز والمبالغة في أداء الشهادة بعد طلبها لا قبله، كما يقال الجواد يعطي قبل السؤال[5].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على فرضية الأداءفي الشهادة[6]، يقول الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله: وفي تأدية الشهادة عمل عظيم وصيانة للدماء والأموال وسائر الحقوق من أن تذهب هدراً، وتعاون على ما فيه الخير العميم للمجتمع الإنساني مما يعود نفعه على الأفراد جميعاً[7].

---

(١) تفسر ابن كثير: ١ ص ٥٦٥ جـ ٢ ص ٣٠ جـ ٤ ص ٣٧٩، تفسير الطبري: ٥ ص ٣٢٠، ٦ ص ١٤٠، جـ٢٨ ص ١٣٧.

(٢) رواه البخاري والترمذي بنص آخر، ورواه مسلم والنسائي بالنص السابق، (صحيح البخاري بحاشية السندي: ١ص ٧، ٢ص ٢١٣، ٣ ص٩، ١٣١، ٤ص ١١٧، ١١٨، ١٢٦، ١٦٥، ١٩٨، جامع الترمذي: ٤ص ٧١٤، سنن النسائي: ٧ ص ١٢٤ ـ ١٢٥).

(٣) السنن الكبرى، البيهقي: ١٠ ص ١٥٨، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٢ ص ٢٢٨.

(٤) حديث صحيح وسبق تخريجه في صفحة ٥ .

(٥) شرح صحيح مسلم، له ١٢ ص ١٧.

(٦) البحر الرائق: ٧ ص ٥٧ فتح القدير: ٦ ص ٣.

(٧) طرق الإثبات الشرعية، له: ص ١٢٦.

وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية فإذا قام به بعض الناس فقد حصل المقصود، وتحقق الامتثال لأمر الله تعالى وسقط الإثم والعقاب عن الآخرين، وإذا امتنعوا أثموا جميعاً وكانوا مسؤولين أمام الله تعالى عن هذا التقصير والإهمال، وإنما يكتفي بالفرض الكفائي لتحقق الحكمة والعلة في بعض المسلمين، ولترتب الحرج والمشقة إذا كان فرضاً عينياً على كل مسلم، وخروجه عن المقصود الشرعي من الشهادة، ويصبح الفرض الكفائي على المسلم فرضاً عينياً إذا تعين عليه، مثل إذا دعي إلى تحمل الشهادة أو إلى أدائها في حقوق العباد فإنه يصبح التحمل والأداء فرضاً عينياً وهذا رأي جمهور الفقهاء لئلا يفضي إلى التواكل[1].

وقال جماعة من الفقهاء: إن الدعوة إلى التحمل والأداء لا تفيد التعيين، ولا يلزم المدعو بذلك، لبقاء الفرض على الكفاية، وأن صاحبه مخير في ذلك[2].

ومنهم من قيد التحمل إذا ظن المدعو أن غيره يقوم مقامه وإلا وجب عليه التحمل عيناً[3]، وفرق الكمال بن الهمام الحنفي وابن حجر الهيتمي الشافعي وجلال الدين المحلي بين الدعوة لتحمل الشهادة فلا تلزم المدعو، وله التحرز والامتناع عنها لأنها حمل أمانة، بخلاف الدعوة إلى الأداء فإنه يلزم بذلك لوجوب أداء الأمانة وقال بعض الشافعية وبعض الحنفية: الأداء كالتحمل لا يجب بالدعوة[4].

ولا خلاف في وجوب تحمل الشهادة وأدائها إذا تعين الشخص بذاته، بحيث لا يوجد غيره يقوم مقامه، ويصبح الفرض عينياً:

هذا في حقوق العباد، أما في حقوق الله تعالى فقد ميز الفقهاء في ذلك بين الحدود وغيرها، أما الحدود فلا تجب فيها الشهادة ولا تندب، بل الستر فيها أفضل[5]، لما فيه من

---

(١) مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٦، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦، ٢٠٨، أحكام القرآن، ابن العربي: ١ ص ٢٦٣، الزواجر، ابن حجر الهيتمي: ٢ ص ١٦١.

(٢) البحر الرائق: ٧ ص ٥٩، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشُرُنبلالي: ق ٢٠٤ أ، لسان الحكام: ص ٣٦، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٦٧.

(٣) وهو قول الأذرعي الشافعي، انظر تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٦٧.

(٤) فتح القدير: ٦ ص ٦، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٠، شرح المحلي وحاشيتا قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣١٩، ٣٣٠، وهذا رأي مجاهد وأبي مجلز، كما روى ابن كثير في تفسيره: ١ ص ٣٣٥.

(٥) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٠٧، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٦، رد المحتار: ٥ ص ٤٦٤، البحر الرائق: ٧ ص ٥٩، الهداية وشروحها: ٦ ص ٤، ٥ تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٦، المهذب: ٢ ص ٣٢٤، شرح المحلي على المنهاج، =

صيانة عرض المسلم، ولما ورد عن الرسول ﷺ: «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة»[1] وقوله ﷺ لهزّال الذي حمل ماعزاً على الاعتراف عند النبي ﷺ «لو سترتَه بثَوبِك لكانَ خَيراً لك»[2].

وقد ورد عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه لقن المقر في الحدود الرجوع[3]، ويؤيد أفضلية الستر أن الله تعالى حرم الكتمان في الأموال لخوف فوات حقوق المحتاجين إليها المأمورين بصيانتها والحفاظ عليها، وهذا بخلاف الحدود فلا خوف من فوات حق الله تعالى، مع الأمر بصيانة أعراض المسلمين وكرامتهم[4].

أما بقية حقوق الله تعالى كالطلاق والرضاع والوقف والخلع والإيلاء والظهار التي تؤدي إلى التحريم فيجب على الشاهد أن يبادر لأداء الشهادة دون طلب لحماية حق الله تعالى[5]، ومنع انتهاك حرماته، وفي ذلك ورد الحديث الشريف: «ألا أخبركم بخيرِ الشهود، الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها[6].

وعند الإمامية تردد (أي اختلاف) في قبول شهادة التبرع في حقوق الله تعالى ومنعوا ذلك في حقوق العباد بغير طلب للتهمة[7].

= ٤ ص ٣٢٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٣ منتهى الارادات: ٤ ص ٣١٥، مواهب الجليل: ٦ ص ١٦٢، التاج والاكليل: ٦ ص ١٦٦.

والشهادة بها خلاف الأولى التي مرجعها كراهة التنزيه إلا التهتك فالشهادة عليه أولى لاخلاء الأرض من المعاصي والفواحش.

(١) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والطبراني عن أبي هريرة (انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي، ٢ ص ٤٤، مختصر صحيح مسلم: ٢ ص ٢٣٣ و٢٥٨ صحيح مسلم بشرح النووي، ١٧ ص ٢١، سنن أبي داود: ٢ ص ٥٧١ ط الحلبي، الفتح الكبير: ٣ ص ١٩٧، ٢٤٣، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٦٩٠.

(٢) رواه النسائي وأبو داود والحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح الاسناد، ورواه عبد الرزاق في مصنفه والبزار في مسنده والطبراني في معجمه وابن سعد في الطبقات ومالك في الموطأ، وقال منصور علي ناصف رواه أبو داود بأسانيد صالحة، (انظر: نصب الراية: ٤ ص ٧٥، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٣٦، الموطأ: ص ٥١٣ ط الشعب. سنن أبي داود: ٢ ص ٤٤٦ ط الحلبي، المستدرك: ٤ ص ٣٦٣).

(٣) شرح صحيح مسلم، النووي: ١١ ص ٢٠٢ وما بعدها، المستدرك، للحاكم: ٤ ص ٣٦١، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٢٥.

(٤) شرح العناية على الهداية، البابرتي (٧٨٦ هـ): ٦ ص٤.

(٥) رد المحتار: ٥ ص ٤٦٣، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٦، مباحث المرافعات: الأبياني: ص ٩٩، مواهب الجليل: ٦ ص ١٦٥ - ١٦٦، شرح لائحة الاجراءات الشرعية: ص ٣٩٥.

(٦) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك، سبق تخريجه في صفحة ٥٠

(٧) المختصر النافع: ص ٢٨٧.

ونلمح في فرضية التحمل والأداء مراعاة الجوانب الخلقية الواجب توفرها بين المسلمين في التعاون والتعاضد والتناصر في معاملاتهم مع بعضهم، حتى يكونوا كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضاً، فإن تحمل الشهادة خيرٌ ومكرمة بالنسبة لصاحبها، لحفظ حقه وتوثيقه، وهو أمانة يتكبد الشاهد فيها مسؤولية صيانتها وحفظها من أجل أخيه المسلم، لما جاء في الحديث الشريف عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «مَن نفّس عن مُؤمنٍ كُربةً من كُرَبِ الدنيا نفّس اللهُ عنه كُربةً من كُربِ يوم القيامة، ومن يسّر على مُعسر يَسّر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن سَتَر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة، والله في عَون العبد ما كان العبد في عَون أخيه، ومن سلك طريقاً يلتمس به علماً سهّل الله له به طريقاً إلى الجنّة، وما اجتمع قوم في بيت من بيوت الله يتلون كتاب الله ويتدارسونه بينهم إلا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة، وحفتهم الملائكة، وذكرهم الله فيمن عنده، ومن بَطأ به عملُه لم يسرع به نسبه»[1]. كما أن أداء الشهادة على حقها مناصرة للحق ودفع للظلم والطغيان ومنع للتعدي والعدوان، ورد في الحديث الشريف: أنصر أخاك ظالماً أو مظلوماً قالوا يا رسول الله، ننصره إذا كانَ مظلوماً، ولكن كيف ننصره إذا كان ظالماً قال بمنعِهِ عن ظلمه»[2].

وهذا المزج بين الأخلاق والأحكام الشرعية ميزة ترفد التعامل بمزيد من الصيانة والطمأنينة، وتؤمن الثقة والاستقرار بين الناس، وتدعم السلوك والأخلاق بالضوابط والقواعد والأحكام، وهذا غاية ما تصبو إليه القوانين الوضعية والتشريعات الحديثة[3].

جزاء التحمل والأداء: لقد دلت الآيات الكريمة على فرضية التحمل والأداء فإذا قام به جماعة سقط عن الباقين وإذا لم يقم بهما أحد أثِم الجميع، فما هو المؤيد لتنفيذ هذا الواجب؟.

لم تتعرض الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة إلى بيان عقوبة تنزل على الممتنع، وإنما أشارت إلى وقوعه في الإثم، وإرتكابه إلى ما يوجب العقاب الأخروي، وأنه مسؤول أمام الله

---

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والطبراني، (انظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٧ ص ٢١ سنن أبي داود: ٢ ص ٥٧١، ٥٨٤ ط الحلبي، جامع الترمذي: ٤ ص ٦٩٠، الفتح الكبير: ٣ ص ٢٤٣، سنن ابن ماجه: ١ ص ٨٢).

(٢) رواه البخاري، والترمذي، وأحمد عن أنس ورواه الدارمي وابن عساكر عن جابر، (انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي: ٢ ص ٤٤، جـ ٤ ص ١٣٧، الفتح الكبير: ١ ص ٢٨٠، ٢٨١، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٥٣١).

(٣) قال محمد أطفيش في (شرح النيل: ٦ ص ٥٦٦): وتحمل الشهادة من مكارم الأخلاق لتضمنها احياء حق المسلم وقضاء حاجته، وقد ورد أن الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه.

تعالى عن ضياع الحق والتهاون في شأنه، وهذا جزاء ديني كاف للمؤمن الذي يخشى الله تعالى، ويرعى حدوده، ويطمع بالثواب والرضوان في جنة عرضها السموات والأرض، ويخاف العذاب الأليم الذي تشيب منه الولدان، فلا ينفع مالا ولا بنون، ولا يغني والد عن ولده، وتحسب الناس سكارى وما هم بسكارى، ولكن عذاب الله شديد[1]، وكفى به ضماناً لفرضية التحمل والأداء، ومؤيداً للقيام بهما وعدم التخاذل والتأخر عنهما، ونص الفقهاء على تعزير، الشاهد إذا تعين للشهادة ولم يحضر، أو حضر وامتنع عن الأداء دون عذر، فيستحق التعزير، لأنه امتنع عن أداء أمر مفروض عليه أداؤه شرعاً،[2] ولكن جمهور الفقهاء رحمهم الله لم يحددوا عقوبة أو ضماناً إلا الاباضية فقد نصوا على تضمين الشاهد إذا دعي للأداء ولم يلب الدعوة حتى ضاع الحق فإنه يضمن ذلك الحق[3].

شروط الشهادة:[4]

يشترط في الشهادة شروط كثيرة بعضها يتعلق بالشاهد وبعضها يتعلق بالمشهود به وبعضها يتعلق بالمشهود له وبعضها يتعلق بنفس الشهادة وبعضها يتعلق بالتحمل والأداء، بالاضافة إلى شروط الإثبات العامة، ونذكر أهم هذه الشروط باختصار وإيجاز.

١ ـ أن يكون الشاهد مسلماً[5]، فلا تقبل شهادة الكافر مطلقاً عند الجمهور، وقال الحنابلة والإمامية والظاهرية تقبل شهادة الكافر في الوصية في السفر إذا لم يكن غيره، وقال الحنفية تقبل شهادة الذمي على الذمي، وقال الإمامية يشترط في الشاهد الإيمان الأخص وهو الإقرار بإمامة الأئمة الإثنى عشر ولا يقبل غير المؤمن ولو كان مسلماً، لا على المؤمن ولا على غيره لاتصافه بالكفر والفسق والظلم.

---

(١) انظر: تفصيل ذلك في (كتاب الشهاوي في تاريخ التشريع الإسلامي) لأستاذنا الشيخ إبراهيم دسوقي الشهاوي: ص ٨) عند بيان الفرق بين التشريع السماوي والوضعي، وميزة التشريع السماوي بالتعبد والجزاء الأخروي فيه.

(٢) طرق الإثبات الشرعية: ص ١٢٧.

(٣) شرح النيل: أطفيش: ٦ ص ٥٦٨.

(٤) الشرط في اللغة العلامة، (المصباح المنير: ١ ص ٤٢١ ط ٦)، وفي الاصطلاح هو «كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته، أو هو ما توقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزءاً في ماهيته، (انظر: المدخل الفقهي العام: ١ ص ٢٨٩).

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٨٠، حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣١٨، تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي: ١٠ ص ٢١١، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٥، شرح الخرشي على مختصر خليل: ٧ ص ١٧٦، القوانين الفقهية: ص ٣٣٥ =

٢ ـ أن يكون الشاهد عاقلاً[١]، فلا تقبل شهادة المجنون والصبي الصغير.

٣ ـ أن يكون الشاهد بالغاً[٢]، فلا تقبل شهادة الصبي المميز قبل البلوغ مطلقاً عند الجمهور، وقال المالكية وبعض الإمامية والحنابلة في رواية تقبل شهادة الصبي المميز على مثله في الجراح.

٤ ـ أن يكون الشاهد حراً[٣]، فلا تقبل شهادة العبد مطلقاً عند الجمهور، وقال الحنابلة وبعض الإمامية تقبل شهادة العبد في غير الحدود، وقال ابن حزم الظاهري: تقبل شهادة العبد والأمة في كل شيء.

٥ ـ أن يكون الشاهد رشيداً[٤]، فلا تقبل شهادة المحجور عليه لنقص عقل أو سفه.

٦ ـ أن يكون الشاهد بصيراً عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف إذا كان بصيراً وشهد ثم عمي تقبل شهادته، وقال الشافعية والمالكية والإمامية والحنابلة تقبل شهادة الأعمى في الأقوال إذا تحقق الصوت ولا يقبل في الأفعال، كما تقبل شهادة الأصم في الأفعال إذا تحقق الصوت ولا يقبل في الأفعال، كما تقبل شهادة الأصم في الأفعال دون الأقوال،[٥] وقال ابن حزم وشهادة الأعمى مقبولة كالصحيح.

٧ ـ أن يكون الشاهد ناطقاً، فلا تقبل شهادة الأخرس عند الجمهور، وقال المالكية والإمامية تقبل شهادة الأخرس، ويؤديها بالإشارة المفهمة والكتابة، وسبب الخلاف أن الجمهور يشترطون لفظ «أشهد» في الشهادة، والأخرس لا ينطق بها، والمالكية يكتفون بكل

= ط بيروت، شرح حدود ابن عرفه: ص ٤٥٠، المغني: ١٠ ص ١٤٤، ١٦٤ ط القاهرة، جواهر الكلام ٦ ص ٤١٢، ٤١٣ المختصر النافع: ص ٢٨٦، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٧٣، المحلي: ٩ ص ٤٠٥م ١٧٨٧.

(١) المراجع السابقة: الدرر شرح الغرر ٢/٣٧١، أصول الإثبات: ص ٧٠.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٦٧، الدرر: ٢ ص ٣٧١، حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣١٨، تحفة المحتاج، ١٠ ص ٢١١، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٥، شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٦، أصول الإثبات: ص ٧٠، القوانين الفقهية: ٣٣٦ ط بيروت، المغني: ١٠ / ١٤٤ ط القاهرة، المحلي: ٩/٤٢٠.

(٣) المراجع السابقة، المغني: ١٠ ص ١٧٥ ط مكتبة القاهرة، المحلي: ٩ ص ٤١٢ م ١٧٨٨.

(٤) تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١٢، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٥ شرح الخرشي ٧ ص ١٧٦.

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٨٦، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١٢، ٢٥٨ ـ ٢٥٩، حاشية الدسوقي: ٥ ص ١٦٧، شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٩، المختصر النافع: ٢٨٧، المغني: ١٠ ص ١٧٠ ط مكتبة القاهرة، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٦، المحلي: ٩ ص ٤٣٣ م ١٨١٤

صيغة أو لفظ يؤدي معنى الأخبار والشهادة، والأخرس يؤدي ذلك بالإشارة والكتابة[1].

٨ ـ أن يكون الشاهد متيقظاً ظابطاً لما يشهد به، فلا تقبل شهادة المغفل وهو من يعرف بكثرة الغلط والوهم والغفلة، أو هو الذي له قوة التنبيه ولم يستعمل قوته خلافاً للبليد فليس له قوة التنبيه[2].

٩ ـ أن يكون الشاهد عدلاً، وهو من يجتنب الكبائر ولا يصر على الصغائر، وأن يكون ذا مروءة وهو من يتخلق بخلق أمثاله، وهذا شرط لقبول الشهادة عند الجمهور، وقال الحنفية العدالة شرط يوجب على القاضي الحكم، ولكنها ليست شرطاً لقبول الشهادة، فتجوز شهادة الفاسق[3].

١٠ ـ أن لا يكون الشاهد محدوداً في قذف لقوله تعالى ﴿والذينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يأتُوا بأربعةِ شَهَدَاءَ فاجلدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شهَادَةً أبداً وأولئكَ هم الفَاسِقُونَ[4]﴾، واختلف الفقهاء في قبول شهادته بعد التوبة، فقال الحنفية وبعض الإمامية لا تقبل شهادته مطلقاً ولو تاب، وقال الشافعية والمالكية والظاهرية والحنابلة وبعض الإمامية تقبل شهادته بعد التوبة [5].

١١ـ أن لا يكون الشاهد متهماً في شهادته، وذلك بأن يجربها نفعاً لنفسه أو يدفع بها ضرراً أو مغرماً عنه، ويظهر ذلك في صور:

أ ـ القرابة: قال جمهور الفقهاء: لا تقبل شهادة الوالد لولده وان سفل، ولا الولد لوالده،

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٦٨، حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣١٨، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١١، شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٩، المغني: ١٠ ص ١٧١ ط مكتبة القاهرة، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٦.

(٢) حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣٢٢، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٢٣ القوانين الفقهية: ص ٣٣٦ط بيروت، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٧، شرح الخرشي ٧ص ١٧٩، المغنى: ١٠ ص ١٤٧، ١٧٠ ط القاهرة، جواهر الكلام: ٦ ص ٤١٢، المختصر النافع: ص ٢٨٦، أصول الإثبات: ص ٧٤.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٠، الدرر شرح الغرر: ٢ ص ٣٧٢، حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣١٨، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١١، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٥، شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٧، تبصرة الحكام: ١ ص ٢١٧، القوانين الفقهية: ص ٣٣٦ ط بيروت، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٣، جواهر الكلام ٦ ص ٤١٢، ٤١٤، ٤١٥، المختصر النافع: ص ٢٨٦، المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٣٩٣.

(٤) سورة النور، الآية ٤.

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧١، المغنى: ١٠ ص ١٧٨ ط القاهرة، تبصرة الحكام: جـ١ ص ٢٢٥، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٧٣، جواهر الكلام: ٦ ص ٤١٦، ٤٣٠، المختصر النافع: ص ٢٨٧، شرح الخرشي: ٧ ص ١٨٦، المحلى: ٩ ص ٤٣١م ١٨٠٣، الموطأ: ص ٤٤٩.

وإن علا، وقال الحنابلة في قول وبعض الامامية والظاهرية تقبل مطلقة، والعبرة للعدالة، وقال الحنابلة في قول ثالث تقبل شهادة الولد لوالده دون العكس[1] .

وقال الجمهور لا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها، وقال الشافعية والإمامية والظاهرية تقبل[2]، أما الأخ والخال والعم ونحوهم فتقبل شهادتهم عند الجمهور مطلقاً سواء كانوا في عيال المشهود له أم لا، وسواء كانوا مبرزين في العدالة أم لا، وقال المالكية لا تقبل شهادة الأخ والعم والصديق، إلا بشرط التبريز في العدالة، وألا يكون الأخ ونحوه في عيال أخيه[3].

ب ـ الخصومة والعداوة : بأن لا يكون الشاهد خصماً للمشهود عليه لأن شهادته لنفسه، ولا عدواً عداوة دنيوية له وهو من يبغضه بحيث يتمنى زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته،[4] وقال الظاهرية ترد شهادة العدو إذا أخرجته عما يحل.

جـ ـ أن يشهد لغريمه المفلس أو شريكه في مال الشركة، أو أن يشهد الوكيل فيما هو وكيل فيه[5]، خلافاً للظاهرية فتقبل في كل ذلك لأن العبرة للعدالة.

د ـ أن يشهد البدوي على القروي في المعاملات لاستبعاد ذلك، وكونه تهمة في شهادته، وذلك عند المالكية والإمامية، وقالوا لا تقبل شهادة السائل كذلك، وقالوا أيضاً لا تقبل شهادة ولد الزنا في الزنا، ولا المقذوف في القذف[6]، وقال ابن حزم شهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره.

١٢ ـ أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به وقت الأداء ذاكراً له عند الإمام أبي حنيفة والإمامية، وقال الصاحبان لا يشترط التذكر فلو رأى اسمه وخطه وختمه على الصك فيجوز له

---

(١) بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٧٢، حاشية قليوبى وعميرة: ٤ ص ٣٢٢، تبصرة الحكام ١ ص ٢٢٣، حاشية الدسوقي، ٤ ص ١٦٨، شرح الخرشي : ٧ص ١٧٩، القوانين الفقهية : ص ٣٣٧ ط بيروت، المغنى : ١٠ ص ١٦٧، ١٦٩، ١٧٢ ط القاهرة، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٢٢، المختصر النافع: ص ٢٨٧، المحلى ٩ ص ٤١٥ م ١٧٨٩.

(٢) المراجع السابقة، ونلاحظ أن الامامية والظاهرية لا يجعلون القرابة مانعاً وتهمة في الشهادة.

(٣) المراجع السابقة، المغنى ١٠ ص ١٧٥ ط القاهرة، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٢٤.

(٤) بدائع الصنائع : ٦ ص ٣٧٢ حاشية الدسوقي : ٤ ص ١٧١، الخرشي : ٧ ص ١٨٤، القوانين الفقهية : ص ٣٣٧ ط بيروت، المغنى : ١٠ ص ١٦٧ ط القاهرة، جواهر الكلام ٦ ص ٤١٦، ٤٢٠، المختصر النافع: ٢٨٦، ٢٨٧ الدر المختار: ٥ ص ٤٧٣، حاشية ابن عابدين: ٥ ص٤٨٠، مواهب الجليل: ٦ ص ١٥٩، المحلى: ٩ ص ٤١٨ قليوبي وعميرة ٤/٣٢٢، تبصرة الحكام ١/٢٢٥، وهذا هو الراجح عند الحنفية خلافاً لما ينسبه اليهم بعض الفقهاء.

(٥) حاشية قليوبى وعميرة: ٤ ص ٣٢٢ بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٢، حاشية الدسوقي جـ٤ ص ١٨٩، القوانين الفقهية: ص ٣٣٧ ط بيروت، جواهر الكلام ٦ ص ٤٢٠ المختصر النافع: ص ٢٨٦، المحلى : ٩ ص ٤١٥م ١٧٨٩.

(٦) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٢٦، القوانين الفقهية: ص ٣٣٧ ط بيروت، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٢٣، المحلى: ٩ ص ٤٣٠م ١٨٠٢.

الشهادة،[1] والخلاف في التذكر، أما شرط العلم عند الأداء فمتفق عليه.

١٣ ـ أن تكون الشهادة عن علم ويقين، ولا تقبل إذا كان سببها الظن والتخمين، ولذلك جاء في تعريف الشهادة عند بعض الحنفية أنها إخبار عن مشاهده وعيان لا عن تخمين وحسبان[2]، وذلك بأن يعتمد في شهادته على معاينة الأفعال وسماع الأقوال[3]، قال تعالى: ﴿ولا تَقْفُ ما لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ سورة الإسراء، الآية ٣٦.

١٤ ـ يشترط العدد في الشهادة عند الجمهور، ولا تقبل شهادة الشاهد الواحد إلا استثناء، وقال الحنفية والحنابلة في رواية لا يشترط العدد فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وعيوب النساء فتكفي امرأة واحدة، وقال الشافعية لا يشترط العدد في هلال رمضان[4].

١٥ ـ أن تتفق شهادة الشاهد الأول مع شهادة الشاهد الثاني، فإن اختلفتا فلا تقبل الشهادة[5].

١٦ ـ أن يؤدي الشاهد الشهادة بلفظ أشهد، فلا تقبل بغيره من الألفاظ كأعلم وأتيقن، وقال المالكية لا يشترط لفظ«أشهد» وتصح الشهادة بكل صيغة تؤدي معناها[6].

١٧ ـ أن يسبق الشهادة الإنكار، لأن البينة لا تقوم على مقر، فإن أنكر المدعى عليه طلب القاضي الشهادة، وهناك شروط أخرى كثيرة تختص في بعض الحالات كالذكورة والإصالة في

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٢، الدرر شرح الغرر: ٢ ص ٣٧١، شرح المحلي: ٤ ص ٣٢٧، حاشية ابن عابدين: ص ٤٧٠، المختصر النافع: ص ٢٨٩.

(٢) اختلف فقهاء الحنفية في هذا التعريف هل هو تعريف لغوي للشهادة أم شرعي؟ على قولين(انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧ ص ٥٥، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٥، العناية شرح الهداية: ٦ ص٢، دررالحكام شرح غرر الأحكام: ٢ ص ٣٧٠).

(٣) أصول الإثبات: ص ٦٩، البحر الرائق: ٧ ص ٦٨، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٩١، المبسوط: ١٦ص ١١٦، شرح الخرشي: ٧ص ٢٠٧، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٤، حاشية قليوبى وعميرة: ٤ ص ٣٢٧،

وعرف ابن عرفة التحمل بأنه: «علمُ ما يشهدُ به بسبب اختياري »(ص٤٥٦ من شرح حدود ابن عرفه). وعرف الأداء بأنه: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يُحصّل له العلم،(شرح حدود ابن عرفة: ص ٤٥٩).

(٤) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، حاشية قليوبى وعميرة: ٤ ص ٣٢٤، المغنى: ٩ ص ٢٧، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٤٥، شرح المنهاج للمحلى جـ٤ ص ٣٢٤، كشاف القناع: ٤ ص ٢٦٩، المحلى: ٩ ص ٣٩٦، ٤٠٢، الإفصاح عن معاني الصحاح ابن هبيرة: ٢ ص ٤٨٦ ط ثانية.

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١٢، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٤٨.

(٦) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٣، حاشية قليوبى وعميرة: ٤ ص ٣٠٨، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٢، تبصرة الحكام: ١ص ٢٦١، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ص ١٧٥.

الشهادة على الحدود والقصاص، وعدم المشقة على الشاهد وغير ذلك مما يكثر عده، ونقتصر على هذه الخلاصة خشية الإطالة.

مشروعية الشهادة في القانون:

اتفقت التشريعات الوضعية كلها على مشروعية الشهادة وحجيتها في الإثبات، فنظمت أحكامها، وبينت قواعدها، ولكنها جعلتها في المرتبة الثانية بعد الكتابة[1] لاعتبارات كثيرة منها سهولة الكتابة وانتشار العلم في العصر الحديث، ومنها فساد الأخلاق وضعف العقيدة، وفقدان الوازع الديني القاضي بالتزام الحق وقول الصدق، ومنها المحاباة في الشهادة لقرابة أو مصلحة أو رشوة، أو التحامل فيها لعداوة أو ضغينة وانتشار شهادة الزور، ومنها طروء النسيان مع مرور الزمن، وموت الشهود مع تقادم العهد، وقلة الضبط لتشابك المنازعات، ومحاولة القانون تقليل الدعاوى أمام القضاء التي لا تستند إلى دليل كتابي، لذلك جعل القانون الشهادة وسيلة احتياطية للإثبات، وأخضعها لسلطة القاضي التقديرية في قبول الإثبات بها، ولقناعته الخاصة في الاعتماد عليها، وأجاز الإثبات بها في بعض الوقائع القانونية دون بعض[2]، لكنه لم يستطع تركها فقد أبقى القانون على الشهادات نظراً لعدم الاستغناء عنها، ولأنها الوسيلة الوحيدة في الإثبات في بعض الحالات كالوقائع المادية، وحالات عدم استعمال الكتابة لمانع أدبي أو مادي.

ورغم ذلك فلم يجعل المشرع الإثبات بالشهادة وعدمها من النظام العام، وإنما أجاز للطرفين الاتفاق على الإثبات بالشهادة في كل مجال، وذلك لأن اشتراط الإثبات إنما هو لحماية الأشخاص، فإذا تنازلوا عن هذه الحماية بارادتهم فتنازلهم صحيح[3].

---

(١) قانون البينات السوري الصادر عام ١٩٤٧، الباب الثالث، المواد ٥٢ ـ٨٨ منه، ومذكرته الإيضاحية ص ٤٠، ٤١ قانون الإثبات المصري الجديد، الباب الثالث، المواد ٦٠ ـ٩٨ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨. ، المقارنات التشريعية -جـ٤ ص ١٤.

(٢) المداينات، الدكتور عبد السلام ذهني: جـ١ ص ٣٦١ وما بعدها، مذكرات في الإثبات الدكتور جميل الشرقاوي: ص ١٠١ ـ١٠٢، موجز أصول الإثبات، مرقس ١٦٥، رسالة الأثبات، أحمد نشأت ١ ص ٤٤٠ ف ٣٧٩، الإثبات، الصدة: ص ٢٣١، الوسيط السنهوري: جـ٢ ص ٣٢٠ نظرية الإثبات، المؤمن: جـ٢ ص ٣، التقنين المدني المصري، العطيفي: جـ٢ ص ٤٣٠.

(٣) التقنين المدني المصري، العطيفي: جـ٢ ص ٤٣٢، أصول المحاكمات، الدكتور رزق الله أنطاكي ص ٥٥١ـ٥٦٤، الإثبات، الصدة: ص ١٨ وما بعدها، المادة ٥٤ من قانون البينات السوري واجتهاد محكمة التمييز السورية ١٩٥١/٥/٢٢، المادة ٦٠ من قانون الإثبات المصري الجديد، المداينات، ذهني: ص ٣٦٤، وقارن رسالة الأثبات، أحمد نشأت: ١ ص ١٢١، ١٣٠، موجز أصول الإثبات، مرقس ص ٢٥٤.

مقارنة بين الشريعة والقانون:

نلاحظ أن الفقه الإسلامي جعل الشهادة في المرتبة الأولى في الإثبات، وأنها ذات حجية مطلقة في جميع الوقائع والحوادث، ولم يقيد الفقهاء حجيتها في مجال معين، وقدموها على الكتابة وسائر وسائل الإثبات.

أما التشريع القانوني الحديث فقد أطاح بالشهادة عن مكانها الرفيع، ومركزها الأسمى وجعل الإثبات بالكتابة هو الأصل، والشهادة هي الاستثناء في حالات الضرورة، ولكنه لم يلغ الشهادة أو يحذفها من وسائل الإثبات.

والخلاصة أن جميع الشرائع قديماً وحديثاً جعلت الشهادة حجة أمام القضاء، ووسيلة يلجأ إليها الخصوم في إثبات ادعائهم، وإظهار حقوقهم، ولكن الخلاف وقع في المجال التطبيقي لها.

وقد توجس المشرع القانوني خيفة من الشهادة للأسباب الطارئة السابقة، فهل هذه الأسباب توهن في مشروعيتها في الشريعة أو تحد من نطاقها؟.

لا شك أن الإثبات في الشريعة يقوم على مبدأ أساسي، وقاعدة متينة، وركيزة ثابتة تنبع من الإيمان والعقيدة والامتثال لأوامر الله تعالى فأمر بالإشهاد وطلب تحمل الشهادة، ونهى عن كتمها لتأمين الروابط الاجتماعية والمعاملات الدنيوية، وتوثيق الحقوق، وجعل إقامة الشهادة من حقه تعالى: ﴿واقيمُوا الشَّهادَةَ للهِ﴾ كما بين تعالى عقوبة من يخالف ذلك أو يبدل في الشهادة أو يغير فيها أو يشهد على باطل، وعمل الشارع الكريم على تلافي العيوب التي تعتري الشهادة، ولم يفتح الباب على مصراعيه، بل وضع لها حدوداً، وشرط فيها شروطاً، وأقام لها ضوابط قال تعالى: ﴿يا أيّها الذِينَ آمنُوا إنْ جَاءَكُمْ فاسِقٌ بنبأٍ فَتَبَيَّنوا﴾[1] وقال تعالى: ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رجالِكُم﴾ بعد قوله ﴿يا أيُّها الذينَ آمنُوا﴾ وقال تعالى: ﴿واشهدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكم﴾ إلى آخر ما هنالك من الشروط الكثيرة التي ذكرها الفقهاء سواء في تحمل الشهادة أو في أدائها وسواء في الشاهد أو في المشهود به أو في اللفظ أو في الركن،

---

(١) سورة الحجرات، الآية ٦.

فيندر الكذب والخطأ والتزوير، كما طلب من القاضي التثبت من حال الشهود والسؤال عنه فقال تعالى: ﴿مِمن تَرضَوْنَ مِنَ الشُّهداءِ﴾.

لذلك نقول: لقد أحاط المشرع الكريم الشهادة بسياج متين، وضمان أكيد، لأداء مهتمهاوالقصدمنها، وتجنب الانحراف بها عن الصراط القويم.

أما القانون فقد جاء لمعالجة الواقع القائم الذي يسوده الفساد والانحراف، ويرتكز على المبادىء المادية والأخلاق البالية، فلا يقيم وزناً لحق ولا قيمة لعدل إلا بقوة القانون ورهبة الحاكم، وهذا الواقع لا يغير من قيمة الشهادة شيئاً، ولا ينقص من مكانتها، بدليل أن القانون أجاز أقوال أهل الخبرة، وأعطى القضاة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الشهادة والقرائن، رغم الاشتراك مع الشهود في احتمال الكذب، والتزوير، والواقع القضائي يطل علينا يومياً بالمظالم والرشوات والتحيز والانحراف من القضاة وأهل الخبرة مما يندى لها الجبين.

وإزاء هذا الواقع البشري من جهة والواقع القضائي من جهة ثانية لا نجد طريقاً إلا الرجوع إلى العقيدة الدينية والتربية الإسلامية نستهدي مبادئها، ونطبق أحكامها لتستقيم النفس البشرية، وتصلح أحوال الراعي والرعية.

وإن الناظر في الشهادة في الشريعة الإسلامية، وما أحاطها الشارع الحنيف من الاحتياط والشروط يجزم بأنها طريقة سليمة للإثبات، ولكن هذه الأوصاف والشروط يصعب تحققها في العصر الحاضر ما لم تعتمد على عقيدة راسخة. وذمة ثابتة، وتربية روحية ومراقبة ذاتية وخوف من عذاب الله تعالى وخشية من عقابه الأليم، ولهذا فإننا نتطلع إلى مجتمع إسلامي تسوده هذه المثل لتهذّب النفوس وتُصلح السلوك في حمل الشهادة وأدائها بدقة وأمانة، وفي تقديرها وحسن استعمالها والحكم بموجبها، وبذلك يتبوأ الشاهد والقاضي مكانهما اللائق في أداء الحق ونصرة المظلوم. وحتى يتحقق ذلك، وانطلاقاً من الواقع والمجتمع وما يسوده من أخلاق وعادات وتقاليد وانحراف وميوعة وتحيز وتعصب، لا نجد مفراً من تقييد الشهادة والحد من استعمالها لسد الذرائع، ومنع ضياع الحقوق وحفظ الأعراض والأرواح والابضاع، قال رسول الله ﷺ «كلُ المسلمِ على المسلمِ حرامٌ عرضُه ومالُه ودمه»[1] ومستندنا في هذا الآيات الكريمة السابقة، فقد نصت صراحة على اشتراط العدالة ووجوب التثبت من نقل الأخبار.

نسأل الله تعالى أن يردنا إلى ديننا وأن يهدينا سبيله المستقيم، وأن يحسن أخلاقنا ويجعلنا من عباده الذين اصطفى، حتى نكون خير أمة أخرجت للناس.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٦ ص ١٢٠

تحمل الشهادة وأداؤها في القانون:

لم يرد في القانون شيء عن تحمل الشهادة ولم يلزم الأفراد ذلك، وإنما تركه الى أصحاب الشأن يختارون من يشاؤ ون ، أما الأداء فقد لاحظ المشرع أهمية الشهادة في الإثبات، وما يترتب عليها من الوصول إلى الحقيقة وبيان الواقع وخاصة إذا كانت الشهادة هي الدليل الوحيد في القضية، فأعطى المدعي المكلف بعبء الإثبات حق تعيين الشهود على دعواه، كما سمح للقاضي من تلقاء نفسه أن يقرر استدعاء الشهود فيما يجوز فيه الإثبات بالشهادة متى رأى في ذلك فائدة في إظهار الحق ، وتقوم المحكمة بإخطار الشهود وتبليغهم للمثول أمامها لأداء الشهادة ، وأوجبت عليهم الحضور لأداء الشهادة ، وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل بأن الشهادة أمام القضاء خدمة عامة ، يقصد منها تسهيل العدالة وإحقاق الحق فلا يجوز الامتناع عنها ، فإذا امتنع حكم القاضي عليه حكماً مبرماً بغرامة أو يقرر إحضاره جبراً ، وكذا إذا حضر وامتنع عن اليمين أو الإجابة [1] .

وليس في قانون الإثبات مجال لشهادة الحسبة، فلا تسمع الشهادة أمام القضاء إلا بتعيين المتخاصمين أو بطلب القاضي.

المناقشة والمقارنة: حاول بعض القانونيين اعتبار أداء الشهادة واجباً أخلاقياً، وهذا نزوع إلى الجانب الخلقي الذي لا يستغنى عنه، ثم رتب القانون على الممتنع عقوبة مالية يتوعده فيها أن أخل بهذا الواجب[2].

وقد كان المسلمون يقومون بواجب الشهادة امتثالاً لأمر الله تعالى، يحدوهم الشوق للثواب والأجر، ويدفعهم الشعور بالتعاون والمساعدة دون ترتيب جزاء دنيوى فإذا ما استبد الانعزال والتخاذل بواحد منهم ترك وشأنه يتربص وعيد الله تعالى وعقابه، أما اليوم فقد تغير الحال وفسد الزمان وأصبح الإباء عن التحمل والأداء شائعاً، فترتب على ذلك ضياع حقوق كثيرة، مما اضطر المشرع إلى النص في لائحة المحاكم الشرعية في مصر على الجزاء الدنيوى والغرامة المالية إذا امتنع الشاهد عن المثول أمام المحاكم لأداء الشهادة ، وقد جارت اللائحة

---

(١) المواد ٧٦ - ٨٠ من قانون الإثبات المصري الجديد، والمواد ٦٨-٧٥ من قانون البينات السوري، انظر المذكرة الإيضاحية للقانون السوري ص ٥٨ فى ١٣٥، الوسيط للسنهوري جـ٢ ص ٣٢٦، نظام الإثبات، الدكتور عبد الباسط جميعي. ص ١٨٦، المستحدث في قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات الدكتور احمد أبو الوفاص ٣٢٧ وما بعدها.

(٢) نظرية الإثبات، المؤمن جـ٢ ص ٢٨ قواعد المرافعات، محمد العشماوى جـ٢ ص ٣٨٥ ط ١٣٤٦/١٩٢٧.

في ذلك القوانين الوضعية نظراً لتغير الزمان وفساد أهله، وهذا الحكم لا تأباه قواعد الشريعة الغراء، وهو من اختصاص وسلطة الحاكم المسلم بناء على السياسة الشرعية في إصدار القواعد التنظيمية التي تكفل تطبيق الأحكام الشرعية وهو ما نص عليه الاباضية.

وكان الأفضل بالنسبة للمسلمين ألا يساقوا إلى هذا الواجب الديني بالإكراه المالي أو البدني ، بل اللائق بهم أن يذهبوا إلى محل القضاء لأداء الشهادة بمجرد طلب المدعي أو خوف فوات حقه امتثالاً لأمر الله تعالى[1]، فالشهادة امانة من الأمانات التي يجب على المسلم أن يؤديها قال تعالى: ﴿إنَّ الله يأمُرُكم أنْ تُؤَدُّوا الأمانَاتِ إلى أهْلِهَا﴾[2].

وإذا أدى الشهود شهادتهم وتحققت شروطها وأركانها، فما هو الأثر الذي يترتب عليها؟

* * *

(١) رسالة في الشهادات ، حسين سعد خليف: ص ٥١.
(٢) سورة النساء، الآية ٥٨.

المبحث الثالث
في
حكم الشهادة

وهو الأثر المترتب على أداء الشهادة أمام القاضي، فإذا أقام المدعي الشهادة وتوفرت فيها الشروط وانتفت الموانع، فما هو أثرها على الحق المدعى به؟ وما هو أثرها على القاضي؟.

اتفق الفقهاء على أن الشهادة مظهرة للحق، وليست منشئة له، فإذا قام الشهود بأدائها أمام الحاكم فقد ظهر الحق وأصبح المشهود به كالثابت بالعيان، وأصبح الثابت بالشهادة كالثابت بالمعاينة، ويجب على القاضي أن يحكم بموجبها ولا يستطيع العدول عنها أو التغاضي بشأنها، لأن الشهادة حجة ملزمة له، ولأنها مظهرة للحق، والقاضي مأمور أن يحكم عند ظهور الحق[1]، قال تعالى: ﴿يا دَاوُدُ إنَّا جَعَلْنَاكَ خليفة في الأَرضِ فاحْكُمْ بينَ النَّاسِ بالحَق﴾ سورة ص، الآية ٢٦.

قال الكاساني: «فحكمها وجوب القضاء على القاضي، لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق... وذكر الآية»[2].

والدليل على كون الشهادة مظهرة للحق وملزمة للقاضي ماورد في مشروعيتها من النصوص الشرعية والإجماع على ذلك، وما سبق في بيان حكمة مشروعيتها، فورد الأمر بالإشهاد في البيع والنكاح والطلاق والرجعة والوصية والدين وغير ذلك، والقصد من الإشهاد التمهيد والإعداد لإثبات الحق عند التنازع، والقصد من الإثبات عند التنازع هو ما يترتب عليها

---

(١) تبيين الحقائق: ٤ ص٢٠٧، مجمع الأنهر: ٢ ص١٨٥، بدائع الصنائع: ٦ص٢٨٢، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشرنبلالي: ق٢٠٠ أ، الهداية وفتح القدير: ٦ص٢، العناية على الهداية: ٦ ص٣، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد: ٢ص٥٥٧، المرافعات الشرعية، السبكي: ص٨٥، النظرية العامة للإثبات، محمد راغب عطية: ص٥٥، مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٨٢٨، مرآة المجلة، آصاف: ٢ص٥٢٤، المحلى، ابن حزم: ٩ ص٤٢٣، مسألة ١٧٩٣، كشاف القناع: ٤ص٢٦١.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٨٢، وانظر: مواهب الجليل: ٦ ص ١٥/١، التاج والإكليل: ٦ ص١٥١.

من الحكم على المشهود عليه بالحق وإلزامه بالتنفيذ، وإلا فلا فائدة من تحملها، ولا ثمرة من أدائها، والشهادة حجة ظنية، ولا تفيد العلم الجازم القطعي، وإنما تفيد غلبة الظن، لان الشهادة خبر، والخبر يحتمل الصدق والكذب ويرجح احتمال الصدق فيها اشتراط العدالة في الشاهد، وأنه لا مصلحة له فيها، لأنه يخبر بحق لغيره على غيره، ولأن حاجة الناس لها في شؤون حياتهم، وضرورتها في العقود والتصرفات للحفظ والتوثيق تدعو إلى قبولها في الإثبات، بالإضافة إلى تعذر قيام الحجة الموجبة للعلم الجازم في كل خصومه مثل شهادة التواتر وهي شهادة عدد من الناس يتعذر تواطؤهم على الكذب، وهذا يؤدي إلى الحرج والمشقة والتكليف بما لا يستطاع لكثرة المنازعات، وشيوع التعامل، فكانت الشهادة حجة ملزمة للقاضي على خلاف القياس، لوجود النصوص الشرعية وقيام الإجماع على حجيتها الإلزامية، وإن اشتراط العدد في الشهادة لا يرفع عنها الظنية[1]. قال السرخسي: القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام لأنها خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة، ولأن خبر الواحد لا يوجب العلم، والقضاء ملزم فيستدعى سبباً موجباً للعلم وهو المعاينة، ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للحكام بالعمل بالشهادة، . . . . . وتتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة والتكليف بحسب الوسع[2].

والشهادة لا تعتبر حجة ملزمة للطرفين إلا إذا اتصل بها القضاء لأنها حجة ظنية، ويقوم بين الشهادة والحكم تأثير متبادل، فالشهادة ليس لها قوة على الطرفين بذاتها، ولا يثبت المشهود به للمشهود له بمجرد الأداء بل لا بد من اتصال القضاء بها بخلاف الإقرار[3]، كما أن الشهادة سبب مؤثر ينبني عليه الحكم بشكل إلزامي.

يقول الحصكفي في الدر المختار: والشهادة أقوى من القضاء لأنها ملزمة على القاضي، والقضاء ملزم على الخصم، فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة[4].

وليس للقاضي أن يتأخر أو يمتنع عن قبول الشهادة الشرعية التي توفرت شروطها وانتفت موانعها، فهو مجبر على ذلك، لأنه تحقق بنفسه من عدالة الشهود وتوفر الشروط بهم وانتفاء

---

(١) نظرية الإثبات، المؤمن: ٢ ص ٣٢٢، شرح العناية على الهداية: ٦ص٣، فتح القدير: ٦ ص٢.

(٢) المبسوط، له: ١٦ ص ١١٢.

(٣) موجبات الأحكام، قاسم بن قُطْلوبُغا (٨٧٩ هـ) ص ٤، موسوعة الفقه الإسلامي ٢ ص١٥٣.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٣٥٥.

ويقول ابن عرفة ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم أي بمقتضاها اكتسبت شرفاً (انظر: مواهب الجليل: ٦ص، ١٥١، التاج والإكليل: ٦ص ١٥٠).

الموانع عنهم، ولأن المشهود عليه لم يطعن بشهادتهم، فليس للقاضي بعدئذٍ حرية التقدير والاختيار في قبول الشهادة أو رفضها أو مجرد تأخيرها، وإلا ارتكب اثم التأخير واستحق العزل والتعزير.[1]

ويجوز للقاضي تأخير الحكم استثناء في ثلاث حالات وهي: حالة رجاء الصلح بين الأهل والأقارب، وحالة إذا استمهل المدعي القاضي، وفي حالة الريبة عند القاضي حتى يتثبت[2].

أثر الشهادة في القانون:

إذا قامت الشهادة امام المحاكم في المجال الذي يجوز فيه الإثبات بها، وفي الحالة التي يقرر فيها الحاكم استساغة ذلك، فهي ذات قوة محدودة تخضع لتقدير القاضي وقناعته وليست دليلاً ملزماً، وللقاضي مطلق الحرية في تكوين قناعته بالشهادة، ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض، كما له مطلق الحرية في قبول الشهادة بعد أدائها واستيفاء شروطها، أو رفضها وعدم الاعتماد عليها، مهما كانت صفة الشهادة، ودون اعتبار للسن او الجنس او العدد او العدالة أو الضبط، كما أن للقاضي حرية التصرف في قبول بعض الشهادات دون بعض، وفي ترجيح شهادة على أخرى دون الالتزام بمعيار معين أو قاعدة خاصة[3].

يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: ويتبين مما تقدم أن البينة حجة ليست مقيدة فحسب بل هي أيضاً غير ملزمة وغير قاطعة[4]، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري«وتختلف حجية البينة اختلافاً جوهرياً عن حجية الكتابة... تترك البينة لتقدير القاضي ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أياً كان عدد الشهود وأياً كانت صفاتهم دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض»[4].

فالشهادة في القانون حجة في مهب الرياح أو كالكرة يلعب بها القاضي كما يشاء، وقبول

---

(١) المحلى: ابن حزم: ٩ ص ٤٢٣، الد ر المختار ٥ ص٤٦٣، مباحث المرافعات، أبياني: ص٩٧، الأصول القضائية، الشيخ علي قراعة: ص١٦٠، جامع الفصولين: ١ص١٣ طبولاق ١٣٠١، قرة عيون الأخيار: ٧ ص ٤٣٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٣، اعلام الموقعين، ابن القيم جـ١ ص١٣٠ مط النيل عند شرح رسالة سيدنا عمر الى أبي موسى الأشعري، المادة ١٨٢٨ من المجلة العدلية.

(٣) نظرية الإثبات، المؤمن: جـ٢ ص٢٦، ٣٢٣، الإثبات في المواد المدنية، الصدة ص٢٣٢، موجز أصول الإثبات، مرقص ص١٦٦، المادة ٦٢ من قانون البينات السوري.

(٤) الوسيط، له جـ٢ ص٣٢٤.

(٥) التقنين المدني المصري، جمال الدين العطيفي: جـ ٢ ص ٤٢٠.

الشهادة وتصديقها يرجع إلى وجدان القاضي ولا يلزم بأسباب تبرر قناعته وتقديره.

مناقشة ومقارنة:

إن استعراض أثر الشهادة في الشريعة والقانون يظهر البون الشاسع، والخلاف الشديد بينهما، فهما على طرفي نقيض في تقدير قيمة الشهادة، واعتمادها في الحكم والقضاء، وهنا يطيب لي ابداء بعض الملاحظات على منهج القانون:

١ ـ فقدان القواعد والضوابط: ذلك أن القانون في نظرته للشهادة لم يضع لها قيداً ولم يحدد فيها شروطاً، وأطلق عنانها، بل لم يكلف نفسه أن يميز بين أفرادها وأنواعها، وفي الجانب المقابل وضع السلطات المطلقة في يد القاضي يقبل ما يشاء من الشهادات ويرد ما يشاء، وأطلق له الحرية في اقتناعه بما شاء منها، ورفضه ما شاء، دون أن يرسم له طريقاً في ذلك أو يضع أمامه معياراً للقبول والرفض، أو يقيم له أساساً لا يحيد عنه، وهذا يشكل إهمالاً كبيراً، وتهاوناً خطيراً، وإمعاناً في الوهم والخيال، وتفريطاً في تقدير الأمور حق قدرها.

٢ـ الازدواجية في القانون: إن القانون قد حط من قيمة الشهادة لاحتمال الزور والخطأ والنسيان وعدم الدقة التي تنشأ من فساد الذمم والأخلاق وتعقيد ضروب التعامل، وعدم الثقة بالأشخاص، وفقدان الضامن الأكيد في ذلك، وفي الوقت نفسه وضع الثقة الكاملة بالقضاة، ومنحهم الحرية المطلقة في التقدير، وأفسح لهم المجال الواسع في القناعة، فما هو الضامن بالنسبة للقضاة؟ سواء في الأخلاق والذمم أو في الترفع عن الظلم والجور أو الابتعاد عن الرشوة، أو الرادع عن التحيز والميل؟.

فكان الواجب على المشرع الوضعي أن ينظر إلى الأمور نظرة واحدة، وأن يسير على منوال واحد، وأن يكيل بنفس الكيل، فلا يخفض فرداً في المجتمع إلى الحضيض، ويرفع آخر إلى القمة. ولا ندعي وجوب المساواة في النظرة إلى الناس جميعاً، فهذا مخالف للطبيعة البشرية، ومناف للتفاوت الخلقي والتكوين العقلي فيما بينهم، وقد قال الله تعالى: ﴿وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَاتٍ لِيَبْلُوَكُمْ في ما آتَاكُمْ﴾[1] وقال رسول الله ﷺ «أنزلوا الناس منازلهم»[2]، ولكن الذي نريده هو أن يضع المشرع ضوابط سليمة، وقواعدَ محكمة، ومبادىء صالحة لهذا التمييز والتقدير، وهذا ما قامت به الشريعة المطهرة عند وضع الشروط الواجبة

---

(١) سورة الانعام، الآية ١٦٥.

(٢) رواه مسلم وأبو داود عن عائشة رضي الله عنها، انظر الفتح الكبير: جـ ١ ص ٢٨٠، سنن أبي داود: ٢ ص ٥٦٠ ط الحلبي.

لقبول الشهادة.

٣ ـ وهنا نصل إلى الملاحظة الثالثة وهي أن معظم شراح القانون الوضعي تعرضوا للشهادة الشرعية وقالوا، إما بحسن نية أو خبث طوية: إن أثرها ملزم للقاضي ولو لم يقتنع بها، بل ولو كانت مخالفة للواقع وحقيقة الأمر(١).

وهذا القول إن دل على شيء فإنما يدل على الجهل بالأحكام الشرعية أو التحامل على الشريعة الإسلامية، وإن نظرة سريعة إلى كتب الفقه في الشهادة وشروطها توضح أن الأمر على عكس ذلك تماماً، وأن الفقهاء قد وضعوا شروطاً كثيرة لقبول الشهادة لتمييز الخبيث من الطيب، فإذا انتفت هذه الشروط فلا تقبل الشهادة أصلاً، وأهمها اشتراط العدالة والمروءة وانتفاء التهم والريبة والعداوة واشتراط العلم الكامل بالمشهود به والمشهود له والمشهود عليه، وعدم الغفلة والنسيان فيها حتى وصل بهم الأمر إلى الاسراف في هذا المجال، ويكفي الرجوع إلى الصفات الواجب توفرها في عدالة الشاهد حتى نعرف الدقة الفقهية والاحتياط الشديد، والنظرة العميقة والحكم السليم في الشهادة، والقاضي هو المسؤول عن توفر هذه الشروط وهو الملزم بتطبيقها وإلا اعتبر مقصراً وارتكب إثماً يستحق العزل والتعزير والمحاسبة عليه.

فإذا اقتنع بها فلا مبرر ولا عذر لرفضها، وإذا لم تتوفر هذه الشروط فلا مسوغ للقاضي أن يعتمد عليها ويصدر الحكم جزافاً فيها.

٤ ـ ويجب التفرقة بين الشهادة الشرعية بصفاتها وشروطها التي يلتزم بها الفقيه المسلم وبين واقع القضاء المنسوب إلى الشريعة في تطبيق نذر بسيط من الأحكام الشرعية التي يحيطها خضم واسع من القوانين الوضعية، وهذا الواقع يحمل القانون الوضعي مسؤوليته، وليس على الشريعة الإسلامية غبار في ذلك، لأن الشريعة كل لا يتجزأ، وبناء متكامل يجب أن يطبق كلياً وإلا شُوّه شكله وفسد تطبيقه، وان الشريعة ليست مسؤولة عن مجتمع يحكمه القانون الفرنسي وتسوده عقيدة التقليد الأعمى للغرب وللشرق.

٥ ـ والملاحظة الأخيرة: أننا لا نرى مانعاً من اعطاء المحكمة سلطة في تقدير الشهادة، ومدى الاقتناع فيها، ولكن بشرط أن يحدد المشرع قواعد وأسساً ومبادىء تلتزم بها المحكمة بحيث إذا توفرت أصبح الحكم بالشهادة واجباً وملزماً، وألا يتركه لأهواء القضاة، وهذا لا يخالف الأحكام الشرعية والقواعد الفقهية، وانما يعتمد على نظرية الشهود التي وضعها الفقهاء في اشتراط قبول الشهادة، ومراعاة تغير الزمان.

---

(١) نظرية الإثبات، حسين المؤمن: جـ٢ ص٣٢٣، ٣٢٥، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري ص ٥١ ف ١١٨.

المبحث الرابع
في
نصاب الشهادة (١)

اتفق الفقهاء على قبول شهادة الشاهد العدل ، لأن إخباره يفيد ترجيح جانب الصدق على الكذب عند توفر العدالة وغيرها من الشروط ، ثم اختلفوا في تحقيق الكيفية التي أمر الشارع بها بقبول الشهادة واعتبارها أساساً للحكم ، فهل يكتفى بشهادة الشاهد الواحد أم لا بد من عدد معين من الشهود يسمى نصاب الشهادة ؟ على قولين :

القول الأول : عدم اشتراط النصاب ، والاكتفاء بالشاهد الواحد في القضاء .

ذهب الى ذلك ابن تيميه وابن القيم ، وهو مروى عن القاضي شريح وزرارة بن أبي أوفى ومعاوية (٢) .

القول الثاني : اشتراط النصاب في الشهادة ، ومنع القضاء بالشاهد الواحد إلا استثناء في بعض الصور التي هي من قبيل الأخبار والرواية أو للضرورة .

ذهب إلى هذا القول الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء والزيدية والإمامية والاباضية والظاهرية (٣) .

---

(١) النصاب لغة : قال الأزهري وابن فارس نصاب كل شي ء أصله والجمع نُصُب وأنصِبة ، ونصاب الشي ء ما يُنصب عليه ويتوقف وجوده عليه ، ونصاب الشهادة هو القدر المعتبر لوجوبها ، أو ما يتوقف عليه وجودها الشرعي .
انظر : المصباح المنير : ٢ ص ٨٣٤ ، طرق الاثبات الشرعية ، احمد ابراهيم : ص ١٦٧ .

(٢) الطرط الحكمية : ص ٦٧ ، ٧٥ ، ٨٥ ، ٢٠٢ ، أعلام الموقعين : ١ ص ١٠١ ، المحلى ٩ ص ٤٠٢ .
وهو ما يجرى عليه العمل في القانون بعدم اشتراط النصاب . وكان يمكن لمن يريد مجاراة القوانين الفرنسية أن يأخذ برأي ابن تيمية وابن القيم مع الحفاظ على طهارة المصدر والمنبت والأصل في نطاق الشريعة الغراء ، قارن وانظر تعليق أحمد مهدي الخضر على فهرس ابن عابدين : ص ٤٧ هامش ١ .

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٨٨ ، معين الحكام : ص ٩٣ ، ٩٤ ، المبسوط : ١٦ ص ١١٢ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٧ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٢١٢ ، الاستفادة من كتاب الشهادة ، الشُرُنْبُلالِي : ق ٢٠٢ ب ، شرح الخرشي : ٧ ص ١٧٥ ، الأبواب والفصول : ق ١٥٨ ب ، حاشية حجازي على المجموع : ٢ ص ٣٢٦ ، القول المرتضى : ق ١٦١ أ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٨٥ - ٢٩٣ ، شرح المنهاج للمحلى : ٤ ص ٣٢٤ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٤٥ ، الوجيز ، للغزالي : ٢ ص ١٥٢ ، الحاوي ، للماوردي : ١٣٠ ق ٤١ ب ، المغنى : ٩ ص ٢٧٠ ، =

الأدلـــة :

أدلة القول الأول : استدل القائلون بعدم اشتراط النصاب في الشهادة والاكتفاء بالشاهد الواحد بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿ يا أيُها الذين آمَنُوا إنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بنَبَإٍ فتَبَيَّنُوا أنْ تُصِيبُوا قَوْماً بجَهَالةٍ فتُصبِحُوا على ما فَعَلْتُم نَادِمين ﴾ سورة الحجرات الآية ٦ .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى أمر بالتبين والتثبت ، ولم يطلب الرد والرفض ، فدل على أن شهادة الشاهد الواحد إذا تبين صدقه ، وتثبت القاضي من قوله وجب عليه أن يحكم بها [١] . ويعترض عليه بأن الآية الكريمة في الرواية والخبر والشهادة والرسالة ، وكل من ينقل نبأ ، وقد قيدت في مجال الشهادة بالعدد في الآيات والأحاديث الأخرى [٢] .

وعلى فرض أنها في الشهادة فليس في الآية دلالة على الاقتصار على مجرد شهادة الشاهد الواحد ، وإنما تدل على وجوب التبين فإن ظهر صدقها واقترن معها شاهد آخر حكم القاضي بموجبها .

ثانياً ـ السنة :

١ ـ أخرج أبو داود والنسائي وأحمد والبيهقي :

أن رسول الله ﷺ قال : « من شَهِد له خُزيمة فهو حسبه [٣] »

=كشاف القناع : ج ٤ ص ٢٦٩ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٢٩٨ ، الطرق الحكمية : ص ٨٥ ، ١٢٧ ، ١٣١ ، المحلى : ٩ ص ٣٨٦ ، ٤٠٢ ، شرح النيل : ٦ ص ٦٥٢ ، ص ٦٥٣ مكرر ، البحر الزخار : ٤ ص ١٠٨ ، الروضة البهية : ١ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(١) الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي : ١٦ ص ٣١٣ ، الطرق الحكمية : ص ٢٤ .

(٢) أحكام القرآن للشافعي : ٢ ص ١١٩ ، الحاوي : ١٣ ق ١ ب ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٠٥ ، المحلى : ٩ ص ٤٢٩ .

(٣) ترجم أبو داود لحديث الباب بقوله « باب اذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به » (انظر : سنن ابي داود : ٣ ص ٣١٨ رقم ٣٦٠٧ ط ٢ تحقيق محي الدين عبد الحميد ، ج ٢ ص ٢٦٧ ط الحلبي ، السنن =

وجه الدلالة :

أن الرسول الكريم جعل شهادة خزيمة وحده شهادة كاملة وبينة تامة لا تحتاج الى شيء آخر ، واكتفى بها في النزاع وحكم بموجبها ، فشهادة الواحد جائزة ومشروعة ، وإلا لما قبلت .

واعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث حجة عليهم وليس لهم ، فإن الحديث ميزة وخصوصية لخزيمة لا يشاركه فيها أحد من الصحابة مع وجود من هو أكثر منه ضبطاً وورعاً وتقوى وصلاحاً كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وبقية العشرة رضوان الله عليهم ، وذلك لأنه فطن إلى ما لم يفطن به غيره من الصحابة ، ولو كانت الشهادة تتحقق بواحد لما كان لخزيمة ميزة على غيره من الصحابة [1] .

والدليل على كونها خصوصية ما جاء في رواية أبي داود والبيهقي والنسائي والحاكم في آخر الحديث : « فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بشهادة رجلين [2] » وفي رواية أحمد : فكان خزيمة يدعى « ذا الشهادتين » فيفهم من هذا أن الأصل في الشهادة رجلان ، وأن لخزيمة خصوصية بجعل شهادته شهادة رجلين ، وأن الرسول ﷺ اعتبرها بينة كاملة باعتبارها بشهادة اثنين ، وهذه الزيادة من ثقة ، وزيادة الثقة مقبولة عند علماء الحديث .

٢ ـ أخرج أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء أعرابي الى النبي ﷺ فقال : إني رأيتُ الهلال ، فقال : أتشهد أن لا اله الا الله ؟ قال : نعم ، قال : أتشهد أن محمداً رسول الله ؟ قال نعم ، قال : يا بلال أَذِّن في الناسِ فَلْيَصُمُوا غداً » [3] .

وروى أبو داود والحاكم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : تراءى الناس الهلال فأخبرت

= الكبرى ، البيهقي : ١٠ ص ١٤٦ ، الجوهر النقي ، علاء الدين بن علي بن عثمان المارديني المشهور بابن التركمان الحنفي(٧٤٥هـ) : ١٠ ص ١٤٧ على هامش السنن الكبرى ، مسند أحمد ٥ ص ٢١٦ ط الأولى ، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي ج ٣ ص ١٩٨ ، سنن النسائي : ٧ ص ٢٦٦ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٨٠ ، وانظر الطرق الحكمية : ٧٧ ، تفسير ابن كثير : ١ ص ٣٣٦) .

(١) وقد ذكر علماء الأصول أن شهادة خزيمة خصوصية فلا يصح القياس عليها ، انظر مباحث التعليل ، حمد الكبيسي : ص ١٧ والمراجع التي أشار اليها ، حاشية العطار على جمع الجوامع : ٢ ص ٢٦٠ ، المبسوط ، السرخسي : ١٦ ص ١١٤ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٥ أ .

(٢) سنن أبي داود : ٢ ص ٢٧٦ ط الحلبي ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٤٦ ، سنن النسائي : ٧ ص ٢٦٦ ، المستدرك : ٢ ص ١٨ .

(٣) سنن أبي داود ٢/٤٠٦ ، ط ٢ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد جـ ١ ص ٥٤٧ ط الحلبي ، سنن =

رسول الله ﷺ أني رأيته فصامه وأمر الناس بصيامه ، تفرد به مروان بن محمد عن ابن وهب وهو ثقة ، قاله الدار قطني [1] .

وجه الدلالة :

أن الرسول الكريم سمع شهادة الأعرابي بمفرده ، وقبل شهادته ، وأمر الناس بالصيام ، فالشاهد الواحد كاف في رؤ ية الهلال ويقاس عليها غيره من الحقوق والأحكام ، وكذلك دلالة حديث ابن عمر ، ولو لم تكن شهادة الرجل الواحد مقبولة لما أمر بلالاً أن يؤذن ليصوموا ، ولما أمر الناس أن يصوموا في حديث ابن عمر .

واعترض على الاستدلال بالحديثين بأن الشهادة على هلال رمضان هي خبر وليست شهادة ، وإن أطلق عليها لفظ الشهادة لغة ، والخبر أعم من الشهادة ، فالشهادة إخبار الشخص بحق لغيره على غيره ، فهي لا تنطبق على الاخبار برؤ ية هلال رمضان ، فهي ليست حقاً بل للثبوت ، وإذا كانت حقاً وحكماً فليست لشخص معين أو لجهة معينة ، وإذا كانت لجهة المسلمين فليست على شخص آخر أو جهة أخرى .

والدليل على أنها ليست شهادة أنه يترتب عليها عبادة من العبادات وأمر ديني ، مَثَلُها مَثَلُ المؤذن الذي يُخبر عن دخول وقت الصلاة ، ويقبل بمفرده باتفاق ، فهما أشبه بالرواية والخبر منهما إلى الشهادة [2] ، ولو كان الاخبار عن هلال رمضان شهادة وتثبت بالواحد لوجب قياس تتمة الشهور عليه ، ولكن أكثر الفقهاء على اشتراط الاثنين في هلال شوال وذي القعدة وذي الحجة وغيرها [3] .

= النسائي ٤/١٠٦، جامع الترمذي ٣/٣٧٢.

(١) سنن أبي داود : ٢ ص ٤٠٦ ط ثانية تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، المستدرك : ١ ص ٤٢٣ .

(٢) قال المازري من المالكية في الفرق بين الرواية والشهادة : إن المخبر عنه إن كان عاماً لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله ﷺ « إنما الأعمال بالنيات » والشفعة فيما لا يقسم ، فان ذلك عام في الأشخاص والأعصار والأمصار ، ولو عم في بعض ذلك فقط لكفى في تسميته رواية ، بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دين فإنه الزام لمعين لا يتعداه إلا بطريق النيابة ، فهذا هو الشهادة ، (انظر : شرح النيل : ٦ ص ٦٥٢ مكرر) .

(٣) القواعد ، ابن رجب : ٢٩٨ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٩٠ ـ ٢٩١ ، حاشية قليوبي على شرح المنهاج : ٤ ص ٣٢٤ .

قال الماوردي : والفرق بين الشهادة والحديث أن الشهادة يفترق فيها حال الشاهد والمشهود عليه فتغلظت بالحفظ كما تغلظت بالعدد ، والحديث يشترك فيه المحدث والمستمع فتخففت ، (أدب القاضي ، له ، تحقيق سرحان : ج ١ ص ٢٢٦) .

٣ ـ أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي عن أبي قَتادة قال : خرجنا مع رسول الله ﷺ عام حُنين . . . ثم قال وجلس رسول الله ﷺ فقال : «مَن قَتَلَ قتيلاً له عليه بينة فله سَلَبُه ، قال : فقمت ، فقلت : من يشهد لي ؟ ثلاثاً ، فقال رسول الله ﷺ : ما لك يا أبا قتادة ، فقصصت عليه القصة ، فقال رجل من القوم : صدق يا رسول الله ، سلبُ ذلك القتيل عندي ، فارضِه عن حقه . . . فقال رسول الله ﷺ : أعطه إياه » (١) .

وجه الدلالة

أن الرسول ﷺ قبل شهادة رجل واحد ، وأمر باعطاء السلب لأبي قتادة ، ولم يحلفه معه ، فحكم بشهادة الشاهد الواحد ، وسماه بينة ، فكانت شهادته حجة وبينة كاملة (٢) .

واعترض على هذا الاستدلال بأن قول الرجل : « سلب ذلك القتيل عندي » ليس شهادة ، وإنما هو اقرار بوجود السلب عنده ، وقد حكم الرسول الكريم بناء على اقرار المقر بوجود السلب عنده ، فأمر عليه الصلاة والسلام برده ، والمقر يعامل باقراره ، فلا دلالة فيه على شهادة الشاهد الواحد .

وأجيب بأنه اقرار على السلب وشهادة على القتل .

ودفع الجواب بعدم دلالة الحديث على أداء الشهادة على القتل ، ولم يترتب عليه أثر سواء عند الشافعية القائلين بوجوب البينة على القتل لاستحقاق السلب ، أم بالنسبة للمالكية والأوزاعي القائلين باعطائه السلب بقوله بدون بينة ، ودلالة الحديث فقط على الاقرار بوضع اليد على السلب بدون حق ، والحكم بموجب الاقرار برد السلب إلى أبي قتادة (٣) .

٤ ـ أخرج البخاري وأبو داود والنسائي والترمذي ، واللفظ للبخاري : عن عُقْبَةَ بن الحارث قال تزوجت امرأة فجاءت امرأة فقالت : إني أرضعتُكما فأتيتُ النبي ﷺ فقال : وكيف وقد قيل ، دعها عنك أو نحوه ، ولفظ أبي داود عن عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب ، فدخلت علينا امرأة سوداء ، فزعمت أنها أرضعتنا جميعاً ، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني فقلت يا رسول الله إنها كاذبة ، قال « وما يدريك وقد قالت، ما

---

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي : ٢ ص ١٢٩ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ ص ٥٧ ، الفتح الكبير : ٣ ص ٢٢٣ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٦٤ ط الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٥ ص ١٧٨ ، ورواه النسائي في السير ، وابن ماجه في الجهاد ، انظر ذخائر المواريث : ٣ ص ٢١٢ .

(٢) الطرق الحكمية : ص ٧٨ .

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم : ١٢ ص ٥٩ .

قالت ؟ دعها عنك ، وفي لفظ النسائي والترمذي : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك [1] .

وجه الدلالة :

قوله ﷺ « دعها عنك » أمر بالترك وهو يفيد التحريم ، وهذا التحريم اعتمد على إخبار المرضعة ، فشهادة المرأة الواحدة تكفي في الشهادة والقضاء .

واعترض عليه بأن شهادة المرضعة لا تكفي وحدها في القضاء ، والحديث يفيد جواز شهادة المرضعة على فعل نفسها ، خلافاً للأصل بعدم قبول شهادة الشاهد على فعل نفسه خوفاً من التهمة كالقاسم والقاضي بعد العزل وأمين القاضي ، قال السرخسي : « ولا شهادة للانسان فيما يخبر به من فعل نفسه » [2] ، وتكون فائدة الحديث للدلالة على جواز شهادة المرضعة على فعلها ، لأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً ، وليس في الحديث تحديد لنصاب الشهادة أو عدد الشهود ، فيبقى العدد والنصاب الشرعي هو المقرر والمطلوب [3] .

والدلالة على عدم الحكم بمجرد شهادة المرضعة أن الرسول ﷺ لم يحكم بشهادتها ، ولم يصدر حكماً جازماً باخبارها ، وإنما أعرض عنه لعدم توفر النصاب الكامل في الشهادة ، وأمره ﷺ للكراهية بدليل قوله ﷺ : كيف وقد قيل ؟ كيف وقد زعمت ؟ .

المعقول :

استدل الإمامان ابن تيمية وابن القيم وغيرهما على الاكتفاء بشاهد واحد ، بأن اطلاق لفظ البينة الواجبة للحكم يصح على الشاهد الواحد ، لأن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، ومقصود الشارع إنما هو ظهور الحق على أمر معين بما يمكن ظهوره به من البينات

---

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي : ٢ ص ٦٦ ، ٦٩ ، ج ٣ ص ١٥٩ ، سنن أبي داود ٢ ص ٢٧٥ ط الحلبي ، سنن النسائي : ٦ ص ٩٠ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ ص ٣١١ ، انظر ذخائر الماوريث : ٣ ص ٣ ، التاج الجامع للأصول : ٢ ص ٢٩١ ـ وأخرجه الدار قطني من طريق محمد بن يحيى عن أبي عاصم ، انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري : ٦ ص ١٩٦ ط الحلبي ، المحلى لابن حزم : ج ٩ ص ٤٠٣ ، وقال ابن قدامه متفق عليه ، المغنى : ١٠ ص ١٣٧ ط القاهرة ، وعلق الشيخ محمود فايد بقوله ولم يروه مسلم ، قال ابن حجر في الدراية : ٤ ص ٦ : « وهم من ذكر هذا الحديث في المتفق » .

(٢) المبسوط ، له : ١٦ ص ١٠٨ ، وانظر حاشية الشُرُنْبُلالي على شرح الدرر : ٢ ص ٣٨٣ .

(٣) فتح الباري : ٦ ص ١٩٦ ط الحلبي ، المهذب : ٢ ص ٣٣٥ ، المبسوط ، السرخسي : ١٦ ص ١٠٤ ، مختصر المزنى : ٥ ص ٦٤ .

التي هي أدلة عليه وشواهد له[1] ، ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين ، والشاهد الواحد إذا ظهر صدقه حكم بشهادته وحده ، لأن شهادة العدل يترجح فيها جانب الصدق على جانب الكذب ، ومتى ظهر الحق وترجح جانبه وجب الحكم به ، قال ابن تيمية : « فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق فثمة شرع الله » [2] .

ويعترض على الاستدلال بالمعقول أنه معارض للنصوص الصحيحة القاطعة في الكتاب والسنة بطلب اثنين في الشهادة سواء أكان في الاشهاد والتوثيق أم في الاثبات والأداء أمام القاضي ، وان شهادة الشاهد تفيد الظن وتحتمل الصدق والكذب ، ولا يمكن الجزم بأن شهادته صادقة وأن الحق ظهر بها ، لاحتمال التهمة فيها ، واغراء المشهود له ، وضعف الشاهد ، وفسقه الخفي ، ودوافعه البعيدة ، واشتراط العدد لابعاد هذه الاحتمالات .

أدلة القول الثاني :

استدل الجمهور القائلون باشتراط النصاب في الشهادة وعدم القضاء بشهادة الشاهد الواحد إلا استثناء بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿ واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَينِ مِنْ رِجالِكُمْ فإنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَينِ فَرَجُلٌ وامْرأتَانِ ﴾ سورة البقرة ٢٨٢ ، وقوله تعالى : ﴿ وأشْهِدُوا ذَوي عَدْلٍ مِنْكُمْ وأَقِيمُوا الشَّهادَةَ للهِ ﴾ سورة الطلاق ٢ ، وقوله تعالى : ﴿ شَهَادةُ بَيْنِكُمْ إذَا حَضَرَ أحدكم المَوْتُ حينَ الوصيةِ اثْنانِ ذَوا

(١) فهرس ابن عابدين ، أحمد مهدي الخضر : ص ٤٧ هامش .
(٢) الطرق الحكمية : ابن القيم : ص ١٤ .
(٣) الطرق الحكمية : ص ٧٥ .
(٤) الطرق الحكمية : ص ١٤ .

عَدْلٍ مِنْكُمْ أو آخرانِ من غيركم إنْ انتمْ ضَربتُم في الأرْضِ﴾ سورة المائدة ١٠٦ .

وجه الدلالة :

ان الآيات الكريمة ذكرت عدد الشهود بصيغة المثنى ، والعدد واضح الدلالة على مدلوله ، فالواجب شهادة اثنين أو رجل وامرأتين ، فلا يجوز الحكم بشاهد واحد إلا مع يمين المدعي لما روى عن رسول الله ﷺ أنه قضى بشاهد ويمين .

واعترض على الاستدلال من ثلاثة وجوه :

١ ـ اعترض ابن القيم على هذا الاستدلال بأن الله تعالى لا يوجب على الحكام أن لا يحكموا إلا بشاهدين أصلاً ، وانما أمر صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو بشاهد وامرأتين ، وهذا لا يدل على أن الحاكم لا يحكم بأقل من ذلك ، فإن العدد في الآيات الكريمة هو للتوثيق والاشهاد وليس لأداء الشهادة الملزمة أمام القضاء ، والتوثيق شي ء والاثبات أمام القاضي شي ء آخر [١] .

والجواب : أننا لا نسلم أن اشتراط العدد في الاشهاد لا يلزم منه اشتراط العدد في الاثبات ، بل هو لازم له ، لأن الإشهاد على البيوع والديون والنكاح والوصية وغيرها هو تمهيد للاثبات أمام القضاء عند التنازع ، وإلا لم يكن للعدد في الاشهاد فائدة ، فإذا كان القضاء يكتفي بشهادة الشاهد الواحد ولا يشترط النصاب عند الأداء فُقدت فائدة العدد الذي ورد صريحاً في الآيات الكريمة فقال تعالى : ﴿ واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَينِ منْ رِجَالِكُم ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ واللاتي يَأْتِينَ الفاحِشَةَ منْ نِسَائِكُمْ فاستَشْهِدُوا عليهنَ أربَعَةً مِنْكُمْ ﴾ .

وهما نصان في التوثيق والشهادة .

ومعلوم أن كلاً من الاشهاد وأداء الشهادة طريق من طرق القضاء ، فالقول بالاكتفاء بشاهد واحد مخالف لصريح النصوص في الكتاب والسنة ، والله تعالى شرع التوثيق عامة والاشهاد خاصة حرصاً على عدم ضياع الحقوق أو جحودها أو هلاكها .

على أن شهادة العدل الواحد مهما بلغت عدالته لا تصل إلى درجة العلم التي يلتزم القاضي الحكم بموجبه ، ضرورة أنها خبر ، والخبر يحتمل الصدق والكذب ، ويترجح جانب صدق الواحد بضميمة آخر إليه ، وذلك مما لا شك فيه ملزم للقاضي بأن يحكم بمقتضاه .

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٦٧ ، ٧١ .

٢ ـ وقد يعترض على ذلك بأن الحكمة والغاية من اشتراط العدد في التوثيق دون الشهادةأن العدد فيه للاحتياط لاحتمال أن يغيب أحد الشاهدَين أو يموت أو ينسى أو غير ذلك ، فيبقى الشاهد الآخر ، فالعدد للكمال والتثبت .

والجواب على ذلك : أن السنة الشريفة حددت النصاب في طلب الشهادة أمام القضاء ، فكانت مفسرة للقرآن ، كما ورد في القرآن الكريم طلب النصاب في الإثبات قال تعالى : ﴿ واللاتي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴾ سورة النساء ١٥ .

والدليل على أن الاشهاد والشهادة لغاية واحدة أن الله تعالى استعمل نفس العبارة في الموضعين ، فقال تعالى في آية المداينة على سبيل التوثيق والاشهاد : ﴿ واستَشْهدوا شهيدَين من رجالِكُم ﴾ وقال تعالى في طلب الشهادة وإقامتها أمام القضاء : ﴿ واللاتي يَأتِينَ الفاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُم ﴾ فهل يفهم من الآية الثانية التحمل والتوثيق ، كما قال ابن القيم رحمه الله ؟ أم الأداء والاخبار ؟ والعبارة في الآيتين واحدة ولذلك فان طرق الاشهاد والتوثيق هي بعض طرق القضاء .

٣ ـ وقد يعترض على الاستدلال بأن النص على الشي ء لا ينفي الحكم عن غيره .

والجواب عليه أن ذكر العدد في الشهادات وارد نصاً وقيداً في الآيات الكريمة ، وهي في مجال التقدير الشرعي الذي لا يحتمل النقص ، فإذا قبلنا شهادة الشاهد الواحد كان النص على الاثنين عبثاً ولا فائدة فيه ، وهو محال ، لأنه لا عبث في الشريعة [١] .

وأما السنة :

فقد ورد بها أحاديث كثيرة نذكر واحداً منها:

أخرج البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال : « كانت بيني وبين رجل خُصومةٌ في بئر فاختصمنا الى رسول الله ﷺ . فقال رسول الله ﷺ : « شاهداك أو يمينه ، قلت : إنه إذاً يَحلف ولا يُبالي ، فقال رسول الله ﷺ : « من حَلف على يَمين يستحقُ

---

(١) قال السرخسي : المقادير في الشرع إما لمنع النقصان دون الزيادة ، كأقل مدة الحيض والسفر ، أو لمنع الزيادة دون النقصان كأكثر مدة الحيض ، وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة ، وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خالياً عن الفائد ، (المبسوط: ١٦ ص ١١٢). ﴾ وفي عبارة السرخسي نقص في أولها، وهي إما لمنع الزيادة والنقصان مثل مقدار الجلد في الزنا والقذف.

بها مالاً وهو فيها فاجر ، لَقِيَ اللهَ وهو عليه غضبان ، فأنزل الله تصديق ذلك ﴿ إنَّ الذِينَ يَشْتَرُونَ بعَهْدِ اللهِ وأيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً ﴾ إلى قوله ﴿ ولهم عذاب أليم ﴾ [1] .

وجه الدلالة :

أن الاشعث تخاصم في بئر مع الحضرمي ورفع الأمر للرسول ﷺ ليحكم بينهما ، ويفصل في النزاع ، فطلب منه شاهدين على حقه ، وقال له « شاهداك » وهذا نص واضح الدلالة على مدلوله لأنه عدد ، ولو كانت شهادة واحد تكفي في قطع النزاع لما أمره الرسول ﷺ باحضار شاهدين يشهدان له على حقه في البئر ، وهذه الحادثة في القضاء ومعرض الحكم ، وليست في التوثيق والاشهاد حتى تحمل على الكمال والتثبت ، ولو كان الشاهد الواحد كافياً لكان واجباً بيانه .

المعقول :

ويقتضي القياس الاكتفاء بشهادة الشاهد الواحد العدل، لأن شهادته يتحقق فيها رجحان الصدق على الكذب من جهة ، ولان خبر الواحد العدل موجب للعمل ولأن اشتراط الاثنين لا يرفع صفة الشهادة من العلم الظني إلى العلم القطعي من جهة أخرى ما لم يبلغوا حد التواتر ، وإنما ترك القياس لورود الشرع الحكيم في اشتراط العدد في الشهادة لأمور يعلمها الشارع ويتعبدنا بها ، ولحكم نلتمس بعضها ، فالعدد يزيد طمأنينة القلب في ترجيح الصدق في الشهادة ويؤكد منع التزوير والكيد واحتمال العداوة الباطنة أو الميل والمحبة الخفية التي قد توجد بين الشاهد والمشهود له أو المشهود عليه ، بالإضافة الى طبيعة الحكم والقضاء فإنه الزام يعتمد على الشهادة ، فاشتراط العدد فيها مراعاة لما يترتب على الشهادة من الإلزام ، وإبعاد الشبهة عنها كمنفعة الشاهدين في قبول الشهادة واعتبارها في الحكم ، وإن كان العدد لا يزيل الشبهة بالكلية ، ومع ذلك فقد اقتصر العدد على اثنين في المعاملات المالية والأحوال الشخصية رحمة بالناس وتخفيفاً على الأمة ، ولمنع الحرج والمشقة في التكليف [1] .

وتختلف الشهادة عن الأخبار ورواية الأحكام أن الشهادة فيها الزام ، وخبر الواحد لا

---

(١) رواه الأئمة الستة ، وأحمد ، مسند أحمد : ٥ ص ٢١١ ط ١ وقد سبق تخريجه في مشروعة الشهادة.

(١) المبسوط : ١٦ ص ١١٢ وما بعدها ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٧٧ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٢١٢ ، الاستفادة من كتاب الشهادة ، الشُرُنْبُلالي : ق ٢٠٢ ب ، شرح الخرشي : ٧ ص ١٧٥ ، الأبواب والفصول : ق ١٥٨ ب ، نيل الأوطار ، للشوكاني : ٨ ص ٢٩٢ ، حاشية حجازي على المجموع : ٢ ص ٣٢٦ ، شرح النيل ، أطفيش : ٦ ص ٦٥٣ مكرر .

يكفي لذلك ، أما الأخبار والرواية في الأحكام ، فان السامع يلتزم بها باعتقاده ، والمخبر يلزم نفسه ثم يتعدى إلى غيره فلم يكن ذلك إلزاماً محضاً ، فلهذا لا يشترط فيها العدد »[1] .

الرأي المختار :

يبدو للناظر ترجيح قول الجمهور في اشتراط العدد في الشهادة الموجبة للحكم ، وأنه لا يجوز القضاء بشهادة الشاهد الواحد لقوة أدلة الجمهور وظهورها ، فإن دلالتها واضحة وصريحة في طلب العدد أمام القضاء للحكم بالشهادة ، وهذا ما يتفق مع أهداف الشريعة في التأكد والتثبت والاحتياط في الأحكام ومنع الحرج والمشقة ، كما يتفق مع أحكام الشريعة عامة ، فإنه لو صح القضاء بالشاهد الواحد لما عرفنا علة ولا حكمة للتعدد في شهادة الرجلين أو في شهادة الرجل والمرأتين ، ولكان طلب اليمين مع الشاهد تعسفاً وجوراً مع أنه ثابت عن الرسول ﷺ ، ولو كانت الشهادة كافية من واحد لما احتاج الشاهد إلى المرأتين ، ولما احتاجت المرأة الى أخرى تذكرها ، ولما قضى الرسول ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد . على أننا لو قبلنا الشاهد الواحد بمفرده ، فأولى أن نقبل قول المدعى عليه ، لأنه مؤيد بالبراءة الأصلية وبراءة الذمة أو على الأقل لوجود التعارض بين قول الشاهد الواحد مع افتراض العدالة والنزاهة فيه ، وبين قول المدعى عليه مع افتراض البراءة الأصلية فيه ، ثم نلجأ إلى ترجيح جانب المدعى عليه في إبقاء الشيء في يده حتى لا نصدر حكماً وقضاء بدون دليل .

قال البخاري رحمه الله : « ويشترط العدد لئلا يتجاسر كل أحد على الشهادة جزافاً أو غيظاً أو عدواناً »[2] .

وقال ابن شاس في الجواهر : والعدد مشروط في كل شهادة فلا يثبت بشهادة واحد حكم أصلاً ، وزاد ابن الحاجب لفظ بمفرده بعد « واحد » ليتحرز عن الحكم بالشاهد واليمين .[3] .

وقال النووي رحمه الله : « ولا يحكم بشاهد واحد إلا في هلال رمضان في

---

(١) المبسوط : ١٦ ص ١١٣ .

(٢) محاسن الاسلام ، له : ص ١١٢ .

(٣) القول المرتضى : ق ١٦١ أ .

الأظهر » [1] ، وثبت أن آخر قولي الشافعي في هلال رمضان اعتبار اثنين [2] ، وقال ابن قدامة رحمه الله : وإن لم يقدر على اثنين في الجرح أجزأ طبيب واحد ، لأنها حالة ضرورة ، فانه لا يمكن كل أحد أن يشهد به لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة [3] .

وقال ابن حزم : فصح أنه لا يجوز قبول رجل واحد وامرأة واحدة إلا في هلال رمضان وفي الرضاع [4] .

شهادة الشاهد الواحد استثناء :

استثنى الجمهور من اشتراط العدد في الشهادة بعض الحالات ، وأجازوا فيها قبول الشاهد الواحد استثناء لعلة خاصة .

١ ـ قاس الحنفية والحنابلة شهادة الرجل على المرأة قياساً أولوياً في قبول شهادته في عيوب النساء ومالا يطلع عليه الرجال ، فكما تقبل شهادة المرأة الواحدة فيها كذلك تقبل شهادة الرجل الواحد [5] ، وسوف نرى أن الراجح عدم قبول شهادة المرأة وحدها ، وأنه قول مرجوح .

٢ ـ قبول شهادة الشاهد الواحد في هلال رمضان وهو مذهب الشافعية والظاهرية والحنابلة ، وبه قال الحنفية حالة الغيم، وذلك لما ورد في حديث الأعرابي السابق وحديث ابن عمر ، ويعلل قبول الشاهد الواحد فيه إما استثناء من القاعدة لورود النص فيه ، وهو على خلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره ، وإما أنه من قبيل أخبار الديانات والعبادات والروايات والأخبار ، فإن المخبر يلزم نفسه بالصيام ويخبر الآخرين ليصوموا ، وهذا ليس من قبيل الشهادة والاثبات وإن أطلق عليه لفظ الشهادة مجازاً من مشاهدة الهلال ورؤ يته [6] .

---

(١) المنهاج ، للنووي وتحفة المحتاج شرح المنهاج ، ابن حجر : ١٠ ص ٢٤٥ ، الوجيز للامام الغزالي : ٢ ص ١٤٥ .

(٢) حاشية عميرة على شرح المنهاج للمحلي : ٤ ص ٣٢٤ .

(٣) المغنى : له : ٩ ص ٢٧٠ ، الطرق الحكمية ، ابن القيم : ص ٨٥ .

(٤) المحلى ، له : ٩ ص ٤٠٢ .

(٥) الطرق الحكمية : ص ١٢٩ ، المغنى لابن قدامة : ١٠ ص ٢٢٥ ط امام ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٧١ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٧٨ .

(٦) بدائع الصنائع : ٢ ص ٧١ ، المحلى ٩ ص ٤٠٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ ص ٣٢٤ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٢٩٨ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٤٥ ، الوجيز : ٢ ص ١٥٢ .

وقال المالكية يشترط في هلال رمضان اثنان عدلان ، لأنه من باب الشهادة ، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله [1] .

٣ ـ قال ابن حزم الظاهري بقبول شهادة المرأة الواحدة في الرضاع لما ورد في الحديث [2] ، وسوف نراه مفصلاً في شهادة النساء .

٤ ـ اتفق الفقهاء على قبول الشاهد الواحد فيما يعتبر من قبيل الأخبار والرواية وأعمال الخبرة [3] كالإخبار عن نجاسة الشيء وطهارته ، وعن الأذان وعن غروب الشمس للافطار وفي القسمة والترجمة والتعديل والتجريح والتقويم وفي الطبيب والبيطار ، وفي إثبات العيب والكتابة إلى القاضي والشهرة بالموت والفقد والخروج والحضور والقيافة والإفتاء والأمناء والشهادة على إسلام الذمي للصلاة عليه وفي اللوث . . . . وغيرها من الأمثلة التي عددها ابن فرحون في تبصرة الحكام ، وابن القيم في الطرق الحكمية وابن نجيم في الأشباه والنظائر [4] .

ويلاحظ أن ما جاز فيه الشاهد الواحد يرجع إما إلى رواية أخبار الأحكام الشرعية ، وإما إلى الخبرة التي يعتمد عليها المخبر ويبني عليها رأيه ، ويصدر فيها حكمه وقوله ، بحيث تكون شخصيته وعلمه وخبرته وتجربته وتحليله وثقافته واجتهاده العامل الأول والرئيسي في ذلك ، كالمقوم والطبيب والخبير والقاسم والمؤذن ، ولا يقاس عليها الشهادة لأن الشاهد بخلاف ذلك تماماً فلا أثر لشخصيته على الشهادة ولا عبرة لذكائه وعلمه وتجربته وخبرته ، وإنما هو مجرد ناقل للصورة والواقعة التي وقعت أمامه عند تحمل الشهادة ، ولا يجوز له أن يضيف شيئاً أو يزيد تفسيراً أو يبدي رأيه وتأثيره نهائياً وإنما يفترض فيه أن يكون نزيهاً متجرداً وإلا اتهم في شهادته .

وإما أن ترجع بعض هذه الحالات الى الاعتماد على القرائن التي يطلع عليها القاضي ، وترجح جانب الصدق واليقين ، وهذا قضاء مستند إلى مجموع الشاهد والقرينة وليس الى واحد منهما ، وسوف نراه تفصيلاً في فصل القرائن أو الخبرة ، ويؤيد ذلك أننا اذا استعرضنا

---

(١) تبصرة الحكام : ١ ص ٢٩٠ ، حاشية عميرة على شرح المنهاج للمحلى : ٤ ص ٣٢٤ .

(٢) المحلى : ٩ ص ٤٠٢ .

(٣) يقول محمد أطفيش : والخبر ما يجوز فيه خبر الأمناء من غير لفظ الشهادة ، أو ما لا خصم فيه أو ما يوجب الحق بلا يمين ويجزى فيه واحد بلا يمين على المدعي ، وفي الأحكام ما لا يحصل فيه تناكر فإن حصل وجبت الشهادة ، (شرح النيل : ٦ ص ٦٥٢ مكرر) .

(٤) حاشية قليوبي وعميرة : ٤ ص ٣٢٤ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٨٥ ، الطرق الحكمية : ص ٧٥ ، ٨٥ ، ٢٠٢ ، الدر المختار : ٥ ص ٤٦٩ ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٨٩ (ص ١١٩ ط ١٢٩٢) .

الحالات التي نص عليها الفقهاء في قبول الشاهد الواحد نرى أن شروط الشهادة لا تنطبق عليها ، ولذلك قال بعضهم لا يشترط فيها لفظ الشهادة لأنها من قبيل الخبر أو الرواية أو الخبرة .

ونخلص من ذلك أن اشتراط النصاب في الشهادة ضروري وثابت في الكتاب والسنة والمعقول .

وقد جعل الشارع الحنيف الشهادة على مراتب تختلف باختلاف المشهود به ، وتتفاوت هذه المراتب فيما بينها في عدد الشهود ، كما ميز الشهادة بسبب جنس الشاهد لأهمية المشهود به من ناحية ، ولعلة النسيان ونقصان العقل والوظيفة الاجتماعية للمرأة من ناحية أخرى [1] . فبعض الحالات تحتاج في الإثبات الى شهادة أربعة رجال وهو في الزنا خاصة ، وهو خارج موضوع الرسالة ، وبعضها يحتاج إلى شهادة رجلين وبعضها يكتفى فيه بشهادة رجل وامرأتين أو بالشاهد الواحد مع اليمين أو بشهادة النساء فقط ، أي أن نصاب الشهادة على أربعة مراتب ، وسوف نبحث كل مرتبة منها في مطلب مستقل .

* * *

---

(١) شرح الخرشي : ٧ ص ١٧٥ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٤٥ ، شرح النيل ، أطفيش : ٦ ص ٦٥٤ مكرر .

المطلب الأول
في
شهادة الرجلين

مشروعيتها :

اتفق الفقهاء جميعاً على مشروعية الإثبات بشهادة رجلين ، وأنها حجة شرعية تثبت المشهود به ، وتجعله كالعيان وتلزم القاضي باصدار الحكم ، واجبار المشهود عليه بموجب الشهادة [1] .

قال القرافي : ما علمت عندنا ولا عند غيرنا خلافاً في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين في الدماء والديون [2] .

وشهادة الشاهدين الذكرين تشكل بينة كاملة توجب المدعى ولا تتوقف على شيء آخر ، فإذا ادعى رجل على آخر حقاً من الحقوق ، وأحضر شاهدين ذكرين يشهدان له على هذا الحق فيكون المدعي قد قام بالعبء الواجب عليه ، والمكلف به شرعاً ، وبذلك يستحق مدعاه .

والأدلة على ذلك كثيرة نذكر أهمها من الكتاب والسنة :

١ ـ قوله تعالى : ﴿ فإذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنّ فأَمْسِكُوهُنّ بمَعْرُوفٍ أوْ فَارِقُوهُنّ بمَعْرُوفٍ ، وأشهدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وأقيمُوا الشَّهادةَ للهِ ﴾ سورة الطلاق ، ٢ .

وجه الدلالة :

لفظ « ذَوَى عَدْل » مثنى ، ومدلول المثنى اثنين وهو عدد ، والعدد يدل على تحديد

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٤ ، شرح الخرشي : ٧ ص ٢٠٠ ، المغنى : ٩ ص ١٤٨ ، الاقناع ، للخطيب : ج ٤ ص ٣٤٧ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٤٤٢ ، شرح المحلى على المنهاج : ٤ ص ٣٢٥ ، المهذب : ٢ ص ٣٣٤ تحفة الفقهاء ، للسمرقندي : ٣ ص ٥٢٦ ، المحلى : ٩ ص ٣٩٦ ، مراتب الاجماع ، ابن حزم : ص ٥١ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٦٠ ، التاج المذهب : ٤ ص ٦٦ ، البحر الزخار : ٦ ص ٢١ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٣٧ .

(٢) الفروق ، له : ٤ ص ٨٦ ، الفرق ٢٣٨ .

مدلوله صراحة .

٢ ـ قوله تعالى : ﴿ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوْتُ حينَ الوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ سورة المائدة ، الآية ١٠٦ .

وجه الدلالة

أن قوله تعالى : « اثنان » عدد ، والعدد صريح الدلالة على مدلوله .

٣ ـ قوله تعالى : ﴿ واستَشْهِدُوا شَهِيدَينِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ سورة البقرة ، الآية ٣٨٢ .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى أمر باستشهاد شهيدين من الرجال ولو لم تكن شهادة الرجلين مشروعة لما أمر بها ، فالنص صريح وواضح الدلالة على حجية الاثبات بشهادة رجلين ، والآية دليل واضح على العدد والذكورة معاً (١) .

فالآيتان الأولى والثانية صريحتان في تحديد العدد وهو اثنان ، والآية الثالثة صريحة أيضاً في تحديد جنس الشهود من الرجال ، والعدد في اللغة له مدلول فيعمل به وهو نص صريح على المقدار ، وهذا المقدار لا يمنع الزيادة عليع لأنها تدعم الاستيثاق وتزيد الاطمئنان ، مثل مقدار النصاب في السرقة الذي يوجب الحد ، أو مقدار النصاب في الزكاة الذي يترتب عليه اخراج الزكاة ، فإنه لا يمنع الزيادة عليه (٢) .

٤ ـ أخرج البيهقي عن عمران وعائشة ، وأخرج أحمد والطبراني عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ قال : « لا نِكاح إلا بوليٍ وشاهدَيْ عَدْل » (٣) .

وجه الدلالة :

أن قوله ﷺ « شاهدي عَدْل » مثنى ، والمثنى عدد والعدد واضح الدلالة على مدلوله ،

---

(١) الأبواب والفصول ، البرلسي : ق ١٥٩ أ ، مجموع الافادة ، التواني : ص ٢٨ الشرح الكبير ، للدردير : ٤ ص ١٨٦ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢١٢ ، المبسوط : ١٦ ص ١١٢ ، الهداية وشروحها : ٦ ص ٧ ، تفسير القرطبي : ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) المقادير الشرعية اما لمنع الزيادة والنقصان مثل حد الزنا « مائة جلدة » واما لمنع الزيادة دون النقصان كأكثر مدة الحيض ، واما لمنع النقصان دون الزيادة مثل « اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً » فالمقادير الشرعية لها دلالتها فيعمل بهذه الدلالة .

(٣) رواه أحمد والبيهقي ، (انظر : التاج الجامع للأصول : ٢ ص ٢٩٣) ، وقد سبق تخريجه صفحة ٢٨ .

وهذا العدد للمذكر .

٥ ـ أخرج الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً « قَضَى اللهُ ورسولُه في الحقِ بشاهدَين » [١] .

ما يجوز إثباته بشهادة الرجلين :

القاعدة أن شهادة الرجلين حجة كاملة يجوز الاثبات بها في جميع الحقوق سواء في ذلك العقود المالية كالبيع والإجارة والرهن ، أو في التصرفات الإرادية المنفردة التي تصدر من شخص بانفراده كالهبة والوصية ، أو في الأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق والنسب والميراث ، أو في الحوادث والوقائع كالضرر والايذاء والاتلاف ، أو فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً مثل عيوب النساء والولادة والاستهلال والرضاع وغير ذلك [٢] .

فإذا أقام المدعي شاهدين ذكرين على دعواه فقد تحقق المطلوب ، وألزم القاضي الحكم بذلك ، واستحق المشهود به ، وذلك لأن الآية الأولى ﴿ واستَشْهِدُوا شَهيدَين ﴾ جاءت في الدين أو في السلم الذي محله المال ، وقيس عليه كل ما هو مال أو يؤول الى مال ، والآية الثانية جاءت في الرجعة والعدة وهما من آثار النكاح فقيس عليها جميع حالات الأحوال الشخصية ، والآية الثالثة في الوصية قبيل الموت ومثلها جميع التصرفات الانفرادية والوقائع المَادية ، وكذلك حديث الأشعث بن قيس في المنازعة في البئر فيقاس عليها العقارات وغيرها .

الاستثناء من القاعدة :

ويستثنى من قاعدة ما يجوز إثباته بشهادة رجلين ثلاث حالات لا يكفي اثباتها بشهادة رجلين ، بل تحتاج إلى أمر زائد عنهما ، وبعضها متفق عليه عند جميع الفقهاء ، والبعض الآخر مختلف فيه .

---

(١) نيل الاوطار : ٨ ص ٢٩٥ .

(٢) مواهب الجليل ، الحطاب : ٦ ص ١٨٠ ، الشرح الكبير ، للدردير : ٤ ص ١٨٦ ، القوانين الفقهية ، ص ٣١٠ ، شرح الخرشي : ٧ ص ٢٠٠ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢١٣ ، ٢٦٥ ، المغنى : ٩ ص ١٤٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٧ أ مخطوط ، الاقناع : ٤ ص ٣٤٨ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٤٢ ، شرح المنهاج ، المحلى : ٤ ص ٣٢٥ ، المحلى : ٩ ص ٣٩٦ ، جواهر الكلام : ٦ ص ٤٣٨ ، اختلاف الحديث ، للامام الشافعي : ٧ ص ٣ على هامش الام ، الوجيز للغزالي : ٢ ص ١٥٢ .

الحالة الأولى : الزنا :

اتفق الفقهاء على عدم الاكتفاء بشهادة رجلين في الزنا ، وإنما يجب إثباته بأربعة رجال ، لقوله تعالى : ﴿ واللاتي يَأتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُم فاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً منكم ﴾ سورة النساء الآية ١٥ ، وقوله تعالى : ﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بأَرْبَعَةِ شُهدَاءَ فإذْ لم يَأْتُوا بالشُّهَدَاءِ فأولئكَ عِنْد اللهِ هُمْ الكاذبون ﴾ سورة النور ، الآية ١٣ ، ولإجماع المسلمين على ذلك [١] ، والحكمة في ذلك أن الله تعالى يحب الستر على عباده ، كما أن جريمة الزنا لا تقع إلا من اثنين فكأن كل شاهدين يشهدان على أحدهما ، ولا يقبل في ذلك إلا الرجال [٢] .

الحالة الثانية : الاعسار :

وذلك إذا حضر شخص عرف له مال ، وادعى التلف والإعسار والفقر ، فلا يكتفي لإثبات ذلك برجلين بل لا بد من ثلاثة رجال ، ذهب إلى ذلك الإمام أحمد رضى الله عنه وبعض الشافعية .

واستدلوا على ذلك بما أخرجه مسلم وأبو داود وابن خزيمة وابن حبان عن قَبِيصَةَ بنِ مُخَارِقٍ الهلالي قال :

«تَحمّلتُ حَمَالةً فأتيت النبي ﷺ أسأله فقال : يا قَبيصةُ ، أقم عندنا حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ، ثم قال : يا قَبيصةُ : إن المسألة لا تَحِلُ إلا لأحدِ ثلاثةٍ : رجلٌ تحمّل حَمَالةً فحلت له المسألة حتى يُصيبَها ثم يُمسكُ ، ورجلٌ اصابته جَائِحةٌ اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يُصِيبَ قِوَاماً من عيْش ، أو قال : سِداداً من عيْش ، ورجلٌ أصابته فَاقةٌ حتى يقولَ ثلاثةٌ من ذَوِي الحِجى من قومه : لقد أصابت فلاناً فاقةٌ فحلت له المسألة حتى يُصيبَ قِواماً من عيش ، أو قال : سداداً من عيش ، فما سِواهنّ مِن المَسْأَلَةِ يا قَبيصةُ ، سُحْتاً ، يأكلها صاحبها سُحْتاً » [٣] .

---

(١) قال محمد علي حسين في (تهذيب الفروق : ٤ ص ١٤٠) : يشترط شهادة أربعة رجال في عشرة مواضع ثم ذكرها وأهمها الزنا والإقرار به والسماع وكتاب القاضي وجلد حد الزنا لمن قذفه شخص وقطع الطريق .

(٢) ذهب ابن حزم إلى جواز شهادة النساء والرجال في الزنا وهو مروي عن عطاء وحماد ، وذهب الإمامية الى أنه يثبت الزنا مع الرجم بأربعة رجال ، وبثلاثة وامرأتين ، ويثبت مع الجلد برجلين وأربع نساء ، (انظر : المحلى : ٩ ص ٣٩٦ ، شرائع الإسلام : ٢ ص ٢٣٧ ، و٢٤٤ ، جواهر الكلام : ٦ ص ٤٣٧ ، المختصر النافع ، الحلى (٦٧٦ هـ) ص ٢٩٢ ، اصول الاثبات الجعفري : ص ٨٩) .

(٣) المغنى : ٩ ص ١٥٠ ، الطرق الحكمية : ص ١٦٣ ، حاشية عميرة على شرح المحلى : ٤ ص ٣٢٤ ، =

وجه الدلالة :

أنّ الرسول ﷺ علق جواز المسألة للمعسر على شهادة ثلاثة من ذوي الحجى على حالته ، وجاء في رواية النسائي « حتى يشهد ثلاثة » والثلاثة عدد واضح الدلالة ، ذوو الحِجى : هم الرجال العقلاء ، فالحديث ظاهر في المطلوب .

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث أنه معارض بالنصوص الأخرى الصحيحة التي اكتفت بشهادة رجلين كسائر الشهادات في جميع الأموال ، كما أنه يخالف عموم الآيات الكريمة التي وردت بشاهدين أو بشاهد وامرأتين ، ولا يلاحظ حكمة معينة أو علة ظاهرة لاستثناء الاعسار من حالات الإنسان المختلفة سواء منها ما تعلق بدمه أو جسمه أو عرضه أو ماله ، ولذلك تقدم عموم الآيات والأحاديث الأخرى ، ويحمل هـذا الحديث على الاستحباب .

ويجاب عن هذا الاعتراض بأن النصوص الأخرى لم تذكر حالة الاعسار بذاتها صراحة بخلاف حديث الباب فهو نص صريح في الاعسار فلا تعارض بينها لتقديم الدليل الخاص على العام ، ويمنع قياس إثبات الإعسار على المداينة والوصية بشهادة رجلين لأن من شروط القياس عدم وجود نص في الفرع ، فإذا وجد نص فهو المقدم على القياس ، ومن القواعد الأصولية أنه : لا اجتهاد في مورد النص .

ويدفع الجواب عن الاعتراض بأنا لا نسلم أن الحديث نص صريح في إثبات الإعسار ، بل هو نص في حل المسألة ، ولا يلزم من حل المسألة إثبات الإعسار أمام القاضي ، ولفظ الحديث لا يدل على الشهادة وإنما يحتمل الإثبات ويحتمل أيضاً أن يقوم الثلاثة بتعريف حال الشخص واظهار الفاقة والعسر الذي أصابه ، ويعللون السبب الذي يبرر لهم الطلب والمسألة ، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال .

=شرح النووي على صحيح مسلم : ٧ ص ١٣٤ .

وادعى الشوكاني أن الشافعية لا تقبل أقل من ثلاثة في الاعسار ، والحقيقة أن هذا مجرد قول عند الشافعية .

وانظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ٧ ص ١٣٣ ، سنن أبي داود :١ ص ٣٨١ ط الحلبي سنن النسائي : ٥ ص ٩٧ ، مسند أحمد ٣ ص ٤٧٧ ، ٥ ص ٦٠ ، الفتح الكبير : ٣ ص ٤٠١ .

وقوله « تحمل حمالة » هي ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة ، كمن يتحمل ديات القتلى بين فريقين ليصلح بينهم ، وقوله « قواماً من عيش » بكسر القاف ما يقوم بحاجته الضرورية ، أو سداداً من عيش بكسر السين أي ما يكفي حاجته ، جائحة هي الآفة التي تهلك الثمار والأموال وتستأصلها ، وكل مصيبة عظيمة وفتنة مثيرة جائحة ، من ذوي الحجا : ذوي العقل .

الرأي الراجح :

والراجح عدم اشتراط ثلاثة رجال في إثبات الاعسار والاكتفاء بشهادة رجلين ، لعموم الأدلة في ذلك ، وامكان جمعها مع الحديث بحمله على الندب ، ولعل الظاهر من التقييد بثلاثة ، وأنهم من قومه انما هو لدفع توهم ما قد يصيب قومه من المعرة بأنه غني ثم يسأل الناس ، ولمراعاة الحالة الاجتماعية التي كان يتمتع بها المشهود عليه ، وأنه معروف بالغنى والمال ، فانتقاله الى الطلب والسؤال يعرضه للذم والقدح بألسنة حداد ، واتهامه بالجشع والطمع مما يوجب منع الناس من اعطائه شيئاً ، ولذلك قال ﷺ « من قومه » لأنهم من أهل الخبرة بباطنه ، والمال مما يخفى في العادة فلا يعلمه إلا من كان خبيراً بصاحبه ، والشهادة لإثبات خلاف الظاهر ، والظاهر من حاله الغنى واقتناء المال ، ثم ادعى خلاف الظاهر ، فالواجب أن يكتفى بالبينة الشرعية وهو ما عليه الجمهور بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، ويحمل الحديث على الندب ، وكأن الرسول ﷺ قصد إثارة التناصر بين قومه وبينه ، واختلف الحنابلة في نص الإمام أحمد هل هو عام أم خاص ؟ فقال بعضهم إنما هو في حق المسألة كما دل الحديث ، وأما الاعسار فيكتفى فيه بشاهدين ، قال القاضي : والمذهب ان هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة في حل المسألة لا في الاعسار [1] .

الحالة الثالثة : وجوب اليمين مع الشاهدين في رأي بعض العلماء :

ذهب ابن أبي ليلى وشريح والنخعي والشعبي إلى عدم وجوب إلزام شهادة الشاهدين للقاضي ، وعدم اعتبارهما شهادة شرعية وبينة كاملة إلا بعد أن يحلف المدعي يميناً على صحة دعواه واستحقاقه المدعى به ، لاستظهار الحق بأقصى ما يمكن ، فالنصاب في الشهادة شاهدان ويمين [2] .

قال ابن رشد : وكل متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعي إلا ابن أبي ليلى فإنه قال لا بد من يمينه [3] ، وقال شريح لرجل : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا ما قضيت لك حتى تحلف [4] .

---

(١) المغنى ، ٩ ص ١٥٠ ، الطرق الحكمية : ص ١٦٣ ، معالم السنن : ٢ ص ٢٣٩ .

(٢) بداية المجتهد ، ابن رشد : ٢ ص ٥٠١ ؛ الحاوي : ١٣ ق ٤٨ ب ، معالم السنن ، الخطابي : ٥ ص ٢٢٩ - ٢٣٠ ، المغنى : ١٠ ص ٢٤٦ ط . مكتبة القاهرة .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠١ ط ١٣٨٩ - ١٩٦٩ .

(٤) المغنى : ابن قدامة : ١٠ ص ٢٤٦ ط مكتبة القاهرة .

وذهب الإمام مالك رحمه الله إلى اشتراط اليمين مع الشاهدين لاكمال البينة في العين ، فيحلف انه ما باع ولا وهب ولا خرجت من يده بوسيلة من الوسائل المزيلة للملك ، وهذا ما عليه الفتوى والقضاء ، والسبب وجود احتمال ذلك فلا بد من اليمين ، قال القرافي : ما علمت عندنا ولا عند غيرنا خلافاً في قبول شهادة شاهدين مسلمين عدلين في الدماء والديون ، وقال مالك : إن شهد له بعين في يد أحد لا يستحقها حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب ولا خرجت من يده . . . وعلله الأصحاب بأنه يجوز أن يكون باعها لهذا المدعى عليه أو لمن اشتراها هذا المدعى عليه منه [1] .

والجواب عن هذه الآراء فيه تفصيل :

أولاً : إذا كان المقصود أن شهادة الشاهدين لا تعتبر حجة شرعية كاملة وإنما تحتاج إلى دليل آخر لاكمال الحجة ، فهذا الاتجاه لم يستند إلى كتاب ولا سنة بل هي احتمالات وتخيلات ، تخالف النصوص الشرعية الصريحة والثابتة التي تكتفي بشاهدين في كل حق سواء كان ديناً أو عيناً ، فقال تعالى : ﴿ واستَشْهدوا شَهيدَين مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ وقال تعالى : ﴿ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ وقال تعالى : ﴿ واشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ منكم ﴾ والعددُ صريح في دلالته ، كما أن الرسول الكريم طلب من المدعي شاهدَين فقط ولم يكلفه شيئاً زائداً على ذلك ، وجعل الشهادة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه ، ولا يمكن أن يجمع بينهما بنفس الصورة في وقت واحد ، قال ﷺ لمدع تحاكم إليه : « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » ولأن في إحلاف المدعي مع شهادة شهوده قدحاً في عدالتهم وطعناً في شهادتهم ، وهو ممنوع شرعاً [2] .

ولأن اليمين مشروعة للحاجة إلى قطع المنازعة ، ولا حاجة إلى ذلك بعد البينة ، ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجز استحلافه على ذلك ، فإذا ثبت بالبينة فهو مثل ذلك أو أقوى ، قال السرخسي : « وكان علي يرى استحلاف المدعي مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد والراوي ، ولم نأخذ بقوله في هذا لما فيه من زيادة على النص وهو بمنزلة النسخ [3] » .

ثانياً : وأما اذا كان القصد من اليمين مجرد الاطمئنان ودفع الشبهة والاحتمال ، مع

---

(١) الفروق : ٤ ص ٨٦ .
(٢) الحاوي : ١٣ ق ٤٨ ب .
(٣) المبسوط : ١٦ ص ١١٨ .

التسليم بحجية الشاهدين وقوتهما في الإثبات وإلزام القاضي بالحكم بموجبهما ، وأن اليمين ليست جزء في البينة ،وإنما هي للاستظهار والاحتياط وزيادة الاقتناع للقاضي ، فإن هذا من اختصاص ولى الأمر ، وقد قال الامام مالك رحمه الله : « يحدث للناس من الأقضية بقدر ما يحدثون من الفجور » وعلى الامام المسلم أن يصدر الأوامر والأحكام التنظيمية والتكميلية حسب تطور الزمان ، وحسبما توجبه المصلحة ، وتسمى هذه اليمين يمين الاستظهار أو اليمين المؤكدة أو اليمين المتممة ، وهي مشروعة باتفاق الفقهاء كما سنرى ذلك في أنواع اليمين والأسباب الداعية في قبول يمين الاستظهار .

وأما اشتراط اليمين في العين دون الدين فلا مبرر لهذه التفرقة ، وإن الاحتمالات والدوافع موجودة في الديون والأعيان سواء ، فالديون تحتمل الابراء والدفع والمقاصة ، والأصل فيها الاستصحاب ، وبقاء الأمر كما كان ، قال الامام القرافي :

فاشتراط اليمين مع الشاهدين ضعيف ولقوله عليه الصلاة والسلام : « شاهداك أو يمينه » ولقوله تعالى ﴿ شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ وظاهر هذه النصوص أنهما حجة تامة ، وما علمت أنه ورد حديث صحيح في اشتراط اليمين ، واثبات الشروط بمجرد المناسبات والاحتمالات صعب ، . . . واثبات شرط بغير حجة خلاف الاجماع ، وان ثبت الفرق (بين العين والدين) فمذهب الشافعي وغيره عدم هذا الشرط وهو الصحيح » (١) .

وقال ابن هبيرة : واتفقوا على أنه إذا ثبت الحق على الخصم الحاضر معه عند الحاكم بشاهدين عرف عدالتهما فانه يحكم به ولا يحلف المدعي مع شاهدين(٢) .

* * *

---

(١) الفروق ، القرافي : ٤ ص ٨٧ ، وانظر كتاب مختلف الحديث ، للشافعي : ٧ ص ٣٥٤ .
(٢) الافصاح ، له : ص ٤٣٠ .

المطلب الثاني
في
شهادة الرجل والمرأتين

مشروعيتها :

شهادة الرجل والمرأتين أمام القاضي على محل الاثبات مشروعة بالنص والإجماع [1] .

أما النص فقوله تعالى : ﴿ واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فإنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامرأتانِ ، مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أنْ تَضِلَّ إحْداهُما فتُذَكِّرَ إحْداهُما الأخْرَى ﴾ سورة البقرة ، الأية ٢٨٢ .

تفسير الآية الكريمة :

لفظ « فَتُذَكِّرَ » فيه قراءتان ، قراءة تشديد « فَتُذَكِّرَ » من التذكار أي يحصل لها ذكر بما وقع من الاشهاد ، وهو تفسير الربيع والسُّدي والضحاك والطبري وابن كثير ، وقراءة تخفيف « فَتُذْكِرَ » أي تجعل شهادتها كشهادة ذكر ، بمعنى أنها مع صاحبتها ذكراً ثانياً ، وهو قول سفيان ابن عينيه ، وهذا تفسير بعيد ، والصحيح الأول لمناسبته لما قبله من قوله تعالى : « أَنْ تَضِلَّ إحداهما ﴾ والضَّلالُ هنا النسيان والغفلة ، فيعقبه الذكر ، فإذا نسيت المرأة الشهادة وضلت عن وجهها الحقيقي فإن المرأة الثانية تذكر الأولى بالشهادة الصحيحة عند الأداء ، وهو من المتقدم الذي معناه التأخير [2] .

---

(١) المبسوط : ١٦ ص ١١٥ ، الهداية وشروحها : ٦ ص ٧ ، البحر الرائق : ٧ ص ٦٢ ، الشرح الكبير ، للدردير : ٤ ص ١٨٧ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٠ ، مواهب الجليل : ٦ ص ١٨١ ، مجموع الافادة في علم الشهادة ، محمد البشير التواني : ص ٨ ، الطرق الحكمية : ص ١٤٩ ـ ١٥٠ ، المغنى : ٩ ص ١٤٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٧ أ ، شرح التحرير وحاشية الشرقاوي : ج ٢ ص ٥٠٢ ، اختلاف الحديث ، الامام الشافعي : ٧ ص ٣٤٩ ، على هامش الأم :

(٢) تفسير ابن كثير : ١ ص ٣٣٥ ، أحكام القرآن ابن العربي : ١ ص ٢٥٥ ، جامع البيان ، الطبري : ٣ ص ١٢٤ ـ ١٢٦ ، أحكام القرآن ، الجصاص : ١ ص ٥٩٦ ، تفسير القرطبي : ٣ ص ٣٩٧ .

وجه الدلالة :

أن الآية نص صريح في جواز شهادة الرجل مع المرأتين فيثبت الحق أمام القاضي إذا شهد رجل وامرأتان ، ويلزم القاضي بالحكم بشهادتهما مع الرجل ، وقوله تعالى ﴿ فإنْ لمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامْرأتانِ ﴾ هذا من ألفاظ الأبدال ، وظاهره يعني ألا تجوز شهادة النساء إلا عند تعذر شهادة الرجال ، وهذا ليس على ظاهره ، ولو أراد الله تعالى ذلك لقال : « فان لم يوجد رجلان » ولكن الله تعالى قال : ﴿ فإنْ لَمْ يَكُونَا ﴾ فهذا يتناول حالة الوجود والعدم فهو من قبيل التخيير [1] .

ولذلك تقبل شهادتهن مع الرجل مع وجود الرجال ، وتعتبر عند الاختلاط ، ويضاف الحكم الى الكل بحيث يقع الضمان على الجميع إذا رجعوا [2] ، كما سنرى ذلك في مبحث الرجوع عن الشهادة ، والترتيب في الآية يفيد أن شهادة الرجلين أقوى من شهادة الرجل والمرأتين ولذلك رجح بعض الفقهاء شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين [3] ، وقال بعضهم الآخر لا ترجح لأن كلاً منهما بينة شرعية كاملة وسنرى تفصيل ذلك في تعارض البينات .

حكمة النص :

والحكمة في جعل المرأتين كالرجل الواحد في الشهادة أمران :

الأول : النسيان والغفلة اللذان عبر عنها في الآية الكريمة : ﴿ أن تَضِلّ إحْدَاهُمَا فتُذَكِّرَ إحْدَاهُما الأُخْرَى ﴾ فالعلة في قيام المرأتين مقام الرجل في الشهادة صريحة وهي الضلال أي النسيان والغفلة ، فجعل الله تعالى المرأة الثانية عاملاً لتذكير الأولى ، فلا يجوز التفريق بينهما في أداء الشهادة [4] .

---

(١) مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٤١ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٢٠٩ ، حاشية الشرقاوي : ٢ ص ٥٠٣ ، الطرق الحكمية : ص ١٤٩ ، تبصرة الحكام : أ ص ٢٦٧ ، البحر الرائق : ٧ ص ٦١ ، ٦٢ أحكام القرآن ، الجصاص : ١ ص ٥٩٧ ، أحكام القرآن لابن العربي : ١ ص ٢٥٢ .

(٢) تبيين الحقائق : ٤ ص ٢٠٩ ، تفسير القرطبي : ٣ ص ٣٩١ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٨٩ ، البحر الرائق : ٧ ص ٦١ .

(٣) الطرق الحكمية : ص ١٤٩ .

(٤) فضل الله الذكر على الأنثى من وجوه : أنها فرعه في الخلقة وهو أصلها ، وأن تكوينها الخلقي أقل من الرجل في كريات الدم وغيره ، ونقصان دينها ونقص عقلها ونقص حظها في الميراث ونقص قوتها في الجهاد والقتال ، (انظر : الطرق الحكمية : ص ١٤٩ ، أحكام القرآن ، لابن العربي : ١ ص ٢٥٣) .

الثاني : نقصان العقل والدين : فالمرأة مجبولة على نقصان العقل الذي ورد صريحاً في الحديث الشريف الذي أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال : « يا معشر النساء ، تصدقن وأكثرن الاستغفار ، فإني رأيتكن أكثر أهل النار ، فقالت امرأة منهن جَزْلَة : وما لنا يا رسول الله أكثر أهل النار ؟ قال : تُكثِرْن اللَعْنَ ، وتَكْفُرن العَشير ، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلبَ لذي لُب منكن ، قالت يا رسول الله ، وما نقصان العقل والدين ؟ قال أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تَعدِل شهادة رجل ، فهذا نقصان العقل ، وتمكث الليالي ما تصلي ، وتفطر في رمضان ، فهذا نقصان الدين »[1] .

وأرى أن السبب في جعل شهادة المرأة نصف شهادة الرجل تابع للمكانة الاجتماعية والمركز الخاص الذي هيأه الإسلام لها ، فالمرأة المسلمة ملكة في بيتها ، سيدة بين زميلاتها ، متحدثة معهن ، مطلعة على أمور النساء ، ويندر ممارستها للتجارة وأعمال السوق ومخالطة الرجال ، وتولي المناصب العالية ، والمشاركة في تصريف الشؤن الهامة ، فيكون ذلك مدعاة لسرعة النسيان ، والمعلوم أن كما ل العقل يكون عن طريق الحواس والتجارب ، والمرأة تتغلب عليها العاطفة وتنقصها الخبرة ، وان امتازت بعض أفرادهن عن الرجال[2] .

وكان من الممكن أن يكتفى بشهادة رجل وامرأة ، ويقوم الشاهد بتذكيرها والحكمة في ضم الأخرى أن الرجل لو ذكرها إذا نسيت لكانت الشهادة واحدة ، ونسبت الشهادة له ، فجعل الله تعالى معها امرأة أخرى تذكرها لتكون شهادتهما كشهادة رجل واحد[3] .

الإجماع :

انعقد الإجماع على قبول شهادة الرجل والمرأتين مع وجود الرجلين[4] .

---

(١) رواه البخاري ومسلم والبيهقي وأبو داود وأحمد والترمذي وابن ماجه والحاكم ، وهذا لفظ مسلم ، (انظر : صحيح البخاري مع فتح الباري : ١ ص ٤٢١ ، وحاشية السندي : ١ ص ٤٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٢ ص ٦٥ ، مختصر صحيح مسلم ، للمنذري : ١ ص ١٤٣ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٥٢٢ ط الحلبي ، المستدرك ، الحاكم : ٢ ص ١٩٠ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٤٨ ، الفتح الكبير : ٣ ص ٤٥٣ ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٧ ص ٣٥٧ ، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي : ٣ ص ١٩٦) ،

جَزْلة : ذات عقل ورأى ، العشير : المعاشر والمراد به الزوج .

(٢) الطرق الحكمية : ص ١٥٠ ، أعلام الموقعين : ١ ص ٩٥ .

(٣) أحكام القرآن ، ابن العربي : ١ ص ٢٥٥ .

(٤) الفروق ، القرافي : ٤ ص ٩٥ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٤١ ، كما حكاه ابن المنذر ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٦٩ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٧٩ ، مراتب الاجماع : ص ٥٣ ، الأم : ٧ ص ٧٨ ، الطرق الحكمية : ص ١٤٩ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٤٧ ، فتح الباري : ٦ ص ١٩٥ .

ما يجوز إثباته بشهادة الرجل والمرأتين :

اتفق الفقهاء على جواز شهادة الرجل والمرأتين في المال وما يؤول إلى المال [1] ، كالبيع والإجارة والرهن والضمان ومال السرقة والخلع .

والدليل على ذلك أن شهادة الرجل والمرأتين جاءت في آية المداينة التي تتضمن الديون أو السلم ، ويقاس عليها المال وما يقصد منه المال ، ولكثرة وقوع حالات المال وعموم البلوى بها [2] .

واتفق أئمة المذاهب الأربعة على عدم قبول الرجل والمرأتين في الحدود والقصاص خلافاً لابن حزم وحماد فيهما ، والامامية في الزنا [3] .

واختلفوا في قبول شهادة الرجل والمرأتين في إثبات ما ليس بمال ولا يؤول الى مال ، كأحكام الأبدان وغيرها من النكاح والطلاق والرجعة والعدة والوصية والنسب والوقف والوكالة على قولين :

القول الأول: عدم جواز شهادة الرجل والمرأتين فيما ليس بمال ولا يؤول إلى مال، ولا تثبت إلا برجلين.

---

(١) المال عند الحنفية كل ما يمكن أن يملكه الانسان وينتفع به على وجه معتاد ، وعند الحنابلة هو ما فيه منفعة مباحة (بخلاف الخمر) ليس لحاجة (كالكلب) ولا لضرورة (كالميتة) ، وعند الشافعية : ما له قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه وان قلت ، (انظر : الأموال ونظرية العقد ، محمد يوسف موسى : ص ١٦٢ ، كشاف القناع : ١ ص ٧ ، والأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٣٢٧) ، وما يؤول إلى مال كالأجل والخيار والشفعة والاجارة وفسخ العقود وكذلك نكاح بعد موت أو أسبقية أو موت ولا زوجة.

وقد اختلف الفقهاء في بعض الأمور هل تعتبر مالاً فتثبت بشاهد وامرأتين أم ليست بمال ويشترط في اثباتها رجلان ، وذلك كالوقف والوكالة والوصية ، واختلفوا في حالات أخرى هل تلحق بالمال أم بالأبدان كالشهادة على الشهادة ، وكتاب القاضي ، (انظر : الخرشي : ٧ ص ٢٠٣ ، المجموع ، للأمير : ٢ ص ٣٣٣ ، حاشية حجازي عليه : ٢ ص ٣٣٣ ، مواهب الجليل : ٦ ص ١٨١ ، الأبواب والفصول : ق ١٥٩ أ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٠ ، المغنى : ٩ ص ١٤٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٧ أ ، ١٢٧ ب ، القول المرتضى : ق ٩٣ أ).

(٢) مجمع الأنهر : ١ ص ١٨٨ ، أحكام القرآن ، للجصاص : ١ ص ٥٩٧ ، تبصرة الحكام : ج ١ ص ٢٦٥ ، الخرشى : ٧ ص ٢٠٢ ، الوجيز ، للغزالي : ٢ ص ١٥٢ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٤٧ ، فتح الباري : ٦ ص ١٩٥ ، الاقناع : ٤ ص ٣٤٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٧ أ ، المهذب : ٢ ص ٣٣٤ ، تفسير القرطبي : ٣ ص ٣٩١ ، المغنى : ٩ ص ١٤٩ ، أعلام الموقعين : ١ ص ٩٢ ، المجموع ، للأمير : ٢ ص ٣٣٣ .

(٣) المحلى : ٩ ص ٣٩٦ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٤٤ جواهر الكلام : ٦ ص ٤٣٧ ، المختصر النافع : ص ١٩٢ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٧ ب .

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية وهو مروي عن الزهري والنخعي وأهل المدنية وسعيد بن المسيب والحسن وربيعة وقتادة والاوزاعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله عن الجميع[1].

القول الثاني: جواز شهادة الرجل والمرأتين فيما ليس بمال ولا يؤول إلى المال، فتقبل شهادتهم في أحكام الأبدان والأحوال الشخصية.

ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة في رواية والزيدية والامامية في قول والظاهرية، وهو مروي عن جابر بن يزيد واياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وعطاء[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل الجمهور على قبول شهادة الرجل والمرأتين فيما ليس بمال ولا يؤول إلى مال بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿فإذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فأمْسِكُوهُنَّ بمَعْرُوفٍ أوْ فَارِقُوهُنَّ بمَعْرُوفٍ وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُم وأقيمُوا الشَّهادَةَ للهِ﴾ سورة الطلاق، الآية ٢ وقوله تعالى: ﴿يَا أيُّها الذينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوْتُ حينَ الوَصيَّةِ اثنانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أو آخَرَان مِنْ غَيْرِكُمْ إنْ أنْتُمْ ضَرَبْتُمْ في الأرضِ فأصابَتْكُمْ مُصِيبَةُ المَوْتِ﴾ سورة المائدة، الآية ١٠٦.

---

(١) الذخيرة، القرافي: ٣ ق ٣٩١ مخطوط، مواهب الجليل: ١ ص ١٨١، الشرح الكبير: ٤ ص ١٨٧ الأبواب والفصول: ق ١٥٩ أ، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٠٠، القوانين الفقهية: ص ٣١٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٧، الأم: ٧ ص ٧٦، شرح ابن القاسم وحاشية الباجوري: ٢ ص ٣٨٤، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٤٨، الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ أ مخطوط، المغني: ٩ ص ١٤٩، ١٥١، الطرق الحكمية: ص ١٥١، الافصاح عن معاني الصحاح: ص ٤٣٢، المحلى: ٩ ص ٢٩٧، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٧، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٦، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٤١، وقد روى صاحب جواهر الكلام الاجماع على اشتراط الرجلين في النكاح: ٦ ص ٤٣٨، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٥.

(٢) مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٨، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٠٩، الآثار للإمام محمد: ص ١١٢، سنن الترمذي مع تحفة الأحوذي ٤ ص ٢٣٦، البحر الرائق: ٧ ص ٦٢، الطرق الحكمية: ص ٥٩، ١٥١، ١٥٤، أعلام الموقعين: ١ ص ٩٢، ٩٥، أصول الإثبات الجعفري: ص ٩٠، المغني: ٩ ص ١٤٩، المحلى: ٩ ص ٣٩٦، ٣٩٨، ٤٠٢، التاج المذهب: ٤ ص ٦٧، البحر الزخار: ٥ ص ٢١، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٩، معين الحكام، الطرابلسي: ص ٩١ وقد نقل هذا الفصل من التبصرة مع الغفلة عن مذهبه والخطأ الفاحش فيه دون أن يميز بين المذهب الحنفي والمذهب المالكي. =

وجه الدلالة:

أن لفظ «ذَوَا» أولفظ«ذَوَىْ» لفظ لوصف المذكر في الآيتين، ولفظ «اثنان» قد وصف بقوله «ذوا عدل» وهذا الوصف إنما يكون لمذكر، فدل على أن لفظ «اثنان» المراد به «رجلان» فكأنه قال: شهادةُ بينكم إذا حضرَ أحدكم الموتُ حين الوصية رجلان عدلان، فلا يتناول الإناث، لأن الاقتصادر على هذا يفيد الحصر.

قال ابن العربي: اثنان بمطلقه يقتضى شخصين، ويحتمل رجلين إلا أنه قال بعد ذلك «ذَوَا عدل» تبين أنه أراد رجلين لأنه لفظ لا يصلح إلا للمذكر، كما أن «ذواتي» لا تصلح إلا للمؤنث[1].

وموضع الآيتين في الرجعة والطلاق والوصية عند الموت وهي أحكام بدنية وليست مالاً ولا تؤول إلى مال، فيشترط في اثباتها رجلان ولا تقبل شهادة النساء فيها مطلقاً، سواء كنَّ مع الرجال أم انفردن بالشهادة، والرجعة من توابع النكاح فألحقت بها جميع التوابع كالخلع والطلاق[2]، لأن الشهود في الطلاق والرجعة يشهدون على تحريم بعد تحليل أو تثبيت تحليل، ولا مال في ذلك بخلاف شهود الدين فذكر الله فيهم النساء.

واعترض على هذا الاستدلال بأنا لانسلم أن وصف لفظ «اثنان» بقوله «ذوا عدل» يدل على أن المراد رجلان لا غير، لأن التعبير في خطابات الشرع التكليفية بلفظ التذكير لا يدل على خروج النساء منها، ولأن ذكر ذلك إنما هو للتغليب، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿ولا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا ما دُعُوا﴾، فإنه بالاتفاق يتناول الذكور والإناث، وكذلك بقية خطابات الشارع التكليفية، وإلا ترتب على ذلك أن النساء غير مخاطبات بمعظم التكاليف الشرعية، والآية تدل على أكمل النصاب، فلا يلزم منه عدم قبول الرجل والمرأتين[3]. ويعترض على ابن العربي أن لفظ «اثنان» يقتضي شخصين، ويحتمل رجلان فهذا حق لا مرية فيه، أما ترجيحه هذا الاحتمال بلفظ «ذوا» فلا أراه مرجحاً لأن هذه اللفظة جاءت مطابقة للفظ «اثنان» فلا دلالة من

= وقال ابن قدامة في المغني: وقال القاضي: النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة، وما عداه يخرج على روايتين، وقال أبو الخطاب يخرج في الجميع روايتان.

(١) أحكام القرآن، له: ٢ ص ٧١٤، وانظر تفسير القرطبي: ١٨ ص ١٥٩، تفسير ابن كثير: ٤ ص ٣٧٩، تفسير الطبري: ٢٨ ص ١٣٦، أحكام القرآن للشافعي: ٢ ص ١٣٢ - ١٣٤.

(٢) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٤٢، الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ أ، المهذب: ٢ ص ٣٣٤، أعلام الموقعين: ١ ص ٩٢، الفروق: ٤ ص ٩٤، تهذيب الفورق: ٤ ص ١٣٩، ١٥٧.

(٣) أعلام الموقعين: ١ ص ٩٢، ٩٣.

الألفاظ على كون الاثنين من الرجال. . . ولو سلمنا أن اللفظ مذكر ولا يحتمل دخول الإناث فيه فإننا نحمل اللفظ المجمل في هاتين الآيتين على اللفظ المفسر في سورة البقرة الذي فسره القرآن الكريم، فالأصل شاهدان فإن لم يكونا شاهدين رجلين فرجل وامرأتان، وتحمل آية الوصية والرجعة على آية المداينة، كما حمل الشافعية الكفارة عامة على كفارة القتل بكون الرقبة مؤمنة، وقالوا نحمل المطلق على المقيد.[1]، فآية الدين ذكرت الرجلين والرجل والمرأتين وفي آيتي الوصية والرجعة ورد لفظ العدلين فقط فيحمل المطلق على المقيد، ويؤيد هذا أن آية الدين ذُكر فيها لفظ «الرجلين» فجاء بعد «رجل وامرأتان»، أما في آيتي الوصية والرجعة فالنص عام، وجاء بلفظ «ذوي عدل» «ذوا عدل» للتغليب فلا حاجة لذكر النساء بعدها.

وأما السنة:

١ ـ أخرج البيهقي عن عمران وعائشة، وأخرج أحمد والطبراني عن أبي موسى، أن رسول الله ﷺ قال: «لا نِكاحَ إلا بَولي وشاهِدَي عَدْل»[2].

أن كلمة «شاهدَى» للمذكر، والنكاح حكم بدني، فلا يصح النكاح إلا بشاهدين ذكرين، والاقتصار في البيان يفيد الحصر، ولا يقبل رجل وامرأتان، والحديث الشريف نفي وجود النكاح أو صحته إلا بوجود الولي والشاهدين[3].

واعترض على هذا الاستدلال بأنا لا نسلم أن لفظ «شاهدَي» لا يتناول الإناث، بل يتناولها، وإنما عبر بصيغة المذكر للتغليب.

٢ ـ روي الليث عن عقيل عن ابن شهاب الزهري أنه قال: «مَضَت السنةُ أنْ لا تَجُور شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح والرجعة»[4].

وروي ابن حزم من طريق ابن وهب عن إسماعيل بن عياش عن الحَجاج بن أرطأة عن الزهري مثله[5].

---

(١) أحكام القرآن للشافعي: ١ ص ٢٣٣ - ٢٣٧.

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٢٨

(٣) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٤٢، المهذب: ٢ ص ٣٣٤، الفروق: ٤ ص ٩٥.

(٤) الطرق الحكمية: ص ١٥٢، رواه ابن أبي شيبة عن الزهري، نيل الأوطار: ٧ ص ٣٦، الحاوي: للماوردي: ١٢ ق ١٠٧ ب.

(٥) المحلى: ٩ ص ٣٩٧.

وجه الدلالة:

أن الحديث نص صريح في عدم جواز شهادة النساء في النكاح والطلاق، وقيس عليهما غيرهما لاطلاع الرجال غالباً عليها، وأنها ليست مالاً ولا تؤول إلى مال. وأن قول التابعي مضت السنة في مرتبة الحديث المرفوع، والسنة هي الطريقة التي سلكها الرسول ﷺ في حياته[1].

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

١ - ورد أصل الحديث بعدم قبول شهادة النساء في الحدود، وأما الزيادة في النكاح والرجعة أو في الطلاق والرجعة فلم ترد في كتب الحديث، وإنما وردت في كتب الفقه، قال ابن حجر العسقلاني: وروى عن مالك عن عقيل عن الزهري بهذا وزاد «ولا في النكاح ولا في الطلاق» ولا يصح عن مالك، ورواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحجاج عن الزهري[2]. وقال مالك في الموطأ: «وشهادة النساء لا تجوز في الطلاق والعتاقة»[3].

٢ - الحديث ضعيف، لا ينهض حجة لأن في اسناده الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف، قال الشوكاني: وقد أخرج قول الزهري المذكور ابن أبي شيبة باسناد فيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف مع كون الحديث مرسلاً لا تقوم بمثله الحجة[4]، وقال ابن حزم: وأما حديث الزهري فبلية لأنه منقطع عن طريق إسماعيل بن عياش وهو ضعيف[5].

وأما مراسيل الزهري خاصة فقد ضعفها العلماء فقال ابن معين ويحيى بن سعيد القطان عنها: ليست بشيء، وصرح به الشافعي فقال: لأنا نجده يروى عن سليمان بن أرقم[6] وهو ضعيف، وروي البيهقي عن يحيى بن سعيد قال: مرسل الزهري شر من مرسل غيره لأنه حافظ، وكلما قدر أن يُسميَ سَمَى، وإنما يترك من لا يستحب أن يسميه[4]، ولأنه حديث مضطرب فروي مرة «بالحدود» ومرة «بالحدود والنكاح والرجعة» والمضطرب ضعيف.

---

(١) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٤٢، الاقناع: ٤ ص ٣٤٨، الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ ب، المهذب: جـ ٢ ص ٣٣٤، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٤٩.

(٢) التلخيص الجبير: ٢ ص ٤١١ وأنظر الخراج لأبي يوسف: ص ١٦٤.

(٣) الموطأ: ص ٤٥٠ ط الشعب.

(٤) نيل الأوطار: ٧ ص ٣٦.

(٥) المحلى: ٩ ص ٤٠٣.

(٦) قال ابن حجر في «تقريب التهذيب جـ ١ ص ٣٢١): سليمان بن أرقم ضعيف.

(٧) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف: ١ ص ٢٠٥، الباعث الحثيث، ابن كثير: ٥٢ ط ثالثة، صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١ ص ١٣٢.

وأما القياس:

حاول الجمهور قياس أحكام الأبدان على غيرها في الشهادات من وجهين:

١ - قياس الأمور غير المالية على القصاص بجامع عدم قبول شهادة النساء فيهما على الانفراد، فكما لا يقبل إثبات القصاص برجل وامرأتين فكذلك لا يقبل إثبات النكاح والطلاق وغيرهما برجل وامرأتين.

قال الماوردي: ولأن كل ما لم يكن المقصود منه المال إذا لم يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لم تقبل فيه مع الرجال كالقصاص[1].

ويعترض على هذا القياس أنه قياس مع الفارق، لأن النكاح والطلاق والوصية تثبت مع الشبهة بخلاف القصاص فإنه يسقط بالشبهة بالاتفاق.

ثم إن العلة الجامعة بينهما متوفرة ومتحققة في الأمور المالية نفسها، فلا تقبل شهادة النساء منفردات في المال، فهل نقيس المال على القصاص كذلك؟.

٢ - قياس حقوق الآدميين في غير الأموال على حقوق الله تعالى بجامع التفاوت في الدرجة الذي يتسلزم التفاوت في الإثبات، بيانه أن حقوق الله تعالى على درجات فأعلاها الزنا وإثباته بأربعة وأدناها الخمر فيثبت باثنين وكذلك حقوق الآدميين على درجات أعلاها حقوق الأبدان وأدناها حقوق الأموال، فيجب أن تكون وسيلة الإثبات في الأبدان غيرَها في الأموال[2].

وهذه العلة لا تصلح للقياس، وإلا وجب علينا أن نضع سلماً تصاعدياً أو تنازلياً في الإثبات حسب الدرجات، وان سبب التشدد في إثبات الزنا بأربعة شهود أنه يجري من اثنين فكانت الشهادة مقسمة عليهما، ولأن الزنا يجري في الستر فاحتاط به الشارع خلافاً لبقية الحدود، فظهر الفرق بين حقوق الله تعالى، ولا موجب للتفريق بين حقوق الآدميين.

وأما المعقول:

فلا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وما يتبعها، لأن الأصل عدم قبول

---

(١) الحاوي: له: ١٢ ق ١٠٧، وانظر: المهذب: ٢ ص ٣٣٤، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٠.

(٢) قال الماوردي: ولأن الحقوق ضربان حقوق الله وحقوق الآدميين فلما وقع الفرق في حقوق الله بين أعلاها وأدناها في العدد فأعلاها الزنا وأدناها الخمر وجب أن يقع الفرق في حقوق الآدميين بين أعلاها وأدناها في الجنس، وأعلاها حقوق الأبدان، وأدناها حقوق الأموال، ﴿الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ ب﴾ وانظر: تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٧ الفرق ٢٤٠.

شهادتهن لنقصان العقل واختلاط الضبط وقصور الولاية، فإنهن لا يصلحن للخلافة، ولهذا لا تقبل شهادتهن منفردات وإن كثرن، ولا مع الرجال في الحدود والقصاص، وإنما قبلت في الأموال للضرورة لكثرة وقوع التصرفات المالية، وقلة خطرها بعكس غير المال [1].

واعترض على هذا الدليل أن شهادة النساء مع الرجال حجة أصلية لا ضرورية لورود النص فيها مع الرجلين، والأصل فيها القبول لتوفر عوامل أهلية الشهادة فيها بالمشاهدة والضبط والأداء [2]، ولوجود الولاية التي تنبني على الحرية والإرث أو لوجود أهلية القبول، وهي تنبىء عن انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والأداء، لأنه بالمعاينة يحصل العلم للشاهد، وبالضبط يحصل به البقاء والدوام، وبالأداء يحصل العلم للقاضي، ولهذا تقبل روايتها في الأخبار، وكان ينبغي أن تقبل شهادتها مطلقاً كالرجال، فتكون شهادة المرأة الواحدة كشهادة الرجل، ولكن النص بخلافه فيضم أخرى إليها، ولخبر نقصان العقل والدين، وإن بقي شبهة بعد ذلك فلا تؤثر في إثبات هذه الحقوق كالمال فإنها تثبت مع الشبهة [3].

ونقصان العقل لا يشمل المشاهدة والتحمل، ولا يمس مناط التكليف، وإنما ينحصر في الأداء وخوفاً من النسيان، ولذلك فقد جبر الله تعالى هذا النقص بشهادة أخرى معها.

أدلة القول الثاني:

استدل الحنفية ومن معهم على جواز الإثبات فيما ليس بمال وفيما لا يؤول إلى مال كالنكاح والطلاق والرجعة والوكالة والوصية بالرجل والمرأتين بالكتاب والسنة والقياس والإجماع.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَين مِنْ رِجَالِكُم فإنْ لَمْ يكونا رَجُلَيْن فَرَجُل وامرأتان ممن تَرضَوْن مِن الشُهداء أنْ تَضِلَ إحْداهُما فتذكِر إحْدَاهُما الأخْرى﴾. سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

---

(١) ادعى البهوتي في(كشاف القناع ٤ ص ٢٦٩): الإجماع على ذلك.

(٢) قال الغزالي في(الوجيز: ١ ص ١٥١): أهلية الشهادة هي التكليف والحرية والإسلام و. . ومعها ثلاث صفات العدالة والمروءة والانفكاك عن التهمة.

(٣) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢٠٩، الهداية وشروحها: ٦ ص ٧ ـ٨، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٨٠، البحر الرائق: ٧ ص ٨٢.

وجه الدلالة: من وجهين:

١ ـ أن الله تعالى أقام الرجل والمرأتين مقام الرجلين في الشهادة مع وجود الشاهدين، فتقوم التسوية بينهما ما لم يرد نص خاص، ويكون الرجل والمرأتان مرادين في آية الوصية: ﴿شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَر أَحَدَكُمْ المَوْتُ حينَ الوَصية اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ المائدة ١٠٦ وفي آية الرجعة: ﴿وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ الطلاق٢، وفي حديث النكاح: «لا نِكاح إلا بولي وشاهدَي عَدْل» لوجود الاسم، فالشاهد ان أو العدلان لفظ مجمل، فجاءت النصوص وبينت أنهما رجلان أو رجل وامرأتان، فيكون ذلك بياناً للشاهدين أي بياناً لنصاب الشهادة[١].

٢ ـ قوله تعالى ﴿فَرَجُلٌ وامْرأَتَان﴾ مطلق عن نوع معين من الحقوق فيعم جميع المواضع والحقوق[٢].

واعترض على هذا الاستدلال بما يلي:

١ ـ ان معنى الآية أن المرأتين تقومان مقام الرجل في الحكم بدليل الرفع في لفظ ﴿فَرَجُلٌ وامْرأَتانِ﴾ وليس معنى الآية ان الرجل والمرأتين يقومون مقام الرجلين، وإلا لقال: «فرجلا وامرأتين» بالنصب لأنه خبر كان، ويكون التقدير فان لم يكن الشاهدان رجلين يكونا رجلاً وامرأتين، فلما رفع على الابتداء كان تقديره«فرجل وامرأتان» يقومان مقام الرجلين بحذف الخبر[٣].

والجواب عليه أن الظاهر من الآية الكريمة هو المقابلة، والتخيير قائم بين الرجلين والرجل والمرأتين، وليس بين الرجل وبين المرأتين، وعلى التسليم أن المراد قيام المرأتين مقام الرجل الآخر، أو قيام الرجل والمرأتين مقام الرجلين فالنتيجة واحدة وهي أن الرجل والمرأتين يقومون مقام الرجلين في الشهادة، وشهادة الرجلين مقبولة في النكاح والطلاق والوصية فكذلك شهادة الرجل والمرأتين، وأما حالة الإعراب والرفع فالتقدير فان لم يكونا رجلين يكونا رجلاً وامرأتين، والرفع على الابتداء يؤكد أن شهادة الرجل والمرأتين شهادة كاملة وحجة شرعية ونصاب مستقل.

---

(١) المراجع السابقة، أحكام القرآن للجصاص: ١ ص ٥٩٦، أعلام الموقعين: ١ ص ٩٤، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩١، الفروق: ٤ ص ٩٥، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٧.

(٢) جاء في تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٧: قوله تعالى: «فرجل وامرأتان، أطلق وما خص موضعاً فيهم.

(٣) الفروق: ٤ ص ٩٥.

٢ - إن الآية الكريمة في الدين وليست عامة، لأن آخر الآية مرتبطبأولها وأولها ﴿إذا تَدَايَنْتُمْ بدينٍ﴾وآخرها﴿وأَشْهِدُوا إذَا تَبَايَعْتُم﴾ فلا عموم فيها، وإذا سلمنا بالعموم فإنه مخصص بالقياس على القصاص في الا نفس والأطراف بجامع عدم قبول شهادة النساء منفردات في كل منها[1].

والجواب عنه أنا لا نسلم عدم العموم لأن السبب وإن كان خاصاً وهو المداينة فلفظ الشهادة عام، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

وأما تخصيص العموم بالقياس فغير صحيح، لأنه قياس مع الفارق، لأن القصاص يدرأ بالشبهات بخلاف أحكام الأبدان فإنها لا تدرأ بالشبهة، فشهادة النساء فيها كالشهادة على الأموال.

٣ - إن القِران في النظم القرآني الكريم بين الشاهدين من الرجال وبين شهادة الرجل والمرأتين لا يفيد القِران في الحكم، ولو سلمنا القِران في الحكم خصصناه بحديث الزهري وشبهة البذلية.

والجواب عن الاعتراض الثالث بأنا لا نسلم أن القِران في الذكر لا يستلزم القِران في الحكم، وإلا لما كان للقِران في الذكر فائدة، ولو سلمنا أن القران في الذكر لا يستلزم القِران في الحكم ففي هذه الآية يستلزمه لبيان النبي ﷺ له فقد روى البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «شهادة امرأتين تَعدِل شهادةَ رجل».

وأما تخصيص القِران بالحكم بحديث الزهري: «مضتِ السنة أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح والرجعة» فغير صحيح لأن حديث الزهري ضعيف لا يصلح مخصصاً لعموم الكتاب، وأما الجمع بين الحدود والنكاح بشبهة البدلية فغير صحيح، لأن الحدود لا تثبت مع الشبهة بخلاف النكاح والرجعة وغيرهما فتثبت معها.

وأما السنة:

فأخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والحاكم والبيهقي عن أبي سعيد، ومسلم عن ابن عمر واللفظ له عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار، فاني رأيتكن أكثر أهل النار» فقالت امرأة جَزْلة: وما لنا يا رسول الله أكثر أهل النار؟قال«تُكثِرن اللعنَ وتكفُرن العشير،وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لُبٍّ منكن،قالت يا رسول الله، وما نقصان العقل والدين؟قال:«أما نقصان العقل فشهادة

(١) تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٧، الحاوي للماوردي: ١٢ ق ١٠٧ ب.

امرأتين تعدلُ شهادة رجل فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي، وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين[1]» وفي رواية: «أليس شهادة المرأة، بنصف شهادة الرجل»؟.

وجه الدلالة :

أن الحديث الشريف جعل شهادة كل امرأتين تساوي شهادة الرجل، واللفظ مطلق، فيبقى على اطلاقه، وتبقى شهادة النساء مع الرجال في جميع الأحكام ما لم يرد نص يقيد ذلك، ولم يرد في النكاح والطلاق والرجعة وغيرها نص صحيح يقيده.

وأما القياس : فهو اثنان :

الأول : قياس أحكام الأبدان على أحكام الأموال بجامع عدم سقوطهما بالشبهة فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كما تقبل في الأموال[2].

واعترض القرافي على هذا القياس فقال : وجوابه الفرق بينهما بأن أحكام الأبدان أعظم رتبة، لأن الطلاق ونحوه لا يقبلن فيه منفردات فلا يقبلن فيه مطلقاً كالقصاص، ولأنا وجدنا النكاح آكد من الأموال لاشتراط الولاية فيه ولم يدخله الأجل والخيار والهبة[3]، وان النكاح ليس مالاً ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال غالباً، والمال يصح فيه الإبراء والإباحة[4]

والجواب على هذا الاعتراض بثلاثة أمور وهي :

١ ـ لا عبرة لهذا الفارق، فإن النساء لا يقبلن منفردات في الأموال أيضاً، فلا تقبل النساء منفردات إلا فيما لا يطلع عليه الرجال لورود النص في ذلك خاصة.

٢ ـ وأما أن النكاح آكد لاشتراط الولاية، فإن الإسلام أكد الحفاظ على الأموال والأعراض والدماء جميعاً، فقال رسول الله ﷺ : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه وماله وعرضه »[4].

---

(١) سبق تخريجه قبل عشر صفحات.

(٢) المبسوط : ١٦ ص ١١٥، أحكام القرآن، الجصاص : ١ ص ٥٩٨، فتح الباري : ٦ ص ١٩٥.

(٣) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٥٧.

(٤) الحاوي : ١٢ ق ١٠٧ ب، تهذيب الفروق : ٤ ص ١٥٧ الفرق ٢٤٠، المغنى : لأبن قدامة : ٩ ص ١٥٠.

(٤) رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه عن ابي هريرة، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٦ ص ١٢١، مختصر صحيح مسلم : ٢ ص ٢٣٣، رقم ١٧٧٥، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٢٨٩ رقم ٣٩٣٣، نشر فؤاد عبد الباقي ط الحلبي ١٣٧٣ هـ ١٩٥٣م. =

وقال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع فيما أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه والحاكم : « إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا [1] .

ووجه الدلالة واضح بتأكيد التحريم وشدته في المال والأعراض معاً ، وجعل الدفاع عن المال كالدفاع عن العرض ، ومن قُتِلَ دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون عرضه فهو شهيد .

٣ ـ وكما اشترط الشارع الولاية في النكاح لأهميته أمر باتخاذ الولي على أموال اليتامى والصغار لصيانتها وحفظها وعدم إضاعتها ، وشرع الحجر على السفيه والمبذر ، واشترط الرشدَ لتسليم المال إلى الصغار ، قال تعالى : ﴿ فإنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فادْفَعُوا إليْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ سورة النساء ، الآية ٦ ، وأما عدم جواز الأجل والخيار والهبة في النكاح لأن هذه الأمور تتنافى مع طبيعته ، والعقود في ذلك تختلف في قبول الشروط بحسب طبيعةِ كل عقد ، وكون النكاح لا يحتمل الأجل والخيار والهبة لا يقتضي التشدد في الإثبات وزيادة العدد .

الثاني : قياس شهادة النساء في الوصية والرجعة والطلاق وغيرها على الأموال والمداينات قياساً أولوياً ، لأن حضورهن في الرجعة والوصية والطلاق أيسر من حضورهن عند كتابة الديون وانشاء العقود ، ويوضح ذلك أن الله تعالى شرع في الوصية في السفر استشهاد آخرين من غير المسلمين عند الحاجة فقبوله شهادة رجل وامرأتين فيها أولى وأحرى ، ويكون الاكتفاء في آية الوصية بذكر « ذوي عدل » ارشاداً إلى أكمل النصاب وأتمه ، أو للتغليب في ذكر لفظ المذكر ، يؤيد ذلك أن الرسول ﷺ طلب من الملتقط أن يشهد شاهدين على اللقطة ، ولو جاء صاحبها وقدم رجلاً وامرأتين فيحكم له باتفاق ، ولو ذكر أوصافها دفعت له عند بعض الفقهاء ، وأن الرسول ﷺ طلب من الأشعث بن قيس ـ عندما ادعى على الحضرمي غصب الأرض ـ طلب منه شاهدين ، فقال : « شاهداك أو يمينه » ولو أحضر شاهداً وامرأتين قبل بالاتفاق أيضاً ، وذلك أنه قد ثبت في الشرع أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل بآية الدين وبنص الحديث « أليس شهادتها نصف شهادة الرجل » فأطلق ولم يقيد ، ولذلك تقوم المرأتان

= وروى البخاري عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة ، فإن فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحق الإسلام وحسابُهم على الله » (صحيح البخاري بحاشية السندي : ١ ص ٨) .

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي : ٤ ص ١١٧ ، صحيح البخاري : ٨ ص ١٩٨ ط الشعب ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٨ ص ١٨٢ ، مختصر صحيح مسلم : ١ ص ١٨٨ رقم ٧٠٧ ، سنن ابي داود : ٢ ص ٢٥١ ط ثانية =

مقام الرجل في الشهادة [1] .

الإجماع :

ثبت أن عمر وعلياً رضي الله عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة لأنها حجة أصلية ، ولم ينقل أنه أنكر عليهما منكر من الصحابة فكان إجماعاً منهم على الجواز [2] ، أخرج الجصاص قال : حدثنا عبد الباقي بن قانى قال حدثنا بشر بن موسى قال حدثنا يحيى بن عباد قال حدثنا شعبة عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح أن عمر أجاز شهادة رجل وامرأتين في نكاح ، وروى اسرائيل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه أنه قال : تجوز شهادة النساء في العقد ، وروى جرير بن حازم عن الزبير بن الخريف عن أبي لبيد أن عمر أجاز شهادة النساء في الطلاق [3] .

ويعترض عليه بأن الاجماعَ غير منعقد لوجودِ المخالف في ذلك ، ولما ورد عن عمر وعلي خلاف ذلك ، فقالا لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا في النكاح ولا الحدود ، وأن ما رواه الجصاص ضعيف لا يحتج به لأنه منقطع بين عطاء وعمرْ ، ولأن الحجاج بن أرطاة لا يحتج به [4] .

الرأي المختار :

هذا والراجح ما ذهب إليه الحنفية من القول بجواز شهادة الرجل والمرأتين على أحكام الأبدان كالأموال سواء بسواء لقوة أدلتهم وسلامتها مما اعترض به عليها ، ولتحقيق مراد الشارع في الحفاظ على الحقوق وعدم ضياعها ، لأن هذه الأمور كثيراً ما تقع في مجالس النساء ، وعلى سمعهن وتحت أبصارهن وتمارس أمام النساء باستمرار وبكثرة ، فلذلك يجوز الإثبات بشهادة الرجل والمرأتين في الابدان كالنكاح والطلاق والرجعة والعدة والنسب والوكالة والوصية والله أعلم .

= تحقيق محي الدين عبد الحميد ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ١٢٩٨ رقم ٣٩٣١ نشر فؤاد عبد الباقي ، سيرة ابن هشام : ٢ ص ٦٠٣ ط ٢ ، ١ ص ٩٣ ، مسندأحمد : ٥ ص ٣٧ ، ط أولى ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٦ ص ٣٧٥ .

(١) أعلام الموقعين : ١ ص ٩٣ ، كما قاس الحنفية النكاح والرجعة قياسات أخرى فقاسوهما على الاجارة لاشتراكهما في الانتفاع ، وقاسوا الطلاق باعتباره رافعاً لعقد سابق ، وقاسوا الطلاق على الرضاع بجامع التحريم في كل منهما ، والمقيس عليه يثبت بالرجال مع النساء ، فكذلك المقيس واعترض على هذه الأقيسة بما يوهنها ويردها . (انظر : تهذيب الفروق : ٤ ص ١٥٧) .

(٢) بدائع الصنائع ، الكاساني : ٦ ص ٢٨٠ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٢٠٩ .

(٣) أحكام القرآن ، للجصاص : ١ ص ٥٩٦ .

(٤) السنن الكبرى : ٧ ص ١٢٦ ، الطرق الحكمية : ص ١٥٢ خلافاً لما نقله في صفحة ٧٩ .

فالمرأة ساوت الرجل في مناط التكليف وتوجيه الخطاب لها ، وفيما تبتنى عليه أهلية الشهادة وهي القدرة على المشاهدة والضبط والحفظ والأداء لوجود العقل المميز المدرك للأشياء واللسان الناطق أمام الحكام ، فلا يختلف المشهود به مالاً أو طلاقاً أو وصية فمن صدق في هذا صدق في هذا ، وإذا كان الرجل مع المرأتين كالرجلين يصدقان في الأموال فكذلك صدقهما في هذا ، فإذا نسيت احدى المرأتين الشهادة وضلت عنها ذكرتها الأخرى لا فرق بين المال وغيره ، ولعل سرعة النسيان في المال والمداينات أشد منها في حوادث الطلاق والنكاح والوصية لوجود المدة والأثمان والشروط فيها [1] .

أما شهادة النساء منفردات بدون رجل فسوف نخصص لها مطلباً خاصاً لدراستها وبيان مشروعيتها وفيما تجوز فيه شهادتهن وحدهن .

* * *

---

(١) انظر كتاب الإسلام عقيدة وشريعة ، للشيخ محمود شلتوت ، وما نقله عن الامام محمد عبده : ص ٢١٢ .

المطلب الثالث
في
الإثبات بالشاهد واليمين

الإثبات بالشاهد واليمين هو أن يؤدي الشهادة أمام القاضي شاهد واحد ويتعذر على المدعي إقامة شاهد ثان لتكميل النصاب الشرعي في الشهادة فيكلفه القاضي أن يحلف على حقه ، ويقوم هذا اليمين مقام الشاهد الآخر فتكمل الشهادة الشرعية ويستحق المدعي ما ادعاه ، ويلتزم القاضي بالقضاء والحكم بالمدعى به .

مشروعيته :

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية القضاء بالشاهد واليمين على قولين :

القول الأول : أن القضاء بالشاهد واليمين مشروع وجائز .

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية والظاهرية ، ومن الصحابة أبو بكر وعمر وعلي وعثمان وأبي وجابر وزيد وأبو هريرة وابن عباس ، ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وشريح والحسن وفقهاء المدينة السبعة وعبد الله بن عتبة وأبو سلمة بن عبد الرحمن وإياس والشعبي ويحيى بن يعمر وربيعة وابن أبي ليلى وأبو الزناد [1] .

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٠٧ أ ، ١٢٤ ب ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٤٣ ، الاقناع : ٤ ص ٣٤٩ ، حاشية الباجوري : ٢ ص ٣٨٤ ، المهذب : ٢ ص ٣٣٥ ، حاشية الشرقاوي : ٢ ص ٥٠٢ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٥١ ، شرح المنهاج للمحلى : ٤ ص ٣٢٥ ، الأم : ٧ ص ٧ ، ٧٨ اختلاف الحديث للامام الشافعي : ٧ ص ٤ ، الوجيز : ٢ ص ١٥٤ . المجموع للامير : ٢ ص ٣٣٣ ، الأبواب والفصول : ق ١٥٩ أ تبصرة الحكام : ١ ص ٢١٢ ، ٢٦٨ ، مواهب الجليل : ٦ ص ١٨ ، أحكام القرآن لابن العربي : ١ ص ٢٥٣ ، القوانين الفقهية : ص ٣٠١ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٨٧ ، تفسير القرطبي : ٣ ص ٣٩٣ ، المغنى : ٩ ص ١٥٠ ، الطرق الحكمية : ص ٦٧ ، ١٣٢ ، المحلى : ٩ ص ٤٠٤ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٥ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٤ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٥ ، ٢٣٧ ، المختصر النافع : ص ٢٨٣ ، الروضة البهية : ١ ص ٢٥٦ ، الفروق : ٤ ص ٨٧ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٦٩ .

القول الثاني : أن القضاء بالشاهد واليمين غير مشروع وغير جائز .

ذهب إلى ذلك الحنفية والإباضية وبعض المالكية كيحيى بن يحيى وابنه ومن تابعهما من شيوخ الأندلس ، وبه قال بعض التابعين وأصحاب الرأي والأوزاعي والشعبي [1] والنخعي وزيد بن علي والزهري وابن شبرمة والامام يحيى والحكم به عتيبة والليث فلا يقضى عندهم بالشاهد واليمين [2] ، ولا بد من شاهد آخر ، وإلا حلف المدعى عليه .

الأدلة :

أدلة المنع : استدل القائلون بعدم مشروعية القضاء بالشاهد واليمين بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : ﴿ واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فإنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامْرأتَانِ مِمَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ سورة البقرة ٢٨٢ ، وجه الدلالة من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : أن الآية الكريمة ذكرت الإثبات بشهادة رجلين ، وشهادة رجل وامرأتين ، ولم تذكر الشاهد واليمين ، فهما زيادة على النص ، والزيادة نسخ ، ونسخ القرآن لا يجوز بخبر الواحد [3] .

واعترض على هذا الاستدلال بثلاثة أمور :

أولاً ـ أن دلالة الآية على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إنما هو بالمفهوم ، والحنفية لا يقولون به فضلاً عن مفهوم العدد [4] .

---

(١) نقل ابن قدامة في المغنى والنووي في شرح مسلم وغيرهما أن رأي الشعبي بالمنع ، ونقل الشوكاني في نيل الأوطار : ٨ ص ٣٩٥ ، أن الشعبي يقول بالقضاء بالشاهد واليمين نقلاً عن البحر ، والله أعلم .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٥ ، القول المرتضى : ق ٥٨ ب مخطوط نمرة ٧٢ فقه مالك ، القوانين الفقهية : ص ٣٠١ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٦٨ ، ٤٢٢ ، المغنى : ٩ ص ١٥٢ ، شرح صحيح مسلم : ١٢ ص ٤ ، شرح النيل ، أطفيش : ٦ ص ٥٨٩ .

(٣) الفروق : ٤ ص ٨٨ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٤ ب ، المغنى : ٩ ص ١٥٢ ، مقارنة المذاهب ، شلتوت والسايس : ص ١٢٨ ، شرح معاني الآثار : ٤ ص ١٤٧ .

(٤) قال الازميري : اعلم أن الشافعية قسموا دلالة اللفظ إلى منطوق ومفهوم ، وقالوا في دلالة المنطوق ما دل عليه اللفظ في محل النطق وجعلوا ما سميناه عبارة واشارة واقتضاء من هذا القبيل . وقالوا دلالة المفهوم ما دل عليه اللفظ لا في محل النطق ، ثم قسموا المفهوم الى مفهوم موافقة وهو ان يكون المسكوت عنه موافقاً في الحكم للمنطوق به ، ويسمونه فحوى الخطاب ولحن الخطاب ، وهو الذي سميناه بدلالة النص كما في قوله تعالى « فلا تقل لهما أف » وإلى مفهوم =

ثانياً ـ أن قولهم « إن الزيادة نسخ ، وأخبار الآحاد لا تنسخ المتواتر » مردود ، لأن النسخ رفع الحكم ، ولا رفع هنا ، لأن الذي يثبت بالسنة حكم سكت عنه الكتاب ، فبينته السنة [1] .

كما يشترط في النسخ أن يرد الناسخ والمنسوخ على محل واحد ، وهذا لا يتحقق في الزيادة على النص ، قال الشوكاني : فتسمية الزيادة نسخاً اصطلاح ، ولا يلزم منه نسخ الكتاب بالسنة ، مع أن الاصوليين متفقون على تخصيص الكتاب بالسنة ، والزيادة عليه بها [2] ، وقد اتفق المسلمون على قبول كثير من الأحكام التي جاءت بها السنة زائدة على نص القرآن الكريم ، مثل الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها ، وشهادة النساء وحدهن .

وأخذ الحنفية أيضاً بأحكام مشابهة من السنة كالوضوء بالنبيذ ، والوضوء من القهقهة ومن القي ء وترك قطع من سرق ما يسرع إليه الفساد ، وشهادة المرأة الواحدة في الولادة ، وشهادة القابلة وحدها ، ولاقود إلا بالسيف ، ولا جمعة إلا في مصر جامع ، ولا تقطع الأيدي في الغزو ، ولا يرث الكافر المسلم ، ولا يؤكل الطافي من السمك وحرمة كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير ، ولا يقتل الوالد بالولد ، ولا يرث القاتل من القتيل .

ودفع الحنفية بأن الأحاديث الواردة في هذه المواضع السابقة أحاديث مشهورة فيعمل بها لشهرتها .

والجواب عن الدفع بأن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين رواها عن رسول الله ﷺ نيف وعشرون صحابياً ، فهو حديث مشهور ، وإذا جاءت السنة الصحيحة بحكم سكت عنه القرآن الكريم فيجب قبوله ، والسنة الصحيحة لا تخالف القرآن فلا مكان للنسخ [3] .

ثالثاً ـ أن الآية الكريمة وردت في التحمل والتوثيق الممهد للاثبات ، ولذلك جاءت

مخالفة وهو أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق به في الحكم ويسمونه دليل الخطاب وهو المعبر عنه عندنا بتخصيص الشي ء بالذكر ، (انظر : تسهيل الوصول الى علم الأصول ، المحلاوي : ص ١٠٨ ، ١١٢ ، مختصر ابن الحاجب : ص ١٥٢ ، جمع الجوامع وحاشية العطار : ١ ص ٣٠٦) .

(١) النسخ في اللغة الازالة وفي الاصطلاح رفع حكم شرعي بدليل شرعي متراخ عنه ، (انظر : تسهيل الوصول : ص ١٢٨ ، جمع الجوامع وحاشية العطار : ٢ ص ١٠٧ ، المستصفى للغزالي : ١ ص ١٠٧) .

(٢) نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٥ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٥ ب ، المغنى : ٩ ص ١٥٢ ، مختصر ابن الحاجب : ص ١٣٣ ، جمع الجوامع : ٢ ص ٦٣ ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ، محب الله بن عبد الشكور : ١ ص ٣٤٩ على هامش المستصفى .

(٣) نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٥ .

بالوسائل التي توثق الحق وتضبطه لتكون وسيلة لاثباته عند التنازع ، والشاهد واليمين لا يصلح أن يكون طريقاً من طرق التوثيق وتحمل الشهادة ، ولذلك لم يذكر في الآية .

الوجه الثاني في الاستدلال: أن الآيات جاءت بالعدد ووصف العدالة « شَهِيدَيْنِ » « مِمَّنْ تَرْضَوْنَ » « ذَوَا عَدْلٍ » « ذَوَيْ عَدْلٍ » وكما لا يجوز اسقاط العدالة ، فلا يجوز اسقاط العدد .

ويعترض عليه بأنه لا تلازم بين العدد والعدالة ، ثم إن القضاء بالشاهد واليمين ليس فيه اسقاط للعدد ، بل يؤكد ضرورة العدد ومشروعيته ، واليمين قائم مقام الشاهد الثاني ، ثم إن الحنفية يجيزون شهادة الفاسق ، وبذلك فقد اسقطوا العدالة والتلازم بأنفسهم .

الوجه الثالث : أجاز الله تعالى شهادة النساء مع الرجال ، وأوجب فيها للاحتياط شهادة اثنتين لتذكر احداهما الأخرى ، ولو أجيز الشاهد واليمين لما وجد حاجة للاثنتين والتذكير .

ويعترض عليه بأن التذكير من احداهما عند قيام الشهادة من الشاهد والمرأتين ، فإذا لم يوجد امرأتان فيقبل الشاهد ويمين المدعي بالسنة الصحيحة ، واليمين لو انفردت لحلت محل البينة في الأداء والاستحقاق ، فكذلك حلت اليمين محل المرأتين في الاستحقاق بها مضافة إلى الشاهد الواحد [1] .

والخلاصة في هذا الدليل أنه لا حجة في الآية على منع الشاهد واليمين وأن الأخذ بهما لا يعارض القرآن ولا يخالف ظاهره ، وهو حكم الله تعالى على لسان رسوله ﷺ ، قال تعالى : ﴿ وما آتَاكُمْ الرَّسُولُ فخُذُوهُ ، وما نَهَاكُمْ عَنْه فانْتَهُوا ﴾ سورة الحشر الآية ٧ .

قال الشافعي رحمه الله تعالى : « القضاء بشاهد ويمين لا يخالف ظاهر القرآن ، لأنه لا يمنع أن يجوز أقل مما نص عليه » [2] .

فالقضاء بشاهد ويمين موافق لكتاب الله ، والنص على الشيء لا يلزم نفيه عما عداه ، وليس في الآية نفي الحكم بشاهد ويمين [3] .

وأما السنة :

فاستدلوا بعدة أحاديث نذكر اثنين منها :

---

(١) نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٥ ، الطرق الحكمية : ص ١٣٦ .
(٢) الام ، له : ٧ ص ٧٩ ، وانظر موطأ الامام مالك : ص ٤٥١ ص الشعب .
(٣) أعلام الموقعين : ١ ص ٩٢ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٦ ، الطرق الحكمية : ٧٢ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٧٥ ، قارن ما جاء في التوضيح والتلويح : ٣ ص ١٩٦ ـ ١٩٨ .

١ ـ أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وأحمد والبيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » وفي رواية البيهقي : « ولكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » (١) .

وجه الدلالة : أن الألف واللام في البينة للجنس حيث لم يسبقها معهود ، والبينة هي الشهادة ، وكذلك الألف واللام في اليمين ، فالحديث الشريف جعل جنس البينة على المدعي ، وجعل جنس اليمين على المدعى عليه ، وفرق بينهما ، لأن المبتدأ محصور في خبره ، وهذا للتقسيم ، والقسمة تنافي الشركة ، فلا تقبل البينات من المدعى عليه ، وكذلك لا تقبل اليمين من المدعي ، فالبينة لاثبات الدعوى ، واليمين لانكارها .

والشاهد واليمين جمع بينهما ، وهو مخالف لنص الحديث في القسمة والاختصاص ، وكذلك فإن أول الحديث « لو يعطى الناس بدعواهم » يستدل منه منع الحكم بمجرد الدعوى ، وهذا يبطل اليمين والشاهد ، لأن اليمين والدعوى من المدعي ، فلو استحق بيمينه كان مستحقاً بدعواه (٢) .

واعترض على هذا الاستدلال بستة وجوه .

الأول : أن الحكمة في جعل البينة على المدعي واليمين على المنكر هي أن جانب المدعى ضعيف ، فكلف الحجة القوية ، وهي البينة ، فإذا شهد له شاهد فقد قوي جانبه على جانب المدعى عليه المتمسك بالبراءة الأصلية ، واليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين (٣) .

الثاني : إذا سلمنا بكون اليمين على المدعى عليه فقط بالحديث فإن اليمين التي على المدعى عليه هي اليمين التي تدفع عنه دعوى المدعي فهي يمين دافعة ، وهذه اليمين لا نُحوِّلُها الى المدعي ، فاليمين مع الشاهد من نوع آخر وهي اليمين الجالبة ، وقد ثبتت بالسنة

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٣٤ ، ولفظ أبي داود : ٢ ص ٢٧٩ ط الحلبي ، قضى باليمين على المدعى عليه ، وفي رواية للترمذي بسند ضعيف البينة المدعى واليمين على المدعى عليه ، تحفة الاحوذي : ٤ ص ٥٧١ .

(٢) شرح معاني الآثار : ٤ ص ١٤٨ ، المبسوط : ١٧ ص ٣٠ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٣٩٤ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٠٤ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٥ ، مقارنة المذاهب في الفقه : ص ١٢٨ ، قرة عيون الأخبار ، تكملة رد المحتار : ٧ ص ٤٣٤ ، تكملة فتح القدير : ٦ ص ١٥٥ .

(٣) بحثنا هذه الفكرة بتوسع في فصل عبء الاثبات في الباب الثاني .

عن النبي ﷺ ، فاليمين الأولى للنفي ، والثانية للإثبات ، واليمين الأولى حجة كاملة ، والثانية جزء من الحجة تضاف إلى الشاهد فتدعمه وتؤكده (١) .

الثالث : ان منع الجمع بين الشاهد واليمين مأخوذ من مفهوم المخالفة للحديث السابق ، والحنفية لا يقولون به ، مع أنه ثابت صراحة وبالنص عن النبي ﷺ عن طريق عدد كبير من الصحابة .

الرابع : نص الحديث الشريف « البينة على المدعي » والبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره كالشاهدين والشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ، ولذلك فإن الشاهد واليمين داخلان تحت اسم البينة لثبوتها في السنة ، وهذا يؤكد أن الحصر ليس مراداً في الحديث ، واليمين تكون من المدعي في حالات متفق عليها ـ وان سمى مدعى عليه مجازاً ـ كالوديع في دعوى الرد والتلف والأمين في الامانة والحفظ ، ومن البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة (٢) .

الخامس : القول بأن المدعي استحق بدعواه ويمينه وأنه مخالف للحديث قول مردود ، لأن القضاء تم بالشاهد واليمين معاً وليس باليمين فقط ، وإن قال بعض الفقهاء الحجة هي اليمين فقط باعتبارها كاليمين المردودة ، وقال بعضهم إن القضاء بالشاهد فقط ، واليمين مؤكدة كما سنرى تفصيله في حقيقة الحكم بهما (٣) .

السادس : ان احاديث القضاء بالشاهد واليمين أصح وأصرح وأشهر من رواية البيهقي التي لم يروها أحد من أصحاب الكتب الستة ، ولو كانت في درجتها في الصحة فيجب الجمع بينهما ، وهذه الرواية عامة ، وحديث الشاهد واليمين خاص ، فيقدم الخاص على العام (٤) .

٢ ـ أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن الأشعث بن قيس قال : كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر ، فاختصمنا الى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : «شاهدك أو يمينه » قلت : إنه إذا يحلف ولا يبالي ، فقال رسول الله ﷺ : من حلف على يمين يستحق بها مالاً ، وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان ، فأنزل الله تصديق ذلك : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ

---

(١) الفروق : ٤ ص ٨٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٥ ب .

(٢) المغنى : ٩ ص ١٥٢ ـ ١٥٣ .

(٣) تحفة المحتاج : ١٠ ص ٢٥٢ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٧١ ، الطرق الحكمية : ص ٧٦ ، ١٣٨ ، أحكام القرآن ، لابن العربي : ١ ص ٢٥٣ .

(٤) الطرق الحكمية : ص ٧٥ ، الفروق : ٤ ص ٨٨ ، ٨٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٤ ، ق ١٢٥ ب ، أعلام الموقعين : ١ ص ١٠٢ ، الفقه المقارن ، حسن أحمد الخطيب : ص ٣٦٦ .

بِعَهْدِ اللهِ وأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً» إلى قوله «لَهَمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ (١) .

وجه الدلالة : استدل الحنفية بهذا الحديث على منع الشاهد واليمين كاستدلالهم بالحديث السابق ، فقد خير الرسول الكريم المدعي بين تقديم الشهادة ، فيقضى له بها ، أو قبول يمين المدعى عليه وانهاء النزاع ، وأن المدعي لا يستحق شيئاً بغير شاهدين ، وأن التخيير بين أمرين فلا يزاد عليهما ، ولا يجمع بينهما ، والشاهد واليمين زيادة وجمع في آن واحد ، وهو يخالف ظاهر الحديث (٢) .

واعترض على هذا الاستدلال بثلاثة وجوه :

الأول : أن منع الحكم بشاهد ويمين عمل بالمفهوم ، والحنفية لا يقولون به كما سبق .

الثاني : أن كلمة « شاهداك » لا تقتصر على الشاهدين الرجلين بل تشمل الشاهد والمرأتين ، الذي احتج به الحنفية في شهادة الرجل والمرأتين ، وكذلك تشمل الشاهد واليمين ، لأنه لا حصر فيها ، ويؤكد هذا المعنى أن الرواية الأخرى للحديث جاءت بلفظ « بينتك أو ألك بينة» وهذه الرواية تفسر الرواية الأولى وأنها ليست مقصورة على الشاهدين .

الثالث : وإذا سلمنا أن الشاهد واليمين لا يدخل في لفظ « شاهداك » وأنها زائدة عليه ، فإن الزيادة ليست بالرأي والاجتهاد ، وإنما بنص الأحاديث الثابتة عن الرسول ﷺ ، وعلى فرض التعارض ، فيقدم المنطوق في أحاديث الشاهد واليمين على المفهوم في حديث « شاهداك أو يمينه » .

المعقول :

استدل الحنفية ومن معهم على منع القضاء بالشاهد واليمين بالمعقول فقالوا : إن اليمين تقوم مقام الشاهد الثاني ، ولو كان كذلك لجاز تقديمه كأحد الشاهدين على الآخر ، ولكن لا يجوز تقديمه ، فلا يصح أن يكون قائماً مقامه (٣) .

واعترض عليه بأن الشاهدين متساويان ، فلا مزية لأحدهما على الآخر في التقديم والتأخير ، وأما اليمين فإنما تدخل في القضاء لتقوية جانب الشاهد ، وأنها لا تساوي الشاهد

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٤١ .

(٢) شرح معاني الآثار : ٤ ص ١٤٨ ، مقارنة المذاهب : ص ١٢٨ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٤ ب ، الفروق : ٤ ص ٨٨ .

(٣) تكلمة فتح القدير : ٦ ص ١٥٦ .

الثاني من كل وجه ، وفي قول ضعيف عند الحنابلة يجوز تقديم اليمين لعدم الرواية بالمنع [1] .

كما أن اليمين تعتبر وسيلة احتياطية في الاثبات فلا نلجأ إليها إلا عند فقدان الشاهد الثاني ، وهذا لا يتحقق إلا بعد أداء الشاهد الأول شهادته ، والعجز عن احضار شاهد آخر ، فيطلب القاضي اليمين من المدعي ، كما أن الحاكم لا يستطيع التنبؤ بمضمون شهادة الشاهد الأول ، وهل هي لمصلحة المدعي أم لا ؟ وهل هي منتجة في الدعوى وتطابقها في المحل أم لا ؟ وهذا كله يعرفه القاضي بعد أداء الشاهد الأول شهادته .

قال الشوكاني في هذا الاستدلال : وهذا معارضة للنص بالرأي وهو لا يعتدبه [2] .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور القائلون بمشروعية القضاء بالشاهد واليمين بالسنة والإجماع .

أما السنة : فقد وردت أحاديث كثيرة نذكر أهمها :

١ ـ أخرج مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجه والنسائي والشافعي عن سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ : « قضى بيمين مع الشاهد » [3] .

وجه الدلالة : أن الحديث نص في جواز القضاء بالشاهد واليمين ، فلو كان لا يجوز القضاء بالشاهد واليمين لما صح للنبي ﷺ أن يقضي بهما ، لكنه قضى بهما فدل ذلك على مشروعيته .

درجة الحديث : وهذا الحديث صحيح يجوز الاحتجاج به ، وقال فيه الشافعي : وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره ، مع أن معه غيره مما يشده ، وقال النسائي : إسناده جيد ، وقال البزار : في الباب أحاديث حسان أصححها حديث ابن عباس ،

---

(١) الفروق : ٤ ص ٨٩ ، الطرق الحكمية : ص ١٤٠ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٧٠ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٤ ، المختصر النافع : ص ٢٨٣ ، من طرق الاثبات ، الدكتور احمد عبد المنعم البهي : ص ٢٥ ، الطرق الحكمية : ص ١٤٠ .

(٢) نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٥ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ ص ٣ ، سنن أبي داود : ٣ ص ٤١٩ ، تحقيق محي الدين عبد الحميد ط ٢ ، سنن النسائي : ٢ ص ٢٧٧ ط . الحلبي ، الأم للشافعي : ٦ ص ٢٧٣ ، بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ، الساعاتي : ٢ ص ٢٣٤ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٢ ، سبل السلام : ٤ ص ١٣١ .

وقال ابن عبد البر : لا مطعن لأحد في إثباته (١) .

واعترض على هذا الحديث بأن هذا الحديث ضعيف لسببين :

الأول : لأن في سنده سيف بن سليمان وهو ضعيف .

الثاني : منقطع ، لأن عمر وبن دينار لم يكن رأى ابن عباس ، وأعل الطحاوي هذا الحديث فقال : (انه لا يعلم قيساً يحدث عن عمروبن دينار) وطعن في الحديث يحيى بن معين وقال : انه لم يصح عن النبي ﷺ (٢) .

والجواب عن هذا الاعتراض بما يلي : ـ

١ ـ إننا لا نسلم بضعف الحديث، لأن سيف بن سليمان من رجال الصحيح فأخرج له مسلم نفس هذا الحديث، ووثقه يحيى بن سعيد، قال علي بن المديني : سألت يحيى بن سعيد عن سيف بن سليمان فقال : هو عندنا ممن يصدق ويحفظ، كان ثبتاً، وقال أبو عبد الله الحاكم : شيخنا ابو زكريا لم يطلق هذا القول على حديث سيف بن سليمان عن قيس عن عمرو ابن دينار عن ابن عباس، ويقوي هذه الرواية ما رواه أبو داود من طريق آخر عن عبد الرزاق أخبرنا محمد بن مسلم عن عمرو(٣).

٢ ـ على فرض التسليم بضعف السند السابق فالحديث له سند آخر عن طريق مسلم بن خالد الزنجي عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس، وتابعه على هذه الرواية أيضاً عبد الرزاق وأبو حذيفة كلاهما عن محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو عن ابن عباس (٤) فهذا طريق آخر وسند ثان بين عمرو بن دينار وبين ابن عباس فهو يعضد السند الأول، وعلى فرض صحة الاعتراض بأن الحديث منقطع، وهو فرض باطل لأن الإمام مسلماً رضي الله عنه أخرج هذا

---

(١) قال الخطابي : يريد أنه قضى للمدعى بيمينه مع شاهد واحد كأنه أقام اليمين مقام شاهد آخر فصار كالشاهدين ، (معالم السنن : ٥ ص ٢٢٥) ، وانظر : بدائع المنن : ٢ ص ٢٣٤ ، شرح النووي على مسلم : ١٢ ص ٤ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٣ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤٠١ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٦٧ .

(٢) شرح معاني الآثار ، الطحاوي : ٤ ص ١٤٥ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٥ ، الدر المختار : ٥ ص ٥٤٩ ، قرة الأخيار : ٧ ص ٤٣٥ ، تكملة فتح القدير : ٦ ص ١٥٥ ، مختصر الطحاوي في الفقه : ص ٩٧ ، ٣٣٣ .

(٣) سنن أبي داود: ٣ ص ٤١٩ ط ٢ تحقيق محي الدين عبد الحميد، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٧ ط الحلبي، السنن الكبرى جـ ١٠ ص ١٦٧ ـ ١٦٨، تفسير القرطبي ٣ ص ٢٩٣ .

قال ابن حجر في تقريب التهذيب: سيف بن سليمان المخزومي المكي ثقة ثبت رمي بالقدر سكن البصرة أخيراً ومات بعد سنة ١٥٠ روي له البخاري، ومسلم، وأبو داود، والنسائي وابن ماجه، (تقريب التهذيب: ١ ص ٣٤٤ رقم ٦٣١).

(٤) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٧ ط الحلبي، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٦٨، الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ أ.

الحديث بالسند الأول وهو «حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ومحمد بن عبد الله بن نمير قالا حدثنا زيد وهو ابن حباب حدثني سيف بن سليمان أخبرني قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس » واخراج مسلم له بهذا السند دليل على عدم انقطاعه.

٣ ـ والجواب عن قول الطحاوي أنه «لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار» أن قوله ليس بحجة، والحجة فيمن عرف وحدث، ومن يعلم حجة على من لم يعلم، وقد بين البيهقي أن قيساً يحدث عن عمرو في حديث «وقص الناقة» وهو من وقصته ناقته وهو محرم [١].

٢ ـ الحديث الثاني: أخرج أحمد والترمذي وابن ماجه عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد[٢].

وجه الدلالة: أن الحديث صريح ونص في القضاء بالشاهد واليمين وأنه مشروع.

درجة الحديث: وحديث جابر أخرجه البيهقي أيضاً من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر، وقال الترمذي رواه الثوري وغيره عن جعفر عن أبيه مرسلاً وهو أصح، وقيل: عن أبيه عن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه، وحديث جابر رواه الشافعي[٣].

الحديث الثالث: أخرج أحمد والدارقطني والبيهقي ومالك والشافعي، عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه:

«أن رسول الله ﷺ قضى بشهادة شاهدوا حد، ويمين صاحب الحق، وذكره الترمذي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي رضي الله عنه، وأنه قضى به في العراق»[٤].

---

(١) الوَقَص بفتحتين وقد تسكن القاف ما بين الفريضتين من نصاب الزكاة مما لا شيء فيه، وقد وقصت الناقة براكبها وقصاً من باب وعد رمت به فدقت عنقه، فالعنق موقوصة، وفي حديث عن علي رضي الله عنه أنه قضى في القارصة والقامصه والواقصة بالدية أثلاثاً، يقال هن ثلاث جَوارٍ كُنَّ يلعبن فتراكبن فقرصت السفلى الوسطى فقمصت أي وثبت فسقطت العليا فوقصت عنقها واندقت فجعل ثلثي دية العليا على السفلى والوسطى وأسقط ثلثها لأنها أعانت على نفسها. (انظر: المصباح المنير: ٢ ص ٩٢١، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣).

(٢) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٢، ٢٩٣، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٧٣.

(٣) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣، المحلى، لابن حزم: ٩ ص ٤٠٤، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٦٩، جامع الترمذي: ٤ ص ٥٧٣.

(٤) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٧٣، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٢، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٠، المحلى: ٩ ص ٤٠٤، بدائع المنن: ٢ ص ٢٣٥، الأم، الإمام الشافعي: ٧ ص ٧٨، المغني: ٩ ص ١٥١، الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ أ، الموطأ: ص ٤٤٩ ط الشعب، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٦٩.

وجه الدلالة: أن الحديث نص صريح في مشروعية القضاء بشاهد واحد ويمين صاحب الحق.

واعترض على هذا الحديث بأنه مرسل، ولم يذكر فيه علي، وأن البيهقي رواه عن إبراهيم بن أبي هنيد عن جعفر عن أبيه عن جابر، وإبراهيم ضعيف جداً كما قال ابن عدي وابن حبان في ترجمته، وأن البيهقي أخطأ فيه فذكر فيه جابراً، وإنما هو عن جعفر عن أبيه عن النبي ﷺ، قال ابن عبد البر: مرسل في الموطأ[1].

وأجيب عن هذا الاعتراض بما يلي: ـ

١ ـ الحديث ليس مرسلاً، لأن المرسل هو أن يقول التابعي: قال رسول الله كذا، وإذا ورد مرسلاً من طريق أو رواية فقد ورد مسنداً في رواية أخرى، وعلى التسليم بأنه مرسل، فالحديث المرسل حجة عند الجمهور، كما أنه حجة عند الشافعية إذا عضدته رواية أخرى أو سند آخر أو عمل صحابي، وقد وجدت هذه المؤيدات كلها[2].

٢ ـ إذا سلمنا بثبوت ضعف هذا الحديث فإنه لا يؤثر على الأحاديث السابقة، ورواية الصحاح والثقات لا تُعَلُّ برواية الضعفاء، وقد رواه البيهقي نفسه من طريق آخر فقال: حدثنا عبد العزيز بن الماجشون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ، وقضى به علي رضي الله عنه بالعراق[3].

الحديث الرابع: أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه والشافعي: عن ربيعة عن سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ: «قضى باليمين مع الشاهد»[4].

وجه الدلالة: أن الحديث واضح وصريح في دلالته على مشروعية القضاء بالشاهد

---

(١) الجوهر النقي، ابن التركماني: ١٠ ص ١٧٠ على هامش السنن الكبرى، الموطأ ص ٤٤٩ ط الشعب، تحقيق فؤاد عبد الباقي.

(٢) الباعث الحثيث: ص ٥٣، تدريب الراوي: ١ ص ٩٨. وقال بعض علماء المصطلح بمرسل الصحابي مثل قول الصحابي: كنا نفعل كذا، أو فعلنا كذا، أو فعل رسول الله ﷺ كذا، وهذا له حكم المرفوع، ومثله قول الصحابي: قضي رسول الله ﷺ بكذا «انظر مختصر ابن الحاجب: ص ٨٣، والباعث الحثيث: ص ٥٢».

(٣) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٠.

(٤) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٧ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٧٢، بدائع المنن: ٢ ص ٢٣٥، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٥، سبل السلام: ٤ ص ١٣١.

واليمين.

واعترض على هذا الحديث أن سهيلاً أنكر أنه حدث به ربيعة، ومثل هذا الحديث لا يثبت به شريعة مع إنكار من روى عنه إياه وفقد معرفته به[1].

وأجيب عنه كما قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري أن هذا الحديث: رجاله مدنيون ثقات، ولا يضر أن سهيلَ بنَ أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه كان بعد ذلك يروي عن ربيعة عن نفسه، ولا يؤثر في صحة الحديث إلا الإنكار الجازم، كما أن نسيان الراوي لا يمنع من قبول حديثه قبل نسيانه، وليس النسيان أكثر من الموت الذي لا يرد به الحديث، ويؤكد عدم تأثير النسيان في هذا الحديث أن سهيلاً حدث به عن ربيعة عن نفسه، ورواه غير ربيعة عن سهيل وهو محمد بن عبد الرحمن وهو مدني ثقة أنه سمع سهيلاً. . .، وروى هذا الحديث ابن المبارك عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة، فكان مروياً من طريقين ثابتين[2]، كما رواه البيهقي من حديث المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة، ونقل أحمد أن حديث الأعرج ليس في الباب أصح منه، زاد فيه عبد العزيز الدراوردي: فذكرت ذلك لسهيل، فقال: أخبرني ربيعة وهو عندي ثقة أني حدثته إياه ولا أحفظه، قال عبد العزيز: وكان أصاب سهيلاً علة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه، فكان سهيل يحدث بعد ذلك عن ربيعة عن نفسه. وهذه القصة ذكرها الشافعي عن الدراوردي عن سهيل، وذكرها الدارقطني وأبو داود والخطيب في كتاب «من حدّث فنسي» وروى هذا الحديث الحاكم والبيهقي من طرق[3]، رواه ابن حبان وصححه، وقال ابن أبي حاتم عن أبيه: هو صحيح[4].

الحديث الخامس: أخرج ابن ماجه عن سرّق:

أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة الرجل ويمين الطالب[5].

---

(١) تكلمة فتح القدير: ٦ ص ١٥٥، شرح معاني الآثار، الطحاوي: ٤ ص ١٤٥.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ أ، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٦٩، تهذيب سنن أبي داود، ابن القيم: ٥ ص ٢٢٧.

(٣) السنن الكبرى: ١٠ ص ١٦٨، الأم، الإمام الشافعي: ٦ ص ٢٧٤، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣، سنن أبي داود: ٢ ط الحلبي، بدائع المنن: ٢ ص ٢٧٧ ط

(٤) الأم: ٦ ص ٢٧٤، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٥، شرح الكوكب المنير ٢ ص ٤٥٨.

(٥) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٩٣.

وجه الدلالة: هذا الحديث نص صريح في جواز الإثبات بشاهد ويمين المدعي، وهو يؤكد ويوضح ويبين ويفسر الأحاديث السابقة.

الحديث السادس: أخرج أبو داود والبيهقي والطبراني عن الزبيب بن ثعلبة في قصة ذكرها وفيها أنه قال له ﷺ: هل لك بينة أنكم أسلمتم قبل أن تؤخذوا في هذه الأيام؟ قلت: نعم، قال: من بينتك؟ قلت: سمرة رجل من بني العنبر ورجل آخر سماه له، فشهد له الرجل، وأبى سمرة أن يشهد فقال نبي الله ﷺ: «قد أبى أن يشهد لك، فتحلف مع شاهدك الآخر؟ «قلت: نعم، فاستحلفني، فحلفت بالله: لقد أسلمنا يوم كذا وكذا، وخَضْرَ منا آذان النَّعم، فقال نبي الله ﷺ: « إذهبوا فقاسموهم أنصاف الأموال. . . إلى تمام القصة.[1].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ عمل بالشاهد واليمين، فلو لم يجز القضاء بهما لما صح أن يعمل.

فهذه الأحاديث الصحيحة وغيرها تدل دلالة صريحة على مشروعية القضاء بالشاهد واليمين، وأنها حجة في الدعوى، عند عدم الشاهد الآخر، كما أخرج الشافعي عن مسلم ابن خالد عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ قال في الشهادة: فإن جاء بشاهد أحلف مع شاهده[2].

الاعتراض على الاستدلال بالسنة:

اعترض المانعون على استدلال الجمهور بهذه الأحاديث عامة من ناحيتين:

الأولى: عدم صحة هذه الأحاديث فقد طعن فيها يحيى بن معين، وقال: لم يصح عن رسول الله ﷺ القضاء بشاهد ويمين، وكذا روي عن الزهري لما سئل عن اليمين مع الشاهد أنه قال: بدعة وأول من قضى بهما معاوية رضي الله عنه، وكذا ذكر ابن جريج عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: كان القضاء الأول لا يقبل إلا بشاهدين وأول من قضي باليمين مع الشاهد عبد الملك بن مروان، وقالوا إن حديث الشاهد واليمين ورد مورد الآحاد مخالفا للحديث

---

(١) سنن أبي داود: ٣ ص ٢٢٠ رقم ٣٦١٢، تحقيق محي الدين عبد الحميد، ط ٢، وانظر: ج ٢ ص ٢٧٨ ط الحلبي، مجمع الزوائد: ٤ ص ٢٠٣، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٢.

قال أبو عمر بن عبد البرعن هذا الحديث: «إنه حديث حسن» (انظر: مجمع الزوائد: ٤ ص ٢٠٣، الطرق الحكمية: ص ٦٨ هامش)، وقال الخطابي: (في معالم السنن: ٥ ص ٢٣٠): إسناده ليس بذلك.

(٢) الأم، له: ٦ ص ٢٧٤.

المشهور: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فلا يقبل[1].

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن أحاديث القضاء بشاهد ويمين رُويت من طرق كثيرة، وبعضها لا مطعن فيه، ورواها نيف وعشرون صحابياً منهم: عمر وعلي وابن عباس وأبو هريرة وجابر بن عبد الله وعبد الله بن عمرو وأبيّ وزيد بن ثابت وسعد بن عبادة وعمارة بن حزم وسُرَّق وعبد الله بن عمر وأبو سعيد الخدري وزيد بن ثعلبة وعامر بن ربيعة والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك، فكان هذا الحديث من أشهر الأحاديث وأثبتها، وهذا يدفع الأقاويل السابقة بأنه بدعة، ويرد قول يحيى بن معين بعدم الصحة، وقد أخرج هذه الأحاديث الإمام مسلم والإمام مالك والإمام الشافعي وأبو داود وهم أعلم بالحديث وصحته من يحيى بن معين[2].

وأما القول بأنه بدعة فهو إطلاق القول على غاربه، واضطراب في نسبة البدعة مرة إلى سيدنا معاوية وتارة إلى عبد الملك بن مروان، وهذه الأقوال من التابعين الذين يتوقف في أحاديثهم المرسلة، فكيف بما يخالف العدد السابق من الصحابة والأئمة، وقد أثبت الشافعي رحمه الله أن الزهري قضى بهما حين ولي القضاء، والإثبات الموافق للجماعة أولى من النفي المخالف لهم[3].

وإذا ثبت ضعف رواية من الروايات، فهذا لا يؤثر على الروايات الصحيحة، ورواية الثقات لا تُعَلُّ برواية الضعفاء، كما يقول البيهقي رحمه الله[4].

الناحية الثانية: كما اعترض الحنفية على أحاديث الجمهور من جهة المعنى، وحاولوا تأويلها بأمور منها:

الأول: هذه الأحاديث تحتمل أن يكون المعنى فيها: قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما، وهذا كما يقال: ركب زيد الفرس والجمل والمراد على التعاقب، ولئن سلم أنه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعي،

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٥، الدر المختار: ٥ ص ٥٤٩، قرة عيون الأخيار: ٧ ص ٤٣٥، شرح معاني الآثار: ٤ ص ١٤٥، ١٤٨، تكلمة فتح القدير: ٦ ص ١٥٥ حاشية الجرجاني على التوضيح: ٣ ص ٧٣.

(٢) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٤، مجمع الزوائد: ٤ ص ٢٠٢، نصب الراية: ٤ ص١٠١، ، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٠، الطرق الحكيمة: ص ١٣٣، الحاوي: ١٢ ق ١٢٥أ، تهذيب سنن أبي داود، لابن قيم الجوزية: ٥ ص ٢٢٦.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ ب.

(٤) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٣.

وإنما هو شاهد المدعي ويمين المدعى عليه [1].

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الروايات الكثيرة التي جاء بها الحديث الشريف تفسر بعضها بعضاً، فقد صرح بعضها بلفظ «قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق»، وحديث سُرّق« أجاز شهادة الرجل ويمين الطالب» وحديث الزبيب «أتحلف مع شاهدك» كما أن المعية في حديث ابن عباس وجعفر وأبي هريرة تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة، لا من متضادين، وهذا من مسلمات اللغة العربية، كما أن الحديث علق القضاء بهما، فلا صحة للتأويل بأن القضاء بشاهد المدعي ويمين المدعي عليه، لأن الشاهد الواحد لا يؤثر في الحكم، ولا ينسب الحكم إليه، فوجوده وعدمه سواء ولا حاجة لتعليق الحكم به[2].

الثاني: يحتمل أن يكون الحكم بشاهد ويمين فيمن اشترى جارية وادعى عيباً في موضع لا يجوز النظر إليه إلا لعذر، فتقبل شهادة الشاهد الواحد في وجود العيب، ويستحلف المشتري مع ذلك بالله ما رضي به، فيكون قد قضى بالرد على البائع بشهادة شاهد مع يمين الطالب وهو المشتري[3].

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن هذه الصورة نادرة ولا يحل حمل الحديث على النادر، وإن حديث الزبيب صريح في القضاء بالشاهد واليمين على الإسلام.

وقالوا أيضاً: روي بعض الصحابة أنه قضي بشاهد ويمين في الأمان وهذا مقبول عند الحنفية، فيجوز القضاء بعدل واحد على إسلام كافر، واليمين للاحتياط[4].

وأجيب على ذلك بأن هذا معارض لحديث الشاهد واليمين، ومخالف لصراحتها التي تؤكد أن النبي ﷺ قضى بهما في الأموال، وفي الحديث السادس أنه قضى بهما في وقوع الإسلام، ومنع القسمة في الغنائم.

وقالوا: يحتمل أن يكون اليمين يمين المدعى عليه مع شاهده الواحد الذي يعتبر بشهادة اثنين كخزيمة [5].

ويجاب عليه بأن الحديث عام، وقصة خزيمة خاصة فلا يحمل الحديث عليها.

---

(١) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٤، شرح معاني الآثار: ٤ ص ١٤٥.

(٢) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٦ ، الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ ب.

(٣) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٤، مقارنة المذاهب: ص ١٢٩.

(٤) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٥٦.

(٥) شرح معاني الآثار: ٤ ص ١٤٦.

٣ ـ كما اعترضوا على الأحاديث السابقة بقوله «قضى» أنه حادثة في عين فلا عموم لها. وأجيب على ذلك بأن الأحاديث الأخرى تفسر هذه العبارة، بل إن قول الصحابة رضي الله عنهم «قضى . . .» يدل على استقرار هذا الحكم واستدامة السير عليه بحيث أصبح قاعدة[١].

يقول الشوكاني: «جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق في سوق المناظرة عند من له أدنى إلمام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من إنصاف، فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على ما دل عليه قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين﴾ وعلى ما دل عليه قوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه» غير منافية للأصل، فقبولها متحتم[٢].

فالحكم بالشاهد واليمين ثابت بالسنة الشريفة، وليس فيه معارضة ولا مخالفة للقرآن الكريم، وهو يرجع إلى كتاب الله تعالى حيث يقول: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكُمَ بين الناس بما أراك الله﴾ سورة النساء الآية ١٠٥ والشاهد واليمين مما أراه الله، وقال تعالى ﴿وأنزلنا إليك الذكرَ لتُبيينَ للناس ما نزل إليهم﴾ سورة النحل ٤٤.

الإجماع:

استدل الجمهور على مشروعية القضاء بالشاهد واليمين بالإجماع[٣]، فقد قضى بهما أمير المؤمنين عمر وعلي وروى عن أبي بكر وأبي بن كعب وعدد كثير من الصحابة، ولم يخالفهم في ذلك أحد فيكون إجماعاً. قال الماوردي: «ويدل عليه انعقاد الإجماع، فقد قضى علي بن أبي طالب بالكوفة باليمين مع الشاهد على المنبر، ومعناه أنه أحلف المدعي قائماً على المنبر وروى أبو الزناد عن عبد الله بن عامر قال: شهدت رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر يقضون باليمين مع الشاهد، وأخبر يحيى أنه قال بها كعب، وزيد بن ثابتُ وقضى بها عمر بن عبد العزيز[٤] وكتب إلى خلفائه في جميع الأمصار، ومثل هذا العمل المشهور إذا لم يعارض

---

(١) تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٤.

(٢) نيل الأوطار، له: ٨ ص ٢٩٦.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ ب، الأم: ٦ ص ٢٧٤، مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٤٤، المغنى: ٩ ص ١٥٢، الطرق الحكمية: ص ١٣٤، ١٣٥، المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٤٠٣، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥١، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٨، الفروق للقرافي: ٤ ص ٨٧، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٤٨، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٠، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٣، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٣.

(٤) أخرج مالك عن أبي الزناد بأن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة: أن اقضي باليمين مع الشاهد، الموطأ: ص ٤٤٩، وقارن ماورد في رسالة الليث الى مالك عن ذلك وأن عمر بن عبد العزيز لم يأمر قضاته بذلك، أعلام الموقعين: ٣ ص ٨٥.

بالخلاف كان إجماعاً منتشراً وحجاباً قاطعاً[1].

واعترض على هذا بأن الزهري قال: القضاء بالشاهد واليمين بدعة، وكذا قال عطاء.

والجواب أن القضاء بالشاهد واليمين ثبت العمل به قبل خلاف الزهري، وأنه ثابت عمن سبقه من الصحابة، وقد قال الشافعي: «إن الزهري قضى بهما حين ولي القضاء» والإثبات الموافق للجماعة أولى من النفي المخالف لهم، والحكم أن من حدث أولى ممن أنكر الحديث[2].

كما يعترض عليه بأن هذا الإجماع سكوتي، وهو مختلف في الاحتجاج به، فقال به بعض الأصوليين، وأنكره آخرون، كما ينقصه شرط وهو العلم بعدم المخالف. والجواب عليه أن الإجماع السكوتي حجة إذا علم بعدم المخالف، وقد علمنا عدم المخالفة من الصحابة.

الرأي الراجح:

هذا والراجح ما ذهب إليه القائلون بمشروعية الإثبات بالشاهد واليمين لقوة أدلتهم ودلالتها الصريحة في ذلك، فالأحاديث الشريفة ثابتة صحيحة وقد رواها الإمام مالك والإمام الشافعي ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان والدارقطني والبيهقي والطبراني وغيرهم، ورواها عن رسول الله ﷺ عددكبير من الصحابة يربو على العشرين، فالحديث مشهور تثبت به الأحكام الشرعية، وعدَّه السيوطي متواتراً [3] وقد حكم به الخلفاء الراشدون، وهو لا يخالف ما في الكتاب العزيز.

والقضاء بالشاهد واليمين فيه مصلحة عامة في المحافظة على الحقوق حين لا يجد المدعي إلا شاهداً واحداً، فيكلف باليمين الموكولة إلى ضميره وإيمانه لتفصح عن صدق دعواه، ولأن اليمين تشرع عادة في حق من قوي جانبه وظهر صدقه، ولذلك جعلها الله تعالى في جانب المدعى عليه الموصوف ببراءة الذمة أصلاً، فإذا شهد رجل للمدعي فقد قوى جانبه وترجح صوابه، فتجعل اليمين في جانبه مع أن الشاهد أقوى في الترجيح وغلبة الظن من البراءة الأصلية التي يتمسك بها المدعى عليه، وكذلك فإن الشاهد أقوى من قرينة اليد التي يستحلف

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٢٥ ب، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٠٢.

(٢) الأم: ٧ ص ٧٨،٨، نصب الراية: ٤ ص ١٠١ حاشية رقم ٦، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٢.

(٣) الأزهار المتناثرة في الأحاديث المتواترة، السيوطي: ص ٣٥.

صاحبها عند الإنكار، والمدعي أحد المتداعيين ، فتشرع اليمين في حقه إذا رجح جانبه كالمدعى عليه.

قال أبو عبيد في انتصار مذهب المجوزين: إن القضاء بشاهد ويمين هو الذي نختاره اقتداء برسول الله ﷺ ، واقتصاصاً لأثره، وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه[1].

وأخيراً فإن القضاء بالشاهد واليمين يعتبر وسيلة احتياطية في الإثبات، فلا نلجأ إليه إلا عند فقدان الشاهدين أو الشاهد والمرأتين، وهو وجه للشافعية وصححه الحنابلة والدليل على ذلك ما رواه البيهقي والدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «قضى رسول الله ﷺ بشاهدين فإذا جاء بشاهدين أخذ حقه، وإلا فإن جاء بشاهد واحد حلف مع شاهده»[2].

حقيقة الحكم بالشاهد واليمين:

بعد ثبوت مشروعية القضاء بالشاهد واليمين وأنهما وسيلة من وسائل الإثبات، فهل يكون الحكم بهما معاً أم بالشاهد وحده، أم باليمين وحده؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن القضاء بالشاهد واليمين معاً.

قال به الشافعية في الأصح عندهم، والمالكية في قول[3] ، قال الخرشي: واليمين جزء نصاب لا تتميم، وقال الدسوقي: اليمين من المدعي تكملة للنصاب، وذلك لأن الأحاديث الشريفة علقت القضاء عليهما، ونسبت الحكم اليهما فيكون القضاء بهما معاً.

القول الثاني: أن القضاء بالشاهد فقط، واليمين للتأكيد والاستظهار والاحتياط.

ذهب إلى ذلك الحنابلة والشافعية في قول، والمالكية في قول[4]، وذلك لأن الشاهد

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٦٨، ١٣٥.

(٢) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٥، مسالك الدلالة في شرح متن الرسالة، للحافظ أبي الفيض الامام احمد بن محمد بن الصديق : ص ٣١٧ ط أولى، مكتبة القاهرة.

(٣) تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧١، الطرق الحكمية: ص ١٣٩، الوجيز، الغزالي: ٢ ص ١٥٤، الخرشي: ٧ ص ٢١٤، ٢٢٨، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٤٦.

(٤) المغنى: ٩ ص ٣٢٨، الطرق الحكمية: ص ١٣٨، ١٤٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧١، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢٢٨، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥٢، الوجيز : ٢ ص ١٥٤، النكت والفوائد على المحرر: ٢ ص ٣٥١.

حجة الدعوى، وأن اليمين من المدعي ليست بحجة على خصمه، ولذا لا يجوز تقديمها على شهادة الشاهد.

القول الثالث: أن القضاء باليمين فقط، ولا عبرة للشاهد، وإنما هو لترجيح جانب المدعي.

ذهب إلى ذلك المالكية، واختاره أهل خراسان منهم، والشافعية في قول[1].

والراجح ما ذهب اليه أصحاب القول الأول بأن القضاء يبنى عليهما معاً، بدليل أنه لو نكل المدعي إذا لم يوجد الشاهد الثاني لامتنع القضاء بهما له، ولاشتراط النصاب في الشهادة.

وتظهر ثمرة الخلاف إذا رجع الشاهد، فعلى القول الأول الراجح، يغرم الشاهد النصف، وعلى القول الثاني: يغرم الكل، ولا يضمن شيئاً في الثالث[2].

واليمين مع الشاهد تكون من المدعي مهما كان جنسه أو صفته، أو وضعه، فيحلف الرجل والمرأة والمسلم والكافر، والعدل والفاجر، والفاسق، لأن اليمين مع الشاهد شرعت في حق المدعي باختلاف أو صافه كاليمين من المدعى عليه مهما كان[3].

ما يجوز الحكم فيه بالشاهد واليمين:

اتفق الجمهور القائلون بمشروعية القضاء بالشاهد واليمين على أنه يجوز القضاء بهما في المال وما يؤول إلى المال.

كما اتفقوا على عدم جواز القضاء بهما في الحدود لأنها تدرأ بالشبهات ولأنها من حق الله تعالى.

ثم اختلفوا في جواز القضاء بهما في غير الأموال والحدود أي في القصاص وحقوق الأبدان وغير ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن القضاء بالشاهد واليمين جائز في القصاص وجميع حقوق الأبدان كالنكاح

---

(١) أحكام القرآن، ابن العربي: ١ ص ٢٥٣، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥٢.

(٢) حاشية عبد الحميد الشروانى على تحفة المحتاج: ١١ ص ٢٥٢، تبصرة الحكام: ١ ص ١٧١، الطرق الحكمية، ص ١٣٨، الوجيز: ٢ ص ١٥٤، وسوف نرى تفصيل ذلك في مبحث الرجوع عن الشهادة في فصل الشبهة في الإثبات.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٠، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤، الموطأ: ص ٤٥٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٤٢٢، الطرق الحكمية: ص ١٤٢.

والطلاق والرجعة.

ذهب إلى ذلك ابن حزم الظاهري[1].

القول الثاني: أن القضاء بالشاهد واليمين جائز في أحكام الأبدان، وغير جائز في القصاص لأنه يدرأ بالشبهة كالحدود.

ذهب إلى ذلك الزيدية[2].

القول الثالث: أن القضاء بالشاهد واليمين غير جائز في أحكام الأبدان ولا في القصاص، وإنما يقتصر القضاء بهما في الأموال وما يؤول إلى مال.

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية[3].

ثم اختلف هؤلاء في جواز القضاء بالشاهد واليمين في الحقوق التي ليست بمال ولا تؤول إلى مال ولكنها تتضمن جوانب مالية كالوكالة والوقف والوصية وقصاص الجروح والتجريح والتعديل والشهادة على الشهادة، والجنايات الموجبة للمال، فأجاز بعضهم القضاء فيها بالشاهد واليمين ومنعه آخرون[4].

الأدلة:

استدل ابن حزم على جواز القضاء بالشاهد واليمين في القصاص والأبدان بالنص

---

(١) المحلى: ٩ ص ٤٠٥، وقد نسب الماوردى الشافعي جواز القضاء بالشاهد واليمين في الحدود والقصاص إلى الإمام مالك، ولم أجد ذلك في كتب المالكية، (انظر الحاوي ١٢ ق ١٢٦ أ) ونصه: قال مالك: أحكم بهما في جميع الحقوق استدلالاً بأمر رسول الله ﷺ ولم يخص المال من غيره فكان على عمومه، ولأن ما كان بينة في الأموال كان بينة في الحدود كالشاهدين، قارن ما ورد في(الموطأ: ص. ٤٥).

(٢) البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤.

(٣) المجموع، للأمير: ٢ ص ٣٣٤، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٧، ٢٦٩، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٤، الطرق الحكمية: ص ١٤١، المغنى: ١٠ ص ٢١٩ ط الأمام، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٢، التاج والإكليل، المواق: ٦ ص ١٨١، الفروق، للقرافى: ٤ ص ٩١، القول المرتضى: ق ٥٨ ب(نمرة ٧٢) القوانين الفقهية: ص ٣٠١، الأم للأمام الشافعي: ٦ ص ٢٧٦ وما بعدها، الحاوي: ١٢ ق ١٢٦أ، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٥، الروضة البهية: ١ص ٢٥٦.

(٤) الأم: ٦ ص ٢٧٦، الحاوي: ١٢ ق ١٢٧أ، جـ١٣ ق ٤٣ب، المهذب للشيرازى: جـ٢ ص ٣٣٥، الفروق: ٤ ص ٩١، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٩، مواهب الجليل: ٦ ص ١٨٠، التاج والإكليل: ٦ ص ١٨١، الطرق الحكمية: ص ١٤١، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٦ وقال الإمام الشافعي: كل ما كان من مال يتحول من مالك إلى مالك غيره حتى يصير مثله او في معناه قضى فيه باليمين مع الشاهد، وكذلك كل ما وجب به مال من قتل أو جرح لا قصاص فيه، أو اقرار وغير ذلك مما يوجب المال(انظر: الحاوي: ١٢ ق ١٢٧أ)، وبشكل عام كل ما يثبت برجل وامرأتين يثبت بشاهد ويمين الا عيوب النساء وبابها(انظر الوجيز: ٢ ص ١٥٤، شرح المنهاج، للمحلى: ٤ ص ٣٢٧).

والقياس:

١ ـ النص:

إن الأحاديث التي أثبتت مشروعية القضاء بالشاهد واليمين عامة في لفظها مطلقة في مدلولها ولم يرد نص يخصص العام أو يقيد المطلق، فتبقى على الإطلاق والعموم ويجوز الإثبات بهما في جميع الأحكام، ولم تخص المال من غيره فكانت على عمومها سواء في البيع والإجارة والهبة والقرض والنكاح والطلاق والوصية والقصاص، وأما الحدود فلا طالب لها إلا الله تعالى[١].

واعترض عليه أن النصوص وردت مطلقة ووردت مقيدة في الأموال فيحمل المطلق على المقيد.

٢ ـ القياس:

قاس ابن حزم القصاص والأبدان على الأموال بجامع أن كلا منهما حق، فكما يجوز القضاء بالشاهد واليمين في الأموال يجوز القضاء بالشاهد واليمين في القصاص والأبدان، وهذا القياس لا لزام الخصم رغم أنه ينكر حجية القياس.

ويعترض عليه أنه قياس مع الفارق لاهتمام المشرع بأحكام القصاص والأبدان، وعدم الحاجة والضرورة للتساهل فيهما في الإثبات.

واستدل الزيدية على جواز القضاء بالشاهد واليمين في الأبدان وعدم جوازه في القصاص بقياس النكاح والطلاق والرجعة والوكالة والوصايا على الأموال إذ لا فارق بينها، خلافاً للحدود والقصاص لأنها تدرأ بالشبهات[٢].

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين في الأبدان والقصاص، وقصره على المال وما يؤول إلى المال استدلوا بالسنة والقياس:

أما السنة: فأحاديث كثيرة نذكر أهمها:

١ ـ حديث ابن عباس السابق الذي رواه مسلم وأبو داود والنسائي ومالك وابن ماجه

---

(١) المحلى: ٩ ص ٤٠٥.

(٢) البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤

والحاكم والشافعي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد[1]، قال عمرو - راوى الحديث - في الأموال. وفي رواية أحمد: «إنما كان ذلك في الأموال».

وجه الدلالة: أن الحديث صريح في جوازه في المال فقط، لأنه تفسير من الراوي، وهو أولى من تفسير غيره، ومثل المال ما يؤول إلى مال.

وهذا أقوى أدلة الجمهور[2].

٢ - روى الشافعي: أخبرنا مسلم بن خالد عن جعفر بن محمد بن علي قال: سمعت الحكم بن عتبة يسأل أبي وقد وضع يده على جدار القبر ليقوم: أقضي رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد؟ قال: نعم، وقضى بها علي بين أظهركم قال مسلم: قال جعفر في الدين. فالدين مال، فدل ذلك على انتفائها في غير ما قضى بها[3].

٢ - روى الدارقطني عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار عليَّ بالأموال لا تعدو ذلك.

ودلالته صريحة أكثر مما سبق وهو نص في الموضوع، وهذا الحديث وإن كان ضعيف السند، لكنه يتقوى بالأحاديث السابقة[4].

وأما القياس:

فهو قياس الشاهد واليمين على الشاهد والمرأتين رغم قوتهما، ولما لم يحكم بالشاهد والمرأتين في غير الأموال فأولى ألا يحكم بالشاهد واليمين فيها[5].

وهذا القياس على رأي القائلين بأن القضاء بالشاهد والمرأتين قاصر على الأموال فقط، وهو رأي مرجوح.

---

(١) انظر تخريجه فيما سبق صفحة ١٨٨، وانظر شرح النووي على صحيح مسلم ١٢ ص ٤، وقال الخطابي في (معالم السنن: ٥ ص ٢٢٥): وهذا خاص في الأموال دون غيرها لأن الراوي وقفه عليها، والخاص لا يتعدى به محله ولا يقاس عليه غيره، واقتضاء العموم منه غير جائز، لأنه حكاية فعل، والفعل لا عموم به، فوجب صرفه إلى أمر خاص، فلما قال الراوي «هو في الأموال» كان مقصوراً عليه.

(٢) قال القرطبي: إن الإجماع حصل على ذلك من كل قائل باليمين مع الشاهد، لأن القضاء في الأعيان لا يستعمل على العموم لحدوثها في مخصوص (وانظر: الأم: ٦ ص ٢٧٣، جـ ٧ ص ٧٨، الحاوي: ١٢ ق ١٢٤ ب، ١٢٦أ، المهذب: ٢ ص ٣٣٥، الفروق: ٤ ص ٨٧، المغني: ١٠ ص ٢٢٠ ط الأمام، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٢ اختلاف الحديث للإمام الشافعي ٧ / ٣٤٥، تفسير القرطبي ٣/٣٩٤.

(٣) الأم: ٦ ص ٢٧٤، الحاوي: ١٢ ق ١٢٦أ.

(٤) التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٠، المغنى: ١٠ ص ٢١٩ ط الأمام.

(٥) الحاوي: ١٢ ق ١٢٦أ، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٠، المهذب: جـ ٢ ص ٣٣٥ شرح المحلى على المنهاج: ٤ ص =

الرأي المختار:

ويظهر للناظر ترجيح قول الجمهور لقوة أدلته، ولأن الأموال تتسع جهات تملكها، فاتسع حكم الشهادة بها، ولما ضاقت جهات ما عدا الأموال ضاق طرق الإثبات بها، فالحاجة والضرورة تستدعيان قبول الشاهد واليمين في الأموال لكثرة وقوعها وتفرع معاملاتها وانتشار التعامل فيها، ويؤيد ذلك أمور:

أولاً: أن القضاء بالشاهد واليمين وسيلة احتياطية في الإثبات وليست أصلية. فلا يجوز القضاء بهما إلا بعد فقد الشاهدين أو الشاهد والمرأتين، وقد ثبت القضاء بهما في الحديث الشريف وقد قيد الراوي ذلك بالأموال، وتلقته الأمة بالقبول.

ثانياً: عدم القياس على الرجل والمرأتين لأنهم مقبولون مع وجود الرجلين بالإجماع، فهم حجة أصلية باتفاق، وأما الشاهد واليمين فهما حجة احتياطية بدلية، ولا يصح القول أن اليمين تقوم مقام الشاهد فيثبت بهما ما يثبت بالشاهدين من الأموال وغيرها، لأن الشاهد واليمين ـ كما يقول الشافعي ـ ليس معناهما معنى الشاهدين في كل موضع، فالمدعى عليه يبرأ بالشاهدين ويبرأ باليمين، والحنفية تحكم للمدعي بنكول الخصم كما تحكم له بالشاهدين، وليس اليمين والنكول كالشاهدين في كل موضع[1]، وسبق أن رجحنا أن شهادة الرجل والمرأتين كالرجلين في الإثبات، فاليمين والشاهد ليسا كالرجل والمرأتين في كل موضع.

ثالثاً ـ عدم التوسع في القضاء بالشاهد واليمين لاختلاف الأئمة فيهما، فنقصر القضاء بهما على الأموال، مراعاة للاختلاف، وهذا بخلاف القضاء بالرجل والمرأتين.

رابعاً ـ ان حقيقة القضاء بالشاهد واليمين تتعذر في بعض الحالات لأن اليمين لا يحلفها إلا من تعود عليه فائدتها مباشرة، فلا تصح في حقوق الله تعالى، ولا تصح في الوكالة والوصاية والنيابة والوقف لغير معين[2].

المرآتان واليمين:

اختلف الجمهور القائلون بمشروعية القضاء بالشاهد واليمين في جواز القضاء بالمرأتين

= ٣٢٥، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥١.

قال الماوردي في الحاوي: ١٢ ق ١٢٧أ: جواز الحكم به في الأموال خاصة، فكل ما كان مالا من دين أو عين فالدين ما في الذمة من ثمن أو قرض والعين ما كان في اليد من منقول كالثوب والعبد أو غير منقول كالدار والأرض فيحكم لمدعيه بشاهد ويمين.

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٣٤ ب.

(٢) الفروق: ٤ ص ٩١.

واليمين، على رأيين:-

الرأي الأول: أن القضاء بهما جائز، ذهب إلى ذلك المالكية وابن حزم والحنابلة في وجه، كما حكاه ابن القيم واختاره ابن تيميه، ونسبه القرافي إلى أبي حنيفة[1].

الرأي الثاني: أن القضاء بالمرأتين واليمين غير جائز، ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية[2].

الأدلة:

استدل القائلون بجواز القضاء بالمرأتين واليمين بما يلي:

١ ـ **القياس**: قاسوا المرأتين في الشهادة على الرجل بجامع قبول شهادة كل منهما، فكما يجوز القضاء بشهادة الرجل مع اليمين فكذلك يجوز القضاء بشهادة المرأتين مع اليمين.

والدليل على قيام شهادة المرأتين مقام شهادة الرجل قوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ﴾ وقوله ﷺ: «شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل» وقوله تعالى: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إحداهما الأخرى﴾ وفي قوله: «فتذكر» قراءتان: احدهما بالتشديد من التذكر ضد النسيان، والثانية بالتخفيف بأن تكونا كالذكر، فيكون الاستدلال بهذه القراءة نصاً، وبالأولى تنبيهاً[3]، وإذا قامت المرأتان مقام الرجل فيجوز القضاء بشهادتهما مع اليمين.

٢ ـ ان المدعي يحلف مع نكول المدعى عليه لقوة جانبه بالنكول، ومع شهادة المرأتين فإن جانبه يصبح أقوى من حالة النكول[4].

٣ ـ ان قبول شهادة المرأتين مع اليمين مثل قبول شهادة المرأتين مع الرجل، لتوفر العدالة والعدد، فقبولهما مع الرجل ليس لمعنى في الرجل بل لتوفر العدالة فيهما.

وليس في القرآن والسنة والإجماع مايمنع ذلك.

قال ابن القيم: «إن المرأة العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة إلا أنه خيف عليها

---

(١) الفروق:(٤)ص ٩١، الطرق الحكمية: ص ١٥٩، القوانين الفقهية: ص ٣٠١، القول المرتضى: ق ٥٨ ب(نمرة ٧٢). أعلام الموقعين: ١ ص ١٠١، التاج والإكليل: ٦ ص ١٨١، المحلى: ٩ ص ٣٩٦، ٤٠٥.

(٢) كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٠، المغنى: ١٠ ص ٢٢٢ ط الإمام، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤، حاشية قليوبى علي شرح المحلى: ٤ ص ٣٢٥، المختصر النافع: ص ٢٨٨.

(٣) الطرق الحكمية: ص ١٦٠، الفروق: ٤ ص ٩١، الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ ب.

(٤) الفروق: ٤ ص ٩١.

السهووالنسيان فقويت بمثلها، وذلك قد يجعلها أقوى من الواحد أو مثله»[1]ـ فكما تقبل شهادة الرجل مع اليمين فكذلك تقبل شهادة المرأتين مع اليمين.

واستدل القائلون بعدم جواز القضاء بالمرأتين واليمين بما يلي:

١ ـ ان شهادة المرأتين ضعيفة، وانجبرت بانضمام الرجل إليها، كما أن الإثبات باليمين ضعيف، والإثبات بامرأتين ويمين هو ضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل في هذا المجال.

والدليل على ضعف المرأتين من جهتين:

الأولى: أن شهادة الرجل مع الرجل أقوى من شهادة المرأتين مع الرجل لقبول شهادة الرجلين في الحدود دون شهادة الرجل والمرأتين باتفاق.

الثانية: عدم قبول أربع نسوة مكان الرجلين فيما يطلع عليه الرجال باتفاق. ودليل ضعف اليمين أن الشهادة عامة تقدم على اليمين في الإثبات، وأن اليمين من المدعي لا تقبل إلا بعد نكول المدعى عليه.

والنتيجة أن الإثبات بالمرأتين واليمين هو ضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل، كما لا تقبل شهادة أربع نسوة أو يمينان[2].

واعترض بمشروعية القضاء بالشاهد واليمين، وأنا لا نسلم بضعف شهادة المرأتين، فإن شهادتهما كشهادة الرجل بالنص، وإن منع قبول شهادتهن مع الرجال في الحدود وعدم قبول شهادتهن منفردات في الأموال وغيرها لعلل أخرى وليس لضعف شهادتهن.

٢ ـ الأصل عدم قبول شهادة النساء، وإنما تقبل للضرورة فيما لا يطلع عليه غيرهن، وإنما تقدر الضرورة بقدرها فتقبل شهادة النساء مع الرجل في الأموال فقط للضرورة في حفظ الأموال وكثرة المعاملات، ولا تقبل فيما عدا ذلك، فإن خلت الشهادة في الأموال عن الرجل فلا تقبل، كما لو شهدت أربع نسوة، ولو أن كل امرأتين كالرجل لتم الحكم بأربع نسوة أو لقبل الحكم برجل وامرأتين في غير الأموال[3].

واعترض عليه بأن النص دل على أنهما يقومان مقام الرجل، ولم يتعرض لكونهما يقومان مقامه مع اليمين فهو مسكوت عنه، وقد دل عليه الاعتبار كاعتبار القُمُط في البنيان والجذوع

---

(١) الطرق الحكمية: ص ١٦٠.

(٢) كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٠، الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ ب، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤، المغنى: ١٠ ص ٢٢٢ ط الامام

(٣) الفروق: ٤ ص ٩١.

وغيرها[1].

وأجيب على هذا الاعتراض بأنه مردود لمعارضته اتفاق الفقهاء على عدم قبول شهادة النساء وحدهن فيما يطلع عليه الرجال.

ويدفع هذا الاعتراض بأن القضاء ليس بشهادة المرأتين بانفراد، ولكن بمجموع شهادتهما مع اليمين، واليمين وحده حجة إذا تقوى جانب صاحبه.

كما اعترض على الاستدلال بأن شهادة المرأة ضعيفة وناقصة إذا كانت منفردة، أما إذا انضمت اليها أخرى فتصبح قوية، ولذلك تقبل شهادة المرأتين مع الرجل في الإثبات بطريقة أصلية مع وجود الرجلين، وإن تخصيص الرجال بموضع لا يدل على قوتهم، كما أن تخصيص النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن لا يدل على رجحانهن على الرجال[2].

والراجح جواز شهادة المرأتين مع اليمين لقوة أدلة القائلين بها، ولما يترتب عليه من حفظ الأموال والحقوق، ومنعها من الضياع، لأنه قد يتعذر أحياناً وجود الرجال في ذلك، على أن يمين المدعي مشروعة بشكل عام، وتعتبر حجة في الدعوى، وأن الأصل في اليمين أن المدعي لا يقدم عليها إلا وهو صادق، فاليمين مع المرأتين تساوى اليمين مع الرجل ان لم تكن أقوى منها.

* * *

---

(١) الفروق : ٤ ص ٩١.

(٢) الفروق: ٤ ص ٩١، الطرق الحكمية: ص ١٦٠.

المطلب الرابع
في
شهادة النساء منفردات

هي أن يؤدي الشهادة أمام القاضي عدد من النساء ليس معهن رجل، ونبحث ذلك في ثلاثة فروع: مشروعيتها، نصابها، الحالات التي تجوز فيها.

الفرع الأول
في
مشروعية شهادة النساء منفردات

اتفق الفقهاء[1] على مشروعية القضاء بشهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء التي تخفى على الرجال[2].

والأصل في مشروعية شهادة النساء منفردات السنة والمعقول.

---

(١) خالف اتفاقَ الفقهاء زفرُ صاحب أبي حنيفة فقال: لا يجوز قبول النساء منفردات دون رجل في شيء من الأشياء لا في ولادة ولا في عيوب النساء، ولا تقبل النساء إلا مع الرجال، ودليله عدم ذكر النساء منفردات في القرآن الكريم، (انظر: المحلى لابن حزم: ٩ ص ٣٩٦ م ١٧٨٦).

(٢) التاج والإكليل: ٦ ص ١٨٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤ ص ١٨٨، الخرشي: ٧ ص ٢٠٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٩١، المجموع للأمير: ٢ ص ٣٣٤، القول المرتضى: ق ١٦٠أ، تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٣، المبسوط: ١٦ ص ١٤٢، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٧، الدر المنتقى: ٢ ص ١٨٧، الهداية وفتح القدير والعناية: ٦ ص ٨، الدر المختار: ٥ ص ٤٦٤، معين الحكام: ص ٩٤ فيما لم ينقله عن التبصرة، البحر الرائق: ٧ ص ٦١، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٤٩، المهذب: ٢ ص ٣٣٥، الحاوي: ١٢ ق ١١٠ ب شرح المنهاج للمحلى: ٤ ص ٣٢٥، الأم: ٧ ص ٤٣، الإفصاح عن معاني الصحاح، لابن هبيرة: ص ٤٣٣، الطرق الحكمية: ص ٧٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧١، المغنى: ١٠ ص ٢٢٤ ط الإمام، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٧، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٨، ٤٤٠، المختصر النافع: ص ٢٨٨، المحلي: ٩ ص ٣٩٦، البحر الزخار: ٤ ص ٣٧٧، شرح النيل: ٦ ص ٥٩٠.

أما السنة:

فأولاً: أخرج البخاري ومسلم واللفظ له وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والحاكم والبيهقي، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار، فإني رأيتكُنَّ اكثر أهل النار، فقالت امرأة جَزْلة: وما لنا يا رسولَ الله اكثرَ أهل النار؟ قال: تُكثرن اللعن، وتكفُرنَ العَشير، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلبَ لذي لُبّ منكن» قالت: يا رسول الله، وما نقصان العقل والدين؟ قال: «أما نقصان العقل فشهادةُ امرأتين تَعدِل شهادة رجل، فهذا نقصان العقل، وتمكثُ الليالي ولا تصلي، وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين» وفي رواية البخاري: «أليس شهادة المرأة نصفَ شهادة الرجل»[1].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ جعل شهادة المرأتين تساوي شهادة الرجل، وشهادة الرجل مقبولة باتفاق، وكذلك شهادة المرأة مقبولة وستأتي الأحاديث الأخرى التي تحدد مجال قبول شهادة النساء ونصابهن.

ثانياً: روى مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء وطاووس قالوا: قال رسول الله ﷺ: «شهادة النساء جائزةٌ فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه[2]»

وجه الدلالة:

أن دلالة الحديث واضحة في جواز شهادة النساء، والألف واللام للجنس فلا يدخل فيه غيره، فجنس النساء الذي لا يشاركه جنس آخر، أو المميز عن الجنس الآخر تجوز شهادته وحده في ذلك، وهذا دليل على المشروعية.

ثالثاً: أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن جريج عن ابن شهاب الزهري قال: «مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرُهن من ولادات النِساء وغيوبهن».

---

(١) انظر تخريجه في صفحة ١٦٧، والمعجم المفهرس لألفاظ الحديث: ٣ ص ١٩٦.

(٢) نصب الراية: ٣ ص ٢٦٤، جـ ٤ ص ٨٠، المبسوط: ١٦ ص ١٤٢.

قال الزيلعي: حديث غريب، والحديث الغريب: هو ما انفرد بروايته واحد في أي موضع وقع التفرد من السند، وهو حجة، وليس فيه ما يقتضي الضعف، إذا كان راويه ثقة، كما قال ابن الصلاح. (انظر: الباعث الحثيث لابن كثير: ص ١٦٧ ط ٣، فتح القدير في مصطلح حديث البشير النذير، محمد أحمد: ص ١٠، المنهج الحديث، السماحي: ص ٢٦٥، ٢٧٣، ٢٧٥، تدريب الراوي، السيوطي ص ١٩٣ ط أولى).

ورواه ابن أبي شيبة عن عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري بلفظ«فيما لا يطلع عليه غيرهن»[1].

وجه الدلالة:

أن هذا القول يفيد استقرار العمل بسنة الرسول ﷺ في جواز شهادة النساء وحدهن، وقيس بالمذكورات غيرهن، وهذا الحديث مرسل، والاحتجاج بالمرسل مختلف فيه، فهو حجة عند الحنفية، وغير حجة عند الجمهور، إلا في حالات، وقد رفضنا الاحتجاج بمثله فيما سبق، ولكن هذا الحديث حجة عند الجمهور لسببين:

الأول: أن رواته عن الزهري ثقات بخلاف رواية الحديث السابق في شهادة الرجل والمرأتين في الحدود والنكاح والطلاق.

الثاني: أن هذا الحديث تأيد بمؤيدات كثيرة أهمها أنه روى مثله، وعمل به بعض الصحابة والتابعين كابن عمر وعلى ومجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء وطاووس، وهذه المؤيدات تدعم الاحتجاج بالخبر المرسل، ويصبح حجة عند الجميع[2].

رابعاً: الأثر: روى عبد الرزاق عن ابن عمر قال: «لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لايطلع عليه إلا هنّ من عورات النساء، وما يشبه ذلك من حملِهنّ وحيضِهنّ»[3].

وهذا الأثر وإن كان موقوفاً عن ابن عمر رضي الله عنه، ولكنه ليس للرأي فيه مجال فيكون في حكم المرفوع، وقد حدث بمثل حديث ابن عمر سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة[4].

المعقول:

تقبل شهادةُ النساء منفردات لأن الرجال لا يطلعون عليها في العادة، وإذا لم تقبل شهادة النساء وحدهن سقطت الأحكام وهدرت الحقوق عند التجاحد، ولذلك قبلت شهادتهن للضرورة[5].

---

(١) نصب الراية: ٣ ص ٢٦٤، جـ ٤ ص ٨٠، فتح القدير على الهداية: ٦ ص ٩

(٢) حاشية عميرة على شرح المنهاج للمحلى: ٤ ص ٣٦٥.

(٣) نصب الراية: ٤ ص ٨٠، الطرق الحكمية: ص ١٥٢.

(٤) نصب الراية: ٤ ص ٨٠، الطرق الحكمية: ص ١٥٣، المنهج الحديث في علوم الحديث: ١ ص ٢٢، تدريب الراوي شرح تقريب النواوى: ١ ص ١٩١.

(٥) المهذب: ٢ ص ٣٣٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٣، معين الحكام: ٩٤، المبسوط: ١٦ ص ١٤٣.

وفي جميع الحالات التي يجوز فيها شهادة النساء بانفراد يجوز أن يشهد فيها الرجال أيضاً، وكذلك تقبل فيها شهادة الرجال مع النساء إذا بقي الرجال في المشاهدة على عدالتهم، لأن قبول النساء في ذلك للضرورة والحاجة، فإذا قبلت شهادة النساء فالأولى أن تقبل شهادة الرجال في هذه الأحكام، وكذلك شهادة الرجال والنساء معاً [1].

وقد اختلف الفقهاء في علة جواز شهادة النساء منفردات ، فقال المالكية والشافعية إن علة الجواز عدم حضور الرجال معهن في الغالب، وقال الحنفية: ان العلة عدم مباشرة هذه الحالات إلا من النساء [2]. ويظهر ترجيح قول الجمهور لأنه أشد اقتراباً من الواقع فحالات عدم اطلاع الرجال عليها راجع لعدم حضورهن معهن في الغالب، ولكن هذا لا يمنع الرجال من مباشرة هذه الأعمال، وقد أجاز الشارع للطبيب النظر إلى عورات النساء للضرورة، كما أن الأطباء اليوم يمارسون أعمال التوليد والجراحات والعيوب الخفية في النساء.

* * *

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١١٠ب، ١١١أ، المهذب: ٢ ص ٣٣٥، حاشية قليوبى على شرح المحلى: ٤ ص ٣٢٥، البحر الرائق: ٧ ص ٦١، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين: ٧ ص ٦١، حاشية سعد جلبي على الهداية وفتح القدير: ٦ ص ٩ ، الدر المختار: ٥ ص ٤٦٥، المبسوط: ١٦ ص ١٤٤، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٤٠، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٧ ، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧١.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١١٠ ب، حاشية الخرشى: ٧ ص ٢٠٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٣، التاج والاكليل: ٦ ص ١٨٢، المبسوط : ١٦ ص ١٤٣.

الفرع الثاني
في
نصاب شهادة النساء منفردات

النصاب هو العدد المطلوب الذي تكمل به الشهادة الموجبة للحكم بها، وقد اختلف الفقهاء في عدد النساء في الشهادة على خمسة أقوال:

الأول: أن نصاب الشهادة من النساء امرأة واحدة، والثنتان أحوط، ويشترط للالزام فيها موافقتها لأصل أو مؤيد آخر.

وهو مذهب الحنفية وأحمد في أشهر رواية عنه ومذهب الاباضية والزيدية والأوزاعي وقول عثمان وابن عباس وابن عمر والحسن[1].

القول الثاني: أن نصاب الشهادة من النساء امرأتان.

وهو مذهب مالك والثوري وابن أبي ليلى والزهري إلا في الاستهلال والرضاع عنده فواحدة، وهو قول الحكم بن عتيبة وأبي عبيد واحدى الروايتين عن أحمد والاباضية في قول آخر[2].

القول الثالث: أن نصاب الشهادة من النساء ثلاث نسوة.

وهو مروى عن أنس وعلي وعثمان البتي[3].

القول الرابع: أن نصاب الشهادة من النساء أربع نسوة.

وهو مذهب الشافعية، ومذهب الظاهرية والامامية إلا في الرضاع عندهما فواحدة،

---

(١) الهداية وفتح القدير: ٦ ص ٨، حاشية ابن عابدين: ٦ ص ٤٦٥، البحر الرائق: ٧ ص ٦١، المبسوط: ١٦ ص ١٤٣، المغني: ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام، الطرق الحكمية: ص ١٢٩، ٨١، ١٥٥، ١٦٢، الافصاح: ص ٤٣٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧١، البحر الزخار: ٤ ص ٣٧٧.

(٢) تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٩٥، الخرشي: ٧ ص ٢٠٢، الفروق: ٤ ص ٩٦الفرق ٢٣٨، شرح النيل ٦ ص ٥٩٠، الطرق الحكمية: ص ١٢٩، ١٥٥، ١٦١، المحلى: ٩ ص ٣٩٩، المغني: ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١١٠ ب، الطرق الحكمية: ص ١٥٥، المغني: ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام.

والاباضية في قول ، وهو مروى عن الشعبي والنخعي في رواية عنهما وقتادة وعطاء وابن شبرمة[1].

القول الخامس: أن نصاب الشهادة من النساء في الرضاع فقط امرأة واحدة وهو مروى عن الحسن البصري وابن عباس وربيعة ويحيى بن سعيد وأبي الزناد والنخعي وشريح وطاووس والشعبي كما أنه مروى عن الزهري والظاهرية والإمامية[2].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على أن نصاب الشهادة من النساء امرأة واحدة، والثنتان أحوط بالسنة والقياس والمعقول.

أما السنة:

فأولا: أخرج الدارقطني والبيهقي عن أبي عبد الرحمن المدائني عن الأعمش عن حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة[3].

وجه الدلالة: أن الحديث نص في جواز شهادة القابلة ، وهي التي تباشر أعمال الولادة وحدها، ويقاس على الولادة عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال غالبا، لأنه لا فرق بين الولادة وغيرها مما لا يطلع عليه إلا النساء[4].

واعترض على هذا الدليل من جهة السند والمتن.

١ - سند الحديث ضعيف لا تقوم به حجة، لأن أبا عبد الرحمن المدائني ضعيف، وتفرد برواية الحديث، وروى هذا الحديث الطبراني في الأوسط وقال فيه الهيثمي في مجمع الزوائد: وفيه من لم أعرفه ، قال الدارقطني: محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش ، بينهما رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني ، قال في التنقيح:

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١١٠ ب ، فتح الباري: ٦ ص ١٩٧ ، شرح النيل: ٦ ص ٥٩٠ ، المختصر النافع: ص ٢٨٨ ، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٧ ، الطرق الحكمية: ص ١٥٤ ، المحلى: ٩ ص ٣٩٦ ، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٧٥٠ ، المهذب : ٢ ص ٣٣٥ ، شرح المنهاج للمحلى: ٤ ص ٣٢٥.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١١٠ ب ، فتح الباري: ٦ ص ١٩٦ ، الطرق الحكمية: ص ١٥٤ ، المحلى : ٩ ص ٣٩٩ ، ٤٠٣ ، جواهر الكلام : ٦ ص ٤٤٠.

(٣) السنن الكبرى: ١٠ ص ١٥١.

(٤) المبسوط: ١٦ ص ١٤٣ ، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٧ ، الطرق الحكمية: ص ٨٨ ، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧١ ، المغني: ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام.

هو حديث باطل لا أصل له، ورواه البيهقي في المعرفة بسند ضعيف[1].

٢ - وإذا سلمنا بصحة الحديث فإنه لا دلالة فيه على شهادة المرأة الواحدة ، لأن القابلة تباشر أعمال الولادة فشهادتها شهادة على فعل نفسها، وهو غير جائز في الأصل فالحديث إنما أجاز شهادتها على فعل نفسها، لا على قبول شهادة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال[2].

ثانيا: أخرج عبد الرزاق وابن أبي شبية عن ابن جريج عن ابن شهاب قال: «مضت السنةُ بأن تجوز شهادة النِساء في كل شيء لا يلِيه غيرُهن[3]» ومثله مارواه محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وسعيد بن المسيب ، وعن عطاءوطاووس قالوا «قال رسول الله ﷺ : شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه[4].

وجه الدلالة: الألف واللام في لفظ النساء للجنس لأنه جمع محلى بالألف واللام ولم يسبق بمعهود، فيراد به الجنس، والجنس يصح بأقل ما ينطبق عليه وهو الواحد فيكفي في النصاب شهادة امرأة واحدة.

واعترض عليه بأن الحديث يفيد جواز شهادة النساء منفردات ،فيما يختص بهن دون أن يشاركهن رجل، خلافا للأصل في عدم قبول شهادة النساء منفردات في الأموال وغيرها.

أما نصاب الشهادة فمقيد بالآيات والأحاديث الصحيحة الأخرى، فالحديث المرسل السابق يفيد جواز انفراد النساء بالشهادة، ولكنه مقيد بأدلة النصاب والعدد، وإذا كان النصاب مشروعا في شهادة الرجال فيكون مشروعا في شهادة النساء بالأولى.

ثالثا: أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن علي رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال[5].

---

(١) نصب الراية: ٤ ص ٨٠ وما بعدها، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٥١، مجمع الزوائد، للحافظ نور الدين على بن أبي بكر الهيثمي: ٤ ص ٢٠٢ ، الحاوي: ١٢ ق ١١١ أ.

(٢) تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٦.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٢٠٨

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٢٠٨.

(٥) انظر نصب الراية : ٤ ص ٨٠، المحلى، لابن حزم: ٩ص ٣٩٩، ورواه الامام احمد كما جاء في المغني : ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام.

وجه الدلالة: أن سيدنا علياً قبل شهادة القابلة وحدها، وعمل بها ولم يخالفه أحد.

واعترض عليه بأنه حديث ضعيف، لأنه رواه عن علي رجل مجهول يقال له عبد الله بن يحيى، ورواه البيهقي بسند آخر عن سويد وهو ضعيف، قال اسحق بن راهويه: لو ثبت عن علي رضي الله عنه لقلنا به، ولكن في سنده خلل، وقال الشافعي: لو ثبت عن علي رضي الله عنه صرنا إليه إن شاء الله تعالى، ولكنه لا يثبت عندنا ولا عندكم عنه[1].

وما روى عن علي - ان صح - فهو معارض بأدلة اشتراط العدد في النصاب فيحمل على جواز شهادتها على فعل نفسها خلافا للأصل جمعا بين الأدلة[2]، وان الامام أبا حنيفة رحمه الله خالف الأثر عن علي لعدم جواز شهادة النساء وحدهن في الاستهلال عنده، فلا يصح الاحتجاج بشطر الحديث في الواحدة ورد شطره الآخر في الاستهلال.

وأما القياس

فقد قال البهوتي في كشاف القناع: «إن شهادة النساء معنى ثبت بقول النساء منفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات»[3]، ويقول الكاساني: العدد في الشهادة ثبت تعبداً غير معقول المعنى فيقصر على الحالات التي ورد بها ولم يرد في شهادة النساء منفردات، فلا تقاس على غيرها ويبقى على الأصل كالرواية[4].

واعترض عليه بأن قياس الشهادة على الرواية قياس مع الفارق، فالرواية تثبت حكما عاما في جميع الأعصار ولجميع الناس فليس فيها مظنة العداوة، فلا يشترط فيها العدد فتقبل الواحدة في الرواية، والشهادة تثبت حقا لفرد وتحتمل الشبهة، فيشترط فيها العدد، ولا تقبل شهادة المرأة الواحدة، وان الرواية يقبل فيها العبد بخلاف الشهادة وان شهادة النساء يشترط فيها لفظ أشهد خلافا للرواية[5].

المعقول:

أن النساء يحتشمن عن النظر الا القابلة فتقبل وحدها للضرورة، كما أن الشرع أسقط

---

(١) نصب الراية: ٤ ص ٨٠، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٥١، الحاوي: ١٢ ق ١١١أ.

(٢) تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٦.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢٧١، وانظر المبسوط: ١٦ ص ١٤٣، المغني: ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام.

(٤) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨.

(٥) الحاوي: ١٢ ق ١١١ أ، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥٦، رد المحتار: ٥ ص ٤٦٥.

الذكورة في الشهادة على مالا يطلع عليه الرجال ليخف النظر فكذلك يسقط العدد ليخفف النظر[1].

ويعترض عليه أن دعوى الاحتشام في غير محلها، فالعرف والعادة أن النساء يجتمعن عند الولادة للتعاون والمساعدة فيشاركن القابلة في النظر، كما أن هذا المعنى يقتضي عدم قبول شهادة المرأة غير القابلة وهذا لم يقل به أحد.

واشترط الحنفية في قبول شهادة المرأة الواحدة على مالا يطلع عليه الرجال أن يصاحبها مؤيد كامرأة أخرى أو استناد الى أصل أو مؤيد آخر، حتى تكون شهادتها معتبرة وملزمة للقاضي بالحكم، فالقول لمن تمسك بالأصل، وإلا ترتب على شهادة المرأة الواحدة سماع الدعوى والتحليف فقط، وليس الزام الخصم والحكم عليه، لذلك قال الحنفية أيضاً: الثنتان والثلاث أحوط لما فيه من إلزام القاضي بالقضاء بموجب الشهادة، فكأنها لا تثبت المدعى، وإنما هي مجرد خبر أو رواية لا تلزم.

قال الكمال بن الهمام وابن عابدين وغيرهما: لأن شهادتهن ضعيفة اذا لم تتأيد بمؤيد، وقالوا إن شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تأيدت بمؤيد، وقال السرخسي: «فإذا كان المشهود به مما لا يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء حجة فيه»[2].

وقال الامام أحمد: أجوّز شهادة امرأة واحدة إذا كانت ثقة فإن كان أكثر فهو أحب إليّ[3].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على أن نصاب الشهادة من النساء امرأتان بما يلي:

١ ـ قياس نصاب شهادة النساء وهن منفردات على نصاب الرجال وهم منفردون، بجامع مشروعية الشهادة وصحتها في كل منهما فيما يخصه، فكما أن نصاب الرجال يكفي فيه اثنان؛

---

(١) الهداية والعناية: ٦ ص ٦، البحر الرائق: ٧ ص ٦١، المبسوط: ١٦ ص ١٤٣، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٠٩.

(٢) المبسوط: ١٦ ص ١٤٤، الهداية وشروحها: ٦ ص ١٠، حاشية ابن عابدين ٥ص ٤٦٥، البحر الرائق: ٧ ص ٦١، مجمع الأنهر والدر المنتقى: ٢ ص ١٨٧، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٠٩، معين الحكام: ص ٩٥، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق: ٧ ص ٦١.

(٣) الطرق الحكمية: ص ٨١.

فكذلك نصاب النساء يكفي فيه اثنتان[1].

واعترض عليه بأنه معارض بحديث حذيفة بالواحدة، وأن سقوط الذكورة ليخف النظر فيسقط العدد أيضا لنفس العلة ويكفي الواحدة.

والجواب عنه أن حديث حذيفة ضعيف لا يحتج به، وعلى فرض صحته فلم يحدد فيه النصاب؛ وأما خفة النظر فلا عبرة لها في سبيل إقامة الشهادة واعلان الحق، وقد أباح الشارع النظر في الزنا، والاطلاع على العورات وغيرها في سبيل إقامة الشهادة، كما أن شهادة الرجال أقوى من شهادة النساء ولم يكتف المشرع بشهادة رجل واحد، فالنساء أولى.

٢ - اشترط القرآن الكريم في الشهادة أمرين العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة بمشروعية شهادة النساء منفردات فيبقى العدد فحسب، ويكون نصاب النساء في العدد مثل نصاب الرجال[2].

أدلة القول الثالث:

استدل البتي وغيره على أن نصاب الشهادة في النساء ثلاث نسوة بقوله تعالى: «فرجل وامرأتان» فإنه تعالى ضم شهادة المرأتين إلى الرجل في الموضع الذي لا ينفرد به النساء، أما ما ينفردن به فيستبدل بالرجل الآخر امرأة واحدة فيصبح الجميع ثلاث نساء[3].

ويعترض على هذا الاستدلال بأنه يقوم على التناقض، وأن مؤداه يؤيد وجهة نظر القول الثاني أو الرابع، وذلك أنه استبدل بالرجل الأول امرأتين بالنص في المال، واستبدل بالرجل الثاني امرأة واحدة فيما ينفردن فيه، فكان الواجب أن يَطَّرِدَ في الاستدلال، فإما أن يستبدل بالرجل امرأتين كما استبدلهن الله تعالى في الاموال وإما أن يستبدل بالرجل الأول امرأة واحدة، وبالثاني امرأة واحدة، لأنهما تشهدان فيما ينفرد به النساء.

أدلة القول الرابع:

استدل أصحاب القول الرابع على أن نصاب شهادة النساء أربع بما يلي:

---

(١) الفروق: ٤ ص ٩٦، التاج والاكليل: ٦ ص ١٨٢.

(٢) الفروق: ٤ ص ٩٦، التاج والاكليل: ٦ ص ١٨٢.

(٣) المحلى: ٩ ص ٣٩٩، الطرق الحكمية: ص ١٥٥، وقال المارودي في الحاوي: ١٢ ق ١١١أ وأما البتي فاستدل بأن الله تعالى لما ضم شهادة المرأتين إلى الرجل في الموضع الذي لا ينفردن فيه وجب أن يستبدل الرجل بالمرأة في الموضع الذي ينفردن فيه فيصرن ثلاثا».

١ ـ جعل الله تعالى شهادة المرأتين تساوي شهادة رجل واحد، ونصاب الشهادة رجلان، فالنصاب من النساء أربع[١].

دليل المقدمة الاولى: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ﴾، وقوله ﷺ: «أليس شهادة المرأة تَعدِل نصف شهادة الرجل» «شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل» ودليل المقدمة الثانية قوله تعالى: ﴿شَهِيدَيْنِ» «ذَوَا عَدْلٍ» «ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» وقوله ﷺ «شاهداك».

ويعترض على المقدمة الأولى أنها ليست مطلقة، وليست شهادة المرأتين تساوي شهادة الرجل باطلاق، بل هي مقيدة فيما يطلع عليه الرجال غالبا، وفي الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل[٢]، ويخرج مالا يطلعون عليه من عيوب النساء، وذلك بالأحاديث التي وردت في قبول شهادة النساء وحدهن فيما يجري بينهن.

كما اعترض على المقدمة الثانية بأن وسائل الإثبات ليست مقصورة على الشاهدين، ولا مقصورة على الرجلين أو الرجل والمرأتين، فقد ثبت القضاء بالشاهد واليمين والقرائن ويمين المدعي عليه، وكذلك شهادة النساء منفردات بالنسنة الشريفة.

٢ ـ في الحالات التي تشترط فيها شهادة الرجل لا تقبل فيها شهادة المرأة وحدها مع الرجل مع قوته، فأولى أن لا تقبل مع رفيقتها مع ضعفها[٣].

واعترض على هذا الاستدلال بأن اشتراط المرأة الثانية مع الأولى في الشهادة مع الرجل ثبت بالنص في الأموال والأبدان التي يطلع عليها الرجال غالبا، أما شهادة النساء منفردات فهي في الحالات التي لا يطلع عليها إلا النساء فثبت الفرق بينهما، وأن شهادة المرأة فيما تطلع عليه من شؤون النساء ليست ضعيفة وإنما هي شهادة قوية، فإذا اقترنت بها أخرى تحقق النصاب ووجب القضاء والحكم وقطع النزاع.

---

(١) فتح الباري: ١ ص ٤٢٢، المهذب: ٢ ص ٣٣٥، الحاوي: ١٢ق ١١١أ. ، المحلى: ٩ص ٣٩٩، وص: ٤٠٢، الأم ٧ ص ٤٣، مختصر المزني: ٥ ص ٦٣.

(٢) المغني: ١٠ ص ٢٢٥ ط الامام.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١١١أ؛ الأم: ٧ ص ٧٣، واستأنس الشافعية على رأيهم بماروى البيهقي عن الامام الشافعي عن عطاء بن أبي رباح قال في شهادة النساء على الشيء من أمر النساء: «لا يجوز فيه أقل من أربع» وهذا قول تابعي ليس بحجة، ومعارض بالأدلة الأخرى، (انظر مسند الامام الشافعي: ٦ ص ٢٥٣، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٥١، مختصر المزني: ٥ ص ٦٣).

أدلة القول الخامس:

استدل أصحاب القول الخامس على أن نصاب الشهادة من النساء في الرضاع فقط امرأة واحدة بما يلي:

١ ـ اخرج البخاري وأبو داود والنسائي والترمذي، واللفظ للبخاري عن عُقبة بن الحَارث قال تزوجت امرأة فجاءت امرأة فقالت إني أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فقال: وكيف وقد قيل، دعها عنك أو نحوه، ولفظ أبي داود: عن عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فدخلت علينا امرأة سوداء فزعمت أنها أرضعتنا جميعا فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني، فقلت يا رسول الله إنها كاذبة، قال: «وما يدريك، وقد قالت ما قالت؟ دعها عنك، وفي لفظ النسائي: كيف وقد زعمت قد أرضعتكما، دعها عنك[١].

وجه الدلالة: قوله ﷺ «دعها عنك» أمر بالترك وهو يفيد التحريم، وهذا الأمر حكم اعتمد على إخبار المرضعة، فشهادة المرأة الواحدة تكفي في الشهادة والقضاء في الرضاع[٢].

واعترض عليه بأن شهادة المرضعة لا تكفي وحدها في القضاء، والحديث يفيد جواز شهادة المرضعة على فعل نفسها خلافا للأصل بعدم قبول شهادة الشاهد على فعل نفسه خوفا من التهمة كالقاسم والقاضي بعد العزل وأمين القاضي، قال السرخسي: «ولا شهادة للإنسان فيما يخبر به من فعل نفسه»[٣] وليس في الحديث دلالة على الاكتفاء بشهادة المرأة الواحدة، وتكون فائدة الحديث للدلالة على جواز شهادة المرضعة على فعلها خلافا للقاعدة، لأنها لا تجر بهذه الشهادة نفعاولاتدفع عنها ضررا، وليس في الحديث تحديد لنصاب الشهادة أو عدد الشهود، فيبقى العدد والنصاب الشرعي هو المقرر والمطلوب[٤].

ويؤكد عدم الحكم بمجرد شهادة المرضعة أن الرسول ﷺ لم يحكم بشهادتها، ولم يصدر حكماً جازما باخبارها، وإنما أعرض عنه لعدم توفر النصاب الكامل في الشهادة، وأمره ﷺ للندب لقوله ﷺ: كيف وقد قيل؟ كيف وقد زعمت؟ واعراضه عنه قبل ذلك.

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ١٤٧.

(٢) القول المرتضي: ق ١٦٢ أ، الشرح الكبير: ٤ ص ١٨٨، التاج والاكليل: ٦ ص ١٨٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٥، جواهرا الكلام: جـ ٦ ص ٤٤٠.

(٣) المبسوط: ١٦ ص ١٠٨.

(٤) فتح الباري: ٦ ص ١٩٦، المهذب: ٢ ص ٣٣٥، المبسوط: ١٦ ص ١٠٤، مختصر المزني: ٥ ص ٦٤ على هامش الأم.

٢ ـ الآثار: روى عن عثمان وعلي وابن عمر والحسن البصري والزهري ويحيى بن سعيد. . . وغيرهم الحكم في الرضاع بشهادة امرأة واحدة ، وأن عثمان رضي الله عنه فرق بشهادتها بين الرجال ونسائهم، وذكر الزهري أن الناس على ذلك، وذكر الشعبي ذلك عن القضاة جملة[١].

واعترض على هذا الاستدلال أنه معارض بمثله، قال ابن حزم: وروينا عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس أنهم لم يفرقوا بشهادة امرأة واحدة في الرضاع، وهو قول أبي عبيد، قال: لا أفتي في ذلك بالفرقة، ولا أقضي بها، وروينا عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لو فتحنا هذا الباب لم تشأ امرأة أن تفرق بين رجل وامرأته إلا فعلت»[٤]، فلا حجة في أعمال الصحابة لأنها معارضة بمثلها.

الرأي الراجح:

يبدو للناظر ترجيح مذهب المالكية وهو أن نصاب الشهادة من النساء المنفردات اثنتان في الحالات التي لا يجوز للرجال الاطلاع عليها لقوة أدلته في اشتراط العدد وعدم الاكتفاء بواحدة ومراعاة التوافق والتجانس بين شهادة النساء وبين الحلات التي تختص بمعرفتها النساء اللاتي يباشرن ذلك باعتبارها جزءً من حياتهن وأن اشتراط أكثر من اثنتين فيه حرج ومشقة، مع حرص الشارع على إثبات الحقوق وترتيب الأحكام عليها فيما يتعلق بشؤون النساء ويظهر ذلك بما يلي:

١ ـ ثبت في أول الشهادة اتفاق جمهور الفقهاء على اشتراط النصاب في الشهادة ، وأن العدد شرط أساسي فيها ، لأن جميع النصوص الشرعية التي وردت في موضوع الشهادة نصت على التعدد باطّراد، وقلنا: إن القضاء بالشاهد واليمين يؤيد ذلك، فلا بد من العدد في شهادة النساء، وإذا كان العدد مؤكدا في الشهادة الأصلية وهي شهادة الرجال؛ وشهادة الرجال والنساء فمن الأولى أن يشترط العدد في شهادة النساء وحدهن ولا تقبل شهادة امرأة واحدة لمنافاتها لمقاصد الشريعة وأهدافها.

ويؤكد عدم الاكتفاء بشهادة امرأة واحدة أن الحنفية القائلين بها يقولون إن شهادة الاثنتين أحوط ، ولم يرتبوا الأثر الواجب على شهادة المرأة الواحدة، وعلقوا القضاء بها على توفر حالة

---

(١) الطرق الحكمية: ص ١٥٥.

(٢) الطرق الحكمية : ص ١٥٦، المحلى: ٩ ص ٤٠٠، فتح الباري : ٦ ص ١٩٧

الأصل أو مؤيد آخر، ثم اعتبروها مجرد رواية أو خبر، ولذلك قال بعض العراقيين منهم لا يشترط فيها لفظ الشهادة بخلاف جمهورهم، وهذا يدل على أن شهادة المرأة وحدها غير كافية كوسيلة من وسائل الإثبات في إظهار الحق، واحلال الحلال وتحريم الحرام؛ وإن العقل لا يقبل أن يشترط العدد في الرجال ولا يشترط في النساء، وإن تعليلهم بأن العدد غير معقول المعنى ليس صحيحا فقد اطرد في جميع آيات الشهادة.

٢ ـ إن طبيعة الأمور التي تقبل فيها شهادة النساء منفردات تختلف عن الأموال والطلاق والرجعة وغيرها، لأن الثانية يعترى فيها النساءَ الضلالُ والنسيان لعدم ممارسة النساء لهذه الوقائع وقلة خبرتهن فيها، وعدم الاختلاط بالرجال محافظة على الحشمة والحياء والأدب، بخلاف أعمال النساء فإنها من اختصاصهن ويقع تحت بصرهن وسمعهن في الصباح والمساء، وتعرف المرأة خباياه ودخائله وجزئياته، وتعيش جوه طوال حياتها.

فالعدد مطلوب شرعاً، وكون الرجل بامرأتين هو في الأموال وغيرها من أمور الرجال، وحديث الرضاع يحمل على جواز شهادة المرضعة أي مع غيرها ويكون الحديث دفعاً لرد شهادتها على فعل نفسها.

قال ابن القيم: «فما كان من الشهادات لا يخاف منه الضلال في العادة لم تكن فيه على نصف الرجل، وما يقبل فيه شهادتُهن منفردات إنما هو في أشياء تراها بعينها أو تلمسها بيدها أو تسمعها بأذنها من غير توقف على عقل كالولادة والاستهلال والرضاع والحيض»[١].

ويقول أبو عبيد في حديث المرضعة: «إن شهدت المرضعة وحدها وجب على الزوج مفارقة المرأة ولا يجب عليه الحكم بذلك، وإن شهدت أخرى وجب الحكم به، واحتج أيضاً بأنه ﷺ لم يلزم عقبة بفراق امرأته بل قال له: دعها عنك، وفي رواية ابن جريج: كيف وقد عرفت، أو وقد زعمت، فأشار إلى أن ذلك على التنزيه[٢]

وقال الأوزاعي: أقضي بشهادة امرأة واحدة قبل النكاح وامنع من النكاح، ولا أفرق بشهادتها بعد النكاح[٣].

---

(١) الطرق الحكمية، له: ص ١٥١.

(٢) فتح الباري: ٦ ص ١٩٦، المحلى: ٩ ص ٤٠٠.

(٣) المحلى: ٩ ص ٤٠٠، الطرق الحكمية: ص ١٥٦.

الفرع الثالث
في
الحالات التي يجوز القضاء فيها بشهادة النساء

اتفق الفقهاء على قبول شهادة النساء منفردات في عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال غالباً من حالات النساء وشؤونهن[1].

ثم اختلفوا في قبول شهادتهن فيما عدا ذلك من الحدود والقصاص وأحكام الأبدان والأموال، على قولين:

القول الأول: أن شهادة النساء منفردات مقبولة في الحدود والقصاص والأموال والأبدان.

ذهب إلى ذلك ابن حزم الظاهري وروي عن عطاء وحماد بن سليمان[2].

القول الثاني: أن شهادة النساء منفردات غير مقبولة في الحدود والقصاص والأموال والأبدان، وتقبل فقط في عيوب النساء وشؤونهن لورود النص في ذلك.

ذهب إلى ذلك فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية والإمامية والأباضية، وهو مذهب الليث ابن سعد[3].

---

(١) الافصاح عن معاني الصحاح: ص ٤٣٣، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٨، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٧، الهداية وشروحها: ٦ ص ٩، الحاوي: ١٢ ق ١١٠ أ، المغني: ١٠ ص ٢٢٤ ط الإمام، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٣، شرح المنهاج للمحلى: ٤ ص ٣٢٥.

(٢) المحلى: ٩ ص ٣٩٦، الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ أ.

(٣)(أنظر: المحلى: ٩ ص ٣٩٨، المجموع شرح المهذب: ١٨ ص ٤٩٢، المختصر النافع: ص ٢٩٢، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٨، المبسوط: ١٦ ص ١٤٢ - ١٤٣، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٨٨، الخرشي: ٧ ص ٢٠٢، التاج والإكليل: ٦ ص ١٨٢، مح الجليل: ٤ ص ٢٥٦. حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٥، فتح القدير: ٦ ص ٧، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٠).

وسبق عند الإمامية أنه تقبل شهادة النساء مع الرجال في الحدود والقصاص.

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على قبول شهادة النساء منفردات في الحدود والقصاص والأموال والأبدان بما يلي:

١ ـ عموم النصوص من القرآن والسنة في طلب الشهادة، وأنه لا فرق بين رجل وامرأة، ولا بين رجلين وبين امرأتين، ولا بين أربعة رجال وأربعة نسوة، ولا يصح تخصيص النصوص بما لا يجوز للرجل أن ينظر إليه، لأنه لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك لأنه لا يحل للمرأة أن تنظر إلى عورة المرأة إلا بمقدار ما يحل للرجل المحرم من ذلك، ولا يجوز ما عدا ذلك إلا عند الشهادة أو الضرورة كالنظر إلى مكان العيب أو المرض والنظر إلى عورة الزانيين، والرجال والنساء في ذلك سواء[١].

٢ ـ القياس: قياس الحدود على الأموال بجامع أن كلا منهما حق يحتاج إلى إثبات، ويصح إثباته بالشهادة، فكما تقبل شهادة النساء منفردات في الأموال تقبل شهادتهن منفردات في الحدود والقصاص وغيرهما[٢].

٣ ـ الآثار: أخرج ابن حزم الظاهري عن بعض الصحابة والتابعين أنهم يقبلون شهادة النساء منفردات، منها أن شريحاً أجاز شهادة أربع نسوة على رجل في صداق امرأة، وقال طاووس: تجوز شهادة النساء في كل شيء مع الرجال إلا الزنا من أجل أنه لا ينبغي أن ينظرن إلى ذلك، وقال أبو لبيد: إن سكراناً طلق امرأته ثلاثاً فشهد عليه أربع نسوة فرفع إلى عمر بن الخطاب فأجاز شهادة النسوة وفرق بينهما، وعن هند بنت طلق قالت: كنت في نسوة وصبي مسجى فقامت امرأة فمرت فوطئته، فقالت أم الصبي: قتلته والله، فشهد عند عليّ عشر نسوة أنا عاشرتهن، فقضى علي عليها بالدية وأعانها بألفين.

وعن عطاء قال: أجاز عمر بن الخطاب شهادة النساء مع الرجال في الطلاق والنكاح، وأن عطاء أجاز شهادة النساء في النكاح، وقال عطاء لو شهد عندي ثماني نسوة على امرأة بالزنا لرجمتها، وقال أيضاً: «تجوز شهادة النساء مع الرجال في كل شيء»، وشهد أربع نسوة على متاع امرأة فقضى شريح على الزوج به[٣].

أدلة القول الثاني: استدل جمهور الفقهاء على عدم قبول شهادة النساء في الحدود

---

(١) المحلى: ٩ ص ٤٠٣.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٠٧ أ، والقياس من أدلة عطاء وحماد فقط لأن ابن حزم ينكر حجيته.

(٣) المحلى: ٩ ص ٣٩٧ ـ ٣٩٨.

والقصاص وأحكام الأبدان والأموال، وأنها تقبل في عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال غالباً بالسنة والمعقول.

أما **السنة**:

١ - أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن جريج عن ابن شهاب الزهري قال: «مضت السنةُ أن تجوزَ شهادةُ النساء فيما لا يطلع عليه غيرُهن من ولادات النساء وعيوبهن ورواه ابن أبي شيبة عن عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري بلفظ «فيما لا يطلع عليه غيرهن»[١].

وجه الدلالة: أن الحديث يدل على الحالات التي يجوز فيها شهادة النساء بالنص، وعلى عدم جوازها فيما عداها بالمفهوم.

٢ - روى سعيد بن المسيب ومجاهد وسعيد بن جبير وعطاء وطاووس قالوا: قال رسول الله ﷺ: «شهادةُ النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه[٢]».

وجه الدلالة: أن المبتدأ محصور في الخبر، وأن شهادة النساء مبتدأ وأن ما لا يطلع عليه الرجال خبر، فشهادتهن محصورة في ذلك.

٣ - روي عبد الرزاق عن ابن عمر قال: «لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء، وما يشبه ذلك من حملهن وحيضهن»[٣].

وروي ابن حزم مثله عن علي قال: «لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا في النكاح ولا في الدماء ولا في الحدود، وصح مثل ذلك عن عطاء وعمر بن عبد العزيز، وقال عبد الله بن عتبة: «لا تقبل شهادة النساء إلا فيما لا يطلع عليه غيرهن»[٤].

٤ - أخرج الترمذي والحاكم والبيهقي عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «ادرؤ وا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة»[٥].

---

(١) انظر تخريجه في صفحة ٢٠٨، وأنه حديث مرسل يصح الاحتجاج به.

(٢) انظر تخريجه في صفحة ٢٠٨.

(٣) نصب الراية: ٤ ص ٨٠، الطرق الحكمية: ص ١٥٢، المحلى: ٩ ص ٣٩٦.

(٤) المحلى: ٩ ص ٣٩٦ - ٣٩٨.

(٥) (انظر: جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٦٨٨، المستدرك: ٤ ص ٣٨٤، التلخيص الحبير: ٤ ص ٥٦. ميزان الاعتدال ٤ /٤٢٥

وشهادة المرأة فيها شبهة النسيان والضلال بنص القرآن الكريم، فلا تقبل شهادة النساء في الحدود، ويقاس عليها القصاص، كما ورد «ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم»[1].

المعقول:

حرص الشارع الحنيف على الحفاظ على المرأة المسلمة، وصيانتها من الشبهات، فطلب أن تبقى المرأة في كنف الرجال من أقربائها، وألا تنفرد في شؤونها وأعمالها وأسفارها ومشاهدها، ومنعها من السفر إلا مع محرم، كما نهى عن اختلاط الرجال بالنساء، وجعل الرجل قوّاماً على المرأة ومسؤولاً عن نفقتها ورعايتها فلا تخرج من بيتها إلا لحاجة، ولا تباشر المعاملات إلا لضرورة، فلا تقبل شهادةِ النساء وحدهن إلا فيما ورد به الشرع، لئلا يكثر خروجهن وحضورهن مجالس الحكام لأداء الشهادة وحرصاً على مكانة المرأة الاجتماعية وعدم تعريضها للأقاويل والتهم والشبه التي هي بغنى عنها، مع نهي الشارع عن خروجهن منفردات خوف الفتنة والفساد.

أما عيوب النساء وما يختص بهن فإنه يقع تحت سمعها وبصرها، وتمارسه في حياتها وتعيشه باحساسها، فلا خوف من قبول شهادتها فيه، ولأن نظر المرأة إلى المرأة أخف من نظر الرجل، فتقبل شهادتها في ذلك دون ما عداه.

الرأي المختار:

ويبدو ترجيح قول الجمهور في قبول شهادة النساء منفردات في عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال لاقتصار النص عليه، وعدم قبول شهادتهن منفردات فيما عدا ذلك، لأن الحاجة والضرورة تقضي قبول شهادتها في الأولى، ولا حاجة ولا ضرورة لقبول شهادتهن منفردات في الثانية.

ولا شك أن السبب الحقيقي في تقييد شهادة النساء في نطاق محدد هو طبيعة المرأة وما جبلها الله عليه من تكوين الخلقة وتركيب البنية واعداد الأجهزة وخاصية الغرائز فيها، فرتب الله تعالى بناء على هذه الكفاءة والمواهب وظيفة المرأة في الحياة الاجتماعية وتخصصها في مجال معين، وجعل شهادتها دون شهادة الرجل في الوقت الذي جعل مكانة الأم واحترامها وفضلها

= قال الحاكم: هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي فقال: قلت: قال النسائي يزيد بن زياد شامي متروك، ورواه الترمذي بنفس الاسناد ثم قال: يزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث.

(١) التلخيص الحبير: ٤ ص ٥٦.

ثلاثة أمثال الأب، والجنة تحت أقدام الأمهات[1].

عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال:

اختلف الجمهور القائلون بتحديد شهادة النساء منفردات في عيوب النساء وشؤ ونهن التي لا يطلع عليها الرجال في تحديد المقصود من عبارة «ما لا يطلع عليه الرجال»، بناء على اختلافهم في علة جواز شهادة النساء، وقسموا حالات الشهادة في أبدان النساء إلى ثلاثة أقسام بحسب جواز النظر إليها:

القسم الأول: ما لا يجوز للرجال النظر إليه مطلقاً سواء أكانوا محارم أم أجانب، وهو ما بين السرة والركبة، كعيوب الفرج والبكارة والولادة، وهذا القسم متفق على جواز شهادة النساء فيه منفردات.

القسم الثاني: ما يجوز للرجال النظر إليه مطلقاً سواء أكانوا محارم أم أجانب، وهو الوجه والكفان، وهذا القسم متفق على عدم جواز انفراد شهادة النساء فيه.

القسم الثالث: ما يجوز للمحرم النظر إليه ولا يجوز للأجنبي وهو ما فوق السرة وتحت الركبة مثل الصدر والرأس والظهر والرجلين ويدخل فيه الرضاع والاستهلال، وهذا القسم مختلف فيه بين الفقهاء، هل يدخل في القسم الأول الذي لا يطلع عليه الرجال غالباً وتقبل فيه شهادة النساء منفردات أم يدخل في القسم الثاني الذي يطلع عليه الرجال، ولا تقبل فيه شهادات النساء منفردات؟ ذهب كل فريق إلى أحد الاحتمالين، ويتمثل هذا الاختلاف في الرضاع والاستهلال[2].

الرضاع:

اختلف الفقهاء في جواز شهادة النساء منفردات بالرضاع على قولين:

القول الأول: أن شهادة النساء منفردات بالرضاع جائزة.

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة، الشيخ محمود شلتوت: ص ٢١٢، الفتح الكبير ٢ /٦٠٦.

(٢) قال ابن فرحون في (تبصرةالحكام: ١ ص ٢٩٣): القضاء بقول امرأتين بانفرادهن وذلك فيما لا يطلع عليه إ النساء كالولادة والبكارة والثيبوبة والحيض والحمل والسقط والاستهلال والرضاع وارخاء الستور وعيوب الحرائر والاماء ي كل ما تحت ثيابهن، وقال ابن المناصف والشهادة في الولد على ثلاثة أوجه على نفس الولادة وعلى الاستهلال وعلى أنه ذكر.

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة والامامية[1]، لأنه ليس من السهل اطلاع الرجال عليه غالباً، فالرضاع يختص بمعرفته النساء، ولا يراه الرجال غالباً، ولما رواه البخاري وأبو داود والنسائي والترمذي، واللفظ للبخاري عن عقبة بن الحارث قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فدخلت علينا امرأة سوداء، فزعمت أنها أرضعتنا جميعاً، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فأعرض عني، فقلت يا رسول الله إنها كاذبة قال: «وما يدريك، وقد قالت ما قالت؟ دعها عنك»[2].

فقد أجاز النبي ﷺ شهادة المرضعة على فعل نفسها، ولم يصدر حكماً جازماً لعدم توفر النصاب الكامل في الشهادة وهو إثنتان، وأمره ﷺ بالترك للكراهة، والرضاع وإن كان النظر غير محرم فيه على المحارم، ولكن الغالب أن الرجال لا يطلعون عليه في العادة، وأن الارضاع يجري بين النساء أكثر من الرجال المحارم، بالاضافة إلى أن الإرضاع لا يكون إلا بظهور الثدي والنحر، وهما من محاسن النساء التي فرض الله سترها على الأجانب.

القول الثاني: أن شهادة النساء منفردات بالرضاع غير جائزة:

ذهب إلى ذلك الحنفية[3].

لا مكان الرجال المحارم النظر إليه، وعدم الحاجة لانفراد النساء فيه، ويثبت الرضاع بما يثبت به المال أي بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن في إثباته زوال ملك النكاح، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة الرجال[4].

الرأي الراجح:

ويبدو ترجيح القول الأول لقوة أدلته، ولأن الإرضاع عادة يجري بين النساء، وقد لا

---

(1) القواعد، ابن رجب: ص ٢٩٨، الطرق الحكمية: ص ٧٩، الافصاح: ص ٤٣٣، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢١٠، المهذب: ٢ ص ٣٣٥، شرح المنهاج للمحلى: ٤ ص ٣٢٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٣، التاج والأكليل: ٦ ص ١٨٢، حاشية الدسوقي ٤ ص ١٨٨، القول المرتضى: ق ١٦٢ أ، الفروق: ٤ ص ٩٦ الفرق ٢٣٨، المختصر النافع: ص ٢٨٧، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٧، مختصر المزني: جـ ٥ ص ٦٣، المغني: ١٠ ص ٢٢٤ ط الإمام، الطرق الحكمية: ص ٨١.

(2) انظر: تخريجه في صفحة ١٤٧.

(3) الدرر شرح الغرر: ٢ ص ٣٥٨، مجمع الأنهر: ١ ص ٣٨٠، شرح منلا مسكين على كنز الدقائق: ١ ص ١٨٩، الفقه المقارن، حسن أحمد الخطيب: ص ٣٦٨.

(4) المراجع السابقة.

يحضر أحد من المحارم ونحتاج إلى إثباته لترتب الحرمة عليه.

الاستهلال:

كذلك اختلف الفقهاء في جواز شهادة النساء منفردات على الاستهلال على قولين:

القول الأول: أن شهادة النساء منفردات على الاستهلال جائزة.

ذهب إلى ذلك الشافعي في الصحيح والمالكية والإمامية وأحمد والصاحبان من الحنفية ورجحه الكمال بن الهمام[1] لأن الاستهلال صوت يصدر من الطفل عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة فألحق بالولادة.

القول الثاني: أن شهادة النساء منفردات على الاستهلال غير جائزة، في حق الإرث، لأنه مما يسمعه الرجال، فلا ضرورة لقبول النساء فيه ولا تقبل الشهادة على الاستهلال إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن الاستهلال صوت مسموع، والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال، والعبرة في ذلك إمكان الاطلاع والعلم وهو حاصل في الاستهلال، ولأن الاستهلال يترتب عليه حق الملك والارث وغير ذلك، وهذه الأمور لا تثبت بشهادة النساء منفردات، وتقبل شهادة النساء منفردات على الاستهلال في حق الصلاة احتياطاً لأنها من أمور الدين، وشهادة النساء في أمور الدين حجة، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة[2].

الرأي المختار:

والمختار: هو القول الأول، لأن الاستهلال تابع للولادة والولادة تثبت بشهادة النساء وحدهن باتفاق، وكذلك النسب والإرث تبعاً؛ لأن كلاً منهما تابع للولادة ولازم شرعاً للمشهود به[3].

---

(١) المهذب: ٢ ص ٣٣٥، الافصاح عن معاني الصحاح: ص ٤٣٣، الطرق الحكمية: ص ٨٠، القول المرتضى: ق ١٦٠ أ، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٠٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٣، المختصر النافع: ص ٢٨٨، الروضة البهية: ١ ص ٢٥٧، جواهر الكلام: جـ ٦ ص ٤٤٠، الآثار للإمام محمد بن الحسن: ص ١١٢، المبسوط: ١٦ ص ١١٤، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٠٩، الهداية وشروحها: ٦ ص ١٠، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٦٥، معين الحكام: ص ٩٤.

(٢) البحر الرائق: ٧ ص ٦١، المبسوط: ١٦ ص ١٤٤، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٧، الهداية والعناية وفتح القدير: ٦ ص ١٠.

(٣) انظر: تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥٠، التاج والأكليل: ٦ ص ١٨٢، الشرح الكبير: جـ ٤ ص ١٨٩، شرح الخرشي: ٧ س ٢٠٣، المجموع للأمير: ٢ ص ٣٣٤، القول المرتضى: ق ١٦٠ ب، القواعد، ابن رجب: ص ٢٩٨

دور الشهادة في الإثبات قانوناً:

قبل أن نعرض الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة في القانون نعطي فكرة عن نصاب الشهادة، وهل يشترط عدد معين من الشهود أم لا؟.

لم يحدد القانون نصاباً للشهادة وإنما أجاز شهادة الواحد واعتبرها حجة كاملة وبينة تامة، ولم يفرق بين شاهد وآخر، وإنما ترك الأمر للقاضي في قبوله الشهادة ومدى القناعة التي يكونها منها سواء كانت من شاهد واحد أو أكثر، وسواء كانت من كبير أو صغير ناقص الأهلية[1]، ومن أقوالهم «المدار في الشهادة على الوزن لا على العدد» أي إنهم ينظرون إلى الكيف لا إلى الكم وعملاً بهذا المبدأ يصح أن يعول القاضي على شهادة الفرد وينبذ شهادة الجماعة، حسبما يوحي إليه ضميره، وتبعاً للمؤثرات الخاصة التي يستخلصها من وقائع الحال[2].

وقد اشترط القانون في إثبات بعض الحالات الخاصة عدداً من الشهود، فاشترط إشهاد اثنين على توثيق العقود الرسمية في مأموريات التوثيق[3].

وعند اليهود لا تقبل البينة إلا من شاهدين على الأقل في المعاملات، وتقبل شهادة الواحد في الحلال والحرام وفي العبادات فقط[4].

الحالات التي يجوز إثباتها بالشهادة:

سبق القول إن القانون جعل الأصل في الإثبات الكتابة، ولكن الإثبات بالكتابة يستحيل في بعض الوقائع القانونية، ويعسر في بعضها الآخر، وفيه من الضيق والحرج والتعقيد في قسم ثالث، لذلك أباح المشرع الإثبات بالشهادة وجعلها في الدرجة الثانية وحدد الحالات التي تشرع فيها الشهادة وحصرها بالنص في المواد من ٦٠ إلى ٦٣ في قانون الإثبات المصري الجديد ومن المادة ٥٢ الى المادة ٥٧ من قانون البينات السوري.

---

(١) حدد القانون سن قبول الشهادة بخمس عشرة سنة ويعتبر الانسان ناقص الأهلية في هذا السن قانوناً، لأن القانون المدني المصري حدد سن الأهلية بإحدى وعشرين سنة والقانون المدني السوري حدده بثماني عشرة سنة، ومع ذلك فيجوز للقاضي أن يسمع شهادة الصغير بدون يمين ويعتبرها من قبيل الاستعلام أو الاستكشاف أو الاستدلال، (انظر: المادة ٦٤ من قانون الإثبات المصري الجديد).

(٢) شرح لائحة الإجراءات الشرعية، قمحة، والسيد ص ٤١٨.

(٣) وكانت شهادة الواحد لا تكفي في القانون الفرنسي القديم وإنما كان يشترط العدد، (انظر: الوسيط، السنهوري: جـ ١ ص ٣٢٣ هامش، رسالة الأثبات، أحمد نشأت: جـ ١ ص ٦١ ق ٥٠).

(٤) المقارنات والمقابلات، صبري ص ٥٥.

وتنقسم هذه الحالات إلى قسمين أحدهما قاعدة والآخر استثناء.
القاعدة الأصلية فيما تقبل فيه الشهادة وفيها حالات وهي [1]:

١ ـ الوقائع المادية: [2]

الأصل في إثبات الوقائع المادية هو البينة وهذا مأخوذ من مفهوم المخالفة للمادة ٦٠ مصرية التي أوجبت في إثبات التصرفات القانونية، ولم تتعرض للوقائع المادية، فيجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها الشهادة، وتفهم من منطوق المادة ٥٢ سورية التي أجازت الإثبات بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية، ومن امثلتها العمل غير المشروع (الفعل الضار)، والفيضان والحريق والزلازل والجنون والولادة والوفاة، والإثراء بلا سبب، والأفعال النافعة، والعيوب والغصب، والغش والاحتيال على القانون والاستيلاء، ويلاحظ أن الولادة والوفاة والوراثة نظمتها قوانين جديدة وجعلت إثباتها باستصداروثائق معينة عن سجلات أصلية فيها.

٢ ـ المواد التجارية: [3]

نظراً لما تمتاز به المواد التجارية من الثقة بين المتعاملين وما تتطلبه من البساطة والسرعة، وتجنباً للبطء والتعقيد في الكتابة فقد اعتبر القانون الأصل فيها حرية الإثبات، فتثبت بالشهادة والقرائن والكتابة وغيرها دون اعتبار لقيمة الالتزام محل الإثبات ولو زادت قيمته عن عشرين جنيهاً أو خالفت الثابت بالكتابة.

والقانون التجاري يحدد من هو التاجر ويبين المقصود من المواد التجارية وما يدخل فيها

---

(١) انظر: في هذه الحالات المراجع التالية: الوسيط: السنهوري: جـ ١ ص ٣٤٠، الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٣٣٤ وما بعدها، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٢٧٥ وما بعدها، أصول المحاكمات، أنطاكي ص ٥٥١ وما بعدها، رسالة الأثبات: ١ ص ٤٥٩ وما بعدها، نظرية الإثبات، المؤمن: ٢ ص ٤٦٢، مذكرات في الإثبات، الشرقاوي ص ١٠٢ وما بعدها، التقنين المدني المصري، العطيفي: ٢ ص ٤٣٠، المداينات، ذهني: ١ ص ٣٦٤، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري: ص ٤١ ق ٩١ وما بعدها، المستحدث في قانون المرافعات وقانون الإثبات، أبو الوفا: ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٢) الواقعة القانونية هي وقوع حادث يترتب عليه كسبُ الحق أو تعديله أو انقضائه، وتنقسم الوقائع القانونية إلى قسمين تصرفات قانونية وهي التي تتوجه فيها الإرادة لاحداث أثر معين، وأفعال مادية وهي وقائع طبيعية أو أفعال بشرية يرتب عليها القانون أحكاماً معينة، وعبر القانون السوري عنها بالالتزامات ومصدرها أربع: العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون.

(٣) المادة ٦٠ من قانون الإثبات المصري، والمادة ٥٤ من قانون البينات السوري، والمادة ٤٠٠ من القانون المدني المصري.

وما يخرج عنها، والعبرة في قبول اثباتها بالشهادة هي الصفة التجارية لطبيعة الالتزام من جهة، وصفة المدعى عليه من جهة أخرى.

٣ - التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن مقدار معين[١].

نصت المادة ٦٠ من قانون الإثبات الجديد على منع إثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً مصرياً أو كانت غير محددة القيمة، فمنع إثباتها بالشهادة، ونصت المادة ٥٤ من قانون البينات السوري كذلك فيما يزيد عن مائة ليرة سورية، ومفهوم المخالفة للنصين جواز إثبات التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن هذا المقدار نظراً لقلة الالتزام وتسهيل المعاملات الصغيرة التي تتكرر يومياً، ويمارسها كثير ممن لا يعرف الكتابة، وذلك بشرطين أن لا يعارضها دليل كتابي، وألا تكون من التصرفات القانونية التي أوجب القانون فيها الكتابة كالشركة والصلح والكفالة، والعبرة في تحديد قيمة التصرف أو الالتزام هو أصل الالتزام ووقت نشوئه في آن واحد.

حالات جواز الإثبات بالشهادة استثناء[٢]:

لقد لمس المشرع الضيق الذي يصيب الناس من التشدد في طلب الإثبات بالكتابة في الأصل فأجاز إثبات بعض الحالات بالشهادة استثناء وهي:

١ - مبدأ الثبوت بالكتابة[٣]:

وهو أن يصدر من المدعى عليه كتابة تتعلق بالمدعى به ولا تكفي لإثباته كتابة لكنها تقربه من الاحتمال، فتكمله بالشهادة والقرائن. ويطبق هذا الحكم على ما يزيد عن عشرين جنيهاً أو ما يكون غير محدد القيمة أو مما يخالف الثابت بالكتابة أو يجاوزه.

٢ - تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة:

إذا استجوب القاضي أو المدعى المدعي عليه عن موضوع الدعوى وامتنع عن الجواب

---

(١) المادة ٦٠ مصري والمادة ٥٤ سوري.

(٢) انظر المراجع التالية: الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٢٤٥ وما بعدها، رسالة الإثبات: ١ ص ٤٧٩ وما بعدها، موجز أصول الإثبات، مرقس ص ٢٧٩، وما بعدها، نظرية الإثبات، المؤمن: ٢ ص ٤٦٤، مذكرات في الإثبات، الشرقاوي ص ١٠٧، التقنين المدني المصري، العطيفي: ٢ ص ٤٣٧، أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٥٦١ وما بعدها.

(٣) المادة ٦٢ اثبات مصري، المادة ٥٦ بينات سوري.

أو تخلف عن الحضور فقد اعتبر القانون هذا قرينة على ترجيح جانب المدعي، وقرب احتمال صدقه، فأجاز له إثبات الدعوى بالشهادة مهما كانت قيمة الالتزام أو كان مما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة في الأصل.

٣ ـ المانع من الحصول على دليل كتابي: [١]

أجاز القانون الإثبات بالشهادة فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وذلك لافتراض عدم إمكانية الكتابة أو الحصول عليها فيما تشترط فيه، فلا يستطيع صاحبه الحصول على الدليل الكتابي إما لسبب مادي ملموس أو سبب أدبي، كالوديعة الاضطرارية لنزلاء الفنادق، والالتزام بين الأقرباء نسباً أو مصاهرة والخطبة والعلاقة بين الخادم وسيده، وبين الطبيب والمريض، وبين الاستاذ والطالب.

٤ ـ فقد السند الكتابي: [٢]

وهذه صورة ثانية لوجود المانع من الكتابة، فالأولى استحالة إعداد الدليل الكتابي، وهذه الحالة استحالة تقديم الدليل الكتابي ولذلك أباح القانون الإثبات بالشهادة استثناء للحالات الواجبة الإثبات بالكتابة نظراً لفقد السند الكتابي من صاحبه لسبب خارج عن إرادته، وعلى صاحب السند أن يثبت وجوده ثم فقده بسبب لا دخل له فيه.

٥ ـ يضيف بعض شراح القانون حالة خامسة يجوز فيها الإثبات بالشهادة استثناء وهي إثبات الاحتيال على القانون، بينما يرجع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة أنها عبارة عن واقعة مادية كعيوب الإرادة يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها الشهادة بشكل أصلي وليس استثناء، ولذلك فقد حذف المشرع هذه الفقرة عند انتحال القانون الفرنسي [٣].

٦ ـ إتفاق الطرفين:

إن الإثبات بالشهادة والكتابة ليست من النظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنها وضعت لصالح الطرفين، وليست لمصلحة عامة، فإذا اتفق الطرفان على التنازل عن الكتابة فيما يجوز إثباته بالكتابة فاتفاقهم صحيح، وهذا صريح المادة ٦٠ من قانون الإثبات المصري والمادة ٥٤ من قانون البينات السوري.

---

(١) المادة ٦٣ إثبات مصري ف أ، المادة ٥٧ ف أ بينات سوري.

(٢) المادة ٦٣ إثبات مصري ف ب، المادة ٥٧ ف ٢ بينات سوري.

(٣) الإثبات في المواد المدنية، الصدة ص ٢٨٠.

ونضيف أخيراً أن الإثبات في الشهادة عند اليهود لا يصح أصلاً إلا إذا صرح الطرفان وقت التعاقد بالرجوع إلى شهادة من حضر العقد من الشهود في حالة الاختلاف والتنازع[1].

ولا تقبل شهادة المرأة والوثني والمجنون والقاصر والصديق والعدو[2]، وأنه إذا مضى على تاريخ العقد ثلاث سنوات فلا يعمل بشهادة الشهود عليه إلا فيما يتعلق بموضوعه فقط، أما شروطه ومفصلاته فلا يعول على الشهادة فيها[3].

مقارنة بين الشريعة والقانون:

نلاحظ أن القانون تساهل في صفة الشهود وعددهم ثم تشدد في تقدير قيمة الشهادة، وفي تحديد الحالات التي تجوز الشهادة فيها، ففسح المجال لشهادة الشاهد الواحد، الرجل والمرأة، الكبير والصغير، ثم سلخ عن الشهادة أثرها القانوني وقوتها الإثباتية، وخول القاضي تقدير قيمة الشهادة قبولاً ورفضاً وامتناعاً، كما أوجب تحليف اليمين للشاهد قبل أداء الشهادة، وعدد القانون الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة على سبيل الحصر، سواء ما قبله بشكل أصلي أو بشكل استثنائي.

وهذا يناقض أحكام الشريعة الإسلامية التي حددت بدقة صفات الشهود، ونصت على نصاب الشهادة، ثم قبلت الإثبات بالشهادة في جميع الأحكام دون تفريق بينها.

ونرى أنه لا مانع شرعاً من تقييد حالات قبول الشهادة بشكل مؤقت، نظراً للحالة الاجتماعية والخُلُقية السائدة في المجتمع الإسلامي، بحيث تمنع الشهادة في القضايا الهامة، والمبالغ المالية الكبيرة إلا إذا كانت موثقة ومسجلة في سجلات وقيود كتابية.

ونلاحظ التشابه الكبير بين الشريعة والقانون في المواد التجارية، فقد سلك القانون أسلوب التيسير والتسهيل في إثبات المواد التجارية نظراً لطبيعتها وتكرارها، وقد سبق القرآن الكريم إلى هذا المبدأ منذ أربعة عشر قرناً عندما استثنى التعامل التجاري من طلب التوثيق بالكتابة فقال تعالى ﴿إلا أَنْ تَكُونَ تجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ منْكُمْ فَلَيسَ عَلَيكُمْ جُنَاحٌ ألا تَكْتُبُوها﴾ سورة البقرة الآية ٢٨٢، ويمتد هذا التشابه فيما استثناه القانون من المواد التجارية وتشدد في إثباته بالكتابة كالشركة والصلح والكفالة وهو ما سبق إليه الفقه الإسلامي، فقد نص الشافعية على وجوب شهادة الرجلين في إثباتها وعدم قياسها على الأموال أو ما يقصد منه المال، فلا يقبل فيها الرجل والمرأتان أو الشاهد واليمين.

---

(١) المادة ٢٥٩ من القانون العبري.

(٢) المادة ٢٦٠ من القانون العبري.

(٣) المادة ٢٦١ من القانون العبري.

الفصل الثاني
في
الإقرار
وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول
في
تعريف الإقرار

تعريف الإقرار:

الإقرار لغة: هو الاعتراف، وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابة أو إشارة[1].

الإقرار اصطلاحاً: عرفه الفقهاء بتعريفات مختلفة تبعاً لاختلافهم في الأحكام المتعلقة به عندهم.

فعرفه الحنفية بأنه: «إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه»[2]

شرح تعريف الحنفية:

---

(١) الإقرار: من قَرَرَ، وأقرَ بالحق اعترف به، وقَرَّرَهُ بالحق غيرُه حتى أقر، وتقرير الإنسان بالشيء حمله على الإقرار به، والإقرار الإذعان للحق والاعتراف به، والإقرار يعني الاستقرار ومنه القرار في المكان والاستقرار فيه إذا وقف فيه ولم يرحل، وقرّرت عنده الخبر حتى استقر، وفلان ما يتقار في مكان أي ما يستقر، وأقترماء الفحل في الرحم استقر، وأقره في مكانه حتى استقر، والإقرار بمعنى الثبات، قال ابن السكيت قرّت الناقة، إذا ثبت حملها، والقرار هو الثبات، والإقرار اثبات الشيء إما باللسان وإما بالقلب وأما بهما جميعاً فهو ضد الجحود والإنكار والاضطراب والتنازع، (انظر: الصحاح، الجوهري: ٢ ص ٧٩٠، تاج العروس، الزبيدي: ٣ ص ٤٨٨، لسان العرب، ابن منظور: ٥ ص ٨٤، ٨٨ مختار الصحاح: ص ٥٢٩، المصباح المنير، جـ ٢ ص ٦٨١، أساس البلاغة للزمخشري: ص ٧٥٦، القاموس المحيط: ٢ ص ١١٦، النظم المستعذب شرح غريب المهذب: ٢ ص ٣٤٤).

(٢) تبيين الحقائق: الزيلعي: ٥ ص ٢، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٧٩.

فقوله إخبار: يتناول كل إخبار سواء أكان عن ثبوت حق الغير على الغير كالشهادة، أم ثبوت حق نفسه على غيره كالدعوى، أو ثبوت حق الغير على نفسه، وخرج الإنشاء.

وقوله للغير: خرج به الإخبار عن ثبوت الحق لنفسه، فإنه دعوى، وخرج به أيضاً الإخبار عن ثبوت الحق لنفسه ولغيره فإنه رواية.

وقوله على نفسه: خرج به الإخبار عن ثبوت حق الغير على الغير فإنه شهادة[1].

وعرفه المالكية بأنه: خَبرٌ يوجِبُ حكمَ صِدقِه على قائِله فقط بلَفظه أو بلفظ نائبه[2].

شرح تعريف المالكية:

قوله: خبر يشمل كل خبر سواء أكان يوجب حكم صدقه على قائله أم لا يوجب حكم صدقه على قائله، وسواء كان بلفظه أو بلفظ غيره، ويخرج به الإنشاء لفظاً ومعنى، كألفاظ الدعاء والحمد، والإنشاء معنى ولو كان خبراً لفظاً مثل بعت وطلقت وأسلمت، لأن الإنشاء قسيم الخبر، ويدخل فيه الشهادة والرواية.

وقوله: «يوجب حكمَ صدقه على قائله» كالإخبار عن دين في ذمته لآخر فيحكم على صاحبه بالوفاء، ويخرج به الخبر الذي لا يوجب حكم صدقه على قائله مثل قوله: زيد زان، فإنه لا يوجب حكم صدقه على قائله، لأنه إن كان صادقاً فيحكم على زيد بالجلد أو الرجم، وإن لم يكن صادقاً فيحكم عليه بحد القذف، ويخرج به الشهادة لأن الشهادة خبر يوجب حكم صدقه على غيره، وخرج الخبر الذي يوجب حكم صدقه لقائله كالدعوى، ويدخل فيه ما يوجب حكم صدقه على قائله وغيره.

وقوله «فقط» خرج به الخبر الذي يوجب حكم صدقه على قائله وغيره كالرواية مثل

---

(١) واعترض عليه قاضي زاده وقال انه غير جامع لعدم دخول قسم الاسقاطات كالطلاق والعفو عن القصاص ونحوهما فيه، واقتصاره على الإثباتات كالبيع والإجازة، وهو غير مانع لدخول اقرار المكره لآخر بشيء من الحقوق وهو غير صحيح شرعاً، (نتائج الأفكار: ٦ ص ٢٨٠).

والجواب عن الاعتراض الأول ان الأخبار لا يقع على مجرد التصرفات سواء كانت إسقاطات أو اثباتات وإنما هو اخبار عن ثبوت حق وهذا الحق أثر ناتج عن التصرف سواء كان إثباتاً أو إسقاطاً، والجواب عن الاعتراض الثاني ان هذا التعريف للإقرار مطلقاً سواء كان صحيحاً أو فاسداً، فالمقصود تعريف ما يطلق عليه الإقرار في الشرع سواء كان صحيحاً أم فاسداً مثل تعريف البيع أو الإجارة الذي يتناول الصحيح منها والفاسد.

(٢) شرح حدود ابن عرفة، الرصّاع: ص ٣٣٢، شرح الخرشي: ٦ ص ٨٧، البهجة في شرح التحفة وحلي المعاصم: ٢ ص ٣١٧، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٧، بلغة السالك لأقرب المسالك، ٢ص ١٧٦.

الصلاة واجبة، فهو خبر أوجب حكم صدقه على قائله وغيره.

وقوله«بلفظه أو لفظ نائبه» خرج به خبر غيرهما، ودخل به خبر الوكيل.

وعرفه الشافعية بأنه: «إخبار عن حقٍ ثابت على المُخبر»[1].

شرح تعريف الشافعية:

«إخبار»: يتناول كل إخبار سواء كان عاماً كالرواية أو خاصاً، وسواء كان على المخبر أم على غيره، أو لغيره على غيره.

«حق ثابت على المخبر» خرج به الحق الثابت لجميع الناس وهو الرواية، وخرج الإخبار عن حق لغيره على غيره فإنه شهادة، والإخبار عن حق لنفسه على غيره فإنه دعوى.

وعرفه الحنابلة: «بأنه الاعتراف، وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابة أو إشارة»[2] وهذا يتفق مع التعريف اللغوي وقد اقتصر الحنابلة عليه.

وعرفه الزيدية بأنه: «الاعتراف بحق مالي أو غيره»[3].

فالاعتراف بحق مالي كالدين في الذمة والعين في اليد، وغير المالي كالاعتراف بالنسب أو الإقرار بالجناية أو الضرر.

وعرفه الإمامية بأنه: «إخبار الإنسان بحق لازم عليه»[4] ولا يختص لفظاً ويقوم مقامه الإشارة، والإخبار بحق لازم عليه إلى آخر كالإقرار بالدين في الذمة لآخر.

التعريف المختار:

والمختار هو ما ذهب إليه الحنفية، لأنه تعريف جامع مانع، ولأنه عرف الإقرار بحقيقته، أما المالكية فعرفوا الإقرار بلازمه أي ما يلزم الإقرار من وجوب الحكم على المقر، والتعريف بالحقيقة يقدم على التعريف باللازم، وتعريف الشافعية فيه عموم لعدم ذكر للغير، وتعريف الحنابلة فيه عموم لدخول غيره فيه واقتصاره على المعنى اللغوي، وتعريف الزيدية فيه عموم أيضاً وكذلك تعريف الإمامية. فيكون تعريف الإقرار هو:

---

(١) مغني المحتاج ٢ ص ٢٣٨، فيض الإله المالك ٢ص ١٠٢، نهاية المحتاج ٥ ص ٦٤.

(٢) النكت والفوائد السنية، ابن مفلح: ٢ ص ٣٥٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٠، منتهى الإرادات: ٤ ص ٣٣٥، المغنى: ٥ ص ١٣٨.

(٣) البحر الزخار: المرتضى: ٥ ص ٣.

(٤) المختصر النافع: ص ٢٤٣ وذكر التعريف بقوله حق لازم له، وهو خطأ، فالإقرار اخبار بحق لازم على المقر، وقد راجعت بعض كتب الإمامية فلم أجد تعريفاً للإقرار فيها.

«إخبار الشخص بحق على نفسه لآخر »

ويظهر من هذا التعريف حقيقة الإقرار بأنه إخبار وهو رأي جمهور الأئمة والفقهاء وخالف في ذلك بعض فقهاء الحنفية كالجرجاني والحصكفي في الدر المختار[1] وذهبوا إلى اعتبار الإقرار إخباراً من وجه وتمليكاً وإنشاء من وجه لمراعاة الحالات التالية وبنائها عليه وهي : ـ

١ ـ إذا أقر شخص لآخر فرد المقر له الإقرار أو كذبه ثم قبل لا يصح، ويبطل الإقرار، وذلك لأن الإنشاء يبطل بالرد، ولو كان إخباراً لما بطل بالرد، لأن الرد لا يبطل الإخبار.

٢ ـ لو أقر المريض لوارثه بدين لم يصح منه لكونه تبرعاً في المرض، وهو وصية، ولا وصية لوارث، ولو كان اخباراً لصح.

٣ ـ إن الملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوائد من الثمر والنتاج والولد ولو كان إخبارا لتعداه إلى الزوائد، لأنه يفيد الملك من الأصل فتتبعها زوائدها.

والواقع أن حقيقة الإقرار أخبار وإظهار وكشف عن حق ثابت في الماضي[2] ولذلك تبنى الحالات التالية عليه : ـ

١ ـ إذا أقر بعين لا يملكها صح الإقرار حتى لو ملكها بعد ذلك أمر بالتسليم، ولو كان إنشاء وتملكياً لم يصح، لأن تمليك ما ليس بمملوك لا يصح.

٢ ـ إذا أقر المريض الذي لا دين عليه بجميع ما له لأجنبي فإنه يصح إقراره، ولو كان تمليكاً لم ينفذ إلا بقدر الثلث، والزيادة تتوقف على إجازة الورثة.

٣ ـ إذا أقر المسلم بخمر صح إقراره، ويؤمر بالتسليم ولو كان تمليكاً لم يصح.

٤ ـ إذا أقر بالطلاق أو العدة مكرها لم يصح ولو كان انشاء صح.

٥ ـ إذا أقر بنصف داره الكبيرة مشاعاً يصح ولو كان تمليكاً لم يصح عند الإمام أبي حنيفة، لأنه هبة في مشاع قابل للقسمة.

---

(١) الدر المختار، للحصكفي على هامش حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٨٩، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧ ص ٢٤٩، ٢٥٠، لسان الحكام، ابن الشحنة: ص ٧٣، مرآة المجلة: ٢ ص ٣٣٠.

(٢) رسالة في طلب اليمين بعد حكم القاضي، ابن نجيم: ق ١٩ أ، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨٩، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٠، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٠، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٨١، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩١، منتهى الارادات: ٤ ص ٣٣٥، تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣ ص ٣٦٧، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٨٨، معين الحكام: ص ١٢٠٢، الحاوي: ٧ ق ١٧١.

٦ ـ إذا أقرت المرأة بالزوجية يصح ولو كان تمليكاً لم يصح إلا بمحضر من الشهود.

٧ ـ إذا كان المقر له يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى ؛ إلا إذا سلمه إليه بطيب من نفسه فتكون هبة مبتدأة منه بناء على أنه إخبار وليس بتمليك.

فالإقرار إخبار وليس إنشاء وتمليكاً، أما الحالات التي تمسك بها القائلون بأنه إنشاء من وجه فيمكن تخريجها بما يلي : ـ

فإقرار المريض لوارث فيه تهمة تفضيل وإيثار بعض الورثة على بعض، ولذلك جعلوا إقراره لوارثه موقوفاً على إجازة الورثة، واستأنسوا بالأثر المروي عن سيدنا عمر وابنه رضي الله عنهما بعدم صحة الإقرار لوارث، وهذه الحالة غير مسلم بها عند الجمهور الذين أجازوا الإقرار لوارث، وأن المنع لتهمة التفضيل وليس لكونه إنشاء وتمليكاً.

وأما الاحتجاج بأنه يرتد بالرد في بعض الصور فإن ذلك مبني على جواز خطأ المقر فيما أقر به، والمقر له يعتقد أنه لا حق له قبله، ومن المتفق عليه أنه لا يملك إنسان إدخال مال في ملك الآخر بدون رضائه، فالإقرار يتم بإرادة المقر فهو من عمل الإرادة المنفردة، وإنما يبطل برد المقر له لمراعاة المبدأ السابق، كما أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، فلا تتعدى إلى المقر له بالزامه ذلك، ولو كان المقر به ملكه في الماضي فيحتمل أنه تنازل عنه أو وهبه للمقر أو أبرأه منه، والرد تكذيب فلا يفيدُ التصديق بعده ولا يصح الرجوع عن الإبراء لسقوط الدين، والساقط لا يعود.

كما أن عدم استحقاق الزوائد بالإقرار لأنه ذو حجة قاصرة على المقر وعلى المقر به، ولجهالة الزمن الذي يرجع إليه الإقرار.

وأخيراً لو صح كون الإقرار إنشاء من وجه لا قتضى وجود تعريفين له، ولم يقل به أحد[1].

والتعريف السابق يتضمن أركان الإقرار مع اختلاف الفقهاء فيها.

أركان الإقرار:

اختلف الفقهاء في ركن الإقرار فقال الحنفية إن ركن الإقرار هو الصيغة وهي اللفظ الدال

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٥ص ٥٩٠، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٤٧، طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم ص ٣١٥، المرافعات الشرعية، السبكي ص ٦٤، مباحث المرافعات، الأبياني ص ٨٨.

على معناه صراحة أو دلالة أو إشارة، وقال جمهور الفقهاء إن أركان الإقرار أربعة وهي الصيغة والمقر والمقر له والمقر به.

وسبب الخلاف:

أن الحنفية يعرفون الركن بأنه ما توقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً في ماهيته، بخلاف الشرط فإنه ما توقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزءاً في ماهيته، فركن الإقرار هو الصيغة، وهذه الصيغة تستلزم وجود المقر والمقر به والمقر له.

ويعرف الجمهور الركن بأنه ما توقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل، سواء أكان جزءاً منه أم كان مختصاً به. وليس جزءاً منه، فركن الإقرار هو المقر والمقر له والمقر به والصيغة[1].

ونلاحظ أن الاختلاف اصطلاحي، ولذلك نعدد الأركان الأربعة له وهي:

الركن الأول: المقر: وهو الشخص الذي يظهر حقاً لآخر عليه، وعبرت في التعريف بلفظ «شخص» ليشمل الشخص الطبيعي وهو الإنسان، والشخص المعنوي أو الاعتباري الذي شاع أمره وذاع صيته في الوقت الحاضر.

الركن الثاني: المقر له: هو الشخص الذي يصدر الإقرار لصالحه، ويوجه الخبر إليه، وباختصار هو صاحب الحق المقر به.

الركن الثالث: المقر به: وهو الحق الذي أخبر عنه المقر، وهذا الحق يشمل ما يثبت للشخص أو يسقط عنه من دين وعين وحقوق ارتفاق وعفو عن قصاص وإبراء وطلاق ومقاصة وغير ذلك من الحقوق التي تترتب على الشخص لآخر، سواء أكانت من حقوق الله تعالى أم من حقوق الأفراد، وسواء أكانت حقوقاً إيجابية، أم حقوقاً سلبية، فالإيجابي هو الحق الثابت لغيره عليه مباشرة، والسلبي هو الواقع بطريق النفي كإقراره بأنه لاحق له على شخص، أو أنه أسقط دينه عنه أو أبرأه منه، فأثبت للمقر له حق عدم مطالبة المقر له بشيء من الحقوق، ويشمل الإثبات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها، والاسقاطات كالطلاق والاعتاق واسقاط الدين واسقاط الشفعة والعفو عن القصاص، لأن المقربه كالمدعى به يصح أن يكون وجودياً أو

---

(١) أحكام الوصية، الخفيف: ص ٣، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٣٨، نهاية المحتاج: ٥ ص ٦٥، الخرشي: ٦ ص ٨٧، شرائع الإسلام: ٢ ص ١٠٨، المختصر النافع: ص ٢٤٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٣ ص ٤٠٢، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٠٧، معين الحكام، الطرابلسي: ص ١٢٢، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٩.

عدمياً، فمن أقر بطلاق بائن مثلاً ثبت بمقابله للمرأة حق عدم تعرض الزوج لها في حقوق النكاح والرجعة التي تسقط بالطلاق البائن.

الركن الرابع: الصيغة: وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه مما يدل على الإخبار في ثبوت الحق للغير على النفس.

واللفظ قد يكون صريحاً في دلالته وهو اللفظ الموضوع للإخبار عن ثبوت الحق المقر به للمقر له، مثل: له علي وقبلي وفي ذمتي وعندي، والجواب عن السؤال وتصديق الطلب، مثل، إذا قال رجل لآخر: لي عليك كذا؟ فقال نعم، لأن جواب السؤال إعادة له، وقد يكون اللفظ غير صريح في دلالته وهو ما لا يكون اللفظ موضوعاً ـ بحسب معناه اللغوي ـ ليفيد الإخبار عن ثبوت الحق المقر به للمقر له، إلا أنه يستلزمه ويدل عليه ضمناً، مثل: أن يقول رجل لآخر لي عليك كذا فيقول له: قد قضيتها لك أو أجلني، أو غير ذلك من طلب التأجيل أو الأمر بالأداء أو القبض أو إدعاء التسليم والرد.

ويقوم مقام اللفظ الإشارة من الأخرس ومعتقل اللسان والكتابة والسكوت في بعض الحالات[1]، كسكوت البكر عند استئذانها في الزواج، وسكوتها عند قبض المهر، وسكوت الشفيع بعد علمه بالبيع وسكوت الوكيل عند التوكيل، وسكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد.

تعريف الإقرار قانوناً:

عرفت المادة ٩١ من قانون البينات السوري الإقرار بأنه: إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر، وعرفت المادة ١٠٣ من قانون الإثبات المصري بأنه« إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة».

وهذان التعريفان يقتصران على الإقرار القضائي الذي يصدر من أحد الخصمين أثناء

---

(١) الشرح الكبير: ٣ ص ٤٠٢، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٩، الروضة البهية: ٢ ص ٢١٣، ٣١٩، تكلمة فتح القدير: ٦ ص ٢٩٧، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٣، نهاية المحتاج: ٥ ص ٧٦، شرح المحلى وحاشية قليوبي: ٣ ص ٥، مواهب الجليل: ٥ ص ٢٢٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩١، ٣٠٦، النكت والفوائد: ٢ ص ٣٦٠، المهذب: ٢ ص ٣٤٧، الحاوي: ٧ ق ٢٠٢ ب، شرائع الإسلام: ٢ ص ١٠٨، ١١١، ٢٤٤، المختصر النافع: ص ٢٤٣، البحر الزخار: ٥ ص ٤، التاج المذهب: ٤ ص ٤١، الورد البسام: ص ٦٤، الخرشي: ٦ ص ٩٠ مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٢، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٠٧، تبيين الحقائق: ٥ ص ٧، المادة ٧٠ من المجلة العدلية، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٩٣، ٥٩٥، المغني: ٩ ص ٢٦٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٠.

النظر في الدعوى، أما التعريف الشامل للإقرار القضائي وغيره فقد عرفه شراح القانون بتعريفات مختلفة.

فعرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدة «بأنه اعتراف شخص بواقعه من شأنها أن تنتج ضده آثاراً قانونية مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة صحيحة في حقه[1]».

وعرفه الدكتور سليمان مرقس «بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر بقصد اعتبار هذا الحق ثابتاً في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته»[2].

وعرفه الدكتور رزق الله أنطاكي بأنه «اعتراف شخص بحق الاخر سواء قصد من هذا الاعتراف ترتيب الحق بذمته أم لم يقصده»[3].

ويلاحظ الفرق بين تعريف الدكتور الصدة والدكتور مرقس من جهة وتعريف الدكتور أنطاكي من جهة أخرى باشتراط القصد وعدمه، لأن كلا الطرفين يمثل أحد الاتجاهات في شرح القانون في اشتراط القصد وعدمه[4].

مقارنة مع الشريعة:

١ ـ يلاحظ الاتفاق في حقيقة الإقرار بين الشريعة والقانون فكلاهما إخبار، كما يتفقان في قيود الإقرار واحترازاته لقصره على المقر، وتفريقه عن الدعوى والشهادة.

٢ ـ يختلف تعريف القانون المصري عن تعريف القانون السوري وتعريف شراح القانون في محل الإقرار، وهو المقر به، فهو في الأول واقعة قانونية وفي الثاني حق، وهذا أعم، وهو موافق لتعريف الشريعة، لتأثر القانون السوري بمجلة الأحكام العدلية[5]، وقد سبق شرح هذا الخلاف في الباب التمهيدي.

٣ ـ يلاحظ أن بعض الفقهاء وخاصة الحنابلة والزيدية وبعض شراح القانون عرفوا الإقرار بأنه اعتراف، وهذا بحسب معناه اللغوي، وقد جرى العرف القانوني على استعمال لفظ الإقرار في الأمور المدنية ولفظ الاعتراف في الأمور الجنائية.

---

(١) الإثبات في المواد المدنية، له ص ٣٧٨.

(٢) موجز أصول الإثبات، له ص ١١٣.

(٣) أصول المحاكمات، له ص ٥٩٩.

(٤) راجع أيضاً في تعريف الإقرار قانوناً (أصول القانون للسنهوري وأبي ستيت ص ٤١٦، نظرية الإثبات، حسين المؤمن: جـ ١ ص ٨٢، رسالة الاثبات نشأت: ٢ ص ٣، المقارنات التشريعية، سيد عبد الله علي حسين: جـ ٣ ص ٢٥، المداينات، عبد السلام ذهني: جـ ١ ص ٤٧٥).

(٥) راجع المذكرة التفسيرية لقانون البينات السوري ف ١٥٤ ص ٦٧.

المبحث الثاني
في
مشروعية الإقرار

الإقرار سيد الأدلة قديماً وحديثاً، وهو الفيصل الحاسم في إنهاء النزاع أمام القاضي، لأن المدعى عليه إما أن ينكر، وعندئذ يجب على المدعي القيام بإحضار الدليل وتهيئة الحجج والبينات لإثبات حقه، وإما أن يقر فيقطع النزاع ويعفى المدعي من عبء الإثبات لعدم حاجته، ويصبح الحق المدعى به ظاهراً، ويلتزم المقر بموجب إقراره، ولذلك فقد أجازت الشريعة الغراء الإقرار، وجعلته وسيلة من وسائل الإثبات، والدليل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

أولاً ـ الكتاب:

وردت آيات كثيرة تدل على الإقرار صراحة أو دلالة، ونحن نذكر بعضها: ١ ـ قال الله تعالى ﴿وإذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لا تَسْفِكُونَ دِماءَكُمْ ولا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيارِكُمْ ثُمَّ أقرَرْتُمْ وأنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾ سورة البقرة، الآية ٨٤.

وجه الدلالة: أن الله تعالى أقام الحجة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق، فالإقرار حجة في إثبات الحق، والتزام صاحبه به[1].

٢ ـ قال الله تعالى: ﴿وإذْ أَخَذَ اللهُ ميثاقَ النَبيينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتابٍ وحِكْمَةٍ، ثُمَّ جاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لتؤمِنُنَّ بِهِ ولَتَنْصُرُنَّه، قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وأَخَذْتُمْ على ذَلِكُمْ إصْرِي؟ قَالُوا

---

(١) تفسير القرطبي: ٢ ص ١٨، تفسير ابن كثير: ١ ص ١٢١، تفسير الخازن: ١ ص ٦٢، تفسير النسفي على هامش الخازن: ١ ص ٦٢، تفسير الطبرى: ١ ص ٣٩٤، الكشاف ١ ص ٢٩٣.

وتفسير الآية هو: أقررتم أي اعترفتم من الإقرار بهذا الميثاق الذي أخذ عليكم وعلى أوائلكم، وقد أخذ الله تعالى على بني إسرائيل في التوراة ميثاقاً ألا يقتل بعضهم بعضاً ولا ينفيه ولا يسترقه ولا يدعه يسرق إلى غير ذلك من الطاعات، فأقروا بذلك، وهم شهداء بقولهم على هذا.

أَقْرَرْنَا، قَالَ: فاشْهَدُوا وأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾ سورة آل عمران الآية ٨١.

وجه الدلالة: أن الله تعالى بيّن أن الإقرار حجةٌ على المقر، وإلا لما طلبه منهم[١].

٣ ـ قال الله تعالى في آية الدين: ﴿وليُمْلِلِ الذي عَلَيْهِ الحَقُّ ولْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ ولا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً﴾، سورة البقرة الآية ٢٨٢.

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر المدين أن يُملي على الكاتب الحق الذي عليه للدائن، والإملاء من المدين هو إقرار واعتراف بالدين والتزام به، وإظهار له، فلو لم يكن الإقرار حجة عليه يؤاخذ به لما كان فيه فائدة ولما أمر به، والشرع منزهٌ عن العبث، وما دام أنه أمر به فهو حجة عليه، ولذلك نهاه الله تعالى عن كتمان الحق أو النقص منه، كالأمر بأداء الشهادة والنهي عن كتمانها[٢].

٤ ـ قال الله تعالى: ﴿يأيُّها الذينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ ولَوْ عَلَى أنْفُسِكُمْ﴾ سورة النساء الآية ١٣٥.

وجه الدلالة: أن الشهادة على النفس إقرار بالحقوق، وقد أمر الله تعالى بالإقرار بالحق، والأمر فيه واضح الدلالة على المطلوب، وأكده تعالى أنه شهادة لله، والشهادة على النفس

---

(١) وتفسير الآية: الإصر والأصر لغتان وهو العهد، وقد أخذ الله العهد على الأنبياء السابقين ومن تبعهم بتصديق الرسول الأعظم ورسالته، وقد أقروا على أنفسهم، والتزموا بذلك، وأقام الشهادة عليهم، وشهد بعضهم على بعض، قال علي بن أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهما: ما بعث الله نبياً من الأنبياء إلا أخذ عليه الميثاق لئن بعث الله محمداً ليؤمنن به ولينصُرُنّه وأمره أن يأخذ الميثاق على أمته لئن بعث الله محمداً وهم أحياء ليؤمنن به ولينصرنه، (وانظر: ما يترتب على هذا الإقرار من وجوب الإقرار والتصديق لصحة الإيمان في كتاب التلويح على التوضيح: ٢ ص ١٦٣، تفسير القرطبي... ٤ ص ١٢٤ وما بعدها، تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٧٨، تفسير الخازن والنسفي: ١ ص ٢٤٥، تفسير الطبري: ٣ ص ٣٢٩، وما بعدها، الكشاف: ١ ص ٤٤١).

(٢) والإملال هو الإملاء، والبخس النقص، فالمديون يقر على نفسه وينطق بلسانه ليعلم ما عليه، وقد أمر الله تعالى الذي عليه الحق بالإملاء، لأن الشهادة إنما تكون بسبب إقراره، (انظر: تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٨٥، تفسير آيات الأحكام، السايس: ١ ص ١٧٠، أحكام القرآن لابن العربي: ١ ص ٢٤٩، تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٥، تفسير الخازن وتفسير النسفي: ١ ص ٢٠٢، الكشاف: ١ ص ٤٠٣، تفسير الطبري: ٣ ص ١٢٠).

أعلى درجات العدل والرحمة اللذين تسعى إليهما الشريعة[1].

٥ ـ قال الله تعالى: ﴿بلِ الإنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ سورة القيامة، الآية ١٤.

وجه الدلالة: قال ابن عباس وقتادة: بصيرة أي شاهد، فالإنسان شاهد على نفسه وحده، وقال الزمخشري، بصيرة أي حجة وبينة، كما تقول للرجل أنت حجة على نفسك، فوجه الاستدلال واضح في قبول إقرار المرء على نفسه لأنها شهادة منه عليها[2].

ثانياً ـ السنة:

ورد في السنة أحاديث كثيرة في الإقرار نذكر بعضها:

١ ـ روي البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن عن أبي هريرة رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني أن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أَنشُدُكَ اللهَ إلاّ قضيتَ لي بكتاب الله فقال الآخر وهو أفقه منه: فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي، فقال: قل، قال إن ابني كان عَسيفاً على هذا فزنى بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجمَ فافتديتُ منه بمائة شاة ووليدة، فسألتُ أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجمَ، فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده لأقضينّ بينكما بكتاب الله، الوليدةُ والغنم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغدُ يا أُنَيْس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجُمها»[3].

---

(١) تفسير الخازن: ١ ص ٤٠٦، تفسير النسفي: ١ ص ٤٠٥، أحكام القرآن لابن العربي: ١ ص ٥٠٦، تفسير الطبري: ٥ ص ٣٢١، تفسير القرطبي: ٥ ص ٤١٠.

قال الزمخشري في (الكشاف: ١ ص ٥٧٠): الشهادة على نفسه هي الإقرار على نفسه لأنه في معنى الشهادة عليها بإلزام الحق لها.

(٢) اختلف المفسرون في تفسير هذه الآية، فقال الطبري وابن كثير: بل للإنسان على نفسه من نفسه رقباء يرقبونه بعمله ويشهدون عليه به، قال ابن عباس: هي سمعه وبصره ويداه ورجلاه وجوارحه، وقال ابن عباس وقتادة والزمخشري وغيرهم: بل الإنسان شاهد على نفسه وحده.

(انظر: تفسير الطبري: ٢٩ ص ١٨٤ وما بعدها، تفسير الكشاف: ٤ ص ١٩١، تفسير ابن كثير ٤ ص ٤٤٩، تفسير القرطبي: ١٩ ص ١٠٠، أحكام القرآن، لابن العربي: ٤ ص ١٨٧٨).

(٣) انظر: صحيح البخاري: ٨ ص ٢٠٧ ط الشعب، حاشية السندي على البخاري: ٤ ص ١٢١، صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص ٢٠٥، سبل السلام: ٤ ص ٣، النسائي: ٨ ص ٢١٢، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٣٤، السنن الكبرى، البيهقي: ٦ ص ٨٣، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٧٠١، نيل الأوطار: ٧ ص ٩١.

والعسيف هو الأجير لأنه يعسف الطرقات متردداً في الأشغال (انظر: المصباح المنير: ٢ ص ٥٦٠).

وجه الدلالة: الحديث واضح وصريح في حجية الإقرار، لأن الرسول ﷺ علق الحكم برجم المرأة على اعترافها، فدل على أن الاعتراف حجة على صاحبه، ودليل تبنى عليه الأحكام.

وإذا كان الإقرار حجة ودليلاً في الحدود التي تدرأ بالشبهات فكونه وسيلة للإثبات في غيرها أولى.

كما يستدل من الحديث على حجية الإقرار بأن الرسول ﷺ حكم برد المال باعتراف الأعرابي الضمني، وإلا فإن اعتراف الأب بدفع الوليدة والمائة شاة لا يلزم الأعرابي برد الوليدة والغنم.

٢ ـ أخرج البخاري ومسلم وأحمد عن أبي هريرة قال: أتى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي ﷺ فقال أبك جنون؟ قال لا، قال فهل أحصنت؟ قال نعم، فقال النبي ﷺ اذهبوا به فارجموه»[١].

وروي مسلم وأصحاب السنن عن جابر بن سمرة قال رأيت ماعز بن مالك حين جيء به إلى النبي ﷺ وهو رجل قصير أعضل ليس عليه رداء فشهد على نفسه أربع مرات أنه زنى، فقال رسول الله ﷺ فلعلك، قال: لا والله إنه قد زنى الأخر فرجمه، وعند أحمد أن ماعزاً جاء فأقر عند النبي ﷺ أربع مرات فأمر برجمه[٢].

٣ ـ أخرج مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي عن عمران بن حصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا فقالت: يا رسول الله أصبت حدا فأقمه علي، فدعا نبي الله ﷺ وليها فقال أحسن إليها، فإذا وضعت فاتني بها، ففعل، فأمر بها رسول الله ﷺ فَشُدّتْ عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ثم صلّى عليها...»[٣].

---

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١٢٠، صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص ١٩٣، جامع الترمذي وتحفة الأحوذي: ٤ ص ٦٩٥، نيل الأوطار: ٧ ص ١٠.

(٢) روى حديث ماعز مسلم وأبو داود وأحمد والترمذي والبيهقي عن ثمانية من الصحابة انظر: نيل الأوطار: ٧ ص ١٠٠، وانظر: تخريج هذا الحديث بتفصيل في تحفة الفقهاء: ٣ ص ٢٦٥ هامش ١، صحيح مسلم: ١١ ص ١٩٥ وما بعدها، ٢٠١ وما بعدها سنن أبي داود: ٢ ص ٢٣٠، ٢٣٢، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٦٩٣، مسند الإمام أحمد عن أبي بكر: ١ ص ٤١ ط أولى.

(٣) نيل الأوطار: ٧ / ١١٥، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٣٠، ٢٣٢، صحيح مسلم: ١١ ص ٢٠١ وما بعدها، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٧٠٧، السنن الكبرى: ٦ ص ٨٤، مسند أحمد: ٥ ص ٤٣ ط أولى باب من يجوز إقراره، سنن النسائي ص ٢١٢، نصب الراية: ٣ ص ٣٢١، وغامد بطن من جهينة كما قال النووي.

وأخرج مسلم والدارقطني وأبو داود عن سليمان بن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ جاءته امرأة من غامد من الأزد، فقالت يا رسول الله طهرني، فقال ويحك، ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه، فقالت أراك تريد أن تردني كما رددت ماعز بن مالك، قال وما ذاك قالت: إنها حبلى من الزنا.. فرجمها»[1].

وإذا كان الإقرار حجة ودليلاً في الحدود التي تدرأ بالشبهات، كما جاء في الأحاديث السابقة، فكونه وسيلة للإثبات في غيرها أولى[2].

٤ ـ أخرج البخاري والبيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من كانت عنده مَظْلمة من أخيه من عرضه أو ماله فليَتحلّلها من صاحبه، من قبل ان يؤخذ منه، حين لا يكون دينار ولا درهم، فإن كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مَظْلَمته، وإن لم يكن له أخذ من سيئات صاحبه فحُمِلت عليه»[3].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ طلب ممن كانت عنده مظلمة أن يخرجها من ذمته وذلك بأن يقربها ويسلمها صاحبها، فالحديث يحث المسلم على الخروج عن عهدة الواجب الذي عليه لغيره سواء كان في العرض أو المال.

ثالثاً: الإجماع:

اتفقت كلمة المسلمين سلفا وخلفا على أن الإقرار حجة، فقد عمل بالإقرار الخلفاء الراشدون والصحابة والتابعون وائمة المذاهب والعلماء منذ زمن سيدنا محمد ﷺ حتى يومنا هذا، وأجمعوا على كون الإقرار حجة على المقر سواء في ذلك التعامل بين الناس أو أمام القضاء، دون أن يخالف مسلم في ذلك أو ينكر الاحتجاج به، فكان إجماعاً.[4]

رابعاً ـ القياس:

العمل بالإقرار واعتباره وسيلة من وسائل الإثبات يثبت بالقياس الأولوى على الشهادة،

---

(١) قال الدارقطني هذا حديث صحيح، نيل الأوطار: ٧ ص ١١٥، قال أبو داود: قال الغساني: جهينه وغامد وبارق واحد، سنن أبي داود: ٢ ص ٤٦٢ ط الحلبي.

(٢) تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٨٢.

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٢ ص ٤٥، هداية الباري: ٢ ص ١٥٥، السنن الكبرى: ٦ ص ٥٣ واللفظ له.

(٤) الذخيرة، القرافي: ٦ ق ١٩٠أ (مخطوط برقم ٣٥ فقه مالك)، الحاوي، المارودي: ٧ ق ١٧١أ(مخطوط برقم ٨٣ فقه شافعي)، مغنى المحتاج: ٢ ص ٢٣٨، الإقناع، الخطيب: ٣ ص ١١٠، المغنى، لابن قدامة: ٥ ص ١٣٨، النكت والفوائد لابن مفلح: ٢ ص ٣٦٠، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩١، تبيين الحقائق، الزيلعى،: ٥ ص ٣، تكملة فتح القدير، قاضي زاده: ٦ ص ٢٨١.

فالشهادة إخبار الشخص بحق لغيره على غيره، والإقرار إخبار الشخص بحق لغيره على نفسه، فيقاس الإقرار على الشهادة بجامع أن كلاً منهما إخبار بحق لآخر، ولما كانت الشهادة حجة شرعية في الإثبات يلزم الحكم بها رغم احتمال الكذب فيها، فكذلك يكون الإقرار حجة شرعية بالأولى لأن تهمة الكذب بالإقرار أقل منها في الشهادة، لأن الإنسان لا يكذب على نفسه وإن كذب على الآخرين ، فيكون الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات، ويلزم الحكم بموجبه، وكذلك فإذا كنا نقبل الشهادة على الإقرار فإن الإقرار نفسه أولى بالقبول[1].

حكمة الإقرار ومحاسنه:

إن النفس البشرية مجبولة على حب ذاتها، والعمل على جلب جميع المصالح لها، ودفع جميع ما يمسها من الأذى والضرر والعقاب المادي والبدني، كما أن الذات البشرية مفطورة على جمع المال واقتنائه، وهذه دوافع خلقية وطبيعية فإذا أقدم شخص على الاعتراف بارتكاب المعاصي أو الوقوع في الخطأ أو إيقاع الضرر بالغير أو بانشغال ذمته بدين لآخر واعترافه بالوديعة أو الأمانة عنده مخالفاً هواه، ومقدماً مصلحة الآخرين وحقوقهم فإن العقل يرجح جانب الصدق حتى يكاد يقرب من اليقين، ويبعد احتمال الكذب والتهمة والزور، لأن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضرها، لذلك يكون إقراره دليلاً وحجة للقضاء ووسيلة لإلزام المقر بمقتضى إقراره، كما أنَّ المقر لمَّا ملك إنشاء الحقوق والتصرف فيها والتنازل عنها لكمال ولايته على نفسه وماله ملك الإخبار عن حقيقة ملكيته وما تحت يده، وما دخل في ذمته، فكان الإقرار حجة في إثبات الحقوق[2].

ولا شك أن حكمة الإقرار عظيمة جداً، فإن كثيراً من الحقوق قد تنعدم فيها الشهود، وتتعذر فيها الكتابة، ولا يعرفها إلا أصحابها فلا سبيل إلى إحقاق الحق ورده الى أصحابه إلا ذمة المدين وضميره، فإما أن يقربها لتصل إلى ذويها، وإما أن ينكرها ويهضمها ويختلس حقوق الآخرين وتضيع عليهم دون أن يملكوا وسيلة لإثباتها أو يأملوا في الوصول إلى الحق والعدل فيها، فكانت الحاجة داعية إلى الأخذ به، والضرورة ملحة في العمل بالإقرار..

---

(١) الحاوي: ٧ ق ١٧١أ، مغنى المحتاج: ٢ ص ٢٣٨، الإقناع ٣ ص ١١٠، المجموع شرح المهذب: ١٨ ص ٥٢٤، الورد البسام: ص ٦٣.

(٢) الذخيرة للقرافي ٦ ق ١٩٠أ، الطرق الحكمية ص ١٩٤، تبيين الحقائق ٥ ص ٣، تحفة الفقهاء ٣ ص ٢٦٢، تكملة فتح القدير ٦ ص ٢٨١، شرح مجلة الأحكام العدلية، محاسني ص ٢٥٢، المغني ٥ ص ١٣٨، منتهى الإدارات ٣ ص ٣٣٥، كشاف القناع ٤ ص ٢٩١، شرح النيل ٦ ص ٥٥٧، تفسير القرطبي ١٩ ص ١٠٢أ، المبسوط للسرخسي ١٦ ص ١٨٤، المجموع شرح المهذب ١٨ ص ٥٢٥.

وقد أوجب القرآن الكريم إظهار حقوق الناس والاعتراف بها لكفالة الإنصاف في التعامل، وكلما كانت تربية الفرد عالية، وعقيدته صافية قوية، وأخلاقه رفيعة، وإيمانه حقيقياً كان الدافع إلى الإقرار صحيحاً وسليماً، وهنا نلمس الأثر العظيم للوازع الديني في مراقبة الله تعالى، والخوف من عقابه والطمع في مرضاته وفي تنفيذ أوامره بدافع داخلي وباعث ذاتي، فالإقرار ذو أثر كبير وفائدة جلى في إحقاق الحق وتأمين العدل عند فقدان الأدلة والبينات، وهو أول وسيلة من وسائل الإثبات، كما أنه آخر سهم يلتجىء إليه المدعي للوصول إلى حقه[1].

ويجب على الشخص أن يعترف بالحقوق التي عليه سواء كانت حقاً لآدمي أو حقاً لله تعالى، لأن قضاء الدين واجب لتفريغ ذمته ورفع الحائل بينها وبين الجنة، وإلا ارتكب معصية كبيرة في تسببه ضياع حق الناس بترك الإقرار به، وضياع حق الآخرين كبيرة من الكبائر، فكذا التسبب فيه، لأن للوسائل حكمَ المقاصد، ولهذه الغاية حث الرسول الكريم جميع المسلمين على كتابة وصاياهم وبيان حقوقهم المترتبة في الذمة قبل مفاجأة الموت، أخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «ما حقُ امرىءٍ مُسلمٍ له شَيءٌ يريدُ أن يوصي فيه يَبيتُ ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[2].

قال القاضي زاده: فمن محاسن الإقرار إسقاط واجب الناس عن ذمته وقطع ألسنتهم عن مذمته، ومنها إيصال الحق إلى صاحبه، وتبليغ المكسوب إلى كاسبه، فكان فيه إنفاع صاحب الحق، وإرضاء خالق الخلق، ومنها إحماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم إياه بوفاء العهد، وإنالة النول»[3].

فالإقرار بالحقوق للآخرين واجب لفراغ الذمة، وأداء الحقوق إلى أصحابها، وقال الثميني: «وروى أن إقرار المرء على نفسه أعظم من الشهادة عليه»[4].

---

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا: ٢ ص ١٠٤٩، المقارنات التشريعية: ٣ ص ٢٨.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن والإمام مالك والإمام أحمد وأبو يعلى في الكبير (انظر: صحيح البخاري: ٤ ص٢، صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص ٧٤، سنن أبي داود: ٢ ص ١١، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٣٠٥، سنن النسائي: ٦ ص ١٩٩، شرح الزرقاني على الموطأ: ٤ ص ٥٨، وانظر سبل السلام: ٣ ص ١٠٣؛ نيل الأوطار: ٦ ص ٣٨، مجمع الزوائد: ٤ ص ٢٠٩، التاج الجامع للأصول ٢ ص ٢٦٤، الموطأ: ص ٤٧٥ ط الشعب، حاشية السندي على البخاري: ٢ ص ٨٢).

(٣) نتائج الأفكار تكملة فتح القدير، له: ٦ ص ٢٧٩.

(٤) الورد البسام: ص ٦٣.

شروط الإقرار:[1]

يشترط في الإقرار شروط كثيرة، وهذه الشروط إما أن تكون في المقر أو في المقر له أو في المقر به أو في الصيغة.

ونذكر باختصار أهم شروط الإقرار وهي: -

أولاً - أن يكون المقر بالغاً عاقلاً، فلا يصح إقرار الصبي والمجنون والسكران[2]، لما أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم عن علي رضي الله عنه أن رسول الله قال: «رفع القلمُ عن ثلاثٍ: عن النائمِ حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»[3]. ويقبل إقرار الصبي المميز المأذون له بالتجارة للضرورة.

ثانياً - أن يكون المقر مختاراً، فلا يصح إقرار المكره بالمال أو بالطلاق أو بغيرهما،[4] لما روى الطبراني عن ثوبان أنَّ رسول الله ﷺ قال: «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيانُ وما استكرهوا عليه»[5].

---

(١) الشرط في اللغة: العلامة، المصباح المنير: ١ ص ٤٢١، وفي الاصطلاح هو كل أمر ربط به غيرُه عدما لا وجودا وهو خارج عن ماهيته، المدخل الفقهي العام: ١ ص ٢٨٩. وإني أذكر الشروط باختصار، لأن المهم بيان المشروعية وحكم الإقرار وما يجوز إثباته به، وإنما ذكرت التعريف والأركان والشروط لصحة التصور، وبيان الأحكام لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

(٢) المهذب: ٢ ص ٣٤٤، بلغة السالك: ١ ص ١٧٦، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٧ - ٣٩٨، الوجيز: ١ ص١١٧، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٢، نهاية المحتاج: ٥ ص ٦٦، شرح منتهى الإرادات: ٤ ص ٣٣٥، حاشية البجيرمي: ٣ ص ١١٢، القوانين الفقهية: ص٣١٤، بدائع الصنائع: ٧ص ٢٢٢، تكملة فتح القدير: ٦ ص٢٨٤، تبيين الحقائق: ٥ ص٢، المحلى: ٨ ص ٢٥٠، النكت والفوائد: ٢ ص ٣٥٩، المغنى ٥ ص ١٣٨، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤١، الخرشي: ٦ ص ٨٧، الورد البسام: ص ٦٣.

(٣) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٢٨، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذى: ٤ ص ٦٨٥، المستدرك: ٤ ص ٣٨٩، تيسير الوصول: ٢ ص ٥، الفتح الكبير: ٢ ص ١٣٥، قال الشوكاني في إرشاد الفحول: ص ٦١: وقد تلقت الأمة هذا الحديث بالقبول بين عامل به ومؤول له، مع كثرة طرقه، فصار دليلاً قطعياً، سنن ابن ماجه: ١ص ٦٥٨.

(٤) مغنى المحتاج: ٢ ص ٢٣٨، بلغة السالك: ١ ص ١٧٦، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٧، شرح منتهى الإرادات: ٤ ص ٣٣٥، نهاية المحتاج: ٥ ص ٧١، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٣، البحر الزخار: ٥ ص ٣، بدائع الصنائع: ٧ص٢٢٣، تبيين الحقائق: ٥ص٢، المغنى: ٥ص١٣٨، تبصرة الحكام: ٢ص٤١، تحفة الفقهاء: ٣ ص٢٦٤، ٣٧٦، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٠، المحلي: ٨ ص ٢٥٠، ٣٢٩، الطرق الحكمية: ص٩، الخرشي: ٦ص٨٧، الإقناع: ٣ص١١٢، الورد البسام في رياض الأحكام: ص٦٣.

(٥) رواه الطبراني عن ثوبان، انظر الفتح الكبير: ٢ص ١٣٥، ورواه ابن ماجه: ١ ص ٦٥٩.

ثالثا ـ ألا يكون المقِر متهما في إقراره ، لأن التهمة تخل برجحانِ جانب الصدق على جانب الكذب[1]، مثاله إقرار المريض لوارثه بدين عليه فإنه متهم بمحاباة هذا الوارث عند بعض الفقهاء.

رابعا ـ أن يكون المقِر معلوما ، فلو كان مجهولاً لم يصح الإقرار لتعذر القضاء على المجهول [2]، فلو قال واحد من جماعة لفلان على أحدنا ألف جنيه لم يصح هذا الإقرار، ولا يجب المال على واحد منهم.

خامسا ـ أن لا يكون المقر محجوراً عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التي أقربها كالسفيه والمدين المحجور عليهما بمال لشخص، فالإقرار موقوف، خلافا للظاهرية فقالوا: إنه صحيح لازم ويقاسم الدائنين[3].

سادسا ـ أن يكون المقِر جاداً لاهازلا، فلا يصح الإقرار من هازل ، وهو من يعلم، ضرورة أو يظن، أنه لم يقصد معنى اللفظ الذي نطق به، لأن الإقرار إخبار للزوم الحق، والهزل ليس بخبر[4].

سابعا ـ أن يكون المقَر له معينا بحيث يمكنه المطالبة أو أن يكون ضمن جماعة محصورة، أو أن لا يكون مجهولا جهالة فاحشة، فإن أقر رجل فقال: علي ألف دينار، ولم يبين الدائن لم يصح إقراره، وكذلك إذا أقر أن المال الذي بيده هو لرجل من أهالي القاهرة، أما إذا كان مجهولاً جهالة يسيرة فلا يضر، مثل قوله: لأحد هذين الشخصين أو لرجل في جماعة معينة ، فيصح إقراره ويطلب منه البيان والتعيين، ويتفرع عنه أن يكون المقَر له محقق الوجود كالجنين، فان أقر لحمل، وهو غير موجود فلا يصح[5].

---

(١) بلغة السالك: ٢ ص ١٧٦، الطرق الحكمية: ص ٥، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٣، القوانين الفقهية: ص ٣١٤.

(٢) طرق القضاء: ص ١٤٠، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٣، الأشباه، ابن نجيم: ص ١٠٣.

(٣) الروضة البهية: ٢ ص ٢١٥، نهاية المحتاج: ٥ ص ٦٨، الوجيز: ١ ص ١١٧، الورد البسام: ص ٦٣، القوانين الفقهية: ص ٣١٤، شرح الخرشي: ٦ ص ٨٧، الاقناع: ٣ ص ١١٢، المحلى: ٨ ص ١٧٤، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٤، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٢، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٨٣، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤١.

(٤) البحر الزخار: ٥ ص ٣، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٢، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٩٥.

(٥) إعلام الأعلام، ابن عابدين: ص ١٧ ، نهاية المحتاج: ٥ ص ٧٢، الروضة البهية: ٢ ص ٢١٥، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٥، القواعد ابن رجب: ص ٢٣٤، بدائع الصنائع: ٧ص ٢٢٣، المغني: ٥ ص ١٥٣، ١٤١، الاشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠٠.

ثامناً ـ أن يكون للمقَر له أهلية التملك، ولو بالمآل كالحمل ، بأن يكون الحق المقَر به يثبت للمقَر له، فلا يقبلُ الاقرار للدابةِ مثلا[1].

تاسعاً ـ أن لا يكذبَ المقر له في اقراره، فإن كذبه بطل الاقرار[2]، فالاقرار صحيح لازم بمجرد صدوره، ولا يتوقف على تصديق المقر له، ولكن إذا أكذب المقَر له المقِرَ في إقراره أو رده بطل الإقرار حتى لا يدخل شيء في ملك المقَر له بدون رغبته وإرادته ، فإن كذبه ثم قبل لا يصح، ويستثنى الإقرار بالنسب والحرية والوقف والنكاح فإنه لا يبطل بتكذيب المقر له، لأنها لا تحتمل النقض، فإن كذب المقر له بها ثم قبل صح، والتكذيب المعتبر هو من البالغ العاقل.

عاشرا ـ أن يكون سبب استحقاق المقَر له للمقَر به مقبولا عقلا، فإن كان غير مقبول فلا يصح، كما إذا أقر لحمل بسبب التعامل والإقراض أو غيره ، أما لو أقر له بمال وقال: من إرث أو وصية فالإقرار صحيح، فإن سكت عن بيان السبب فقد اختلف الفقهاء فيه، فقال أبو يوسف والشافعي في قول: لا يصح ، لأنه يحمل على التجارة ، وقال محمد والشافعي في الأصح ومالك وأحمد: يصح متى صدر من أهله وأمكن حمله على سبب صحيح[3].

حادي عشر ـ أن يكون المقَر به مما يقره الشرع بأن يكون مالا متمولا ، أي ما يعدّ مالا عرفا أو حقا مجردا كحقوق الارتفاق وغيرها مما تجوز به المطالبة[4].

ثاني عشر ـ أن يكون المقَر به معلوما في التصرفات التي لا تكون صحيحة مع الجهالة كالبيع والإجارة ، وما عدا ذلك فيصح الإقرار بالمجهول ، ويطلب من المقر تفسيره بكل ما يتمول وبما يتفق مع لفظه لغة وعرفا[5] .

---

(١) بلغة السالك: ٢ ص ١٧٦، المهذب: ٢ ص ٣٤٥، الشرح الكبير: ٣ ص ٣٩٧، المغني: ٥ ص ١٤١، تبصرة الحكام: ٢ص ٤٢، الخرشي: ٦ ص ٨٧، شرح حدود ابن عرفة، الرصّاع: ص ٣٣٣، الوجيز: ١ ص ١١٨، الروضة البهية: ٢ ص ٢١٥، نهاية المحتاج: ٥ ص ٧٢، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤١، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٩.

(٢) الأشباه ابن نجيم: ص ١٠٠ ، الشرح الكبير: ٣ ص ٣٩٨، الروضة البهية: ٢ ص ٢١٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٨٠، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٤٦٦، قال السيوطي: وإذا أنكرت النكاح وانقضاء العدة ثم صدقته يقبل في قول، المهذب: ٢ ص ٣٤٧، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٥، الوجيز: ١ ص ١١٨، المغني: ٥ ص ١٥٣، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٢ ، الخرشي: ٦ ص ٨٧، نهاية المحتاج: ٥ص ٧٢، مغني المحتاج ٢٤٢، رد المحتار: ٥ ص ٦٦٢، ٦٢٣.

(٣) تكلمة فتح القدير : ٦ ص ٣٠٤، نهاية المحتاج: ٥ ص ٧٣ ـ ٧٤، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٣، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤١، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٩، ٣٠٥، المغني: ٥ ص ١١٢ ط مكتبة القاهرة، شرح حدود ابن عرفة: ص ٣٣٤.

(٤) الروضة البهيه: ٢ ص ٢١٦، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٧، نهاية المحتاج: ٥ ص ٨١.

(٥) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٧، تكلمة فتح القدير: ٦ ص ٢٨٦، كشاف القناع: ٤ ص ٣٢٧، الورد البسام : =

ثالث عشر ـ أن لا يكون المقَر به ملكا للمقر، فلو قال داري أو ثوبي أو ديني الذي على زيد لعمرو فهو لغو، لأن الإقرار ليس إزالة للملك وإنما هو إخبار عن كونه ملكا للمقَر له، وقال الحنابلة: يجوز إضافته لملكه، لأنه يضاف لأدنى ملابسة[1].

رابع عشر ـ أن لا يكون المقَر به محالا عقلا أو شرعا، وأن لا يكذبه ظاهر الحال، وعبر الخطيب بقوله: أن لا يكذبه الحس والشرع، فإن كان كذلك كان الإقرار باطلا لا يؤاخذ به صاحبه، فلو أقر بأن شخصا أقرضه يوم كذا وقد مات قبله فلا يصح، أو أقر لوارث بأكثر من نصيبه الشرعي فهو إقرار باطل، ومثل إذا أقر بقطع يد وهي سليمة أو بنسب معروف النسب، فالشرع يكذبه فيه، أو أقر بنسب من لا يولد مثله لمثله[2].

خامس عشر ـ أن تكون صيغة الإقرار لفظا أو كتابة أو إشارة أخرس، وفيها تفصيلات ومناقشات بين الفقهاء في الحالات المعتبرة فيها وشروطها[3].

سادس عشر ـ أن تكون الصيغة دالة على الجزم واليقين، فلو اشتملت على ما يفيد الظن أو الشك كان الإقرار باطلا لا يؤاخذ به صاحبه، مثل لفلان عندي كذا فيما أعلم أو على ما أعلم أو فيما أظن أو أحسب[4].

سابع عشر ـ أن تكون العبارةُ منجزةً لا معلقة على شرط، لأن الإقرار إخبار، والإقرار يبين ظهور الحق وكشفه فلا يصح تعليقه على المستقبل، ولا يصح معه شرط الخيار لأن الخيارمشروع للفسخ، والإقرار لا يحتمل الفسخ لأنَّ حكمه وجوب المقَر به وهو الدين[5].

وهذا الشرط فيه تفصيل واختلاف بين الفقهاء نشير إليه، فإن كان الشرط المعلق عليه الإقرار مما لا يمكن الوقوف عليه كالتعلق بمشيئة الله تعالى أو كان مما يمكن الوقوف عليه عند

=ص ٦٥.

(١) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٥، حاشية قليوبي وعميرة: ٣ ص ٦، شرح منتهى الارادات: ٤ ص ٣٣٥، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٩٣.

(٢) كشاف القناع: ٤ ص ٢٩١، النكت والفوائد: ٢ ص ٣٦٠، المرافعات الشرعية: معوض سرحان: ص ٩٩، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٣٨، المادة ١٥٧٧ من المجلة العدلية، البحر الزخار: ٥ ص ٣، نهاية المحتاج: ٥ ص ٦٦.

(٣) نهاية المحتاج: ٥ ص ٧٦، البحر الزخار: ٥ص٣، التاج والاكليل: ٥ ص ٢٢٤، شرح حدود ابن عرفة: ص ٣٣٤، الورد البسام ص ٦٤.

(٤) نهاية المحتاج: ٥ ص ٧٦، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٦ المهذب: ٢ ص ٣٤٧، الحاوي: ٧ ق ١٩٣ب.

(٥) التاج والاكليل: ٥ ص ٢٢٤، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٨، طرق القضاء: ص ١٢٥، الحاوي: ٧ ق ١٩٣ ب، الشرح الكبير: ٣ ص ٤٠٩.

وجوده ولكنه على خطر الوجود والعدم كالتعليق على مشيئة فلان، فقد اختلف فيه الفقهاء.

فذهب المالكية إلى أن التعليق على مشيئة الله تعالى لا تؤثر في الإقرار، ويكون الإقرار صحيحا، لأنه لما أقر علمنا أن الله شاء أو قضي، ولأن الاستثناء لا يفيد في غير اليمين بالله، خلافا لابن المواز وابن عبد الحكم، أما التعليق على مشيئة شخص فلا يصح الإقرار به، ولا يلزم المقِر بشيء وإن شاء الشخص الآخر[1].

وقال الحنفية والشافعية والزيدية لا يصح الإقرار في الحالتين، سواء في التعليق على مشيئة الله تعالى والتعليق على مشيئة شخص آخر، لأن مشيئة الله تعالى لا يمكن الاطلاع عليها، والتعليق بمالا يوقف عليه غير صحيح، لأنه معدوم من الأصل، والتعليق على مشيئة شخص تعليق بشرط على خطر الوجود؛ والإقرار لا يحتمل التعليق بالخطر، ولأن الإقرار إخبار، والتعليق يصح في الإنشاء والايجاب.[2].

وقال الحنابلة يصح الإقرار في الحالين سواء علقه على مشيئة الله ومشيئة المقَر له أو مشيئة شخص ثالث، لأنه قد وجد منه الاقرار؛ وعقبه بما يرفعه فلم يرتفع الحكم به. ولأن المعلق بالمشيئة يقصد منه غالبا التبرك[3].

مشروعية الإقرار في القانون:

الإقرار حجة بموجب العقل لصدوره من شخص ضد مصلحته، فيجعل احتمال صدقه أرجح من احتمال كذبه، ولما كانت الحاجة ماسة للأخذ به فقد أولت القوانين الوضعية أهمية خاصة بالإقرار واعتبرته سيد الأدلة لما سبق شرحه في الشريعة الاسلامية، وقد ذكر قانون الإثبات المصري الجديد الإقرار في الباب الخامس فعرفه في المادة ١٠٣، وبين حجيته وبعض أحكامه في المادة ١٠٤، كما نص قانون البينات السوري على الإثبات بالإقرار بتفضيل

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه: ٣ ص ٣٩٩، ٤٠٢، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٢، القول المرتضى: ق ٢٦ب، الخرشي: ٦ ص ٩١.

(٢) تكملة فتح القدير: ٦ ص ٣١٤، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٥٥، شرح المحلي: ٣ ص ١٢، المهذب: ٢ ص ٣٤٧، الحاوي: ٧ ق ١٩٣أ، البحر الزخار: ٥ ص ٨، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦٠٦ - ٦٠٧.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٧.

أكثر في الباب الخامس منه فعرفه في المواد ٩٣ ـ ٩٥، وبين شروطه في المواد ٩٦ ـ ٩٨، وشرح حجيته وأحكامه في المواد ٩٩ ـ ١٠٢، وقد اعتبر القانون وشراحه الإقرار طريقة احتياطية في الإثبات، ووسيلة غير عادية يلتزم القاضي بالقضاء به والحكم بموجبه، وقد سبقت القوانينَ مجلةُ الأحكام العدلية فتناولت الإقرار في الكتاب الثالث عشر وأسهبت في بيان أحكامه وقواعده وقوته في المواد ١٥٧٢ ـ ١٦١٢[1].

ويشترط في الاقرار قانونا عدة شروط:

الاول: أن يكون الاقرار أمام المحكمة.

الثاني: أن يكون القرار أثناء سير الدعوى الخاصة بالحق المقر به.

الثالث: أن يكون الإقرار بقول صريح أو إخبار فلا يكون بامتناع عن قول أو سكوت إلا نادرا.

الرابع: يجب أن يكون الإقرار متعلقا بواقعه لا بالتطبيق القانوني.

الخامس: أن يدرك المقر مرمى إقراره، وأن يقصد به الزام نفسه، وأنه سيتخذ حجة عليه.

السادس: أن يكون للمقرأ هلية التصرف فيما أقربه، واقرار المريض كالوصية.

السابع: لا يشترط أهلية للمقَر له، فيجوز للصغير والمجنون، ولا يشترط قبوله، ولكنه يصح له عدم قبوله.

* * *

---

(١) راجع في هذا المعنى (الاثبات في المواد المدينة، الصدة ص ٣٧٨، موجز أصول الإثبات، مرقس: ٢٧، ٣١، ١١٣، نظرية الاثبات، المؤمن جـ ١ ص ٨٠ وما بعدها مرآة المجلة، آصاف: جـ ٢ ص ٣٢٩، رسالة الأثبات: ٢ ص ٦.

المبحث الثالث
في
حكم الإقرار

المراد بحكم الإقرار هو الأثر المترتب عليه، فمتى صدرالإقرارمستوفياً لشروطه الشرعية ترتب عليه إظهار الحق وإلزام المقر بما أقربه، وإلزام القاضي الحكم بموجبه، لأن الإقرار إذا صدر على لسان المقر فإنه يظهر الحق، ويبين أن هذا الحق كان ثابتاً من قبل، وأن الواقعة المنشئة له قد سلفت وجاء الإقرار كاشفاً لها ومبيناً وقوعها، كالقرض والميراث والتعامل وغيره، فيلتزم المقر بهذا الحق ويؤخذ بالإقرار، لأن المرء مؤاخذ بإقراره، كما أن الحق أصبح ثابتاً لا يحتاج إلى دليل يؤيده ولا إلى حجة تثبته فيأمر القاضي المقِر بالخروج من العهدة وتنفيذ مقتضى الإقرار، لأن القاضي مأمور بالحكم متى ظهر الحق، قال تعالى: ﴿يا دَاوُد إنَّا جَعَلْنَاكَ خَليفَةً في الأرضِ فاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بالحَقِّ﴾ سورة ص، الآية ٢٦.

والإقرار يقطع النزاع وينهي الخلاف، ويجعل المدعى به ثابتاً غير متنازع فيه، ويقتصر حكم القاضي على الأمر بالتسليم، ودفع المقر به، سواء كان قليلاً أم كثيراً، ولو استغرق جميع ماله، وليس له التوقف أو التأخر أو الامتناع عن الحكم، وإلا كان آثماً وممتنعاً عن احقاق الحق وفصل النزاع. ولهذا فقد اعتبر الفقهاء الإقرار وسيلة للإثبات مجازاً وليس حقيقة، لأن البينات والحجج لإثبات الحق المتنازع فيه، وفي الإقرار أصبح الحق ثابتاً بنفس الإقرار فارتفع مناط النزاع والخلاف[1]، فالإقرار حجة كاملة في الإثبات، ولكنه حجة قاصرة على صاحبه،

---

(١) الفروق للقرافي: ٤ ص ٩٧ الفرق ٢٣٨، القول المرتضى ق ٣١أ، تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٩، ٤١، بداية المجتهد: ٢ ص ٥١١، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٨١،

العناية: ٦ص ٢٨٢، تحفة الفقهاء: ٣ص٢٥٠، مرآة المجلة: ١ص ٤٤+جـ٢ص ٣٤٢، ٥١٩، معين الحكام: ص١٢٢، مجمع الأنهر والدر المنتقى: ٢ص٢٨٩، لسان الحكام: ص٧٣، موجبات الأحكام، قطلوبغا: ص٤، الأم للشافعي: ٣ص٢٠٨، المهذب: ٢ ص ٣٤٤، الوجيز للغزالي: ٢ص١٤٥، فتاوى السبكي: ١ص ٣٨٤، مراتب الإجماع: ص ٥٦، الطرق الحكمية: ص ١٩٤، الإفصاح: ص٢٠٩، درر الحكام: ٢ص٣٥٧، شرائع الإسلام: ٢ص = ٢١١، المختصر النافع: ص ٢٨١، البحر الزخار ٥ ص١٣١.

ونبحث كل ذلك بالتفصيل مع بيان الفرق بين الإقرار والشهادة ، وحكم الإشهاد على الإقرار، والاختلاف في تجزئة الإقرار، وحكم سماع الشهادة بعد الإقرار.

الإقرار حجة كاملة:

والإقرار حجة كاملة في إثبات الشيء لا يحتاج إلى ما يؤيده ويدعمه في إظهار الحق، وقد أطلق على الإقرار أنه سيد الأدلة، وهذا حق لا مرية فيه، لترجيح صدقه، وانتفاء الريبة والشك فيه، ولصدوره ممن له الولاية الكاملة على نفسه وماله دون أن يتوسط عامل ثان يمكن أن يتطرق إليه الاحتمال أو أن تحوم حوله التهمة والارتياب لعداوة أو بغض أو تحامل أو نسيان أو تزوير أو غيره، فالمقر يعترف وهو كامل العقل والإدراك، ويلزم نفسه بنفسه، وقد قيل في المثل: مقيدُ نفسه طليقٌ[1].

فالإقرار أكمل الحجج والبينات وأشدُها في الإظهار وأقربُها إلى الحقيقة[2].

الإقرار حجة قاصرة على المقر:

ومع كون الإقرار حجة كاملة، فإنها قاصرة على المقر نفسه، ولا تتعداه إلى غيره، لأن المقر يتمتع بالأهلية التامة فكأنه شاهد على نفسه وكفى به شاهداً، ولكن ليس له ولاية على غيره[3]، فإذا أقر بحق في جسمه أو ماله صح ولزمه ما أقر به، وإذا أقر على آخر فلا عبرة لإقراره، ولا قيمة له في الإثبات والقضاء، كما أنه إذا أقر بحق عليه وعلى آخر صح ما أقر به على نفسه وبطل الثاني، ويكون شهادة لغيره، وبناء على ذلك فلا يصح إقرار الوصي والولي

= قال ابن نجيم في (البحر الرائق: ٧ص٢٠٢) ولفظ القضاء في الإقرار مجاز للزومه بإقراره فلا حاجة إلى القضاء لكونه حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء فكان الحكم الزاماً للخروج عن موجبه بخلاف البينة فإن الشهادة خبر محتمل وبالقضاء يصير حجة ويسقط احتمال الكذب».

(١) المقارنات التشريعية: ٣ص ٢٨.

(٢) يترتب على حجية الإقرار الكاملة والإلزامية للمقر والقاضي أنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار كما سنرى ذلك في فصل الشبهة وأثرها في الإثبات، لأن الحق ظهر فلا يعود إلى الخفاء، وقد نصت المجلة العدلية في المادة ١٥٨٨: «لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد».

(٣) الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص ١٠١، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦٢٠، تكملة فتح القدير على الهداية: ٦ ص ٢٨٢، مرآة المجلة، آصاف: ١ص ٤٤، الضوء الجامع في أصل الجامع، الحمزاوي: ص ٥٨، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٤٦٤ +٥١٠، تبصرة الحكام: ٢ص٤١.

ونصت المادة ٧٨ من المجلة العدلية أن «البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة» وقال الكاساني في (البدائع: ٧ص ٢٢٨): «لأن الإقرار حجة على نفسه لا على غيره، لأنه على غيره شهادة أو دعوى».

والقيم وناظر الوقف وإن صحت إقامة الشهادة عليهم، لأنَّه الشهادة حجة متعدية، ومع هذا فإن الإقرار أهم من الشهادة لأنه إلزام ذاتي، فقد يثبت به بعض الحالات التي لا يمكن أن تثبت بالشهادة لعدم إمكان الاطلاع عليها، مثل القتل بالسحر وشهادة الزور ووضع الحديث والنسب الحقيقي والحج عن الغير[1].

الاستثناء من القاعدة:

استثنى الحنفية من كون الإقرار حجة قاصرة على المقر عدة مسائل، وقالوا إن الإقرار يتعدى فيها إلى غير المقر، وهذه الحالات هي:

١ ـ إذا أقرت المرأة بدين لغير زوجها، وكذبها زوجها، صح إقرارها وتعدى الإقرار إلى حق الزوج عند الإمام أبي حنيفة فتحبس وتلازم، وإن تضرر زوجها بحبسها، وقال الصاحبان لا تصدق في حق الزوج فلا تحبس ولا تلازم، لأن في ذلك منع حق الزوج، وإقرارها فيما يرجع إلى بطلان حق الزوج لا يصح، ويأمرها القاضي بالدفع ويبيع عليها ما يباع في الدين، والفتوى على قول الصاحبين، لأن الغالب أن الأب يعلمها الإقرار له ليحبسها عن زوجها[2]

٢ ـ إذا أقرت امرأة مجهولة النسب بأنها بنت أب زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما، وتعدى الإقرار إلى الزوج. [3].

٣ ـ إذا أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين فله بيعها لقضائه، وإن تضرر مستأجر هذه العين [4].

ويظهر أن الاستثناء في هذه المسائل غير ظاهر، وأن تعدي الإقرار إلى غير المقر ليس مباشرة، فإقرار المرأة بدين يترتب عليه وجوب قضاء الدين من مالها، ولا أثر لذلك على الزوج في حقه الزوجي ولا المالي، وأما الحبس والملازمة فهو للامتناع عن الدفع والتسليم فيلجأ إليهما كوسيلة لتنفيذ الحكم وقضاء الدين، وكذلك الحال بالنسبة للمؤجر فاقراره لا ينصب مباشرة على العين المؤجرة، وإنما يترتب عليه شغل ذمته بالدين له، فالمقر به يتعلق بالذمة، وبيع العين المؤجرة إنما هو لتنفيذ الحكم، فإذا رضي المقر له بالتأجيل في الحالين فلا يتأثر

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥١٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦٢١، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٠١.

(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ١٠١، رد المحتار على الدر المختار: ٥ ص ٦٢١، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٧، الدر المنتقى: ٢ ص ٣٠٦، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥١٠.

(٤) المراجع السابقة.

الزوج أو المستأجر، وفي إقرار المرأة بالنسب وثبوت النسب فإن انفساخ النكاح بينهما ليس لتعدي الإقرار وإنما هو أثر لازم لثبوت النسب.

فما لزم الغير في هذه المسائل بسبب الإقرار هو أحكام تبعية لما ثبت بالإقرار، فكانت نتيجة حتمية لترتب حكم الإقرار على المقر، وليست حكماً أصلياً مقصوداً من الإقرار، فلا يتصور أن تكون الزوجة بنت أب الزوج ويثبت ذلك بالإقرار ، ثم تبقى الزوجية بينهما.

وقد يتبادر للذهن تعدي الإقرار إلى غير المقر في حالة إقرار جميع الورثة بوارث آخر فيثبت نسبه من المقر عليه ويلحق به بإقراره[1]، ويرد على ذلك أن القائلين بذلك قالوا إن إقرار الورثة هو من الحقوق التي انتقلت من المورث إليهم، فكانوا وكلاء عنه أو نواباً، وقيل يعتبر إقرار الورثة شهادة على المورث ويثبت النسب بالشهادة وليس بالإقرار، كما سنرى تفصيله[2].

وقد يتوهم أن إقرار المريض في مرض الموت يتعدىٰ إلى الوارث أو إلى الغرماء عند وجود ديون الصحة وديون المرض، والصحيح أن الإقرار قاصر علىٰ المقر، ويثبت المقر به في ذمته.

الفرق بين الإقرار والشهادة:

إن حكم الإقرار السابق وأثره المترتب عليه يظهر الفرق بين الإقرار والشهادة، فالإقرار حجة كاملة بذاتها، ويكون الحكم مثبتاً ومؤكداً مقتضى الإقرار، أما الشهادة فإنها ليست حجة بذاتها، ولا يثبت الحق بمجردها ولكن باقتران القضاء بها، ولذلك يصح الرجوع عن الشهادة قبل الحكم، ولا يصح الرجوع عن الإقرار قبل القضاء ولا بعده[3]، والسبب أن القضاء بالشهادة يستند إلى الظن والقضاء بالإقرار يعتمد على الغلم الحاصل بالإقرار، فالإقرار أقوى في الإثبات من الشهادة وأقطع البينات في ترجيح الصدق على الكذب.

كما يختلف الإقرار عن الشهادة من جهة شموله على الأشخاص ، فالإقرار يقتصر على المقر ولا يتعداه إلى غيره ، وأما الشهادة فإنها حجة متعدية على الغير ، لذلك نص الفقهاء على القاعدة التالية : « البينة حجة متعدية على الغير ، والإقرار حجة قاصرة »[4] .

---

(١) الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٤٦٥.

(٢) المبحث الرابع من هذا الفصل في مسألة الإقرار بالنسب.

(٣) المبسوط ، السرخهي: ١٧ ص ١٨٥.

(٤) معين الحكام : ص ١٢٨ ، مرآة المجلة : ١ ص ٤٤ ، تبصرة الحكام : ٢ ص ٣٩ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٣٩٧ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٩١ ، تكملة فتح القدير : ٢ ص ٢٨٥ .

وتفترق الشهادة عن الإقرار من جهة ثالثة أن الشاهد يشهد بما علم به ، لما ورد في الحديث الشريف « على مثلها فاشهد » ولقوله تعالى ﴿ إلا مَنْ شَهِدَ بالحَقِّ وهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ سورة الزخرف : ٨٦ ، أما المقر فإنه يجوز له الإقرار بناء على غلبة الظن كإقرار الوارث على خط أبيه ، وإقراره بعدم استيفائه الدين (١) .

الإشهادة على الإقرار في مجلس القضاء :

إذا أقر المدعى عليه في مجلس القضاء وثبت المدعى به ، وأراد القاضي أن يحكم ، عليه ، فهل يحكم القاضي بمجرد سماعه الإقرار باعتباره الحجة الكافية في الدعوى ، أم يجب عليه أن يحضر شاهدين يشهدان على المقر ، ثم يحكم بقولهما وليس بالإقرار ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : لا يحكم القاضي بمجرد الإقرار ويحضر شاهدين على المقر ويحكم بشهادتهما .

ذهب إلى ذلك فريق من المالكية والقاضي من الحنابلة واستندوا إلى عدم جواز القضاء بعلم الحاكم ، وقالوا إن سماع الإقرار والحكم به هو قضاء بعلم القاضي وهو لا يجوز ولخشية رجوع المقر عن إقراره ، او إنكاره الإقرار ، فلا يجوز أن يحكم بمجرد الإقرار خشية التهمة ولفساد القضاة ، ويجب أن يشهد على الإقرار اثنان في مجلس القضاء ، فإذا أنكر المقر أو رجع شهدا عليه وحكم القاضي بموجب شهادتهما (٢) .

قال البخاري حاكياً مذهبهم : وقال أهل الحجاز : الحاكم لا يقضي بعلمه شهد بذلك في ولايته أو قبلها ، ولو أقر خصم عنده لآخر بحق في مجلس القضاء فإنه لا يقضي عليه في قول بعضهم حتى يدعو بشاهدين فيحضرهما اقراره (٣) .

القول الثاني : يحكم القاضي بالإقرار ، ولا يحضر شاهدين عليه ، ويكتفى بسماعه

---

(١) مختصر المزني : ٥ ص ٣٤٦ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٤١٧ .

(٢) المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٠٦ ، المغنى ٩ ص ٥٤ ، كشاف القناع : ٤ ص ١٩٧ ، الطرق الحكمية : ص ١٩٤ ، شرح الخرشي : ٧ ص ١٦٩ ، تبصرة الحكام : ٢ ص ٢٦ ، الفروق : ٤ ص ٤٧ ، القوانين الفقهية : ص ٢٩٤ ، تهذيب الفروق : ٤ ص ٨٧ ، حاشية الأمير على المجموع : ٢ ص ٣٠٣ ، التاج والاكليل : ٦ ص ١١٨ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٩ ، تاريخ قضاة الاندلس : النُباهي : ص ٧ ، ١٨٩ ، وهذا قول مالك وابن القاسم ورواية عن احمد .

(٣) صحيح البخاري : ٩ ص ٨٧ ط الشعب .

الإقرار .

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة في الراجح ، وبعض المالكية [1] .

وذلك لأن الإقرارَ حجةٌ قائمة بذاتها ، ولأن القاضي في مجلس الحكم يعتبر قائماً بعمله ووظيفته ، قال البخاري : وقال آخرون : بل يقضي به لأنه مؤتمن ، وإنما يراد من الشهادة معرفة الحق فعلمه أكثر من الشهادة .

والراجح هو القول الثاني ، لأن علم القاضي بالإقرار كعلمه المستفاد من الشهود ، ومثل علمه بالحكم الشرعي الواجب التطبيق ، فالقاضي قائم على أداء واجبه بفصل النزاع المعروض عليه ، ويحكم بالحق الذي ظهر أمامه ، وينصر المظلوم من الظالم ، مثله في ذلك كمثل كل موظف أو عامل مكلف بعمل للمسلمين ، وهذا قضاء بالإقرار لا بعلمه ، وإذا لم يحكم بالإقرار حتى يشهد اثنان لزم أن يشهد اثنان أيضاً على الشاهدين وهكذا حتى يلزم منه الدور والتسلسل وهو باطل شرعاً [2] .

وان اعتبار القضاء بمجرد الإقرار حكماً بعلم القاضي اعتبار تحكمي لا يستند الى دليل كما أن فيه جانباً من التعسف والإحراج ، ويجب التفريق بين الحكم بعلم القاضي أثناء وجود الحاكم في مجلس القضاء فيرى حادثة طارئة وقضية عارضة خارج المحكمة وبين الحكم بسماع الإقرار ، فإن الخصم في مجلس الحكم يكون متيقظاً تفكيره ومتحفظاً في كلامه ، وإلا فلا فرق بين علم القاضي بالإقرار وعلمه بالأحكام ، والقاضي أمين وحاكم ، ونفترض فيه الثقة والأمانة والعلم والسمو إلى معالي الأمور والدرجات الرفيعة ونعطيه شيئاً من حرية التقدير والنظر والاجتهاد في القضايا المعروضة عليه ، وقد ألقت إليه الدولة مقاليد أمرها ، وفوضت إليه إقامة

---

(١) المحرر في الفقه : ١ ص ٢٠٦ وهو المنصوص عليه في مذهب أحمد ، الطرق الحكمية : ص ١٩٤ ، مختصر المزنى : ٥ ص ٣٤٦ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٠٢ ، صحيح البخاري : ٩ ص ٨٧ ط الشعب .

وهذا قول ابن عبد الملك وأصبغ ومطرف وسحنون وابن الماجشون وابن رشد من المالكية ، (انظر : شرح الخرشي : ٧ ص ١٦٩ ، شرح المجموع للامير : ٢ ص ٣١١ ، حاشية حجازي على المجموع : ٢ ص ٣١٣ ، تهذيب الفروق : ٤ ص ٨٩ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٩ ، كشاف القناع : ٤ ص ١٩٧ ، المغنى : ٩ ص ٥٤ ، تبصرةالحكام : ٢ ص ٢٦ ، نهاية المحتاج : ٨ ص ٢٤٧ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٧٧ ، المبسوط ، السرخسي : ١٦ ص ١٠٦) .

وقد رجح المحققون من المالكية ترجيح هذا القول كما نقل النُباهي عنهم في (تاريخ قضاة الأندلس ص ٧ ، ١٨٩) وقال : إن القاضي يقضي على من أقر عنده في مجلس نظره بما سمع منهم وإن لم تحضره بينة .

(٢) قال المزنى : وقطع بأن سماعه الإقرار منه أثبت من الشهادة ، (مختصر المزنى : ٥ ص ٣٤٦) .

العدل في المنازعات ، وقبلت حكمه بعد سماع الإقرار ، وإلا أصبح في موطن التهمة والشك ، وإذا لم نأتمنه على سماع الإقرار في مجلس القضاء والحكم بموجبه فكيف نأتمنه على العدل والانصاف وإصدار الأحكام ؟ ! وأما اعتبار التخوف من رجوع المقر عن إقراره فلا عبرة له ويحكم القاضي عليه ، ويصدق القاضي بقوله ، لأنه أمين وحاكم وملزم ، ولا عبرة لهذا الرجوع لأنه كرجوع الشاهدين بعد الحكم أو رجوع المقر نفسه بعد الحكم .

وأما شبهة التهمة وسد الذرائع أمام قضاة السوء فإنها مغالاة في القول ، وخروج عن النصوص ، لأن القاضي أمين ، ولأن قضاء القاضي بعد الإقرار هو حكم بالإقرار وليس حكماً بعلم الحاكم ، ولأنه ﷺ قال : « فإن اعترفت فارجمها » [1] ولم يشترط شاهدين أو أربعة شهود على إقرارها ، وإن منع القضاة من الحكم بموجب الإقرار إلا بشرط وجود شاهدين عليه يعني وضع القضاة في قفص الاتهام والشبهة والشك ، ويشعر بالصاق التهم بهم ، وينزع عنهم الهيبة والوقار والاحترام ، ويؤدي إلى الوقوع في الاساءة من حيث محاولة الاصلاح . لأننا نمنع القاضي من الحكم بعلمه خوف التهمة ، ثم نضعه في التهمة ويكون الضرر المترتب على المنع أشد ضرراً وأكثر مفسدة من الحكم بعلمه المستفاد في مجلس الحكم بالإقرار ، وقد قال المالكية وغيرهم بجواز الحكم بعلمه في تأديب من أساء في المجلس أو تهجم على القاضي أو ضرب خصمه .

وإن ترجيح القول بالقضاء بمجرد سماع الإقرار لا يمنع من الناحية التنظيمية ، وبمقتضى السياسة الشرعية من تنظيم القضاء . واتخاذ كتاب المحاكم لتسجيل الأقارير والشهادات والأحكام للرجوع إليها عند الضرورة ، واستعانة القاضي بها في التذكر عند الحاجة .

تجزئة الإقرار :

يختلف الحكم في جواز تجزئة الاقرار ومنعه بحسب أنواعه فينقسم الإقرار بحسب الصيغة إلى ثلاثة أنواع : بسيط وموصوف ومركب .

فالإقرار البسيط : ويسمى التام أو الكامل هو أن يقر الشخص بالحق كما يدعي المدعي تماماً دون تعديل ، أي ينصب على الواقعة المدعى بها دون تعديل فيها أو ادعاء بواقعة أخرى تناقضها ، مثل إذا ادعى قرضاً فأقر به ، أو ادعى قرضاً وأجلاً فأقر بهما ، أو ادعى وديعة بأوصاف معينة بالنوع والصفة والجودة فأقر بها كما هي .

---

(١) حديث صحيح ، وقد سبق تخريجه في صفحة ٢٤٣ .

والإقرار البسيط لا يجوز تجزئته بل لا مجال فيه للتجزئة ، لأنه لا يقبل التجزئة فلا خلاف فيه .

الإقرار الموصوف : أو المعدل : وهو عدم الاعتراف بالحق المدعى به كما هو ، وإنما يكون الإقرار بالحق معدلاً بالوصف ، مثل أن يدعى ديناً مؤجلاً إلى سنتين ، وقد انتهى الأجل ، فيقر بالدين المؤجل إلى ثلاث سنوات ، ولم ينقض الأجل ، أو ادعى ديناً منجزاً فأقر به معلقاً على شرط ، أو ادعى عيناً كانت لمورثه وانتقلت له بالإرث فيقر صاحب اليد بكونها للمورث وأنها انتقلت إلى المقر بالهبة .

الإقرار المركب : هو الإقرار بالواقعة الأصلية ثم اقترانها بواقعة أخرى منفصلة عنها مثل إذا أقر بدين وادعى سداده أو المقاصة فيه أو الابراء منه .

والفرق بين الاقرار المركب والموصوف أن المركب يقترن بواقعة أودعوى غير مقترنة بوقت المقر به الأصلي ، كالوفاء والابراء والمقاصة ، أما الموصوف فإن الوصف يقترن مع وقت المقر به كالأجل والشرط ، فالعبرة لوقت التابع هل هو مقارن أم متأخر ؟ .

وتجزئة الإقرار هو أن يختار الدائن أو القاضي ما يريد من إقرار المقر ويرد مالا يريده ، أو أن يأخذ من الإقرار ما ينفعه ويترك ما يضره ، فهل يقبل الإقرار التجزئة أم لا ؟

اتفق الفقهاء على عدم تجزئة الإقرار البسيط ، لعدم قبوله ذلك ، واختلفوا في الاقرار المركب والاقرار الموصوف ، ونفصل القول في كل منها .

الاقرار الموصوف :

اختلف الفقهاء في جواز تجزئة الإقرار الموصوف على قولين :

القول الأول : أن تجزئة الاقرار الموصوف غير جائزة .

ذهب إلى ذلك الشافعية في الأصح وابن عرفة من المالكية والظاهرية وبعض الحنابلة [1] .

---

(١) المغنى : ٥ ص ١٤٢ م ٣٨١٦ ، المهذب : ٢ ص ٣٥١ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٤٠٥ التاج والاكليل : ٥ ص ٢٢٦ ، الوجيز : ١ ص ١٢٠ ، المحلى : ٨ ص ٢٥٦ ـ ٢٥٨ ، تبصرة الحكام : ٢ ص ٤٢ ، أعلام الموقعين : ٣ ص ٣٦٤ ،

ومذهب الحنابلة أن الاقرار الموصوف بأجل لا يتجزأ ، وقال أبو الخطاب يتجزأ ، والاقرار الموصوف ببيان السبب كألف من ثمن خمر يتجزأ في المشهور ، وقال بعض الحنابلة لا يتجزأ لانه دين مع سببه فيقبل .

واستندوا إلى أن الإقرار جملة واحدة ، فإما أن يقبل كله أو يرد كله ، وأن المقر به موصوف بأنه مؤجل إلى وقت فيلزمه بالوصف .

ونقل ابن القيم عن إياس أن من أقر بشيء وليس عليه بينة فالقول ما قاله ، قال : وهذا أيضاً من أحسن القضاء لأن إقراره علم على صدقه ، فإذا ادعى عليه ألفاً ولا بينة له ، فقال صدق إلا أنني قضيته إياه فالقول قوله ، وكذلك إذ أقر أنه قبض من مورثه وديعة ولا بينة له وادعى ردها [1] .

وقال ابن قدامة لو أقر بألف من ثمن مبيع لم أقبضه قال القاضي فالمذهب أن القول قوله لأنه أقر بحق في مقابلة حق له ولا ينفك أحدهما عن الآخر [2] .

القول الثاني : أن تجزئة الإقرار الموصوف جائزة .

ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والشافعية في قول والمالكية والإمامية والزيدية [3] ، لأن المقر أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فيصدق في الإقرار لأنه حجة دون الدعوى ، كما إذا أقر بدار ثم ادعى الإجارة من صاحبها ، أي قاسوا الإقرار الموصوف على الإقرار المركب [4] ، ولأن الأجل ليس وصفاً في الدين الواجب بغير عقد الكفالة ، فالأجل فيها أمر عارض كالإجارة .

الإقرار المركب :

اختلف الفقهاء في جواز تجزئة الاقرار المركب على قولين :

القول الاول : أن الإقرار المركب لا يجوز تجزئته على المقر .

ذهب إلى ذلك الظاهرية وابن تيمية والشافعية في قول ، وبعض الحنابلة [5] .

---

(١) طرق الاثبات الشرعية ، الشيخ أحمد ابراهيم : ص ٣٣١ ، طرق القضاء ، له أيضاً : ص ١٣٦ .

(٢) المغنى : ٥ ص ١٤٣ م ٣٨١٧ ط مكتبة القاهرة .

(٣) تكملة فتح القدير : ٦ ص ٢٩٧ ، الوجيز : ١ ص ١٢٠ ، المهذب : ٢ ص ٣٥١ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٤٠٥ ، التاج والاكليل : ٥ ص ٢٢٦ ، مجمع الأنهر : ٢ ص ٢٩٣ ، حاشية ابن عابدين (رد المحتار) : ٥ ص ٥٩٥ ، ٦٠٠ في الخيار ، ٦٠٨ في ثمن الخمر ، البحر الزخار : ٤ ص ٣٩٠ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ١١٤ ، المختصر النافع : ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

(٤) تكملة فتح القدير : ٦ ص ٢٩٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٩٥ .

(٥) مذهب الحنابلة إذا أثبت الحق في الحال فقال له علي ألف وديعة رددتها أو له علي ألف قضيتها فيجزأ الاقرار فيلزم عليه الألف ولا يثبت القضاء أو الرد للتنافي بين صدر الاقرار وعجزه ، وان اثبته في الماضي مثل كان له دين وقضيته أو وديعة ورددتها فالمختار أن لا يجزأ وفي رواية يجزأ ، وقال القاضي لا يجزأ قوله إذا اثبته في الحال لأنه عبارة واحدة . =

واستندوا الى أن الاقرار جملة واحدة ، يقبل كله أو يرد كله ، والإقرار لا يقبل التبعيض لانه كلام واحد لا يجوز الأخذ ببعضه دون بعض ، ولأن المقر ثقة في إقراره ، لأن الله تعالى أمره بذلك فقال ﴿ يا أيُّها الذين آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بالقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ ولَوْ عَلى أنْفُسِكُمْ ﴾ سورة النساء ، الآية ١٣٥ .

القول الثاني : أن الإقرار المركب يجوز تجزئته على المقر .

ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية في الراجح والمالكية في المشهور والحنابلة والزيدية (١) .

واستندوا الى أن المقر تكلم بواقعتين الأولى : هي الإقرار والثانية : ادعاء ، فيلزم المقر الحق المقر به أو المدعى به ويجب عليه إثبات الزيادة في إقراره ، فهو مقر في الأول ، ومدعٍ في الدفع والقضاء والإبراء والمقاصة ، ولذلك يجزأ الاقرار عليه ، وقالوا إن السبب في التجزئة هو الاهتمام في التفريق بين الاقرار والدعوى ، وليس هو تجزئة للإقرار في الحقيقة بل تفرقة بين إقرار وادعاء ، تضمنتهما عبارة واحدة .

ويظهر رجحان عدم تجزؤ الإقرار سواء كان مركباً أو موصوفاً لأن الإقرار حجة الدعوى الوحيدة ، ولأنه لا يصح أن يجزأ كلام المقر بحيث يؤخذ منه ما يضره ويترك ما ينفعه ، وما دام أننا اعتمدنا كلامه وإقراره في الدعوى ، وافترضنا صدقه في الإقرار فيجب أن نسير على ذلك ونفترض صدقه في الوصف وادعاء القضاء ، وإلا ألزمناه بدفع الدين مرة ثانية جزاء صدقه في الإقرار ، أو أجبرناه على الكذب وإنكار الحق أصلاً (٢) .

= (انظر : المغنى : ٥ ص ١٤٣ ط القاهرة ، المحلى : ٨ ص ٢٥٨ ، أعلام الموقعين : ٣ ص ٣٦٤ ، المهذب : ٢ ص ٣٥١ ، الوجيز : ١ ص ١٢٠) .

(١) المغنى : ٥ ص ١٤٣ ط القاهرة ، تكملة فتح القدير : ٦ ص ٢٩٦ - ٢٩٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٩٤ ، الوجيز : ١ ص ١٢٠ ، المهذب : ٢ ص ٣٥١ ، البحر الزخار : ٤ ص ٣٩١ ، ج ٥ ص ١٠ .

(٢) قال الظاهرية وابن تيمية : الاقرار لا يجزأ مطلقاً في المركب والموصوف ، سواء اتصلت الوقائع ام لم تتصل ، وهذا يتفق مع القانون في العصر الحاضر ويزيد عليه ، لأن القانون يمنع التجزئة فيهما بشروط، فقد نصت المادة ١٠٤ من قانون الإثبات المصري والمادة ١٠١ من قانون البينات السوري حرفياً على ما يلي : « لا يتجزأ الاقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة ، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى ، فلا يجزأ الاقرار في القانون سواءاً أكان موصوفاً أم مركباً إلا إذا كانت الوقائع لا علاقة ولا ارتباط بينهما وعندئذ يؤخذ بعض اقراره ويترك بعضه ، (انظر : التعليق على قانون الاثبات المصري ، الدناصوري وعكاز : ص ١٩٣ - ١٩٥ ، والمذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري : ص ٧٠ ف ١٦٣) .

سماع البينة بعد الإقرار :

قلنا إن الاقرار سيد الأدلة وأقوى الحجج ، فهو حجة كاملة تلزم المقر بمقتضى اقراره ، وتوجب على الحاكم القضاء بموجب ، ولا يحتاج إلى سماع الشهادة بعده لتقويته ، لأن القوي لا يدعم بالضعيف ، ولأن البينة لا تقام إلا على منكر .

ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه ، ولا تتعداه إلى غيره ، ولذلك يجوز سماع الشهادة مع الإقرار إذا كان فيها فائدة للمقر له ، كتعدي الحكم من المقر إلى غيره ، أو إذا توقعنا ضرراً من غير المقر . وذلك في الحالات التالية . (١)

١ ـ اذا أقر أحد الورثة بدين لآخر على الميت ، فيجوز للمقر له أن يقيم الشهادة على هذا الدين ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة ، وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت يجوز إقامة الشهادة ، لأن المقر له كما يحتاج إلى إثبات الدين في حق الورثة يحتاج إلى إثباته في حق دائن آخر .

٢ ـ إذا ادعى أنه وكيل فلان في قبض الدين فأقر المدعى عليه بالوكالة ، فيجوز للوكيل أن يبرهن على ثبوت وكالته لدفع الضرر عنه وعن المدين ، لأن المدين إذا دفع الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة ، ثم أنكر الموكل الوكالة ، فلا تبرأ ذمة المدين ، فيتضرر بالدفع ثانية ، وإذا ثبتت الوكالة بالبينة ، فقد ثبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا هلك كان هلاكه أمانة فلا يضمن ، وإن إثبات الوكالة بالبينة تجعل الوكالة سارية على الجميع سواء المقر وغيره ، فلا يحتاج لاثبات وكالته أمام كل مدعى عليه آخر إذا كان منكراً لها .

٣ ـ إذا ادعى أنه وصي فلان وطالب المدين بالدين فأقر المدعى عليه بالوصاية ، فالقاضي لا يثبت وصايته بإقرار المدين حتى يقيم البينة عليها ، لأنه إذا دفع إليه المال اعتماداً على الاقرار وحده لا تبرأ ذمة المدين إذا أنكر الوارث ، وكذا إذا طلب ديناً من مدين آخر فأنكروا وصايته فلا ينفعه إقرار الأول في ذلك ، وإن ثبتت بالبينة فتكون سارية على الجميع .

٤ ـ إذا أقر المشترى المستحق عليه بالاستحقاق فتقبل البينة من المستحق ليتمكن من الرجوع على البائع ، لأن إقرار المشتري بالملك للمستحق لا يمكنه من الرجوع بالثمن على البائع ، لأن الإقرار حجة قاصرة ، ولو أقيمت البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٨٧ ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٩٠ ، طرق القضاء : احمد ابراهيم : ص ٢٢٤ ، الاصول القضائية ، قراعة : ص ١٤١ .

٥ ـ لو أقر الوارث للموصى له يجوز إقامة البينة مع إقراره ليتعدى الحكم الى غيره .

٦ ـ إذا خوصم الأب فأقر بحق عن الصبي فلا يخرج من الخصومة وتقام عليه البينة مع إقراره بخلاف الوصي وأمين القاضي فإن أقرا خرجا عن الخصومة . والمسائل غير محصورة في ذلك ، والضابط فيها هو إذا كان في الشهادة فائدة زيادة عن الاقرار فتقبل .

حكم الإقرار في القانون :

إذا توافرت شروط الإقرار القانونية كان الإقرار ملزماً للمقر إلا إذا كذب بحكم كما نصت (المادة ٩٩) من قانون البينات السوري ، ونصت (المادة ١٠٤) من قانون الاثبات المصري أن الاقرار حجة على المقر .

والإقرار في القانون قسمان : قضائي رسمي وغير رسمي ، فالإقرار القضائي يشترط فيه شرطان أن يكون الاعتراف في مدة سير القضية ، وأن يكون الاعتراف قد حصل أمام المحكمة ، والاعتراف غير القضائي هو ما عدا ذلك .

فإذا صدر الإقرار القضائي وجب على القاضي الأخذ به ، واعتبار الواقعة المقر بها صحيحة وأكيدة ، لأنه حجة كاملة لكنه حجة قاصرة على المقر (المادة ١٠٠ سوري) ، ونصت القواعد القانونية على إلزام الإقرار على الخلف العام وهو الذي يحل محل المقر في جميع ذمته المالية كالوارث ، فإقرار المورث يسري على الوارث لأنه خلف عام .

والاعتراف القضائي حجة كاملة في الإثبات لا يحتاج إلى غيره فينهي النزاع ويعفى المدعي من الإثبات .

أما الإقرار غير القضائي وهو الحاصل خارج مجلس القضاء ، أو خارج النظر في الدعوى ، فليس له هذه الحجية والقوة في الإثبات لأن طريق ثبوته أمام القاضي يكون بالشهادة، ولذلك فإنه يخضع إلى أحكام الشهادة في حجيتها وفي قوتها ، وفي الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة [١] .

وهذا أمر منطقي ما دام الإقرار ثبت عن طريق الشهادة ، وما دام القانون قد حد من الإثبات في الشهادة وقيدها في نطاق معين .

---

(١) اصول المحاكمات ، الانطاكي : ص ٦٠٦ ، ٦٠٧ ، المقارنات التشريعية ج ٣ ص ٢٦ ، رسالة الاثبات ، نشأت : ف ٤٢٠ ، ٤٢٥ مكرراً ، موجز أصول الاثبات ، مرقس ص ١١٩ ، نظرية الاثبات ، المؤمن ج ١ ص ١١٠ .

ونلاحظ أن أحكام الإقرار في القانون متفقة تماماً مع أحكام الإقرار في الشريعة الإسلامية ، فالإقرار حجة كاملة ، وحجة ملزمة للمقر ، وتوجب على القاضي الحكم بموجبه ، وقاصرة على المقر دون غيره ، وتجعل المدعى به مسلماً للمقَر له ، ويقطع عنه الخلاف والتنازع ، وإنما يختلف القانون عن الشريعة في الإقرار غير القضائي ، فالشريعة تقبله بدون قيود كقبولها للشهادة ، والقانون يقيده ويحده لتقييده للشهادة .

* * *

المبحث الرابع
في
الحقوق التي تثبت بالإقرار

يكاد الفقهاء يتفقون على أن الإقرار يثبت به جميع الحقوق، ولا يخرج عن جواز الإثبات به حق من الحقوق ، فكل حق يجب على الإنسان لله تعالى أو لآدمي آخر إذا اعترف به صاحبه أصبح ثابتاً ، ويخرج عن دائرة الخلاف والتنازع سواء أكان هذا الحق في البدن أم في المال ، عيناً كان أم ديناً أم منفعة ، حقاً مالياً أم غير مالي ، ويدخل في ذلك جميع حالات الأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق والنفقة والنسب والرضاع والعدة وحالات الأموال وما يؤول إلى المال مما يثبت في الذمة بالمعاوضة أو التبرع أو التعويض (١)، وإذا أقر الشخص بمجهول أو مبهم أو بشيء مطلق أو عام فالإقرار صحيح ، ويجب عليه بيانه بما يوافق الشرع والعرف وبما يحتمله اللفظ ، وتجيزه اللغة ، ويتناسب مع قرائن الحال ، مع التمسك باليقين واطراح الشك ، قال الإمام الشافعي رحمه الله : « أصل ما أبني عليه الإقرار أن ألزم اليقين ، وأطرح الشك ، ولا استعمل الغلبة » (٢).

وقد ذكر الفقهاء في كتبهم الضوابط التي تحدد الحالات التي تثبت بالإقرار ، ونحن بدورنا نذكر بعضاً منها لأهميتها :

أولاً ـ قال بعض الشافعية : كل شيء جازت المطالبة به جاز الإقرار به (٣).

وهذا الضابط يتصل بالقضاء وفصل المنازعات ، وفيه إحالة إلى باب الدعوى ، فكل شيء يصح الادعاء به والمطالبة فيه أمام المحاكم يصح للمدعي أن يقر به ، ليقطع النزاع وينهي الخلاف .

ويرد عليه بعض الحالات التي يجوز فيها المطالبة ، وتثبت بالبينة ، ولا تثبت بالإقرار ،

---

(١) الحاوي : ٧ ق ١٧٣ ب ، القواعد ، الزركشي : ق ١٠١ أ ، الورد البسام : ص ٦٤ .
(٢) مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٤٨ ، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : ٣ ص ١١٥ .
(٣) الحاوي : ٧ ق ١٧٣ أ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٤٧ ، شرح ابن القاسم ج ٢ ص ٦ .

وهي كل موضع ادعى فيه على ولي أو وصي أو وكيل أو قيم أو ناظر وقف[1] .

ثانياً ـ قال بعض الشافعية والزيدية : « كل ما يجوز الانتفاع به يصح الإقرار به »

وهذا الضابط أعم من الأول ، لأنه يتضمن ما يجوز الادعاء به وما لا يجوز ، فيشمل ما يدخل في الاعتبار القضائي كالأول ، ويشمل الاعتبار الدياني الذي يلتزم به المسلم فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا يدخل في دائرة القضاء والأحكام الدنيوية كأموال الصدقات والأمانات التي مات صاحبها ولا يعلم لها صاحب ، والإقرار بخمر لمسلم ويؤمر بالتسليم إليه فإن كانت مستهلكة لا يجب بدلها ، والإقرار بمجهول ، وطلب رد وديعة [2] .

ثالثاً ـ ما يجوز الانتفاع به وتقع عليه الحيازة ، وهذا أصح من الضابط الثاني ، فإنه يتناول الأموال المباحة التي يجوز الانتفاع بها لجميع الناس ولا تدخل في حيازة أحد ، كالهواء والمسجد والكلأ والماء العام الذي لا يثبت بالإقرار باتفاق الفقهاء ، وهذا يخرج من الضابط الثالث ، الذي يقيد المقر به بإمكان الانتفاع به وإمكان دخوله تحت الحيازة ، بحيث يمكن أن يختص به فرد بعينه أو جماعة مخصوصة .

رابعاً ـ قال بعض الحنابلة : كل ما يملك الشخص إنشاءه يملك الإقرار به ، وما لا يملكه ، فإن كان مما لا يمكنه إنشاءه بمال ملك الإقرار به أيضاً كالنسب والولاء وما يوجب القود عليه ، إذ لا طريق إلى ثبوته إلا بالإقرار به فصار كالشهادة بالاستفاضة فيما يتعذر علمه غالباً بدونها ، وإن كان مما يمكنه إنشاء سببه في الجملة كالأفعال الموجبة للعقوبة ، قبل إذا لم يكن متهماً فيه [3] .

ويظهر من هذا العرض أن الضابط الثالث أصح الضوابط وأوضحها وأشملها ، فكل ما يجوز الانتفاع به ، ويختص بفرد أو جماعة ، يجوز الإقرار به ، وإثباته أمام القضاء بالإقرار .

ويمكن أن نضيف ضابطاً في الإقرار وهو ، كل حق يلتزم به الشخص لآخر إما بالتصرف الإرادي كالمعاملات والنكاح ، وإما بحكم شرعي كالالتزام بالنفقة الشرعية والنسب وضمان المتلفات وتعويض الاضرار .

---

(١) الحاوي : ٧ ق ١٧٣ أ ، البحر الزخار : ٥ ص ٦ .

(٢) حاشية على الدرر على الغرر ، للخادمي : ص ٤١٩ ، شرح المحلى : ٣ ص ٧ ، البحر الزخار : ٥ ص ٦ .

(٣) النكت والفوائد ، ابن مفلح : ٢ ص ٣٦٣ ، وانظر الاشباه والنظائر ، للسيوطي حيث يقول : من ملك الانشاء ملك الاقرار ، أي ما يمكن انشاؤه يمكن الاقرار به (ص ٤٦٤) ، وما ورد في الاصل هو كلام الشيخ تقي الدين الحنبلي ، وقال بعض الأصحاب عندهم : من ملك شيئاً ، ملك الإقرار به .

ولا شك أن الحقوق التي يجوز الإقرار بها كثيرة جداً ، وتخرج عن نطاق العد والحصر ، ولذلك فقد ذكرنا بعض الضوابط العامة التي تضبطها ، كما أن الفقهاء أفاضوا الكلام في مفرداتها وجزئياتها ، ونظراً لكثرتها استعرض ثلاثة أمثلة منها لتطبيق قواعد الإقرار عليها ، وذلك لأهميتها وشهرتها واتساع الخلاف فيها ، ولبيان مدى تطبيق الفقهاء للضوابط والقواعد والأحكام العامة للإقرار عليها ، ومدى تخصيصها بقواعد خاصة واستثنائها من القواعد العامة وهي الإقرار بالنسب ، والإقرار في مرض الموت ، والإقرار بالكتابة .

* * *

الفــرع الأول
فــي
الإقــرار بالنســب

لقد خصت الشريعة الغراء بعض الموضوعات بمزيد من الرعاية والعناية ، وأفردتها ببعض القواعد والأحكام والمزايا ، لما يترتب عليها من فوائد كبرى ، ومنافع جلى ، تتصل بكيان المجتمع والصالح العام ، ومنها النسب وهو الصلة أو العلاقة بين الشخص وغيره ، وقد رتب الشارع على هذه الصلة أحكاماً كالميراث والنفقة وحرمة النكاح والتناصر وغيره . والإقرار بالنسب هو إثبات النسبة بين الولد وأبويه وغيرهما ، أو الإقرار بالولادة ، أو هو الإقرار بالوارث أو الإقرار بالقرابة .

والشريعة الإسلامية منحت النسب مكانة سامية لحفظ الأنساب والحرص على اتصالها وتسلسلها ، واهتم المشرع بها لما ينتج عنها من تنظيم الأسرة وحفظ أفرادها وتوثيق الروابط بينهم وتنسيق التكافل الاجتماعي والتعاون فيما بينهم كالنفقة والتناصر والارث ، واعتبر الشارع إنكار النسب الصحيح ، أو إلحاق النسب الباطل بالشخص ، كبيرة من الكبائر التي نهى عنها ، وشدد على مرتكبها [1] ، أخرج البخاري ومسلم وأبو داود وأحمد وابن ماجه عن سعد وأبي بكرة أن رسول الله ﷺ قال : « من ادعى أبا في الإسلام يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » [2] .

وروى أحمد والطبراني وابن ماجه عن أبي بكر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « كفر من تبرأ من نسب وان دقّ أو ادعى نسباً لا يعرف » [3] .

---

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر ، الهيتمى : ١ ص ٢١٠ .

(٢) صحيح البخاري بشرح السندي : ٤ ص ١١٥ ، الفتح الكبير : ٣ ص ١٥٣ ، ورواه مسلم في الايمان ، مختصر صحيح مسلم للمنذري : ١ ص ١٩ رقم ٤٩ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٦٢٣ ط الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٦ ص ٣٢٤ ، معالم السنن : ٨ ص ١٣ ، مسند احمد : ٥ ص ٣٨ ط أولى ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٨٧٠ .

(٣) أخرج البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « لا ترغبوا عن آبائكم ، فمن رغب عن أبيه فهو كفر ، (صحيح البخاري بشرح السندي : ٤ ص ١١٥) ، وانظر : الفتح الكبير ج ٢ ص ٣١٩ ، مختصر صحيح مسلم : =

فلا غرابة بعد ذلك إذا رأينا اهتمام الفقهاء بأحكام الإقرار بالنسب ومراعاة المبادىء الشرعية ، والمصالح العامة التي قد تؤدي إلى خروج بعض أحواله عن القواعد العامة في الإقرار . ويثبت النسب بطرق الإثبات الشرعية العامة ، كما يثبت بالفراش وشبهة الفراش [1] .

أقسام الإقرار بالنسب : ينقسم الإقرار بالنسب إلى قسمين :

القسم الأول : الإقرار بالنسب المباشر وهو إقرار بالنسب على النفس .

القسم الثاني : الإقرار بالنسب غير المباشر وهو إقرار بالنسب على الغير .

أولاً - الإقرار بالنسب المباشر :

هو الإقرار بالنسب بين الأب والأم والولد ، واقتصر المالكية في الإقرار بالنسب المباشر على الإقرار بالولد ويسمى استلحاقاً ، وما عدا ذلك فهو نسب غير مباشر ، وسوف نتبع تقسيم الجمهور لشيوعه ، فيصح الإقرار من الرجل بالوالدين والولد ويلحق بهم الزوجة ، ويصح إقرار المرأة بالوالدين والولد فقط [2] .

شروط الإقرار بالنسب المباشر :

يشترط لصحة الإقرار بالنسب المباشر عدة شروط ، بالإضافة إلى الشروط العامة في الإقرار ، وقد اتفق الفقهاء على بعضها ، واختلفوا في بعضها الآخر ، وسنذكر المتفق عليه أولاً ، ثم المختلف فيه .

الشروط المتفق عليها [3] :

= ١ ص ١٩ رقم ٥٠ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٩١٦ ، مسند احمد : ١ ص ٣٣٣ ، تحقيق أحمد شاكر ط ثالثة .

(١) روى البخاري وأبو داود وغيرهما عن عائشة في حديث عتبة وعبد زمعة أن رسول الله ﷺ قال الولد للفراش وللعاهر الحَجَر ، (صحيح البخاري بحاشية السندي : ٤ ص ١١٤ ، سنن أبي داود : ١ ص ٥٢٨ ط الحلبي) .

(٢) ويسمى النسب المباشر أيضاً نسباً أصلياً أو الإقرار بوارث ، وهذا الاصطلاح غير مانع ، فيدخل فيه نسب الجد مثلاً وهو غير مباشر ، ويسمى النسب غير المباشر نسباً فرعياً ، أو إقرار الوارث بوارث ، وقال الحنفية يجوز للمرأة أن تقر بالزوج ، (انظر : المبسوط : ١٧ ص ١١٨ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ٢٢٨ ، بلغة السلك : ٢ ص ١٨٠) .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٨٦ ، ٦١٦ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى : ٢ ص ٣٠٤ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٢٨ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٢٧ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٥ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٣ ، المهذب للشيرازي : ٢ ص ٣٥٢ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٥٩ ، المحلى على المنهاج : ٣ ص ١٤ ، القوانين الفقهية : ص =

الشرط الأول : جهالة النسب :

وهو أن يكون المقر أو المقر له بالأبوة والأمومة مجهول النسب ، فلا يعرف له نسب صحيح ثابت .

ومع كونهم اتفقوا على هذا الشرط فقد اختلفوا في مكان جهالة النسب ، هل في مكان ولادته أم في مكان وجوده ؟ قولان ، والراجح أن تكون جهالة النسب في مكن الولادة ، لأنه إذا كان ثابت النسب هناك فيعتبر معروف النسب في جميع الأمكنة والأزمنة وأمام جميع الناس ، وشبهة الصعوبة والحرج في معرفة ذلك يرفضها التطور الحديث ، وسهولة المواصلات ، وتبادل المعلومات والخبرات بين مختلف البلدان ، فيمكن التعرف على حالة الشخص في مكان ولادته ، وهو ما يجري في العالم الآن بسهولة ويسر وسرعة [1] .

وهذا الشرط منطقي وضروري ، لأن الإقرار بمعروف النسب يعني نقض حق الأطراف فيه مع وجود حق الله تعالى .

الشرط الثاني : إمكان ولادة المقر له للمقر وعكسه :

إذا أقر شخص ببنوة ولد مجهول النسب أو بأبوته فيشترط أن يكون هذا الشخص ممن يولد مثله ، بأن يكون فارق السن بينهما يقبل هذا الإقرار ليكون النسب مبنياً على سبب صحيح يمكن تصوره ، ولسد طريق التبني الذي حرمته الشريعة الغراء [2] ، فإذا لم يتحقق فارق السن

= ٤٠٢ ، الشرح الكبير : ٣ ص ٤١٢ ، بلغة السالك ٢ ص ١٨٠ ، المغنى : ٥ ص ١٨٣ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٩٩ ، مراتب الاجماع ، ابن حزم : ص ٥٦ ، البحر الزخار : ٥ ص ١٢ ، التاج المذهب : ٤ ص ٤٥ ، الروضة البهية : ٢ ص ٢٢٥ ، شرح النيل : ٨ ص ٤٩٨ ، المختصر النافع : ص ٢٤٤ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ١١٤ ، طرق الاثبات الشرعية : ص ٣٩٨ ، الاصول القضائية : ص ١٠١ .

(١) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٦١٦ ، وانظر الأحوال الشخصية ، محمد الحسيني حنفي : ص ٧٤ ، طرق الاثبات الشرعية : ص ٣٩٩ ، مجمع الانهر : ٢ ص ٣٠٤ ، تكملة رد المحتار : ٧ ص ١٧٨ .

وقال المالكية : أما مقطوع النسب كولد الزنا المعلوم أنه من زنافهو كمعلوم النسب فلا يصح الاقرار بنسبه ، (انظر : بلغة السالك : ٢ / ١٨١) .

(٢) التبني في القانون هو تصرف قانوني يقصد منه انشاء نوع خاص من النسب لم يكن ثابتاً من قبل ، أما الإقرار بالنسب فهو إخبار عن تخلق الولد منه ، وبأنه ولده حقيقة ، ويترجح صدقه لمصلحة الولد ، والفرق بينهما أن المقر بالنسب يعترف بأنه ابنه حقيقة ويلحق به ، والمتبني يعترف بكون الولد من غيره ، ويريد إقامة علاقة بنوة مصطنعة بينهما ، ولا يترتب على التبني إلا الحقوق والالتزامات التي أقرها القانون بخلاف النسب الحقيقي ، كما يجوز فسخ التبني بخلاف النسب ، وقد حرمت الشريعة الغراء التبني تحريماً جازماً ، فقال الله تعالى : « وَمَا جَعَلَ أَدْعِياءَكم أَبْنَاءَكُمْ ، ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ، واللهُ يَقُولُ الحَقَّ وهو يَهْدِي السَّبِيلَ ، ادْعُوهُمْ لآبائهم ، هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ ، فإنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهم فإخْوَانُكُمْ في الدِّينِ ومَوَالِيكُمْ » سورة الأحزاب ، الآيتان ٤ ، ٥ .

الملائم بينهما فإن ظاهر الحال يكذب الإقرار ويرده .

ومع كون الفقهاء اتفقوا على هذا الشرط فقد اختلفوا في تحديد فارق السن بناء على اختلافهم في أقل سن البلوغ بالنسبة للرجل والمرأة ، فحدد الحنفية [1] فارق السن باثنتي عشرة سنة ونصف السنة بالنسبة للأب ، وتسع سنوات ونصف السنة بالنسبة للأم ، وقال الشافعية والحنابلة [2] : بأنه يحدد بعشر سنوات ونصف بالنسبة للأب وتسع سنوات بالنسبة للأم ، وقال الإباضية [3] بأنه إحدى عشرة سنة ، وأطلق جمهور الشافعية والحنفية وغيرهم ذلك بإمكان ولادة مثله لمثله[4] ، والعبرة في هذا التحديد أنه راجع لأهل الخبرة والاختصاص من الأطباء الذين يحددون أقل سن للشخص يمكن أن يبلغ فيه وينجب الأولاد مع مراعاة اختلاف الأماكن والبيئة الطبيعية .

الشرط الثالث : تصديق المقر له :

وهو شرط لنفاذ الإقرار وليس شرط الصحة ، فإذا أقر شخص بآخر مجهول النسب صح الإقرار ، ولكنه يبقى موقوفاً حتى يصدقه المقر له إذا كان من أهل التصديق ، لما يترتب على النسب من حقوق مالية ، فلا تلزمه إلا بموافقته ، وهذا مبني على القاعدة العامة أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعداه إلى غيره ، لكن مع فارق خاص بالنسبة للإقرار بالنسب ، فالإقرار العام يبطل بالتكذيب ، ويرتد بالرد ، أما الإقرار بالنسب فلا يبطل بالتكذيب ولا يرتد بالرد ، فإذا أقر شخص بولد بالغ فكذبه أو رد الإقرار ثم قبله بعد ذلك صح قبوله وثبت النسب ، ولا يعتبر التناقض الذي صدر منه ، وذلك لتشوف الشارع الحنيف الى ثبوت الأنساب والحفاظ عليها [5] .

ولا يشترط لحصول التصديق وقت معين ، فيصح التصديق في أي وقت لاحق للإقرار ولو بعد وفاة المقر ، وذلك لأن المقر لا يجوز له الرجوع عن الإقرار مهما طال الزمن ، لتعلق

---

(١) مجمع الأنهر : ٢ ص ٣٠٤ ، الأصول القضائية ، قراعة : ص ١٠١ ، طرق الاثبات الشرعية : ص ٣٩٨ ، الأحوال الشخصية ، حنفي : ص ٧٦ .

(٢) كشاف القناع : ٤ ص ٢٩٩ ، الحاوي : ٧ ص ٢١٠ ب القواعد والفوائد الأصولية ص ٢٨ .

(٣) شرح النيل : ٨ ص ٤٩٧ .

(٤) الوجيز : ١ ص ١٢١ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٥٩ ، المهذب : ٢ ص ٣٥٢ ، القوانين الفقهية : ص ٤٠٢ ، شرح المحلى : ٣ ص ١٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٦١٦ .

(٥) تكملة حاشية ابن عابدين : ٢ ص ٧٢ ، ١٧٨ ـ مجمع الأنهر : ٢ ص ٣٠٤ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٢٧ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٨٤ ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٤٦٥ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ٢٢٩ .

حق المقر له به ، قال : السرخسي : متى ثبت النسب بإقراره لم يكن له أن ينفيه بعد ذلك [1] .

أما اذا كان المقر له صغيراً غير مميز فلا يشترط تصديقه ، لا في الحال ولا بعد البلوغ ، فإن الإقرار ببنوة صغير يتم فور صدوره متى توفرت الشروط الأخرى ، ولا يتوقف على تصديق المقر له ، فلو بلغ ورفض الإقرار لنقض النسب فلا يقبل منه ، وذلك لأن الصغير محتاج إلى ثبوت النسب لحفظه وعدم ضياعه ، وإذا ثبت النسب فلا يقبل الرفض أو النقض أو التنازع .

قال الشافعية فلو بلغ وكذبه لم يبطل نسبه في الأصح ، لأن النسب يحتاط له ، فلا يندفع بعد ثبوته ، والثاني يبطل لأن الحكم به لكونه غير أهل للإنكار ، وقد صار أهلاً له وأنكر ، والأحكام تدور مع عللها وجوداً وعدماً [2] .

وهذا كله باتفاق الفقهاء جميعاً ، غير أنهم اختلفوا في السن المعتبر في تصديق المقر له ، فقال الحنفية : يصح التصديق من المميز الذي يعبر عن نفسه ، أي اعتباراً من سن السابعة ، وإلا فلا عبرة لتصديقه قبل ذلك لأنه يكون في يد غيره ، وقال جمهور الفقهاء لا يشترط التصديق إلا من المكلف البالغ العاقل ، ولا يكفي تصديق الغلام المميز قبل البلوغ [3] .

والتأمل في القواعد الشرعية في هذا الخصوص يرجح مذهب الجمهور ، لأن الصبي المميز لا عبرة لقوله ولا لتصرفاته إلا إذا أذن له ، وتكون تصرفاته المالية صحيحة في حدود الإذن ، وهو استثناء من الأصل لحكمة أرادها المشرع وهو تدريب الصغار على أعمال التجارة ومجالس الرجال ، والاستثناء لا يتوسع فيه ، ويقدر بقدره ، فيقتصر اعتبار تصرفات المميز على هذه الناحية ، أما في بقية النواحي فلا يقبل تعبير المميز ولا تصح تصرفاته ، وتكون مسؤ وليته بعد البلوغ عندما يصبح مكلفاً ، لما ورد في الحديث الشريف عن علي رضى الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال : « رُفع القلمُ عن ثلاث ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل » [4] .

---

(١) المبسوط ، له ١٧ ص ٩٨ .
(٢) شرح المحلى : ٣ ص ١٥ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٦٠ .
(٣) شرح المحلى على المنهاج : ٣ ص ١٤ .
(٤) سبق تخريجه في صفحة ٢٤٨ .

الشرط الرابع : تصديق الزوج : [1]

يشترط في إقرار المرأة بالولد إذا كانت متزوجة أو معتدة أن يصدقها الزوج على هذا الإقرار ، لأن إقرار الزوجة أو المعتدة بولد فيه تحميل النسب على الزوج لقيام الفراش بينهما ، ونسبة الولد إليه لقولهﷺ« الولد للفراش وللعاهر الحجر»[2] والإقرار حجة قاصرة فلا يصح إقرار الزوجة إلا بتصديق الزوج[3] ، فإذا كذبها الزوج فلا يثبت النسب منها إلا بإثبات الولادة بالشهادة الشرعية وأقلها أربع نسوة عند الشافعية والإمامية والظاهرية ، وامرأة واحدة عند الحنفية والزيدية واثنتان عند المالكية كما سبق في بحث شهادة النساء ، وإذا ثبتت الولادة ثبت النسب بالفراش الصحيح .

ولا يرد هذا الشرط في إقرار الرجل بولد ، فلا يشترط تصديق زوجته له ، لجواز أن يكون من غيرها .

الشرط الخامس : السبب الصحيح للنسب :

يشترط في إقرار الرجل بالوالد أو بالولد أن يبين سبباً شرعياً من فراش صحيح أو شبهة وهو النكاح بالشبهة ، ويصح إقراره إذا لم يبين سبباً أصلاً ، ويحمل على أنه يستند إلى سبب صحيح ويتحمل المقر تبعة إقراره ومسؤ وليته أمام الله تعالى ، أما إذا صرح أنه ابنه من الزنا أو

---

(١) المبسوط : ١٧ ص ١١٨ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى : ٢ ص ٣٠٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٦١٧ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٥ ، الهداية وتكملة فتح القدير والعناية : ٧ ص ١٥ ـ ١٦ ، ولا يشترط تصديق الزوجة، بلغة السالك ٢ /١٨١ .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد ومالك عن عائشة وابي هريرة وعثمان وابن مسعود وابن الزبير وعمر وأبي امامة ، (انظر : السنن الكبرى : ٦ ص ٨٦ ، سنن أبي داود : ١ ص ٣٥٧ صحيح مسلم شرح النووي ، ١٠ ص ٣٧ ، الزرقاني على الموطأ : ٤ ص ١٩ ، صحيح البخاري بشرح السندي : ٤ ص ١١٤ ، الفتح الكبير : ٣ ص ٣٠٨ ، مسند احمد عن عمر : ١ ص ٤١٦ ، سنن النسائي : ٦ ص ١٤٦ ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٤ ص ٣٢١ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٤٦) .

(٣) ذهب بعض الفقهاء من الحنفية والاباضية في قول والشافعية في قول إلى عدم صحة إقرار المرأة بالولد أصلاً ، وإنما يثبت منها بالولادة وهي مشاهدة ، ويمكن إقامة البينة عليها ، كما أن النسب للأب وليس للأم . والجواب عن هذا أن المرأة غير المتزوجة مثل الرجل في الإقرار بالولد كما أنها أصل في النسب كالأب وان لم ينسب الولد اليها مباشرة وهو ما عليه جمهور الحنفية والشافعية وغيرهم ، بل إن الشخص ليعير بأمه أكثر من أبيه ، وقال بعض الشافعية كذلك إن إقرار الشخص بالأم لا يصح لإمكان اقامة البينة على الولادة ، والواقع أن هذا لا يمنع الاقرار : (انظر : حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٦١٧ ، الدرالمنتقى : ٢ ص ٣٠٥ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٦١ و٢٥٩ ، تكملة ابن عابدين : ٢ ص ١٢٩ ، شرح النيل : ٨ ص ٤٩٨ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٦ ، المبسوط : ١٧ ص ١١٨ ، البدائع : ٧ ص ٢٢٧) .

التبني فلا يقبل إقراره في ثبوت النسب ، لأن النبي ﷺ قال : « الولد للفراش وللعاهر الحَجر » ولو صدقته المرأة بالزنا فلا يثبت النسب ، لأن الولد للفراش ، والزنا ليس فراشاً ، وقد جعل الله تعالى حظ الزاني الحجر فقط ، فلا حظَّ للعاهر من النسب، كما أسقط الشارع النسب عن الزاني عقوبة له ليكون له زجراً عن الزنا إذا علم أن ماءه يضيع به ، أو لأن الزانية مرتع لأكثر من واحد ، فربما حصل النسب إلى غير أبيه الحقيقي ، [1] كما أن النسب من الزنا عارٌ على الولد نفسه ، لأنه يعير فيه طول حياته .

أما المرأة فلا يشترط في إقرارها هذا الشرط ، فيقبل إقرارها ولو ادعت أنه من الزنا ، لأن ثبوت نسبه منها يعتمد على انفصال الولد منها بالولادة دون اعتبار آخر .

الشروط المختلف فيها:

الشرط الأول: حياة المقر له:

اختلف الفقهاء في اشتراط حياة المقر له في النسب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن يكون المقرَ له حياً وقت الإقرار، وهو مذهب الحنفية والمالكية عند المال الكثير لمجهول النسب[2].

واستندوا إلى أن الإنسان يحتاج إلى النسب في حياته ليشرف به، وهذا منتف بعد الوفاة، لأن حكم الإقرار يستدعي محلاً، والميت ليس محلاً، وأما ميراثه فهو فرع النسب فإذا لم يثبت الأصل، لم يثبت الفرع، والغالب في الإقرار بعد الموت أنه لاستحقاق التركة، فيكون إقراراً صورة، ودعوى حقيقة، ولا يجوز الحكم بمجرد الإدعاء، لما ورد في الحديث الشريف «لو يُعطى الناسُ بدعواهم لا دعى ناسٌ دماءَ رجال وأموالَهم ولكن اليمينَ على المدعى عليه»، وإذا كان المقر له بالنسب غنياً كثير المال فإن التهمة ظاهرة في قصد الإرث منه بدون نسب صحيح، ولأنه يشترط في الإقرار بالنسب تصديق المقر له، والميت لا يمكنه ذلك.

واستثنوا من هذا الشرط حالة واحدة، وهي إذا كان الابن المتوفي المقرَ له بالبنوة قد ترك ذرية فيصح الإقرار مع وفاة المقرَ له لحاجة الأحفاد إلى ثبوت نسب أبيهم فيشرفون به، وفي أولاد البنت يجوز عند الصاحبين ولا يجوز عند الإمام.

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ٤١٢ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٥٩ ، المبسوط : ١٧ ص ١٥٤ وما بعدها .

(٢) المبسوط: ١٧ ص ١٥٨، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ٤١٣.

القول الثاني: لا يشترط أن يكون المقرّ له حياً وقت الإقرار، ويصح الإقرار بالنسب سواء كان المقر له حياً أو ميتاً، وسواء كان قبل الموت صغيراً أم كبيراً، ولا إعتبار لتهمة الميراث وسقوط القود، لأن النسب يحتاط به مهما كانت الأحوال، ولأن النسب يثبت في حياة المقر له بمجرد الإقرار، وهو موجود بعد موته، وأما التصديق المشروط من الكبير فيسقط لعدم إمكانه كالصغير، وهو قول الجمهور من الشافعية والحنابلة والإمامية والمالكية[1].

القول الثالث: يشترط أن يكون المقرّ له حياً إذا كان كبيراً، ولا يشترط إذا كان صغيراً، فلا يصح الإقرار بنسب الكبير الميت، لاشتراط تصديقه حال حياته، فيبقى اشتراطه بعد وفاته وهو مستحيل، فلا يقبل الاقرار به، أما الصغير فلا يشترط تصديقه سواء كان حياً أو ميتاً وهو قول عند الشافعية وقول عند الإمامية[2].

والناظر في وجهات النظر السابقة يرى ترجيح مذهب الجمهور لأن النسب شرف للإنسان في حياته، وبعد مماته، ولأن من آثار النسب الاعتزاز به واتصال الأنساب وذكر المحامد والذرية، وهذه الأمور تبقى بعد الوفاة.

الشرط الثاني: عدم المنازعة:

اشترط الحنابلة والإمامية والحنفية[3] في الإقرار بالولد الصغير عدم المنازعة في هذا الإقرار، لأنه إذا وجد منازع فيه أصبحت المسألة دعوى، ولا يقدم مقر على آخر إلا ببينة، قال الإمامية فإن فقدت البينة فالقرعة لأنها شُرعت لكل أمر مشكل، معين عند الله مبهم عندنا، وهو هنا كذلك[4].

وقال الشافعية ولو استلحق إثنان بالغاً عاقلاً ثبت نسبه لمن صدقه منهما، فإن صدقهما أو لم يصدق واحداً منهما عرض على القائف، وإن استلحق اثنان صغيراً فلا يقدم أحدهما على

---

(١) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٠، شرائع الإسلام: ٢ ص ١١٥، المهذب، ٢ ص ٣٥٢، شرح المحلى وقليوبي عليه: ٣ ص ١٥، الوجيز للغزالي: ١ ص ١٢١، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٩، المغني: ٥ ص ١٧٠ ط إمام، الروضة البهية: ٢ ص ٢٢٥، بلغة السالك ٢ ص ١٨٢.

(٢) شرائع الإسلام: ٢ ص ١١٥، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٠، المهذب: ٢ ص ٣٥٢، المجموع شرح المهذب: ١٨ ص ٥٦٣.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٩، المختصر النافع: ص ٢٤٤، شرائع الإسلام: جـ ٢ ص ١١٤، المبسوط: ١٧ ص ٨٠، الروضه البهية: ٢ ص ٢٢٥، منتهى الارادات: ٢ ص ٦٤٢.

(٤) الروضة البهية: ٢ ص ٢٢٥.

الآخر إلا ببينة، فلم لم توجد فيقدم من سبق استلحاقه، وإلا يعرض على القائف، وإلا فيقدم من يصدقه بعد البلوغ[1].

أثر الإقرار بالنسب المباشر:

إذا صح الإقرار بالنسب المباشر، واستوفى شروطه العامة والخاصة، فإنه يترتب عليه ثبوت النسب، وآثاره الشرعية، من الإرث والنفقة والحرمة[2]، ولا يجوز نقصه أو إسقاطه أو التنازل عنه ولو بتصادق طرفيه، لأن النسب من الحوائج الأصلية في الحياة يتعلق به حق الله تعالى، وقد ثبت بحجة شرعية صادرة عن المقر على نفسه وليس فيه ضرر على غيره قصداً، ويصبح النسب الثابت بالإقرار كالنسب الثابت بالفراش، ويكون حجة على الجميع سواء المقر والورثة والأقرباء، وبذلك يتعدى الإقرار إلى غير المقر، والنسب عامة، والنسب الثابت بالإقرار خاصة، لا يحتمل النقض ولا الفسخ ولو بتصادق أطرافه، ولا يتصور تحويله من شخص إلى آخر، وإن ثبت بإقراره لا يقبل نفيه مطلقاً ولو باللعان، خلافاً للثابت بالفراش أو البينة فإنه يصح فيه الملاعنة، لأن النسب فيهما ثبت بحكم الفراش ويحتمل ألا يكون منه فيجوز نفيه والملاعنة فيه، أما الثابت بالإقرار فلا يقبل لأنه أقر بأنه تكوّن وخُلِق من مائه، وهذا باتفاق جماهير الفقهاء[3].

وقال الشافعية في قول آخر وبعض الحنابلة في وجه يصح الرجوع عن الإقرار بنسب البالغ العاقل إذا صدقه المقر له في الرجوع كمالو أقر له بمال ثم رجع في الإقرار وصدقه المقر له في الرجوع، وهذا قول أبي علي الطبري الشافعي، وقال أبو حامد الاسفراييني: لا يسقط لأن النسب إذا ثبت لا يسقط بالإتفاق على نفيه، كالنسب الثابت بالفراش[4].

---

(١) حاشية قليوبي على شرح المحلى: ٣ ص ١٥، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٠، المجموع شرح المهذب: ١٨ ص ٥٧١.

(٢) يقول ابن نجيم في (الأشباه: ص ٣٣٣ ط جديدة): «يترتب على النسب اثنا عشر حكماً، توريث المال والولاء وعدم صحة الوصية عند المزاحمة، ويلحق بها الإقرار بالدين في مرض موته، وتحمل الدية وولاية التزويج وولاية غسل الميت والصلاة عليه، وولاية المال وولاية الحضانة وطلب الحد وسقوط القصاص، (وانظر أيضاً المبسوط: ١٧ ص ٩٩)، ويخالف في ذلك نجم الدين الحلي من الإمامية في (المختصر النافع ص ٢٤٤) فقال: وإذا تصادقا (في الإقرار بولد كبير مع تصديقه) توارثاً بينهما ولا يتعدى المتصادقين، ولو كان للمقر ورثة مشهورون لم يقبل إقراره بالنسب ولو تصادقا» ويفهم من ذلك أنه يشترط في الإقرار بالنسب المباشر عدم وجود ورثة وهذا شرط يتنافى مع الحكمة من مشروعية الإقرار بالنسب، لما يفهم من كلامه أن الإقرار يقتصر على المقر والمقر له، ولا يتعداهما إلى الغير، وهذا أثر يتنافى مع ثبوت النسب، لأن النسب إذا ثبت فإنه يثبت على الكافة.

(٣) المبسوط: ١٧ ص ٩٨.

(٤) المهذب، للشيرازي: ٢ ص ٣٥٢، الإفصاح: ص ٢١٢، المغني: ٥ ص ١٧٠ ط إمام، المبسوط: ١٧ ص ٩٨، المجموع شرح المهذب: ١٨ ص ٥٦٤.

ويبدو ترجيح القول الأول في عدم صحة الرجوع عن النسب بالتصادق، لما يترتب عليه من المحافظة على الأنساب، ولأنه يفارق المال، لأن النسب يحتاط في إثباته ويتعلق به حق الله تعالى، زيادة على حق أصحابه، ويؤيد ذلك ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «من أقر بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه»[1]، لأن قبول رجوعه ونفيه النسب بعد الإقرار به يؤدي إلى الفوضى والتلاعب بالأنساب وهو لا يجوز فيجب منعه درءاً للمفاسد.

ثانياً: الإقرار بالنسب غير المباشر:

عرفه الكاساني بقوله: هو الإقرار بنسب يحمله االمقر على غيره[2]، أو هو الحاق نسب أحد الأقرباء، غير الوالدين والولد، وحمله على غير المقر، كالإقرار بنسب الإخوة وأبنائهم والعمومة وأبنائهم والأجداد وأولاد الأولاد وغيرهم.

والإقرار بالنسب غير المباشر يسير على قواعد الإقرار العامة أحياناً، ويخرج عنها أحياناً أخرى، فيتعدى أثره من المقر إلى المقر عليه، ويثبت نسب المقَر له من المقرِ عليه باعتراف المقِر أو باعتراف الورثة.

ويتعلق بالإقرار غير المباشر حكمان إثبات النسب، وإثبات حق الميراث، ولا ينتج هذا الإقرار آثاره إلا باستكمال شروط الإقرار العامة، وشروط الإقرار بالنسب المباشر المتفق عليها، ويضاف إلى ذلك شرطان:

الشرط الأول: أن يصدق المقَر عليه بالنسب إذا كان حياً، فإن كان حياً وصدق المقر بالنسب فيثبت بالتصديق والإقرار المباشر، ولا يتحقق الإقرار بالنسب غير المباشر إلا إذا كان المقَر عليه وهو الملحق به النسب ميتاً.

الشرط الثاني: أن يكون المقر وارثاً.

ويشترط الشافعية والحنابلة شرطاً ثالثاً وهو أن يكون المقِر الوارث حائزاً جميع تركة الملحَق به النسب، ولا يشترط أن لا يكون نفاه المقر عليه في الأصح، فيجوز إلحاقه به بعد نفيه إياه، كما لو استلحقه هو بعد نفيه بلعان أو غيره، والقول الثاني يشترط أن لا يكون قد نفاه

---

(١) أخرجه البيهقي وهو حسن موقوف، راجع سبل السلام: ٣ ص ١٩٥، المبسوط للسرخسي: ١٧ ص ٩٨.

(٢) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٩، ويطلق عليه الفقهاء إقرار الوارث بوراث، أو النسب الفرعي، ويدخل فيه ما لا يدخل في النسب المباشر مع اختلاف الفقهاء في شمول النسب المباشر، كما سبق ذلك.

قبل ذلك، لأن في إلحاق من نفاه بعد موته إلحاق العار بنسبه[1].

وإقرار الورثه بوارث آخر ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن يقر جميع الورثة:

القسم الثاني: أن يقر بعض الورثة وينكر بعضهم الآخر.

ويختلف الحكم حسب إقرار جميع الورثة أو بعضهم ولذلك نقسم البحث إلى القسمين السابقين.

القسم الأول: إقرار جميع الورثة:

إذا أقر جميع الورثة بنسب على مورثهم فهل يثبت النسب والميراث منه للمقر له أم لا؟ فيه حالتان:

الحالة الأولى: بلوغ الورثة نصاب الشهادة: فإذا كان الورثة يبلغون نصاب الشهادة، وأقروا بوراث آخر معهم فإنه يثبت نسب المقر له من المقر عليه، ويصبح نسبه ثابتاً ومعروفاً وحجة على الجميع، فيشارك الورثة في الميراث إذا كان مساوياً لهم، ويأخذ حصته الشرعية إذا كان غير ذلك، كما تثبت جميع الحقوق المترتبه على النسب كالنفقة والقصاص والحرمة، ويتوارث المقَر له مع الورثة فيرثون منه ويَرِث منهم، وهذا باتفاق الفقهاء[2].

غير أنهم اختلفوا في أساس ثبوت النسب غير المباشر، لأن فيه تحميل النسب على غير المقر، فالإقرار بالأخ فيه تحميل النسب على الأب، والإقرار بالعم فيه تحميل النسب على الجد، والإقرار بولد الابن فيه تحميل النسب على الابن وهكذا.

فذهب الحنفية والمالكية والإمامية [3]إلى أن الأساس الذي بنى عليه ثبوت النسب على

---

(١) شرح المحلى وحاشية قليوبي وعميرة: ٣ ص ١٦.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٤٠٢، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٤١٧، تبصرة الحكام، ٢ ص ٤، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٥، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٦، الدر المنتقى: ٢ ص ٣٠٥، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٩، تبيين الحقائق: ٥ ص٢٨، تحفة الفقهاء: ١٧٢/٣، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٨، المختصر النافع: ص ٢٤٤، الحاوي: ٧ ق ٢٧٣ أ + ق ٢١٠ ب، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦١، شرح المحلى على المنهاج: ٣ ص ١٦، الوجيز للغزالي: ١ ص ١٢١، المهذب: ٢ ص ٣٥٢، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٤٦٥، فتاوي السبكي: ١ ص ٣٩٤، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠١، المحرر في الفقه: ١ ص ٤٢٠، المغني: ٥ ص ١٨٣، منتهى الارادات: جـ٢ ص ٦٤٢.

(٣) المراجع السابقة في المذاهب الثلاثة.

الغير هو الشهادة ولذا يشترط أن يبلغ الورثة المقرون بالنسب نصاب الشهادة، لأن إقرار الورثة بوارث لا يثبت به النسب على الغير، لأنه إقرار على غيره وهو باطل، لأن الإقرار حجة قاصرة، وإنما يثبت به النسب في حق المقر وحده في المال فقط، ولا يثبت به النسب الكامل إلا بتصديق المقر عليه، وعندئذ فيثبت النسب بإقراره وتصديقه، أو بشهادة الورثة بالنسب حسب النصاب الشرعي، وهو رجلان عدلان عند المالكية والإمامية، ورجل وامرأتان عند الحنفية، ويكون إقرار الورثة شهادة فيعتبر فيها العدد والعدالة، فإن انتفت العدالة أو العدد لم يثبت النسب، وثبت حق الميراث فقط فيشارك المقِرين في نصيبهم [1] والأصل أن إقرار الإنسان حجة على نفسه، ولا يتعدى إلى غيره [2].

وقال الشافعية والحنابلة إن أساس ثبوت النسب على الغير بإقرار جميع الورثة هو الإقرار، فإذا بلغ الورثة نصاب الشهادة وأقروا بنسب على مورثهم كالإقرار بالأخ والعم ثبت النسب من الملحَق به بالإقرار لا بالشهادة، لأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه، والنسب من جملتها، مع اشتراط كون الملحق به ميتاً، وكون المقرين وارثين وحائزين جميع تركة الملحق به. فالورثة يقومون مقام الميت في ميراثه وديونه وبيناته ودعاويه، والإقرار بالنسب ينتقل للورثة، ويصبح حقاً لهم، والقاعدة عندهم أن الإقرار بالنسب غير المباشر حق لجميع الورثة، فإذا اقروا به جميعاً ثبت النسب وآثاره الشرعية، وإن أنكر بعضهم فلا يثبت لأن النسب لا يتبعض [3].

الحالة الثانية: عدم بلوغ الورثة نصاب الشهادة: فإذا كان الوارث واحداً وحائزاً جميع الميراث وأقر بوارث آخر كمن ترك إبناً، فاعترف بابن ثان، وحمل نسبه على أبيه، فهل يثبت نسبه كالحالة السابقة أم لا؟.

اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بإقراره على قولين:

القول الأول: لا يثبت النسب، ويثبت حق الميراث فقط.

ذهب إلى ذلك المالكية والإمام أبو حنيفة ومحمد وهو الراجح عند الحنفية.

---

(١) ذهب المالكية إلى توريث المقَر له بنسب عند عدم الوراث أو عدم حوز الوارث جميع التركة كما صرح به الدردير، (الشرح الكبير: ٣ ص ٣١٥)، قارن أحمد الخضري في (المواريث الإسلامية ص ١٦).

(٣) الدر المنتقي: ٢ ص ٣٠٥.

(٢) المراجع السابقة في المذهبين الشافعي والحنبلي، وقال البهوتي في (شرح منتهى الارادات: ٢ ص ٦٤٢): وأن أقربا لوارث المشارك أو المسقط للمقِر بعضُ الورثة، وأنكر الباقون فشهد عدلان من الورثة أو شهد عدلان من غيرهم أن المقر به ولد الميت أو شهدا أن الميت أقربه أو شهدا أن المقَر به وُلِد على فراش الميت ثبت نسبه وإرثه لشهادة العدلين به، ولا تهمة فيهما أشبه سائر الحقوق.

القول الثاني: يثبت النسب وآثاره المالية وغيرها.

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة والإمام أبو يوسف والكرخي من الحنفية.

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل الحنفية والمالكية على عدم ثبوت النسب بإقرار الوارث الواحد بالسنة والقياس[1].

فأما السنة:

فأولاً: ـ أخرج الحاكم في المستدرك وأبو داود عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا مساعاةَ في الإسلام»[2].

وجه الدلالة:

أن المراد بالمساعاة ادعاء الأنساب، وقد نفى النبي ﷺ ادعاء الأنساب وإلحاقها بالشخص بقوله لا مساعاة في الإسلام، فدل على عدم اعتباره.

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأمرين:

١ ـ أن الحديث وارد في استلحاق النسب بالزنا، لأن تمام الخبر دال عليه وهو قوله ﷺ: «ومن ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته، ومن ادعى ولداً من غير رشدة فلا يرث ولا يورث»[3].

فقوله: «لا مساعاة» أي لا زنا جائز في الإسلام، ويقال ساعت المرأة إذا فجرت وساعاها فلان إذا فجربها، من غير رِشدة أي من غير نكاح صحيح، بأن كان زنا، وقد أبطل النبي ﷺ المساعاة في الإسلام ولم يلحق النسب بها، وعفا عما كان منها في الجاهلية لأن الإسلام يَجُبّ ما قبله، كما أبطل التبني وما يترتب عليه من إرث وغيره[4].

---

(١) مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٦، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٥، البدائع: ٧ ص ٢٢٩، الشرح الكبير: ٢ ص ٤١٧.

(٢) سنن أبي داود: ١ ص ٥٢٦ ط الحلبي، المستدرك ٤ ص ٣٤٢.

(٣) مختصر سنن أبي داود للمنذري ومعالم السنن للخطابي: ٣ / ١٧٢، قال الخطابي: المساعاة الزنا، وكان الأصمعي يجعل المساعاة في الإماء دون الحرائر، وذلك لأنهن يسعين لمواليهن، فيكتسبن لهم بضرائب كانت عليهن، فأبطل ﷺ المساعاة في الإسلام، ولم يلحق النسب بها، وعفا عما كان في الجاهلية. وألحق النسب به، ويقال هذا ولد رشدة ورشدة لغتان.

(٤) الحاوي، الماوردي: ٧ ق ٢١٣ أ، ٢١٤ أ، ٢١٤ ب، روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ: «لا دِعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش، وللعاهر الحجر» دِعوة بكسر الدال أي لا دعوة =

٢ - إن الحديث ضعيف، لا يصح الاستدال به، لأن في سنده رجلاً لم يسم[١].

ثانياً - روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان لا يورث الحميل[٢].

وجه الدلالة:

أن المراد بالحميل من يُحمل نسبُه على غير المقِر، وهذا صريح في الدلالة على عدم ثبوت النسب.

واعترض عليه بأنه وارد في حمل النسب على غيره مع إنكار ورثته جمعاً بين الأدلة كما أن هذا الأثر يناقض قول الحنفية بتوريث من يقر له أحد الورثة ولو لم يثبت نسبه، فكيف يُعمل بخلافه في التوريث وهو نص صريح فيه، ثم يُحتج به في عدم ثبوت النسب؟

وأما القياس:

١ - فإنهم قاسوا عدم ثبوت النسب بإقرار الوارث على عدم نفي النسب من الوارث أو اللعان، بجامع أن ذلك ليس حق الوراث، وليس من اختصاصه، فكما لا يثبت للوارث حق نفي النسب أو اللعان، فكذلك لا يثبت النسب بإقراره[٣].

واعترض عليه بأن العلة غير مطردة، بدليل أن الرجل لو أقر بأب لحق به، ولو أراد نفي الأب لم يجز، فكذلك الأخ لو أقر بأخ جاز، ولو نفاه لم يجز.

واعترض عليه أيضاً أبو على الطبري الشافعي فقال إن نفي النسب وإثباته سواء، فلا يثبت النسب إلا باجتماعهم مع تصديق المقَر به، وكذلك لا ينتفي إلا باجتماعهم ودخول المنفي في جملتهم [٤].

٢ - إن إقرار الوارث بنسب وارث لا يثبت على المورث لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يتعدى إلى الغير، ولذلك يعتبر شهادة، وشهادة الواحد لا تكفي في إثبات النسب، بخلاف

= نسب، (سنن أبي داود: ١ ص ٥٢٩ ط الحلبي، معالم السنن: ٣ ص ١٧٣).

(١) تكملة المنهل العذب المورد، شرح سنن أبي داود، أمين محمود خطاب: ٤ ص ٣٦١، وقال الذهبي: لعله موضوع فإن ابن الحصين تركوه، تلخيص المستدرك: ٤ ص ٣٤٢.

(٢) الحاوي: ٧ ق ٢١٤ أ.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

الاثنين فصاعداً، ولكن تثبت له الحقوق المالية في حق نفس المقر وتلزم الأحكام من النفقة والحضانة ويشاركه في التركة إذا تصادقا على الإقرار، ويرث المقَر له من المقر بشرط ألا يكون للمقر وارث معروف[1].

ويعترض عليه بأن الوارث الحائز جميع التركة يرث جميع الحقوق التي تنتقل من الميت إليه ومنها النسب، فإقرار الوارث كإقرار المورث على نفسه، وليس فيه تعدياً إلى الغير، كما نلاحظ أن الحنفية تارة يعتبرون إقرار الوارث شهادة فلا يقبلون شهادة الواحد، وتارة يعتبرونه إقراراً فيرث المقَر له مع المقر من التركة، ولا يتعدى إلى غيره.

أدلة القول الثاني:

استدل الشافعية والحنابلة وأبو يوسف والكرخي[2] على ثبوت النسب بإقرار جميع الورثة الحائزين جميع التركة سواء أكانوا نصاب شهادة أم كانوا أقل من ذلك بأدلة كثيرة نقتصر على أهمها:

أولاً ـ روى الجماعة عن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد ابن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه، فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحَجر، وفي رواية البخاري، ثم قال لسَوْدة: واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة، لما رأى شبهه بعتبة، فما رأها حتى لقي الله، وفي رواية مسلم قالت عائشة فلم ير سودة قط[3].

---

(١) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٦، تبيين الحقائق، الزيلعي: ٥ ص ٢٨، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٢٨١.

(٢) الحاوي: ٧ ق ٢١٣ أ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٢، شرح المحلى: ٣ ص ١٦، الوجيز: ١ ص ١٢٢، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠١، المغني: ٥ص ١٨٣، بدائع الصنائع، الكاساني: ٧ ص ٢٣٠، الدر المنتقى: ٢ ص ٣٠٦، المحرر في الفقه: ١ ص ٤٢٠، منتهى الارادات: ٢ ص ٦٤٢، المغني: ٦ ص ٣٢٦، ٣٢٧، كشاف القناع: ٢ ص ٦٠٦.

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١١٤، صحيح مسلم بشرح النووي: ٩ ص ٣٧ سنن النسائي: ٢ ص ١٤٩، سنن أبي داود: ١ ص ٣٥٧، السنن الكبرى: ٦ ص ٨٦، شرح الزرقاني على الموطأ: ٤ ص ١٩، وذكر السيوطي في (الفتح الكبير: ٣ ص ٣٠٨) أن الحديث رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد ومالك عن عائشة وأبي هريرة وعثمان وابن مسعود وعمر وأبي أمامة، (وانظر سنن ابن ماجه: ١ ص ٦٤٦، المستدرك: ٤ ص ٩٦).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ ألحق الولد بعبد بن زمعة باعترافه وجعله أخاه، واعترض على هذا الاستدلال من وجوه:

أ ـ أن النبي ﷺ جعله عبداً لعبد، ولم يجعله أخاه بقوله في رواية: «هو لك عبد».

وأجيب عن هذا الاعتراض بما رواه أبو داود عن مسدِّد عن سفيان أن النبي ﷺ قال: هو أخوك يا عبد [1]؛ وأن عبد بن زمعة أقر بحريته وولادته حراً على فراش أبيه فلم يجز أن يحكم له برقة، ورواية «هو لك عبد» اختصار لحرف النداء، كقول الله تعالى: ﴿يوسف أعرض عن هذا﴾ أي يا يوسف.

ب ـ إنما لحقه بالفراش لا بالإقرار بقوله «الولد للفراش».

وأجيب عليه بأن عبد بن زمعة قد أثبت الفراش بإقراره، وإقراره بالفراش إقرار بالنسب لثبوت النسب بثبوت الفراش، ولم يكن فرق بين الإقرار بالفراش الموجب لثبوت النسب وبين الإقرار بالنسب الدال على ثبوت الفراش.

جـ ـ أن النبي ﷺ أمر سودة بالاحتجاب منه، وقال لها «ليس لك بأخ» في رواية، فلو كان أخاها لما أمرها بذلك.

والجواب عليه أن أمره بالاحتجاب لما رآه من شبه بعتبة كما جاء صريحاً في رواية البخاري، فبعد أن حكم بالحكم الشرعي بثبوت النسب بالفراش خشي أن يكون من ماء عتبة، فأمرها بالاحتجاب احتياطاً، كما أن للزوج حق منع زوجته من الظهور حتى على أهلها.

وأخيراً فإن رواية: «ليس لك بأخ» لا يقاوم سندها هذا الحديث عن عائشة، ففي سند الرواية ضعف وطعن كما صرح به البيهقي، وقال النووي: «وقوله ليس لك بأخ» لا يعرف في هذا الحديث، بل هي زيادة باطلة مردودة والله اعلم [2].

فالحديث دليل على ثبوت النسب بإقرار الوارث الحائز للتركة [3].

---

(١) سنن أبي داود: ١ ص ٣٥٧، وتكلمة المنهل العذب المورود: ٤ ص ٢٧٨.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم: ١٠ ص ٣٩، السنن الكبرى، البيهقي: ٦ ص ٨٦، ٨٧.

(٣) يعترض على الحديث أيضاً أن عبد بن زمعة اعترف بوليدة أخيه مع أنه ليس الوارث الوحيد لزمعة، فكانت معه أخته سودة بنت زمعة، وأجاب النووي عن هذا بتأويلين: الأول: أن سودة بنت زمعة أخت عبد استلحقته معه ووافقته في ذلك حتى يكون كل الورثة مستلحقين، والثاني: أن زمعة مات كافراً فلم ترث سودة لكونها مسلمة وورثه عبد بن زمعة، (شرح النووي على صحيح مسلم: ١٠ ص ٣٩).

ثانياً ـ أن الورثة يخلفون مورثهم في الحقوق إثباتاً كالحجج والبينات، وقبضاً كالدين والقصاص، والنسب حق له في إثباته حياً، فكان للورثة إثباته بعد وفاته، فما ملك المورث إثباته من حقوق تتعلق بالمال أو دفع الضرر عن عرضه، ولا تتعلق بنفس المورث، ملك الورثة إثباته بعد موته، وإن من ملك إثبات الحقوق ملك إثبات الأنساب (١).

ثالثاً ـ أن الإقرار بالنسب يتعلق به حكمان ثبوت النسب وثبوت الإرث، فلما استحق الإرث بإقرارهم ثبت النسب بإقرارهم كإقرار الجماعة، وإن من ثبت الميراث بإقراره ثبت النسب بإقراره كالمورث، وإن ما لزم من حقوق النسب بإقرار المورث لزم بإقرار الوارث كالميراث (٢).

رابعاً ـ أن إقرار الورثة بالحق أقوى ثبوتاً من الشهادة به، فلما ثبت النسب بالشهادة فأولى أن يثبت بإقرار الورثة، ولذلك فكل ما يصح ثبوته بالشهادة فإنه يصح ثبوته بإقرار الورثة بالأولى كسائر الحقوق، وإن ما ثبت به الحقوق يصح أن تثبت به الأنساب كالشهادة (٣).

الرأي المختار:

ويظهر من هذا العرض ترجيح قول الشافعية والحنابلة في ثبوت نسب المقر له من الميت بإقرار الورثة، سواء كانوا متعددين ويبلغون نصاب الشهادة أم كانوا أقل من النصاب وحائزين جميع التركة، وذلك لقوة أدلتهم من السنة، ولا نتقال حق الإقرار بالنسب من المورث إلى الوارث، وأنه من غير المعقول أن يتفق جميع الورثة على الاعتراف بآخر دون أن يكونوا متأكدين من صحة النسب أو موّصى إليهم به من المورث نفسه وأن المورث كان عازماً على استلحاقه، ولكن المنية عاجلته أو تأخر به لأسباب وأسرار تتعلق به، على أن إقرار الورثة لا شبهة فيه لأنهم يدخلون على أنفسهم ضرراً، ولا يجلبون لأنفسهم مصلحة، ومتى ثبت النسب ترتب عليه جميع آثار النسب الشرعية كالنفقة والحضانة والتوارث والحرمة. . .

القسم الثاني اقرار بعض الورثة وإنكار آخرين:

اتفق الفقهاء على أنه إذا أقر بعض الورثة بالنسب لآخر وأنكره فريق ثان فلا يثبت النسب

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر، السبكي: ق ٩٧ أ، ٩٧ ب، المغني: ٥ ص ١٨٣، الفروق القرافي: ٣ ص ٢٧٥، القواعد، ابن رجب: ٣١٥.

(٢) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٣٠.

(٣) الحاوي: ٧ ق ٢١٣ أ وما بعدها.

من المقر عليه، لقصور ولاية المقر، وعدم انتقال الحق إليه كاملاً، والنسب لا يتبعض[1].

ثم اختلفوا في ثبوت النسب من المقر فقط، أو ثبوت حق الميراث على قولين.

القول الأول: عدم ثبوت النسب بين المقِر والمقَر له، وعدم ثبوت حق الميراث، وعدم ترتيب سائر الحقوق الأخرى كالميراث والنفقة، فلا يشارك المقَر له المقِر في نصيبه من التركة، ولا يرثه ولا يرث منه، وهذا في الظاهر وحكم القضاء أما في الباطن وحكم الديانة فإن كان المقِر صادقاً فعليه أن يشركه فيما يرثه في الأصح.

ذهب إلى ذلك الشافعية في أصح القولين وأكثر فقهاء المدينة ممن تقدم مالكاً والإمام يحيى من الزيدية، والإباضية في قول وسحنون من المالكية وابن سيرين وإبراهيم من التابعين[2].

القول الثاني: ثبوت النسب بين المقَر له والمقَر عليه في حق المقِر فقط، ويعامل بإقراره، كما لو ثبت النسب من المورث حقيقة، ويشارك المقَر له المقِر في نصيبه من التركة[3].

---

(١) قال ابن قدامة لا يثبت النسب بالاجماع، (المغني: ٥ ص ١٨٢)، وقال البهوتي: إذا أقر بعض الورثة بوارث وأنكر آخرون فشهد اثنان من الورثة أو من غيرهم أنه ولد الميت أو أقر به أو ولد على فراشه ثبت نسبه وارثه بشهادة العدلين، (شرح منتهى الارادات: ٢ ص ٦٤٢، كشاف القناع: ٢ ص ٦٠٨)، ونص على الإجماع السابق، صاحب (البحر الزخار: ٥ ص ٥).

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٢، الحاوي: ٧ ق ٢١١ أ، الوجيز: ١ ص ١٢٢، شرح المحلى: ٣ ص ١٦، مختصر المزني: ٣ ص ٢٨، المهذب: ٢ ص ٣٥٣، البحر الزخار: ٥ ص ١٣، شرح النيل: ٨ ص ٥٠٢، القوانين الفقهية: ص ٤٠٢، المغني: ٥ ص ١٦٤ ط امام، الفقه المقارن في مرض الموت، المرحوم الزفزاف: ص ١٤٢، وقال الشافعية إذا مات المنكر وبقي المقر فقط فيثبت النسب في قول.

(٣) ويترتب عليه أيضاً أنه لا يحق له أن يدعيه لنفسه فيما بعد، ويثبت التوارث بينهما إذا لم يوجد للمقر ورثة عند الحنفية والمالكية خلافاً للحنابلة، فإن كان له ورثةمعروفون من ذوي الفرائض أو العصبة أو ذوي الأرحام فلا يرث معهم ولا يحجبهم إذا كان أقرب منهم كيلا يتعدى الإقرار إلى غير المقر من ورثته، ولا يضارون به، فهو أشبه بالوصية ولذلك يصح الرجوع عنه كمال قال الحنفية، فإذا أقر وارث بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر القرابة بطل الإقرار في حق الميراث، لأن الإنكار منه رجوع، والرجوع عن مثل هذا الإقرار صحيح، لأن النسب لم يثبت، ولأنه يشبه الوصية، والرجوع عن الوصية صحيح، ولو أوصى بعد رجوعه بجميع ماله لآخر فمات ولا وارث له فالمال للموصي له، ولا شيء للمقر به بالأخوة، وإن لم يوص فالتركة لبيت المال عند الحنفية، (انظر: بدائع الصنائع: ٧ ص٢٢٩، الدر المنتقى: ٢ ص ٢٠٦، تبيين الحقائق: ٥ ص ٢٨، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٢٨١، جامع الفصولين: ٢ ص ١٨٦، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٨، القوانين الفقهية: ص ٤٠٢، حاشيةالدسوقي: ٣ ص ٤١٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٢٤)، وإذا لم يكن للموصى ورثة فإن الوصية تنفذ في جميع التركة عند الحنفية والزيدية والحنابلة على أصح الروايتين عندهم لحديث سعد بن أبي وقاص: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء» فعلل الثلث بوجود الورثة فإن زال المانع صح أن يوصي بأكثر من الثلث، وقال الشافعية والمالكية على أصح الروايتين عندهم لا تنفذ إلا من الثلث مراعاة لبيت المال، فهور وارث عندهم، =

ذهب إلى ذلك الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية والزيدية والإباضية وأكثر أهل العلم والشافعية في قول[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل الشافعية ومن معهم على عدم ثبوت الميراث للمقر له بإقرار بعض الورثة وإنكار آخرين بما يلي: -

١ - من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمْ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ للذكرِ مِثْل حَظّ الأُنْثَيين﴾ سورة النساء، الآية ١١.

وجه الدلالة:

إن الله تعالى أثبت الميراث للولد، فإن لم تثبت الولادة والنسب لم يثبت الميراث، والمقَر له لم يثبت نسبه باتفاق، والميراث فرع النسب[2].

٢ - النسب موجب للتوارث بين الأقرباء، فيرث كل منهم الآخر، فلما لم يرث المقر بهذا الإقرار من المقر له لم يجز له أن يورث منه، وبعبارة أخرى: كما أن المقر إذا أقر بنسب لا يستحق به إرثاً، فيجب أن يمتنع من أن يلتزم به إرثاً، فالإرث إنما يستحق بالنسب فإذا انتفى النسب انتفى الإرث والتوارث[3].

= (انظر: تأثير الموت على الإنسان، الخفيف، مجلة القانون سنة ١١ عدد ٥ ص ٧١ ٥ عام ١٩٤١)، وقال الحنابلة يثبت نسبه وإرثه من المقر فقط، لأنه إقرار على نفسه، فلزمه كسائر الحقوق، ويرثه إذا مات عنه فقط، ويرثه أيضاً إذا مات عنه وعن أولاد عم لأن المقر له كالأخ يحجب أبناء العم، ويثبت نسب المقَر له من ولد المقر تبعاً لثبوت نسبه من أبيه، فيغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع، فتثبت العمومة، ولو مات المقر عن أخ منكر وعن الأخ المقر له فإرثه بينهما لاستوائهما في القرب، كما يشارك المقَر به المقِر فيما ورثه من التركة من المقَر عليه، وإن حجده بعد إقراره لم يقبل جحده، لأنه رجوع عن الإقرار بحق عليه لغيره فلا يقبل، (انظر: كشاف القناع:٢ص٦٠٨،شرح منتهى الارادات: ٢ ص ٦٤٢).

(١) المراجع السابقة، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٠٦، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٥، الأحوال الشخصية للمرحوم السباعي والدكتور الصابوني: ص ٤٦٨، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٤١٧، الافصاح: ص ٢١٢، المغني: ٥ ص ١٨١، المحرر في الفقه: ١ ص ٤٢٠، البحر الزخار: ٥ ص ١٣، ٣٦٤، المختصر النافع: ص ٢٤٤، شرائع الإسلام: ٢ ص ١١٤، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠١، شرح النيل: ٨ ص ٤٩٧، ٥٠٢، الشرح الكبير للدردير: ص ٤١٥، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٢، شرح المحلى: ٣ ص ١٧، الوجيز: ١ ص ١٢٢، وقال الماوردي الشافعي: لا يثبت نسبه اجماعاً أي قولاً واحداً عند الشافعية، وقد ذكر غيره قولين في المسألة.

(٢) الحاوي: ٧ ق ٢١١ ب، المهذب: ٢ ص ٣٥٣.

(٣) مختصر المزني: ٣ ص ٢٧، الحاوي: ٧ ق ٢١١ ب.

٣ ـ قال الماوردي : «إن ثبوت النسب بالإقرار قد يمتنع تارة من جهة المقِر إذا لم يكمل عدد جميع الورثة، وتارة من جهة المقَر به إذا أنكر الإقرار، فلما كان انتفاء النسب بإنكار المقَر به يمنع من استحقاق الإرث وإن طلبه، وجب أن يكون انتفاء النسب بعدم اجتماع الورثة، ويمنع من استحقاق الإرث وإن طلبه، فهو إقرار بغيره، وإقرار لم يثبت به نسب فلا يستحق به إرث»[١]. أي أن الإقرار لا يلزم منه دائماً وباطراد ثبوت الميراث.

٤ ـ إن المقَر له لا يستحق بهذا الإقرار شيئاً من ميراث المقر عند وجود الورثة فلا يستحق به شيئاً مما ورثه المقر من التركة من جهة أولى، لأن ولاية المقر على نفسه وماله أولى من تعديه إلى غيره[٢].

٥ ـ يلزم لصحة الإقرار بالنسب غير المباشر حكمان: الأول النسب وهو الحكم الأقوى والأصل، والثاني: استحقاق الميراث وهو الأضعف والفرع، فلما انتفى ثبوت النسب عن هذا الإقرار من بعض الورثة، فأولى أن ينتفي عنه ثبوت الميراث[٣].

٦ ـ قال الماوردي: الميراث مستحق بالإقرار تارة وبالبينة تارة أخرى، فلما كانت شهادة أحد الشاهدين لا توجب استحقاق الميراث بشهادته، وجب أن يكون إقرار أحد الوارثين يمنع من استحقاق الميراث بإقراره، وتحريره أن كل شخصين استحق الميراث بقولهما لم يجز أن يستحق بقول أحدهما كالشاهدين[٤].

٧ ـ إن الميراث مال يقتضى ثبوت سببه، فلم يجز إثباته إلا بإثبات سببه[٥].

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على ثبوت حق الميراث للمقر له من المقر إذا أقر بعض الورثة وأنكر آخرون بما يلي: ـ

١ ـ أن الإقرار يتضمن أمرين: الأول: حمل النسب على المقر عليه وهذا لا ولاية له عليه فلا يقبل، والثاني: الاشتراك في المال، وله فيه ولاية، لأنه إقرار على نفسه فيقبل، لأن الإقرار

---

(١) الحاوي: ٧ ق ٢١١ ب.
(٢) المرجع السابق.
(٣) المرجع السابق.
(٤) الحاوي: ٧ ق ٢١١ ب.
(٥) الحاوي: ٧ ق ٢١١ ب، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٢، شرح المحلى: ٣ ص ١٦.

حجة قاصرة على المقر ويؤاخذ بإقراره، ويشاركه بماله، وليس حجة متعدية على غيره، فلا يثبت نسبه من المقر عليه، لأن فيه حمل النسب على آخر، وهو ممنوع[1].

واعترض على هذا الاستدلال بالاتصال بين النسب والميراث فلا ينفصلان إلا لعارض كمانع من موانع الإرث كالكفر والقتل والرق، وإن المقر مثلاً برجل معروف النسب لا يعمل بإقراره، فالإقرار لا يلزم منه ثبوت النسب أو الميراث[2].

٢ ـ عدم ثبوت النسب، لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقهما، لأن أحدهما منكر، ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، أما الميراث فيتبعض ولذلك يشارك المقَر له في ميراث المقِر وحصته من التركة.

ويعترض عليه بأن النسب لا يثبت بإتفاق، والميراث فرع عن النسب فما دام الأصل لم يثبت، فلا يثبت الفرع.

٣ ـ أن المقر أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه، كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، أما المقر بنسب معروف النسب ـ كما يعترض الشافعية ـ فإنه محكوم ببطلانه شرعاً فلا يصح القياس عليه.

٤ ـ أما التوارث بينهما فإن المقِر لا يرث المقَر له عند عدم الورثة باعتباره فرعاً عن ثبوت النسب، وإن نسبه لم يثبت، وأما استحقاق المقَر له الإرث من المقِر فهو باعتباره في حكم الوارث في زعم المقر، ولأن للمقِر ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث فيتبرع به، كما تظهر فائدته في ثبوت الحقوق الأخرى في الحياة كالنفقة والحضانة.

٥ ـ أن المقِرَ يقر له بمال يدعيه المقَر له، ويحتمل أن يكون له، فوجب الحكم له به، كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية وأنكر سائر الورثة.

الرأي المختار:

يبدو من أدلة الطرفين عدم استنادهم إلى نص صريح، وأن الجانب العقلي عند الشافعية صحيح فالميراث لا ينفصل عن النسب، كما أن استناد الجمهور إلى حجية الإقرار على المقِر ومؤاخذته بها مقبول، ولذلك فإني أرى الجمع بين الرأيين، وذلك بإعادة الاستفسار من المقِر

---

(١) مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٦، الدر المنتقى: ٢ ص ٣٠٦، بدائع الصنائع ٧ ص ٢٢٨، تبيين الحقائق: ٥ ص ٢٨.

(٢) حاشية عميرة على شرح المحلى: ٣ ص ١٦ ـ ١٧.

في حق المال فقط، فإن أصر على إقراره فهو إقرار بالمال ويلتزم به عند الجميع، ويتحمل التبعة الدينية أمام الله تعالى في صدقه وكذبه بهذا الإقرار، وإن أنكر فيعتبر رجوعه صحيحاً، والنسب لا يثبت باتفاق، وأما التوارث بينهم فلم يثبت بنص ولا إجماع وإنما يعتبر كالوصية بالمال عند عدم وجود مستحق له في استحقاق الإرث الشرعي، أو يعتبر تبرعاً وهو صحيح أيضاً.

حصة المقر له بالميراث:

رأينا أن جمهور الفقهاء يقولون بثبوت حق المقر له في الميراث، ويشارك المقر في حصته، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في كيفية المشاركة على قولين:

مثالة: إذا مات شخص وترك ولدين فأقر أحدهما بثالث وأنكر الآخر، فما هي حصة المقر له في نصيب المقر؟

القول الأول: وجوب المناصفة بين المقر والمقر له:

ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية في وجه[1]، واستدلوا على ذلك بأن المقَر له يساوي المِقر في الاستحقاق في زعم المِقر، وأن المنِكر ظالم في إنكاره فيجعل ما في يده كالهالك أو الغاصب، ويكون الباقي بينهما بالسوية فيأخذ كل واحد منهما الربع، والأصل في ذلك أن المقر يعامل فيما في يده معاملة ما لو ثبت نسب المقر له من المقر عليه.

القول الثاني: أن المقَر له بنسب على الغير يأخذ الفائض عن نصيب المقر فقط، ففي المثال السابق المنكر يأخذ النصف والمقر يأخذ الثلث والباقي للمقَر له.

ذهب إلى ذلك الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية في أصح القولين والإباضية والإمامية والزيدية وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور[2].

---

(١) البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٥، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٦، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٣٠، تبيين الحقائق: ٥ ص ٢٨، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٢، شرح المحلى: ٣ ص ١٦، وهذا حسب قول الشافعية الثاني أو حسب القول الأول بمقتضى الحكم الدياني: وهو قول النخعي وحماد، (انظر: المغني: ٦ ص ٣٢٥ ط امام).

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٣ ص ٤١٧، ٤١٨، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠١، الإفصاح: ص ٢١٢، المحرر في الفقه: ١ ص ٤٢٠، البحر الزخار: ٥ ص ١٣، ٣٦٤، التاج المذهب: ٤ ص ٥٠، شرح النيل: ٨ ص ٥٠٢، المختصر النافع: ص ٢٤٤، المغني: ٥ ص ١٨١، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٢، منتهى الارادات: ٢ ص ٦٤٣، شرح المحلى: ٣ ص ١٦.

واحتجوا أنهم يجعلون الإقرار شائعاً في التركة فيعطي المقر ما يخص المقَر له من حصته، لأن المقر يزعم أن المال بينهما جميعاً أثلاثاً على الشيوع، فيكون ثلث المقَر له نصفه في يد المنكر ونصفه الآخر في يد المقر، فينفذ إقراره فيما في يده ولا ينفذ إقراره فيما في يد أخيه المنكر فلا يأخذ المقر له منه شيئاً، كالإقرار بالوصية، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين، وقياسه على الشهادة لأنه إذا ثبت ميراثه بالشهادة لم يلزمه إلا فائض حصته، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك.

ويعترض على الحنفية بأن القياس على الهلاك والغصب قياس مع الفارق لتعلق حق الوارث بكل جزء من التركة حال الغصب والهلاك، وهنا المقَر له يستحق الثلث فقط، كما نلاحظ أن الإقرار ينصبُّ على جميع التركة فلا يمكن تجزئته بقبوله في جزء، ورفضه في جزء آخر، فالإقرار صحيح في الكل في زعم المقِر، ولكن المنكر حال دون تنفيذه، كما احتج الزيدية على ذلك بقول سيدنا علي في ابنين أقر أحدهما بأخ، فقال: يستوفي الذي أقر حقه، ويدفع الفائض للمقر له، ولم يخالفه في ذلك أحد.

الإقرار بنسب الأقرب:

إذا أقر شخص بآخر وكان المقَر له أقرب إلى الميت من المقِر، ويحجبه في الميراث كإقرار الأخ بابن للمتوفى، فهل يثبت النسب أو الميراث على اختلاف المذاهب فيهما؟ اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإقرار غير صحيح، ولا يثبت به النسب ولا الميراث وهو قول عند الشافعية[1]، لأن ما أدى وجوده إلى نفيه انتفى، وهذا هو الدور الحكمي، فلو صح إقرار الأخ بالابن تبين أن الأخ ليس بوارث، وإذا لم يكن وارثاً صار أجنبياً وبطل إقراره، لأن من شروط الإقرار بالنسب غير المباشر أن يكون المقر وارثاً وحائزاً جميع التركة عند الشافعية.

القول الثاني: أن الإقرار صحيح، ويثبت النسب والميراث.

ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة والمالكية والشافعية في قول والزيدية والإمامية والإباضية[2]، ثم اختلفوا بعد ذلك فقال الزيدية والحنفية والحنابلة يثبت النسب والميراث في

---

(١) الوجيز: ١ ص ١٢٢، المهذب: ٢ ص ٣٥٣، المواريث الإسلامية، الخضري: ص ٢٠.

(٢) المراجع السابقة، وحاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٩، الدر المنتقى: ٢ ص ٣٠٦، المغني ٥ ص ١٨٥، البحر الزخار: ٥ ص ٣٦٤، التاج المذهب: ٤ ص ٥٠، المختصر النافع: ص ٢٤٤، شرائع الإسلام: ٢ ص ١١٥، شرح النيل: ٨ ص ٤٩٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣ ص ٤١٨، الروضة البهية: ٢ ص ٢٢٦.

حق المقر وحده، ويستبد المقر له بالميراث ويعامل الأخ بإقراره في حق نفسه، وقال الشافعية يثبت النسب في حق الجميع من المقر عليه، ويكفي في إقرار الأخ أنه وارث ظاهر، فلا يشترط في صحة إقرار الوارث بالوراث كونه وارثاً بالفعل، بل يكفي بحسب الظاهر، مع حوز جميع التركة، كإقرار الابن بابن آخر، فإنه يؤدي إلى حجب المقر عن نصف التركة وهو مقبول.

القول الثالث: أن النسب يثبت دون الميراث وهو أصح الأقوال عند الشافعية[1]، لأن ثبوت الميراث يحرم المقِر من الإرث ويخرجه عن أهلية الإقرار فلا يقبل، ويثبت النسب احتياطاً.

ويبدو ترجيح القول الثاني في ثبوت النسب والميراث، لأن الميراث مال فيثبت بإقراره، رغم تحقق الضرر عليه، فيرجح فيه جانب الصدق، وأما النسب فإنه ضروري للإنسان والشارع يرغب باتصال الأنساب فيثبت النسب والميراث.

الإقرار بالنسب في القانون:

النسب أثر من آثار الزواج الذي نظمه قانون الأحوال الشخصية، ولا تزال قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية مأخوذة من الفقه الإسلامي عامة والمذهب الحنفي خاصة، ولذلك فإن معظم أحكام الإقرار بالنسب[2] متفقة مع ما عرضناه عن المذهب الحنفي، كما أنها أحالت فيما لم يرد فيه نص على الرأي الراجح في المذهب الحنفي[3]، ونظراً لتطور وتغير الأزمان واختلاف الحالات فقد انفرد القانون بقيود جديدة للاحتياط والحد من مشاكل التزوير وأساليب المحتالين ومنافذ التهم، وهي:

---

(١) الوجيز: ١ ص ١٢٤، شرح المحلى: ٣ ص ١٧، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٦٣.

(٢) راجع المواد ٤ ، ٤١ من قانون المواريث المصري، والمواد ١٣٤ - ١٣٦، ٢٦٢، ٢٩٨ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٣) المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية، والمادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في الغاء المحاكم الشرعية في مصر، والمادة ٣٠٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري، والفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري والسوري.

(انظر: أحكام التركات والمرايث، لاستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة ٨٦، الأحوال الشخصية، محمد الحسيني حنفي: ص ٨٣ وما بعدها، شرح قانون الأحوال الشخصية، لأستاذنا المرحوم الدكتور مصطفى السباعي: جـ ١ ص ٢٨٧، والأحوال الشخصية للسباعي والصابوني: ص ٤٧٠، ٥٧٣، مجموعة قوانين الأحوال الشخصية، ملحق مجلة المحاماة العدد التاسع السنة الثامنة والأربعون).

١ ـ الإقرار في مجلس القضاء:

لا يشترط الفقهاء لصحة الإقرار أن يكون في مجلس القضاء وسير الدعوى، ويجوز إثبات الإقرار الحاصل في غير مجلس القضاء بجميع طرق الإثبات الشرعية، ولكن (المادة ١٢٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١ في مصر خرجت عن المذهب الحنفي ونصت على أنه «لا تقبل دعوى الإقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها ولا الشهادة به إلا إذا كان صدوره أمام القاضي بمجلس القضاء أو كان مكتوباً وعليه إمضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته، فاشترطت هذه المادة في دعوى الإقرار غير القضائي بدء الإثبات فيه بالكتابة، ولكن هذه المادة ألغيت بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية في مصر، وعاد الأمر إلى المذهب الحنفي حسب المادة ٢٨٠ من اللائحة، والمادة ٦ من القانون المذكور، وبقيت (المادة ٩٨) من اللائحة لم تلغ، ونصت على قواعد خاصة لسماع دعوى الإقرار أو الشهادة به بعد وفاة المدعى إقراره ولا تسمع هذه الدعوى إلا إذا كان هناك مسوغ لسماعها يؤكد عدم تزوير الدعوى فقالت:

«لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية. . . . وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى. . . أو المقر في حوادث ما قبل ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى، وفيما بعد ١٩١١ فلا تسمع الدعوى فيها إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه». والداعي لهذا التشدد سد الطريق أمام من يطمع في تركة أحد الأشخاص فيدَّعي زوراً بإقرار الميت له، ويحاول إثباته بالشهادة الباطلة، والمراد بحالة الإنكار هي إنكار من يراد إثبات الإقرار ضده.

٢ ـ نصت (المادة ٢١) من قانون الوقف المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ أن إقرار الواقف أو غيره بالنسب على نفسه لا يتعدى إلى الموقوف عليهم، متى دلت القرائن على أنه متهم في هذا الإقرار «وهذا النص يطابق المذهب المالكي بعدم تعدي حكم الإقرار عند التهمة كما نصت على ذلك المذكرة الإيضاحية لهذا القانون[1]».

---

(١) نظرية الإثبات، المؤمن جـ ١ ص ١٣٣، الأحوال الشخصية، حنفي: ص ٩٠، نقلاً عن الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي عليه: جـ ٢ ص ١٨٢.

الفرع الثاني
في
الإقرار في مرض الموت

يقصد بمرض الموت ما يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية، ويغلب فيه الهلاك ويلازمه حتى الموت، ولا تزيد مدته عن سنة[1].

ويقصد بإقرار المريض هو الاعتراف في مرض الموت بحق لا يعرف له سبب، ولا طريق لثبوته إلا الإقرار[2]، فإذا كان الشخص صحيحاً وهو ما يخرج عن التعريف السابق، وإن كان مريضاً لفترة أو باستمرار، وأقر بحق لآخر فالإقرار صحيح لازم، سواء كان هذا الحق لوارث أو لغير وارث، وسواء كان المقر مديناً أم غير مدين، وسواء كان الدين مستغرقاً أم غير مستغرق[3]، لما تقدم من حجية الإقرار ومشروعيته وحكمته ومحاسنه، وللخروج من العهدة وتبرئة الذمة، مع حرية المقر بالتصرف في أمواله وقضاء ديونه وولايته الكاملة على نفسه وماله[4].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين: ٣ ص ٣٨٤، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٨، المادة ١٥٩٥ من المجلة العدلية، ويتناول هذا الفرع المريض في مرض الموت ومن في حكمه وهو كل شخص أشرف على مخاطر جسيمة يغلب فيها أو يتحتم انتهاء حياته كالمحكوم عليه بالاعدام، والمشرف على الغرق في البحر أوالحرق في البر، وكذا المرأة الحامل المقرب وحاضر صف القتال ومحبوس لقطع أو قتل، ويخرج منه المرض الذي يؤثر على العقل فإن له احكاماً خاصة. (انظر: مذكرات الفقه المقارن في مرض الموت للمرحوم محمد الزفزاف، محاضرات على طلاب دبلوم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة ١٩٦٧ ـ ١٩٦٨ ص ٨٥ وما بعدها، شرح المحلى: ٣ ص ١٦٣، نهاية المحتاج: ٦ ص ٦٣ ـ ٦٤، مرآة المجلة: ٢ ص ٣٥١، جامع الفصولين: ٢ ص ١٨٢).

(٢) ويشمل ذلك الإقرار بالدين والعين، والإقرار بقبض الدين واستلام الأمانة أو المقاصة معه، والإبراء من الدين الثابت له، أي كل ما فيه اسقاط حق يجوز انتقاله إلى االغرماء والورثة.

(٣) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٤، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٨٠، الحاوي: ٧ ق ١٨٣ أ، البهجة شرح التحفة، للتسولى: ٢ ص ٣١٨، حلى المعاصم، التاودي: ٢ ص ٣١٨، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٩، معين الحكام: ص ١٢٤، المبسوط، السرخسي: ١٨ ص ١٨٥.

(٤) قال المالكية ـ في رأي ضعيف عندهم ـ يبطل إقرار الصحيح للوارث لورود التهمة فيه، وهي رواية المدنيين عن الإمام مالك، خلافاً لرأي ابن القاسم =

ولكن الإنسان لا يبقى على حال واحدة فيطرأ عليه الفقر والافلاس في ماله فيحجر عليه، ويبذر في أمواله ويسرف فيها أحياناً فيحجر عليه للسفه، ويتعرض للموت فتنتهي حياته ويلاقي وجه ربه فتسقط ملكيته وتبقى تركته من بعده، فيطالب الغرماء باستيفاء الديون منها، ولو كانت مؤجلة، لحلولها بالموت وتعلقها بالتركة، والباقي يقسم بين الورثة[1].

وبين حالتي الصحة والموت يعتور الإنسان المرض والإعياء والضعف والعجز، وقد يلازمه حتى الموت الذي تحل الديون بسببه وتنتقل تركته عنه، فما هو حكم تصرفاته، وما هو وضع أمواله وديونه؟ وهل تستمر ولايته كالصحيح أم يحجر عليه كالمفلس والسفيه أم تقيد كالموصي؟.

نتناول في هذا الفرع جانباً واحداً من أحكام المريض وهو إقراره بالحقوق أثناء مرضه، وحكم الدين الثابت في المرض، لنتبين مدى لزوم الإقرار للمقر المريض.

نفرق في هذا المجال بين الإقرار لوارث والإقرار لأجنبي وهو غير الوارث[2].

إقرار المريض لأجنبي:

اختلف الفقهاء في إقرار المريض لغير وارث على قولين:

=ورواية المصريين عن الإمام، وهذا قول مردود ولا أساس له، لأنه يبطل حجية الإقرار ومشروعيته في الإثبات، ويحجر على الشخص في تصرفاته، ويؤدي إلى ضياع الحقوق، فإن الشخص البالغ العاقل الصحيح يتمتع بالأهلية والولاية الكاملتين، ويملك حرية التصرف بأمواله وجسمه ويلزم نفسه بنفسه، وله حق التعبير والفعل، بل يجب عليه إيفاء الحقوق لأصحابها، والإقرار بها خشية ضياعها، وإن كان عليه دين فحق الغرماء يتعلق بذمته وليس بماله باتفاق الفقهاء.

(انظر: حلى المعاصم والبهجة في شرح التحفة: ٢ ص ٣١٨).

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا: ٢ ص ٨٠٢، الوسيط في أصول الفقه، الدكتور وهبه الزحيلي: ص ١٧١، الأحوال الشخصية، السباعي والصابوني: ص ٣٩١، قرة عيون الأخيار: ٧ ص ١٥٩، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته، الشيخ علي الخفيف، مجلة القانون والاقتصاد س ١١ عدد ٥ ص ٥٢٦، ٥٢٨ وما بعدها عام ١٩٤١.

(٢) الأجنبي هو الشخص غير الوارث بحكم الشريعة سواء كان محجوباً أم ممنوعاً، أم فاقداً سبب الإرث، وقد اختلف الفقهاء في وقت اعتبار الشخص وارثاً أو أجنبياً، فذهب الحنفية والمالكية والشافعية إلى اعتبار وقت الموت مع بقاء السبب المعاصر للإقرار، وذهب الإمام أحمد في المشهور عنه وابن أبي ليلى إلى اعتبار وقت الإقرار لأنه مظنة التهمة وعدمها.

(انظر: حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٥، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٤، مرآة المجلة: ٢ ص ٣٥٥، جامع الفصولين: ٢ ص ١٨٤، مختصر المزني: ٣ ص ١٤، الحاوي: ٧ ق ١٨٣ ب، المهذب: ٢ ص ٣٤٥، البحر الرائق: ٧ ص ٤٥٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٥، المغني: ٥ ص ١٧٨ ط امام حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٩ - ٤٠٠، المحلى: ٩ =

القول الأول: أن إقرار المريض لغير وارث صحيح لازم.

ذهب إلى ذلك جماهير الفقهاء والصحابة والتابعين[1]، لأنه لا فرق بين إقرار الصحيح لغير وارث، وإقرار المريض لغير وارث، فكما أنه لا تهمة في إقرار الصحيح فكذلك لا تهمة في إقرار المريض، وتبعد عنه تهمة إيثار بعض الناس على بعض، أو تفضيل الأجنبي على الوارث، وإقرار الصحيح لازم فكذلك إقرار المريض لازم.

غير أن هؤلاء اختلفوا في تنفيذ إقرار المريض، فقال الجمهور ينفذ من كامل التركة، مهما بلغ المقر به، وقال بعض الفقهاء ينفذ في حدود ثلث التركة وهو رواية عند الحنابلة وقول عند الحنفية عند القرينة الظاهرة بتملك الشيء خلال مرضه، وقول ضعيف عند المالكية في الإقرار للصديق الملاطف والقريب غير الوارث عند عدم الولد وولد الولد وهو قول ابن القاسم، وعند الإمامية حال التهمة[2].

واستدلوا على تقييده بالثلث بقياس إقرار المريض لغير وارث على التبرع والوصية، فكما أن التبرع والوصية يخرج من الثلث فكذلك إقرار المريض يصح من الثلث.

واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق، لأن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق عند المقر لآخر بسبب يقتضيه من تعامل أو قرض أو تعويض، بخلاف الوصية والتبرع والهبة، فإنها تصرف إنشائي من جانب واحد بدون مقابل، كما أن الشرع يقيد الوصية والتبرع في حدود الثلث فيما يتعلق بماله الخالص له لتعلق حق الورثة به، أما المقر به فهو من حقوق الآخرين ولا تدخل في تركته، ولا تقسم بين الورثة إلا بعد قضاء الديون.

= ص ٤٢٥ ط امام)، قارن مذكرات في الفقه المقارن - (مرض الموت، للمرحوم الزفزاف: ص ١٠١) فقد اعتبر الشافعية والمالكية كالحنابلة وهو غير صحيح، وقارن طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ونقل أن العبرة بالإرث عند الإقرار وهو قول بعض الحنفية.

(١) حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٩، شرح الخرشي: ٦ ص ٨٨، البهجة شرح التحفة: ٢ ص ٣١٩، حلى المعاصم: ٢ ص ٣١٩، المهذب: ٢ ص ٣٤٥، شرح المحلى: ٣ ص ٣، كشاف القناع: ٤ ص ٣٩٤، المغني: ٥ ص ١٩٦، المحرر في الفقه: ٢ ص ٣٧٦، معين الحكام: ص ١٢٤، حاشية ابن عابدين: ٥ / ٦١٠، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٨٤، حواشي الرملي على جامع الفصولين: ٢ ص ١٨٤، المبسوط: ١٨ ص ٢٤، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٤، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٢٤، المحلى: ٨ ص ٢٥٨م ١٣٨٠، البحر الزخار: ٥ ص ٣، شرائع الإسلام: ٢ ص ١٢٢، المجلة، المادة ١٦٠١، الورد البسام: ص ٦٤.

(٢) المغني: ٥ ص ١٩٦، المحرر في الفقه: ٢ ص ٣٧٦، المحلى لابن حزم: ٨ ص ٢٥٥، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٠، البهجة وحلى المعاصم: ٢ ص ٣٢٠، الروضة البهية: ٢ ص ٢١٥، شرائع الإسلام: ٢ ص ١١٢.

القول الثاني: أن إقرار المريض لغير وارث غير صيح:

ذهب إلى ذلك بعض الحنابلة[1]، لأن إقرار المريض لغير وارث يشبه الإقرار لوارث، فكل منهما فيه مجال للتهمة، لتعلق حق الورثة بالمال حال المرض والإشراف على الموت، ويحجر على أقواله وتصرفاته كالمفلس رعاية لحق الورثة والغرباء.

واعترض عليه بأنه لا تهمة في الإقرار لغير الوارث، ومتى انتفت التهمة فلا مانع من صحة إقراره، كما هو مقرر في القواعد العامة للإقرار.

القول المختار:

ويبدو للناظر في أدلة القولين ترجيح قول الجمهور في صحة إقرار المريض لغير الوارث، لأن أهلية المريض وولايته كاملتان على ماله وجسمه، مع استبعاد التهمة في إقراره لأجنبي، وأن القول بعدم صحة إقراره يوقع الناس في الحرج والمشقة في التصرفات، ويخلق الاضطراب والفوضى في المعاملات لاحتمال طروء المرض وبطلان الحقوق.

كما يبدو رجحان قول جمهور الفقهاء في تنفيذ الإقرار لأجنبي من جميع المال، لأن الديون تتقدم على توزيع الإرث.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن إقرار المريض في مرض الموت لغير وارث جائز[2].

إقرار المريض لوارث:

إذا أقر الشخص في مرض موته لوارث بدين أو عين أو أقر بقبض الدين منه أو المقاصة معه أو إبرائه، فقد اختلف الأئمة في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الإقرار صحيح غير لازم، فهو موقوف على إجازة الغرماء وبقية الورثة، فإن أجازوه لزم، وإن منعوه بطل، وهذا إذا كان المقر مديناً وله ورثة، فإن لم يكن مديناً ولم يرثه أحد غير المقر له فالإقرار صحيح لازم ويعتبر نوعاً من الوصية، وهذا مذهب الحنفية والمشهور عند الحنابلة وقول عند الشافعية وقول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم

---

(١) المغني: ٥ ص ١٩٦، النكت والفوائد: ٢ ص ٣٧٦.
(٢) المغني: ٥ ص ١٩٦.

[illegible] في [illegible] إقرار المريض لوارث صحيح لازم سواء أكان المقر مدينا ام ليس بمدين، وسواء كان له ورثة أم لم يكن له ورثة، وهذا مذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والظاهرية والإباضية والإمامية في الأظهر والزيدية وهو قول عند الحنابلة وقول أبي ثور وعطاء والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز[٢].

الأدلة:

أدلة الرأي الأول: استدل أصحاب القول الأول بالسنة والأثر والإجماع والمعقول.

أولاً: السنة: روى الدارقطني عن نوح بن دراج عن ابان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه عن رسول الله ﷺ أنه قال«لا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين»[٣].

وهذا الحديث واضح الدلالة بنفي الإقرار للوارث بالدين أي نفي صحته ولزومه. واعترض عليه أنه حديث ضعيف لا ينهض للاحتجاج به [٤].

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ١٠٢، مجمع الأنهر والدر المنتقى: ٢ ص٣٠٣، البحر الرائق: ٧ص٢٥٤، حاشية ابن عابدين: ٥ص٦١٣، معين الحكام: ص١٢٤، مرآة المجلة: ٢ص٣٥٢، تبيين الحقائق: ٥ص٢٥، تكملة فتح القدير: ٧ص ٨، تحفة الفقهاء: ٣ص٢٨١، لسان الحكام: ص٧٧، كشاف القناع: ٤ص ٢٩٤، المغني: ٥ص١٩٧، الإفصاح: ص٢١٢، الإقناع: ٣ص ١١٩، الضوء اللامع في أصل الجامع، الحمزاوي: ص ٦، المحلى: ٨ص٢٥٥، مجلة الأحكام، المادتان ١٥٩٦، ١٥٩٨، وذكر الشافعي لزوم الإقرار وبطلانه فاختلف الأصحاب فقال بعضهم هما قولان، وقال آخرون انه قول واحد باللزوم، والقول الآخر حكاية عن مذهب غيره، (انظر الحاوي: ٧ق ١٨٣أ، المهذب: ٢ص ٣٤٥، شرح المحلى: ٣ص٤، مغنى المحتاج: ٢ص٢٤٠)، ونقله المرحوم الزفزاف قولاً عند الإمامية، (مرض الموت: ص١٣٨، مختصر الطحاوى: ص١١٦).

(٢) شرح المحلى وحاشية قليوبي عليه: ٣ص ٤، الإقناع: ٣ص ١١٩، السنن الكبرى ٦٢/٨٥، الخرشي ٦ص ٨٨، حاشية الدسوقي جـ٣ص ٣٩٩، البهجة: ٢ص. ٣٢، حلى المعاصم: ٢ص٣٢٠، المحلى: ٨ص٢٥٤، البحر الزخار: ٥ص ٣، شرائع الإسلام: ٢ص١١٢، مغنى المحتاج: ٢ص٢٤٠، المحلى: ٩ص٤٢٥ ط امام، نهاية المحتاج: ٦ص ٦٩، الورد البسام: ص ٦٤.

(٣) نصب الراية: ٤ص١١١.

(٤) قال الزيلعي: نوح بن دراج ضعيف، ونقل عن أبي داود أنه قال فيه كان يضع الحديث، وقال السرخسى: هذه الزيادة غير مشهورة، وهو حديث مرسل، وقال البيهقي: حديث منقطع، راويه ضعيف لا يحتج بمثله، ونوح بن دراج كذاب خبيث قضى سنين أعمى ولم يخبر الناس بذلك لمكره، ويقول أبو الفيض المالكي إنه حديث ساقط متنه ومفتعل من بعض الكذابين.

(انظر: نصب الراية: ٤ص١١١، السنن الكبرى: ٦ص٨٥، مسالك الدلالة، أبو الفيض، أحمد بن محمد بن الصديق المالكي: ص ٣٣٢، المبسوط: ١٨ص ٣١).

ثانياً: الأثر: روى عن سيدنا عمر وابنه رضي الله عنهما قالا: «إذا أقر المريض لوارثه لم يجز وإذا أقر الأجنبي جاز».

وجه الدلالة: واضح في عدم جواز الإقرار لوارث، وقالوا إن هذا الحديث من المقدرات التي لا تدرك بالاجتهاد والعقل فيثبت له حكم المرفوع وأنهما سمعاه من النبي ﷺ، وإذا لم يثبت له حكم المرفوع فهو قول صحابي يقدم على القياس عند الحنفية[1].

واعترض عليه ـ بما حققه الزيلعي في نصب الراية ـ بأنه غريب وهو معارض، لما روى ابن حزم عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا أقر المريض بدين لرجل فإنه جائز، فأطلق الرجل المقَر له ولم يقيده، فيصح إقرار المريض لآخر سواء كان وارثاً أم أجنبياً فعم ولم يخص، كما أن اقرار المريض ليس من المقدرات التي لا تدرك بالعقل بل هو من المجتهدات، وقد اختلف الأئمة والفقهاء في صحة الإقرار ونفاذه للأجنبي على قولين، وعلى صحة الإقرار ونفاذه لوارث على رأيين[2].

ثالثاً ـ الإجماع: على فرض عدم ثبوت حكم الرفع لأثر سيدنا عمر، فإنه قول صحابي، ولم نعلم له مخالفاً من الصحابة فصار إجماعاً[3].

واعترض عليه بأن هذا الإجماع مختلف في الاحتجاج به، والأصل في الإجماع أن نعلم عدم المخالف، وليس أن لا نعلم له مخالفاً، على أن هذا الأمر لا يصح إدعاء الإجماع فيه، لأن ابن عمر خالف فيه.

رابعاً ـ القياس: وهو قياس إقرار المريض لوارث على الوصية لوارث بجامع التصرف في ماله وإيثار بعض الورثة على بعض، وقد اتفق أهل السنة على عدم جواز الوصية لوارث، لما ورد في الحديث الصحيح «لا وصية لوارث»[4] فإذا كانت الوصية الشرعية في حدود ثلث المال غير

---

(١) تبيين الحقائق: ٥ص٢٥ تكملة فتح القدير: ٧ص ٩.

(٢) السنن الكبرى: ٦ص ٨٥، المحلى: ٨ص٢٥٤، مذكرات الفقه المقارن في مرض الموت: ص ١٣٥، نصب الراية، ٤ص ٨٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٧.

(٤) حديث متواتر، رواه اثنا عشر صحابياً، وقال بتواتره الإمام مالك والإمام الشافعي رحمهما الله تعالى.
(انظر تخريج هذا الحديث بالتفصيل في كتاب تحفة الفقهاء، تحقيق الإستاذ الكتاني والدكتور الزحيلي: ٣ص٢٩٠، ٥٤٩)
وانظر: موطأ الإمام مالك: ص ٤٧٨ ط الشعب، بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن: ٢ ص ٢٢٢، صحيح البخاري مع السندي ٢ ص ٨٤، أبو داود: ٢ ص ١٠٣ ط الحلبي، التاج الجامع للأصول: ٢ ص ٢٦٦، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٣٠٩، سنن النسائي: ٦ص٢٠٧، سنن ابن ماجه: ٢ص٩٠٥.

جائزة لوارث، سواء كانت باطلة أو موقوفة حسب أقوال الفقهاء فيها[1]، فإن الإقرار تصرف بثلث المال أو بجميعه فلا يجوز لوارث من جهة أولى لتعلق حق الورثة بالمال، ومنع تفضيل بعضهم على بعض.

وقالوا: إذا صح الإقرار لوارث بثلث المال أو بجميعه فإنه يبطل حكمة منع الوصية له بالثلث.

واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق لأن الوصية إنشاء تصرف إرادي، أما الإقرار فهو إخبار بثبوت الحق في الذمة سابقاً[2].

واعترض عليه أيضاً بأن بطلان إقرار المريض لوارث لبطلان العطية له مطلقاً، يقتضي بطلان الإقرار لأجنبي فيما زاد على الثلث لبطلان العطية له فيها، والثاني باطل، فكذلك الأول[3].

خامساً ـ المعقول: وهو أقوى حجة يتمسك بها الحنفية والحنابلة، وهو أن الورثة قد تعلق حقهم بالتركة في مرض الموت، لأنه أشرف على الهلاك، وبعدئذٍ تصبح التركة حقاً خالصاً لجميع الورثة بالتساوي، فإقراره لواحد منهم فيه تهمة كبيرة بالتفضيل والإيثار، وقالوا: إن الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يتعدى إلى غيره، وهنا تعدى إلى حق الورثة الذي تعلق بالتركة فلا يجوز، وذلك أن المريض يريد أن يفضل أحد ورثته، ويزيد في حصته فلا يستطيع ذلك عن طريق الإرث، ويمتنع عليه بالوصية، فيلجأ إلى الإقرار له لتنفيذ مأربه، فيرد عليه قصده الذي لا يرضاه بقية الورثة ويصبح إقراره موقوفاً على إجازتهم، لأن المنع لمصلحتهم.

قالوا: وفارَقَ صحة الإقرار ولزومه للأجنبي أنه يحتاج إلى التعامل مع الأجنبي، أما معاملته مع الوارث فنادرة ويمكن التحرز عنها.[4]

واعترض الجمهور على احتجاج الحنفية والحنابلة بالتهمة في الإقرار بأن هذه التهمة

---

(١) راجع تفصيل ذلك في كتاب«أحكام الوصية» لاستاذنا الشيخ علي الخفيف: ص ١٥٩، وخالف الشيعة الإمامية وبعض الزيدية وقالوا تصح الوصية لوارث، ولا تتوقف على إجازة بقية الورثة.

(٢) يقول الشيخ على الخفيف: إن الإقرار بالمال ليس من قبيل الالتزام لأنه في الحقيقة إخبار الإنسان عن حق ثابت عليه لغيره، فهو اعلام بالتزام سابق موجود لا منشىء له ولا مثبت لحق جديد، (تأثير الموت على حقوق الإنسان، مجلة القانون والاقتصاد س ١١ عدد ٥ ص ٦٧ ٥ عام ١٩٤١).

(٣) الحاوي، للماوردي: ٧ ق ١٨٣ ب.

(٤) تبيين الحقائق: ٥ص٢٥، بدائع الصنائع: ٧ص ٢٢٤، تكملة فتح القدير: ٧ص١٠وما بعدها.

متوفرة في الصحة والمرض، وأن المريض أبعد عن التهمة من الصحيح، لأنه في حال يجتنب فيها الإنسان المعاصي، وتخلص له الطاعة، ويتجه إلى الاستقامة والتوبة، والرجوع عن كل ما يغضب الله تعالى، ولذلك قال أبو بكر إلى عمر رضي الله عنهما: «هذا ما عهد اليك أمير المؤمنين عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر، ويتقي فيها الفاجر»[1].

كما اشترط المالكية وغيرهم عدم التهمة في إقرار المريض عامة[2] سواء أكان لوارث أم لغير وارث، نظراً للطبيعة البشرية وما ينتابها من عوامل ومؤثرات مع ضعف الوازع الديني واحتمال الميل إلى التفضيل والإيثار، ووقوع بعض الإقرارات الجائرة الظالمة، ومن التهم التي توقف الإقرار على إجازة الورثة أو الغرماء عدم معرفة سبب الملك للمقر له، وعدم إمكانه ملكية مثل المقر به، وأنه يعرف أنه ملك للمقر، والإقرار لوارث أقرب مع وجود الأبعد، أو الإقرار لوارث مساو للآخر، والإقرار للصديق الملاطف أو القريب غير الوارث أو المجهول حالته عند فقد الولد الموارث للمقر[3]. ومنها الشغف والمحبة لزوجته.

ونلاحظ أن التهم تكون في الإقرار للوارث وفي الإقرار لغير الوارث، فإذا ظهرت التهمة في الإقرار اعتبر هبة وتبرعاً وصدقة توقف على إجازة الغرماء أو موافقة الورثة فيما يزيد عن الثلث المسموح به شرعاً[4].

---

(١) الحاوي، للماوردي: ٧ ق ١٨٣أ.

(٢) فتح العلي المالك، الشيخ عليش: ٢ص٣٢٨، ٣٢٩، شرح المجموع للأمير: ٢ ص ١٧٦، شرح الخرشي: ٦ص ٨٨، ٩٠، البهجة شرح التحفة وحلى المعاصم: ٢ص٣١٩، حاشية الدسوقي: ٣ص٣٩٨، ٣٩٩، الروضة البهية: ٢ص٢١٥، شرائع الإسلام: ١١٢، بلغة السالك: ٢ص ١٧٦.

(٣) هذا أحد أقوال ثلاثة عند المالكية في الإقرار للصديق الملاطف، أو القريب غير الوارث أو المجهول حالته عند فقد الولد الوارث للمقر، والقول الثاني: لا يصح الإقرار مطلقاً، والقول الثالث يصح من الثلث، انظر المراجع السابقة للمالكية.

(٤) استثنى الحنفية من وقف إقرار المريض للوارث ثلاث حالات: الأولى: إذا أقر باستهلاك وديعة الوارث عنده، لأنه ضامن لها، سواء أقربها أم لا. الثانية: إذا اقر بقبض وديعته التي كان يودعها عند الوارث، لأن الوارث امين، والأمين مصدق بقوله، ولو لم يقر المريض. الثالثة: إذا أقر ما قبضه الوارث بالوكالة من مدين المرض، لأن الوكيل امين وقوله مصدق. . كما قال الحنفية إن المريض إذا اقر بالنفي مثل لا حق لي قبل أبي أو أمي أو أخي أولا حق لي عنده فيصح، وهي حيلة لتصحيح ونفاذ إقراره ولكن ابن عابدين رحمه الله ردها عند وجود قرائن الأحوال التي تكذب المقر، وقال الحنفية أيضاً إن تصرفات المريض للوارث ولغيره نافذة في حياته، ويدفع المال إلى الوارث، فإذا مات المريض تنتقض تصرفاته وتسترد الحقوق من الوارث. (انظر: حاشية ابن عابدين: ٥ص٦١٤، ٦١٢، ٦١٥، الأشباه لابن نجيم: ص١٠٢، الدر المنتقى: ٢ص٣٠٣، لسان الحكام: ص ٨٥، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٣).

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على صحة الإقرار ولزومه من المريض لوارث بقواعد الإقرار العامة، وعدم التفرقة بين الإقرار لوارث والإقرار لغير وارث، وعدم التفرقة بين إقرار المريض وإقرار الصحيح. فقال الإمام الماوردي[1]:

١ - إن كل من صح إقراره لغير الوارث صح إقراره للوارث كالصحيح طرداً، والسفيه عكساً.

٢ - إن كل من صح إقراره في الصحة صح إقراره في المرض كالمقر لغير الوارث.

٣ - إن كل من صح إقراره بالوارث صح إقراره للوارث، وإن إقراره بوارث أعم من إقراره للوارث، لأن الأول يتضمن النسب والمال، والثاني المال فقط فكان أحقَ بالجواز.

ويتفرع عن الاختلاف في إقرار المريض اختلافُهم في حكم الدين الثابت بإقراره في المرض.

حكم الدين الثابت بإقرار المريض:

يطلق الفقهاء على هذا الدين اسم دين المرض ومقابله دين الصحة[2]، فإذا كان إقرار المريض للأجنبي صحيحاً لازماً عند أغلبية الفقهاء، وإذا كان إقراره للوارث صحيحاً لازماً عند جمهور الفقهاء، فهل يصبح الدين الثابت بإقرار المريض مساوياً لدين الصحة، ويؤدى معه بالتساوي؟.

اختلف الفقهاء في قوة الدين الثابت في مرض الموت بالنسبة إلى دين الصحة على قولين:

القول الأول: أن دين المرض أضعف من دين الصحة، ويجب تقديم ديون الصحة على ديون المرض عند تزاحم الديون في التركة.

ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة[3].

---

(١) الحاوي، له: ٧ ق ١٨٣أ(رقم ٨٣ فقه شافعي) وانظر: المحلى، لابن حزم: ٨ص ٢٥٤م ١٣٨٠.

(٢) ديون الصحة هي الديون التي تثبت بالشهادة أو بالإقرار أثناء صحة المدين، ويضاف إليها الديون التي تثبت بالشهادة في المرض أو التي يعرف لها سبب كالنكاح الشاهد بمهر المثل والبيع المشاهد والإتلاف، والدين اللازم في حوائجه الرئيسية كالدواء وثمن الطعام وكل ما يحتاجه في مرضه، ودين المرض مالا يثبت إلا بالاقرار في مرض الموت ولا يعرف له سبب، وأفعال المريض في مرضه كإقراره بها.

(٣) معين الحكام: ص ١٢٤، مجمع الأنهر: ٢ص٣٠٢، تبيين الحقائق: ٥ص٢٣، بدائع الصنائع: ٧ص ٢٢٥، تحفة الفقهاء: ٣ص٣٨١، تكملة فتح القدير ٢/٧، حاشية ابن عابدين ٦١١/٥، جامع الفصولين ١٨٣/٢، البحر الرائق. ٢٥٤/٧، لسان الحكام: ص٨٣، مرآة المجلة: ٢ص٣٥٨، شرح السراجية، السيد الشريف الجرجاني: ص٢٩، الضوء اللامع في أصل الجامع: ص٨، المبسوط: ١٨ ص ١٨ ص٢٨ وما بعدها، المغنى: جـ٥/١٥٧ ط القاهرة، كشاف القناع: ٤ص ٢٩٤، النكت والفوائد السنية: ٢ص٣٧٥. المحرر في الفقه: ٢ص ٣٧٦.

واستدلوا على ذلك بأن المريض قد ضعفت ذمته عن تحمل الديون فيمنع من التبرع والمحاباة مطلقاً قبل سداد الديون ، لتعلق حق الغرماء بمال المريض، وأصبح المريض شبيهاً بالمفلس المحجور عليه، فتوفي ديون الصحة أولاً فإن بقي شيء من التركة يؤدى دين المرض، فإن فضل شيء فللورثة[1].

واستثنى الحنفية من ذلك حالتين: وهما قضاء ثمن ما اشتراه في مرضه بمثل القيمة، وقضاءبدل القرض في مرضه الثابت بالبرهان، لا بالإقرار فتسوى مع ديون الصحة[2].

والواقع أن هاتين الحالتين لا تدخلان في تعريف دين المرض الذي لا يثبت إلا بالإقرار، ولا يعرف له سبب ظاهر.

القول الثاني: أن دين المرض مساو لدين الصحة فلا يقدم أحدهما على الآخر في الوفاء. وهو مذهب الشافعية والمالكية وقول عند الحنابلة والظاهرية والزيدية[3].

واستدلوا بأن الإقرار في المرض حجة شرعية ثابتة كالصحيح، ولأن ديون الصحة والمرض محلهما واحد وهو الذمة، وكلاهما ثابت بقوة واحدة فلا يفضل دائن على دائن، فالحقان ثابتان بدرجة واحدة في الذمة، والقصد من الإقرار فيهما الخروج من الحق ، والمرض أدل على الصدق ، لأن حالة المرض سبب للتوبة والإنابة، ولأن كل حق يستوي حكمه في الصحة والمرض إذا ثبت بالبينة وجب أن يستوي حكمه في الصحة والمرض إذا ثبت بالإقرار قياساً على الإقرار بالنسب، ويستثنى الإقرار بالعين فإنه يقدم على الإقرار بدين مطلقاً في المرض والصحة، كما أن المرض لا يحدث حجراً في الإقرار بدلالة نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث.

ويرد على استدلال الحنفية بقوة التصرف في الصحة أنه يفسد إذا ثبت الدين بالبينة، وأنه مسلم في العطايا التي يحق للورثة الاعتراض عليها دون الإقرار الذي لا يحق للورثة الاعتراض عليه، وأما قولهم بتعلق الديون بعين المال فهو غير صحيح لأن تلف المال لا يبطل ديونهم، وثبوت ديون أخرى بالبينة لا يمنع من مشاركتهم، وإنما تصير الديون متعلقة بالمال بعد الموت

---

(١) المدخل الفقهي العام: ٢ص ٨٠٤، اصول الفقه، الشيخ محمد الخضري: ص ١٠٤.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ص ٦١١، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٤.

(٣) مختصر المزني: ٣ص ١٣، الحاوي: ٧ق١٧٢ ب، ١٨٢أ، شرح المحلى وحاشية قليوبي عليه: ٣ص٤، المهذب: ٢ص٣٤٥، الإقناع، الخطيب الشربيني جـ٣ص ١١٨، مغنى المحتاج: ٢ص ٢٤٠، حاشية الباجوري: ٢ص٨، النكت والفوائد: ٢ ص ٣٧٦، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٧٦، المغنى: ٥ص ١٥٧ ط القاهرة، المحلى: ٨ ص ٢٥٤، البحر الزخار: ٥ص ٣، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣٩٩.

وليس في المرض.

منشأ الخلاف:

يتبين لنا مما تقدم أن منشأ الخلاف في هذه الأقوال وأدلتها ـ سواء في لزوم الإقرار لوارث أم في قوة دين المرض ـ هو هل يعتبر المرض مؤثراً في أهلية الشخص بحيث تضعف ذمته، وتقيد حريته وولايته، وتحد تصرفاته، وينتقل محل الدين من الذمة إلى المال أم لا يؤثر؟.

قال الحنفية والحنابلة إن المرض عارض من عوارض الأهلية ومؤثر فيها ويصبح المريض كالمحجور عليه.

وقال جمهور الفقهاء[1] إن أهلية المريض تبقى صحيحة وكاملة، وإن ما ورد في الحد منها يقتصر على التبرع والصدقة لتعلق حق الغرماء بالمال كما يقتصر على الوصية لعدم اضرار الورثة، وللحديث الشريف: «الثلث والثلثُ كثيرأو كبير»[2] والحديث الصحيح: «لا وصية لوارث».

فالجمهور يعترفون باستمرار أهلية الشخص وعدم تأثير المرض عليها، ويعتبرون إقراره كالصحيح حجة كاملة ويطبقون عليه أحكام الإقرار العامة.

والحنفية والحنابلة يحجرون على المريض، ويقررون تعلق حق الغرماء والورثة بأمواله فلا يصح إقراره لتعديه لغيره.

الاختيار والترجيح:

إن الناظر في آراء الطرفين وأدلتهم يرى رجحان مذهب الجمهور في صحة إقرار المريض لوارث، وأن الدين الثابت بإقرار المريض في قوة إقرار الصحيح، فالأدلة التي استند إليها الحنفية والحنابلة ومن معهما لا تقوى على الاحتجاج، فالحديث الذي احتجوا به ضعيف لا يثبت، والأثر مجرد قول صحابي وهو مختلف في الاحتجاج به، وورد خلافه عن ابن عمر رضي الله عنه والقياس على الوصية قياس مع الفارق، وأما النظر العقلي فيمكن تلافيه باشتراط

---

(١) انظر تفسير القرطبي: ٢ص ٢٦٤.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي والشافعي ومالك، (انظر: صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ص٨٣، صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ص ٧٩، سنن أبي داود: ٢ص ١٠١ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي: ٦ ص ٣٠١، سنن النسائي: ٦ ص ٢٠١، بدائع المنن: ٢ ص ٢٢٢، الموطأ: ص ٤٧٦، التاج الجامع للأصول: ٢ص٢٦٦، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٩٠٣).

منع التهمة التي أشار إليها المالكية، ومن التهم المرض الخطير المؤثر على العقل والفكر، وإذا سلمنا جدلاً بتهمة الإيثار والتفضيل فالواجب الديني يقضي أن نحاول إصلاح هذا الشرخ من أساسه، ونقوّم الاعوجاج والانحراف من أصلّه، فنقوى الوازع الديني بالتخويف من غضب الله تعالى، ونزيد التوجيه والتربية، ونقتدي بسيدنا محمد ﷺ ونقتفي أثره، فقد روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك والشافعي عن سعد بن أبي وقاص: «قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله قال لا، قلت فالشطر؟ قال: لا، قلت: الثلث؟ قال فالثلث كثير، إنك أن تَدَعَ ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم»[1]

ونطبق الآية الكريمة: ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنَ موصٍ جَنَفاً أو إثماً فأصلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عليه إنَّ اللهَ غَفُور رحيم ﴾ سورة البقرة، الآية ١٨٢.

قال البيهقي: الإقرار لأحد ورثته أو لأجنبي كبيرة من الكبائر، لما روى الدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: الإضرار في الوصية من الكبائر[2].

وهذا هو الحل الجذري، وإلا فقد يجد الشخص مائة حيلة للتلاعب والجور والإيثار، كما يمكن عند الاشتباه أن نوجه اليمين على المقَر له فيحلف ويستحق[3]، وإلا حلف الورثة وبطل الإقرار، ويعتبر رفضه اليمين كرفضه الإقرار، ويصبح لدينا وسيلتان كاملتان للإثبات الإقرار واليمين.

وإن مرض الموت لا يعرف إلا بعد الموت ومضي السنة، فهل تعطل تصرفات المريض وتوقف إلى ما بعد الموت وإجازة الورثة؟ وإذا قلنا كالحنفية بالتنفيذ فإننا نلاقي المصاعب والشدائد بنقض التصرفات بعد الموت واسترداد الأموال، وهذا سبب لاضطراب التعامل، ثم هل نضمن إمكان إعادة الأمور كما كانت؟ إن هذه الوسيلة تؤدي إلى إثارة الفتن والخلافات بين الورثة، وخلق بذور الشقاق فيما بينهم مما يؤدي إلى ضرر أشد، ومفاسد أكثر.

وكذلك فإن تقديم ديون الصحة على ديون المرض يضعف الثقة في التعامل بين الناس

---

(١) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

(٢) الزواجر عن اقتراف الكبائر، لابن حجر الهيتمي: ١ ص ٢١١، روى أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار، وقرأ ابو هريرة: «من بعد وصية يُوصى بها أو دين غيرُ مُضَار» (سنن أبي داود: ٢ ص ١٠٢ ط الحلبي).

(٣) فتاوى السبكي: ١ ص ٣٧٨، حاشية قليوبي وعميرة: ٣ ص ٤، مغنى المحتاج: ٢ ص ٢٤٠، كما قال المالكية بتوجيه اليمين في الإقرار بالصحة فكذلك في المرض. (انظر البهجة: ٢ ص ٣١٩، وقارن مع تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٣ وما بعدها).

لاحتمال طروء المرض في أية لحظة، ووقوع الموت بعده، وهذا سبب آخر لاضطراب التعامل مع أن أساس التعامل هو الثقة واستقرار المعاملات.

قال ابن قدامة في تعليل صحة إقرار المريض لأجنبي[1]: «إنه إقرار غير متهم فيه فَقُبل كالإقرار في الصحة، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه، وإبراء ذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول»وهذا المعنى محقق في الإقرار لوارث أيضاً.

وقال البهوتي في نفس المعنى: [2] ويلزم المريض أن يقر لوارثه بدينه ونحوه وإن لم يقبل منه الإقرار، إذا كان إقراره حقاً، كالأجنبي، فنلاحظ ان الحنابلة متفقون مع الجمهور بضرورة الإقرار للوارث والحاجة إليه في إظهار الحقوق وعدم ضياعها، وكأنهم لمسوا ضعف قولهم بالمنع والضرر الناشىء عنه فقال البهوتي قولته التي تتفق مع الجمهور لكنه جعله التزاماً أخروياً لا دنيوياً، وديانة لا قضاء.

أما الحنفية فقد تشددوا في نظرتهم وأصروا على قولهم ولو كان الإقرار صحيحاً، فنقل ابن عابدين[3] عن «الفصول العمادية» قوله: «إن إقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء» وإذا لم يقبل باعتباره ابتداء إنشاء وتبرع، فلِمَ يصر على إنكار الحق في الحكاية والإخبار عن ثبوته في الذمة؟

بينما صرح الشافعية بتحريم الإقرار للوارث عند قصد الحرمان، ولا يحق للمقر أخذه، وقال بعض الشافعية بقول مالك بعدم قبول إقراره إن كان متهماً[4].

إقرار المريض في القانون:

إن موضوع مرض الموت يعتبر جزءاً مهماً في كتب أصول الفقه، كما أن نظرية الحنفية والحنابلة في الحجر عليه وتقييد إقراره يقصد منها التركة والميراث وهذا ما تنظمه قوانين الأحوال الشخصية.

ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري لتصرفات المريض والحجر عليه فيها، ولذلك تطبق (المادة ٣٠٥) منه في الرجوع إلى الرأي الراجح في المذهب الحنفي[5] إلا أن

---

(١) المغنى، له: ٥ ص ١٩٦.

(٢) كشاف القناع، له: ٤ ص ٢٩٤.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٠.

(٤) مغنى المحتاج: ٢ ص ٢٤٠.

(٥) راجع الأحوال الشخصية، السباعي والصابوني ص ٣٩٤، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ص ١٤٩ وما بعدها، وقارن =

القانون المدني السوري اعتبر جميع التصرفات في مرض الموت تبرعات حتى تثبت المبادلة، وإذا كان تبرعاً او معاوضة مع الغبن فإنه جائز في حدود ثلث التركة كالوصية سواء كان لوارث أم لغير وارث(المادتان ٤٤٥، ٨٧٧) وقد خالف القانون المدني الشريعة الإسلامية في هذه النقطة بجواز التصرف مع الوارث تبرعاً ووصية، فيجوز في حدود الثلث وهو ممنوع في جميع المذاهب ما عدا الجعفرية، ولكن قانون الأحوال الشخصية السوري منع الوصية للوارث في(المادة ٢٣٨)، وهو قانون متأخر فينسخ المتقدم كما أنه قانون خاص في التركة والميراث فيتقدم على القانون المدني العام[١].

أما مجلة الأحكام العدلية فقد نظمت أحكام إقرار المريض في إحدى عشرة مادة (١٥٩٥ ـ ١٦٠٥) مأخوذة من المذهب الحنفي كما عرضناه سابقاً،(فالمادة ١٥٩٥) عرفت مرض الموت و(المادة ١٥٩٦) أجازت الإقرار للوارث الوحيد على أنه وصية، و (المادة ١٥٩٧) اعتبرت الإقرار في المرض الذي تعقبه الصحة صحيحاً و (المادة ١٥٩٨) نصت على وقف الإقرار لوارث حتى يجيز باقي الورثة، وإن أجازها في حياة المقر فلا يصح الرجوع عن تصديقهم ويستثني مما سبق الإقرار بالأمانة للوارث واستهلاكها وقبض الأمانة منه وإستلام المقبوض بوكالة الوارث، ونصت (المادة ١٥٩٩) على حد الوارث باعتبار وقت الوفاة و (المادة ١٦٠٠) إشارت إلى الإقرار في المرض بالإسناد إلى زمن الصحة وأن له حكم الصحة، وفي (المادة ١٦٠١) أجازت الإقرار في المرض لأجنبي ولو أحاط بجميع التركة، فإن اتهم اعتبر هبة أو وصية فيحدد بالثلث، و (المواد ١٦٠٢ ـ ١٦٠٥) في تقديم ديون الصحة على ديون المرض، والمعيار في دين الصحة.

* * *

= أحمد نشأت ف ٤١٦، الهامش الأخير حيث يقول: وإقرار المريض مرض الموت حكمه حكم تصرفه أي حكمه حكم الوصية لا ينفذ إلا من ثلث ماله لغير الوارث ولا ينفذ للوارث إلا بإجازة الورثة(انظر المادتين ٥٦٣، ٥٦٤ من قانون الأحوال الشخصية) فقد نصتا على أن اقرار المريض لغير الوارث ينفذ مطلقاً، والإقرار لوارث باطل إلا بإجازة الورثة.

(١) الأحوال الشخصية، السباعي والصابوني: ص ٤١٢ وما بعدها.

الفرع الثالث
في
الإقرار بالكتابة

يصح الإقرار بكل ما يدل على المقصود منه بإخبار الشخص عن ثبوت حق عنده لآخر، سواء أكان باللفظ أم بالإشارة للأخرس ومن في حكمه، أم بالسكوت في حالات خاصة، أم بالكتابة، فاللفظ ليس مقصوداً بذاته في الإقرار، وإنما المراد المعنى الذي يدل عليه، والكتابة أخت اللفظ، وتمتاز عليه بالثبات والضبط، وتنحط عنه في الدلالة على جزم الإرادة أحياناً[1].

والإقرار بالكتابة هو أن يخبر الشخص عن ثبوت حق لغيره على نفسه كتابة مستبينة واضحة مفيدة في أداء المقصود منها، ومحققة الغرض منها.

ويشترط في صحة الإقرار بالكتابة شرطان ـ زيادة على شروط الإقرار العامة ـ وهما:

الشرط الأول: أن تكون الكتابة مستبينة أي ظاهرة ثابتة على المادة المكتوبة عليها، بخلاف الكتابة في الهواء أو على الماء، فلا يبقى لها أثر بعد الفراغ منها.

الشرط الثاني: أن تكون كتابة الإقرار مرسومة أي أن تكون مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس بما يتناسب مع الزمن والعصر، فكانت قديماً تبدأ باسم المرسل والمرسل إليه، وتختم أو توقع من المرسل، وفي هذا العصر تبد أ باسم المرسَل إليه وتوقع أو تختم من المرسِل، وقديماً كانت على الورق والحجارة والعظم والجلود والشجر، واليوم على الورق المستعمل للكتابة[2].

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت الحق بالإقرار كتابة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإقرار بالكتابة لا تثبت به الحقوق سواء أشهد عليها أم لم يشهد.

---

(١) المدخل الفقهي العام، الزرقا: ١، ص ٣٢٦ هامش.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٣١١.

ذهب إلى ذلك جمهور المتقدمين من الحنفية وبعض المتأخرين منهم كابن عابدين وخير الدين الرملي في فتاويه الخيرية[1].

القول الثاني: أن الإقرار بالكتابة تثبت به الحقوق مطلقاً سواء أشهد على كتابته أم لم يشهد.

ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة في قول والمتأخرون من الحنفية في دفتر البياع والصراف والسمسار[2].

القول الثالث: أن الإقرار بالكتابة تثبت به الحقوق إذا أشهد عليها، فإذا لم يشهد فلا يثبت الحق به.

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية والمالكية في قول[3].

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على عدم ثبوت الحقوق بالإقرار كتابة بأن الكتابة تحتمل تهمة التزوير وتشابه الخطوط، وهذه الاحتمالات تضعف من قوة الكتابة في ثبوت الحقوق فلا تعتبر، لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال، كما أن المقر بالكتابة يحتمل أن يعترف بالخط وينكر مضمونه، بالإضافة إلى قلة استعمال الكتابة في العصور الأولى، وضعف

---

(١) معين الحكام: ص ١٢٣، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٣٤٠، ٣٤١ ط جديدة، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦٠١، مجمع الضمانات: ص ٣٧٣. وقد تطورت نظرة الفقهاء إلى الاحتجاج بالكتابة عموماً مع تطور العصر واستعمال الكتابة، وجعلوا الإقرار بالكتابة نوعاً من حجية الكتابة عموماً، مع أن الإثبات بالكتابة أعم من الإقرار بالكتابة لأن الإثبات بالكتابة يشمل الإقرار بالكتابة وكتابة الصك والتوثيق، فالصك والتوثيق يكونان من الطرفين، عند إنشاء الحق أو التصرف، والإقرار بالكتابة صادر من طرف واحد باعترافه بإثبات الحق كتابة، ويكتب فيما بعد وشراح القانون يعتبرون الاثنين متغايرين.

(٢) فتح العلي المالك، عليش: ٢ ص ٣٢٨، تبصرة الحاكم: ١ ص ٣٦٣ + جـ ٢ ص ٤٠، شرح الخرشي جـ ١ ص ٦٠، حاشية حجازي على المجموع: ٢ ص ١٧٥، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٣٤٠ ط جديدة، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٤٠٣، حاشية ابن عابدين ٥ ص ٦٠١، المبسوط: ١٨ ص ٢٠، الدر المنتقى ومجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٦، الطرق الحكمية: ص ٢٠٥، المغني: ٦ ص ١٣٦ ط الإمام.

(٣) لسان الحكام: ص ٧٦، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٣٤١، الطرق الحكمية: ص ٢٠٦، الدر المختار: ٥ ص ٦٠٠ مرآة المجلة: ٢ ص ٣٦٢، ٣٦٣، المغني: ٦ ص ١٣٦ ط الإمام، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٠، البحر الزخار: ٥ ص ٧، مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٤، الاقناع: ٣ ص ١١٤، المبسوط: ١٨ ص ٢٠، الأشباه للسيوطي: ص ٣١١.

انتشارها بين الناس، واحتمال أن تكون للتجربة[1].

ويعترض على هذا الاستدلال أن هذه الاحتمالات لا قيمة لها ولا تضعف من قوة الكتابة، ولأن هذه الاحتمالات يمكن أن تحدث في الشهادة والإقرار باللفظ ومع ذلك فلا تؤثر في إثبات الحقوق بهما، أما شبهة التجربة فواهية ونادرة، فمن الغريب والنادر أن يجرب إنسان خطه أو يتعلم الكتابة بصيغة الالتزام للآخرين، والإخبار عن ثبوت الحق على نفسه، وأما شبهة التزوير وتشابه الخطوط فإنها واردة عقلاً وواقعة فعلاً، ولكن من السهل كشف التزوير بمضاهاة الخطوط وبالقرائن المحيطة بهذه العملية، وقد تقدمت وسائل مقابلة الخطوط مع بعضها بواسطة أهل الخبرة والمعرفة، وأما شبهة الاعتراف بالخط وإنكار المضمون فلا عبرة لهذا الإنكار والجحود، لأنه في مقابلة البرهان والدليل فهو أشبه بإنكار المدعى عليه وتكذيبه الشهود بعد إثبات الحق عليه أمام القضاء فلا يسمع كلامه، ولا يعتبر إنكاره، وغاية الأمر أنه مجرد ادعاء منه فعليه الإثبات والحجة، فإن بينه وإلا ردت دعواه، وعند الاشتباه بالتزوير أو الشك في الكتابة يمكن أن توجه اليمين إلى المدعى عليه بطلب المدعي كما نفعل إذا حصل الشك في الشهادة وغيرها.

دليل القول الثاني: واستدل أصحاب القول الثاني على صحة إثبات الحقوق بالإقرار كتابة بأن الإقرار كتابة كالإقرار لفظاً، بجامع التعبير عن الإرادة في كل؛ والإخبار عن ثبوت الحق في الذمة، وقد اعتبر الإقرار باللفظ فيعتبر الإقرار بالكتابة بالأولى، فإن الإقرار بالكتابة أوضح دلالة، لأن الكاتب يتأمل ويتمعن ويفكر قبل أن يكتب أو يخط إقراره، بخلاف اللفظ فإنه قد يصدر مزاحاً أو عفواً أو سبق لسان أو خطأ، ومع هذا فإنه معتبر، فكان الإقرار كتابة أولى بالاعتبار[2].

ولا يشترط فيه الإشهاد لعموم الأدلة، ولم يقيد بالإشهاد لعدم الموجب له.

دليل القول الثالث: واستدل أصحاب القول الثالث على جواز إثبات الحقوق بالإقرار كتابة إذا أشهد عليها بأن الكتابة بمجردها فيها احتمال التجربة أو التزوير أو تشابه الخطوط وبالشهادة يرتفع هذا الاحتمال فيكون الإقرار صحيحاً[3].

---

(١) معين الحكام: ص ١٢٣، الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص ٣٤٠، حاشية ابن عابدين ٥ ص ٦٠١.
(٢) انظر مراجع أصحاب القول الثاني فيما سبق.
(٣) انظر مراجع أصحاب القول الثالث فيما سبق.

ويعترض عليه أن الاشهاد غير منصوص عليه في الإقرار باللفظ أو في كتابة الوصية أو غيرها ، على أن اشتراط الإشهاد عند الجمهور وهو مجرد عرف وعادة في زمانهم ، فإذا تغير العرف فلا يمنع تغير الأحكام المبنية عليه .

الاختيار :

وأرى أن الإقرار بالكتابة مقبول شرعاً بالكتاب والسنة والمعقول .

فأما الكتاب :

أولاً ـ قال الله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الوَصِيَّةُ للوَالِدَيْنِ والأَقْرَبينَ بالمَعْرُوفِ حَقّاً على المُتَّقِينَ ﴾ سورة البقرة ، الآية ١٨٠ .

فالأمر بالوصية في بيان الحقوق والواجبات والتبرعات مطلق عن التقييد باللفظ أو الكتابة فيشملها جميعاً ، ولم يشترط فيهما الإشهاد (١) .

ثانياً ـ قال تعالى : ﴿ يا أيُّها الذين آمنوا إذا تَدايَنْتُمْ بدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُوهُ ﴾

ثم قال تعالى : ﴿ وليُمْلِلِ الذي عَلَيْه الحَقُّ ﴾ سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

فالآية صريحة في الأمر بالكتابة ، وإملاء المدين أيضاً هو أمره للكاتب بكتابة إقراره ، ويكون إقراره بالكتابة حجة عليه ، ولو لم تكن الكتابة وسيلة إلى حفظ الحقوق لما أمر بها وحذر من إهمالها .

وأما السنة :

فقد روى الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « ما حقُّ امرىء مُسلم له شيء يُريد أن يوصيَ فيه يَبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » (٢) .

---

(١) قال القرطبي : «لو كتب الوصية بيده، ولم يشهد عليها، قال مالك: يعمل بها فيما يكون فيها من إقرار بحق لمن لا يتهم عليه، فيلزمه تنفيذه» (الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي : ٢ ص ٢٥٩ ، ٢٦٧)، وانظر: تفسير ابن كثير: ١ ص ٢٢١، جامع البيان عن تأويل القرآن، ابن جرير الطبري: ٢ ص ١١٥ وما بعدها.

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد وأبو يعلى في الكبير ومالك . (انظر : صحيح البخاري : ٤ ص ٢ ط الشعب ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ ص ٧٤ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١١ ، شرح الزرقاني على الموطأ : ٤ ص ٥٨ ، الموطأ ص ٤٧٥ ط الشعب ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٦ ص ٣٠٥ ، سبل السلام : ٣ ص ١٠٣ ، نيل الأوطار : ٦ ص ٣٨ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٢٠٩ ، التاج الجامع للأصول : ٢ ص ٢٦٤ ، =

فهذا الحديث نص في الوصية كتابة ، وإذا كانت الوصية في اصطلاح الفقهاء تعني التبرع بالمال المعلق على الموت ، فإنها في الحديث عامة في بيان وايضاح الحقوق والواجبات التي تشغل ذمة الشخص حتى تبرأ من الديون ، ويطمئن على وفائها إذا فاجأته المنية ، وإلا فإن مات مجهِّلاً فإنه يضمن الأمانات المودعة عنده في الدنيا ، وتعلق روحه ، وترهن نفسه ، ويحال بينها وبين الجنة في الآخرة بسبب ديونه ، لما رواه ابن ماجه وأحمد والبيهقي عن النبي ﷺ أنه قال لسعد بن الأطول : « ان أخاك محبوس بدينه فاقض عنه [1] » وإذا كانت الوصية في الحديث تعني التبرع المعلق على الموت فان الإقرار بالحق للأخرين أولى بالبيان وأشد ضرورة في الإيضاح .

وإذا لم يجز الاعتماد على الخط والإقرار بالكتابة لم يكن لكتابة الوصية فائدة ، مع أن الشارع أمر بها فكانت الكتابة حجة في الإثبات ، ولذلك قال ابن عمر رضى الله عنه ـ راوي الحديث ـ ما مرت عليّ ليلةٌ منذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلا وعندي وصيتي [2] .

والشارع الحكيم لم يقيد الناس بطريقة خاصة في إثبات الحقوق ووفائها ، وإنما ألزمهم رد الديون وأداء الأمانات .

وأما المعقول :

فإن المدين يحتاج إلى الإقرار بالحقوق التي عليه ولا يجد شهوداً يشهدهم على ذلك ، وقد يكون وحيداً وبعيداً عن بلده ، وقد يقصد المدين ألا يعلم أحداً بهذا الدين أو يشعر آخر أنه معسر ، لا يستطيع قضاءه ، ولا يريد استهلاك الدين ، وقد يكون مشرفاً على خطر محدق أو مرض مبرح فيلجأ إلى كتابة الحق والاعتراف به ، فالحاجة والضرورة من دواعي مشروعية الإقرار بالكتابة ، ولذلك قال الفقهاء عبارتهم المشهورة « الكتاب كالخطاب » [3] وعبارة « الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان » [4] .

ونتيجة لهذه الاعتبارات فقد اتجه فقهاء العصر الحديث إلى القول بمشروعية الإقرار

= صحيح البخاري مع حاشية السندي : ٢ ص ٨٢ ، سنن النسائي ، ٦ ص ١٩٩ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٩٠٠) .

(١) رواه أحمد وابن ماجه والبيهقي عن سعد بن الأطول ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٤٢ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٨١٣ ، مسند الامام احمد : ٤ ص ١٣٦ ، ٥ ص ٧ ط أولى وانظر الفتح الكبير : ١ ص ٢٨٨ ، ذخائر المواريث : ١ ص ٢٢٧ .

(٢) رواه مسلم في صحيحه : ١١ ص ٧٥ .

(٣) الاشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٣٤٠ ط جديدة .

(٤) المادة ١٦٠٦ من المجلة العدلية .

بالكتابة في جميع المجالات ، وفي مختلف الأحوال ، فإن الكتابة أصبحت طريقة أساسية في الإبانة والإفصاح كالنطق ، وأخذ الناس جميعاً في التعلم واستعمال الكتابة في شؤون الحياة وأمور التجارة وطرق التعامل . [1]

فالإقرار بالكتابة صحيح وملزم ، مع مراعاة الشروط العامة في الإقرار والكتابة ؛ سواء أشهد عليها أم لم يشهد ، والحجة في الكتابة المجردة وليس في الإشهاد ، لأن الإشهاد لزيادة التوثيق والتأكيد ودفع شبهة التزوير والتجربة . فإذا ادعى رجل على آخر ، فأنكر ، فأخرج المدعى وثيقة أو صكاً بخط المنكر وإقراره بالدين ، فإن تأكد القاضي منها بالاستكتاب والمضاهاة حكم بموجبها ، وإذا وجدت كتابة في تركة الميت بالإقرار بدين لآخر أو باستيفاء الدين منه أو بإبرائه فهو إقرار يعمل به ، وهو ما يوجد في دفاتر التجار بما عليهم من الدين أو ما عندهم من الأمانات ، وكذا إذا وجد في تركة أحد الأشخاص كيس أو متاع وقد كتب عليه أنه أمانة لآخر فإنه يأخذه .

والإقرار بالكتابة صحيح ولازم سواء أكان بخط المقرأم بخط غيره ، وعليه ختمه أو امضاؤه ، قال الحصكفي في الدر المختار « والأمر بكتابة الإقرار إقرار حكماً » [2] ولا موجب للتفريق بين الكتابة لغائب أو لحاضر ، خلافاً لبعض الحنفية الذين يعتبرون الأول دون الثاني .

قال اسحاق بن ابراهيم : قلت لأحمد : الرجل يموت ويوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون أشهد عليها أو أعلم بها أحداً ، هل يجوز إنفاذ ما فيها ؟ قال إن كان قد عرف خطه ، وكان مشهور الخط ، فإنه ينفذ ما فيها [3] .

وسوف نرى تفصيل ذلك في فصل الإثبات بالكتابة .

الإقرار كتابة في القانون :

لقد رافق صدورَ القوانين في العصر الحاضر انتشارُ الكتابة وذيوع صيتها وكثرة استعمالها واعتمادها في التعامل ، لذلك فقد نظمت هذه القوانين أحكام الكتابة والإقرار فيها ، وقد أولت مجلة الأحكام العدلية عناية خاصة في الإقرار بالكتابة في (المواد ١٦٠٦ - ١٦١٢) وجعلتها كاللفظ وشرحت بعض صورها . فالمادة ١٦٠٦ جعلت الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان ، والمادة ١٦٠٧ اعتبرت الأمر بالكتابة إقراراً حكماً ، والمادة ١٦٠٨ صرحت على اعتبار كتابة

---

(١) الاصول القضائية ، قرّاعة ، ص ٧٢ ، طرق الاثبات الشرعية : ص ٣٧٦ ، المرافعات الشرعية ، معوض محمد سرحان : ص ١٨٧ .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين : ٥ ص ٦٠٠ ، الامر انشاء ، ولذلك كان الامر بالكتابة اقراراً حكماً .

(٣) الطرق الحكمية : ص ٢٠٦ ، المغنى : ٦ ص ١٣٦ ط امام .

التجار في دفاترهم والمادة ١٦٠٩ نظمت أحكام السند الممضى والمختوم من صاحبه والمادة ١٦١٠ وضحت عدم اعتبار انكار كاتب السند أو الأمر بكتابته مع إمضائه ، والمادة ١٦١١ ألزمت الورثة بإيفاء سند مورثهم والمادة ١٦١٢ ـ اكتفت بالكتابة على الأمانة عند الميت في الإثبات .

وكذلك لائحة المحاكم الشرعية في مصر نظمت الإثبات بالكتابة ونصت في المادة ١٣٠ على الإثبات بالإقرار كتابة .

وفي قانون المرافعات المصري وقانون الإثبات المصري وقانون البينات السوري يشترط التعبير عن إرادة المقر سواء كان شفاها أم كتابة بأن يكتب المقر إقراره في ورقة ، ويسلمها إلى المقر له أو يضعه في مذكرة للمحكمة أو في إعلان يوجه إلى الخصم [1] .

* * *

(١) موجز أصول الإثبات ، مرقس ص ١١٥ ، الإثبات في المواد المدنية ، الصدة : ص ٣٨٢ .

الفصـــل الثالـــث
فـــي
اليميـــن

اليمين هي الوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات التي يستند إليها القاضي في إصدار حكمه في فصل النزاع ، وإنهاء الخلاف بين الأطراف المتنازعة ، وهي وسيلة داخلية ذاتية تعتمد على الضمير والعقيدة وتصل إلى حقيقة الأمور ، بخلاف الطرق المادية فإنها كثيراً ما تقف عند حد معين ، وتعجز عن الوصول إلى كنه بعض الأشياء ، فلا يجد الإنسان مفراً من اللجوء إلى الأمور الداخلية المعنوية يستجلى بها الغوامض ، ويستجدي الطمأنينة واليقين عندها .

واليمين وسيلة للإثبات منذ أقدم العصور وقد تلونت أشكالها وطريقة أدائها في المجتمعات بحسب العقائد والأديان والأفكار التي تسودها ، وكانت سائدة عند العرب قبل الإسلام فأقرها الشارع الإسلامي الحنيف بما يتفق مع العقيدة السليمة ، وبقيت كذلك في الشرائع والقوانين حتى العصر الحاضر ، رغم تباين العقائد والأفكار وشيوع المذاهب المادية والمبادىء الوجودية والإلحادية .

ونتناول موضوع اليمين في خمسة مباحث .

* * *

المبحث الأول
في
تعريف اليمين وألفاظه

تعريف اليمين :

ـ لغة : اليمين هي الحَلِف والقسم [1] .

ومنه الحديث الشريف : « يَمينُك على ما يُصدِّقُك به صاحبُك [2] »

تعريف اليمين اصطلاحاً : عرف الفقهاء اليمين بشكل عام بتعريفات مختلفة حسب اختلافهم في الأحكام المتعلقة بها عندهم .

---

(١) اليمين لفظ مشترك لعدة معان وهي :

١ ـ القوة : فاليمين هي القوة ، قال تعالى « لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ » سورة الحاقة ، الآية ٤٥ ، أي بالقوة والقدرة ، وقال الشمّاخ يمدح الصحابي عُرابة الأوسي : إذا ما راية رُفِعت لمجد تلقّاها عُرابةُ باليمين .

٢ ـ اليد : فاليد اليمنى هي أحد أعضاء الانسان ، والصلة بين المعنيين أن اليد اليمنى سُميت بذلك لزيادة قوتها على الأخرى ، وأنها أشد في البطش ، ومنه قوله تعالى : « فَرَاغَ عليه ضَرْباً بِالْيَمِينِ » سورة الصافات الآية ٩٣ ، وقوله تعالى : « وما تِلْكَ بِيَمِينِكَ يا مُوسَى » سورة طه ١٧ .

٣ ـ الحَلِف والقَسَم : وسمى الحلف والقسم يميناً لأنهم كانوا اذا أقسموا وضع كل منهم يده في يد صاحبه ، أو ضرب يمينه بيمين صاحبه ، أو لأن اليمين فيها تقوية لصاحبها وترجيح جانب على جانب ، قال ابن منظور : وكانوا يبسطون أيمانهم إذا حلفوا وتحالفوا وتعاقدوا وتبايعوا ، ولذلك قال عمر لأبي بكر رضى الله عنهما : « ابسط يدَك أبايعك » .

واليمين مؤنث ، والجمع أيمُنٌ وأيْمان ، وتستعمل أَيْمُن في القسم أيضاً ، واستَيْمنه : استحلفه ، واليمين والقسم والحلف والايلاء ألفاظ مترادفة ، (انظر : لسان العرب : ١٣ ص ٤٦٣ ، القاموس المحيط ، ٤ ص ٢٧٩ ، مختار الصحاح : ص ٧٤٤ ، أساس البلاغة : ص ١٠٧٧ ، المصباح المنير : ٢ ص ٩٣٨ ، تفسير القرطبي : ١٨ ص ٢٧٥ ، النهاية في غريب الحديث ، ابن الأثير : ٣ ص ٣٠١) .

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة ، (انظر : سنن ابي داود : ٢ ص ٧٥ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ ص ١١٧ ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٤ ص ٥٨٧ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ٦٥ ، نيل الاوطار : ٨ ص ٢٢٦ ، المستدرك ٤ ص ٣٠٣ ، مسند احمد : ١٢ ص ٨٦ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٨٦) .

فعرفها الجرجاني والتهانوي بأنها : « تَقويةُ أحدِ طَرَفي الخبر بذكر الله تعالى أو بالتعليق بالشرط والجزاء » [1] .

فالخبر له طرفان ، طرف صدق وطرف كذب ، والخبر يحتمل الصدق ويحتمل الكذب ، والحالف يريد أن يرجح جانب الصدق على جانب الكذب إما بذكر الله تعالى الذي يجعله شاهداً على قوله ، وإما بتعليق جزاء على تحقيق الفعل أو عدمه ليؤكد عزمه على ذلك .

وهذا التعريف يشمل اليمين أمام القضاء ، ويشمل أيمان الناس على أفعالهم وأقوالهم ، ويشمل اليمين بالله تعالى ، واليمين بتعليق الشرط والجزاء ، فهو تعريف غير مانع .

وعرفها الشيخ خليل من المالكية بأنها : « تَحقِيقُ ما لم يَجِب بذكر اسم الله تعالى أو صفته » [2] .

فقوله : « تحقيق » أي تقوية وتثبيت ، وقوله « ما » أي أمر وقوله : « لم يجب » أي وقوعه عقلاً أو عادة ، فدخل الممكن عادة ولوكان واجباً أو ممتنعاً شرعاً نحو والله لأدخلن الدار أو لا أدخلها ، أو لأصلين الصبح ، أو لا أصليها ، أو لأشربن الخمر أو لا أشربه ، والممكن عقلاً ولو امتنع عادة نحو لأشربن البحر ولأصعدن السماء ، ويحنث في هذا بمجرد اليمين ، وخرج الواجب العادي والعقلي كطلوع الشمس من المشرق وتحيز الجرم ، وقوله « بذكر الله » الباء سببية متعلقة بتحقيق ، ويشمل كل اسم من أسمائه تعالى ، وقوله « أو صفته » أي الذاتية كالعلم والقدم والبقاء والوحدانية [3] .

وعرفها القرافي بأنها : « جملةٌ خَبَرِية وَضعاً ، إنشائيةٌ معنى ، متعلقةٌ بمعنى مُعَظَّم عند المتكلم ، مؤكَدة بجملة أخرى من غير جنسها » [4] .

فالخبرية بحسب الصيغة ، والإنشائية لأنها لا تحتمل الصدق والكذب ، وغير جنسها احتراز من تكرار القسم .

---

(١) التعريفات ، الجرجاني : ص ١٧٨ ، كشاف اصطلاحات الفنون ، التهانوي : ٢ ص ١٥٤٩ . وعرفه الزيلعي والبابرتي من الحنفية بأنها « عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك » (انظر : تبيين الحقائق : ٣ ص ١٠٧ ، العناية : ٤ ص ٢ على هامش فتح القدير) .

(٢) الشرح الكبير ، للدردير : ٢ ص ١٢٦ على هامش حاشية الدسوقي .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الذخيرة ، له : ٢ ص ٥٥٦ مخطوط ، وانظر تعريف ابن عرفه لليمين بمعانيها العامة بشرح حدوده ، الرصّاع : ص ١٢٦ .

وعرفها قليوبي من الشافعية بأنها « تَحقيقُ أمر محتمل سواء كان ماضياً أم مستقبلاً نفياً أو إثباتاً بذات الله تعالى ، أو صفة له » [1] .

وعرفها أبو النجا الحنبلي في الإقناع بأنها « توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص [2] » وعرفها المرتضى من الزيدية بأنها « الحلف على أمر مستقبل أو ماض ، نفي أو إثبات » [3] . وعرفها محمد أطفيش من الاباضية بأنها « توكيد الشيء بذكر اسم الله أو صفة الله » [4] .

وهذه التعريفات بجملتها تفيد توكيد الحق إثباتاً أو نفياً ، وهي تعريفات لليمين بمعناها العام الذي يشمل اليمين على القيام ببعض الأعمال أو الامتناع عنها ، واليمين على إثبات الحقوق أو نفيها ، وخصصوا باب الأيمان والنذور في كتب الفقه لبحث القسم الأول دون التعرض لبحث اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات ، ولكن ذكروا أحكام اليمين القضائية في باب القضاء والدعوى .

واليمين تستعمل في التأكيد للماضي والحاضر والمستقبل ، وتستخدم عند تولي الوظائف ، والقيام ببعض الأعمال ، والمقصود في بحثنا اليمين الواقعة في خصومة ، وهي التي يؤديها الشخص أمام القضاء لفصل التنازع وتحقيق أمر من الأمور في الماضي والحاضر ، ولذلك نعرفها بما يتناسب مع هذا المدلول .

ويمكن تعريف اليمين باعتبارها وسيلة من وسائل الاثبات بأنها :

« تأكيدُ ثُبوتِ الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي »

فلفظ « تأكيد » : يعني تقوية وترجيح جانب الصدق على الكذب ، باعتبار أنه جعل الله تعالى رقيباً عليه وشاهداً على صدقه ، فإنه يعلم السر وأخفى ، ويعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، والتأكيد قد يكون باليمين وقد يكون بغيره كالشهادة والكتابة ، وقد يكون التأكيد على

---

(١) حاشية قليوبي على شرح المحلى : ٤ ص ٢٧٠ ، كما عرفها الإمام الغزالي بقوله : « عبارة عن تحقيق ما يحتمل المخالفة بذكر اسم الله تعالى أوصفته ماضياً كان أو مستقبلاً إلا في معرض اللغو والمناشدة » (الوجيز : ٢ ص ١٣٦) ، وعرفها الخطيب الشربيني بأنها : « تحقيق أمر غير ثابت ماضياً كان أو مستقبلاً ، نفياً أو اثباتاً ممكناً أو ممتنعاً ، صادقة أو كاذبة ، مع العلم بالحال أو الجهل به » (الإقناع ، له : ٤ ص ٢٨١ ، مغنى المحتاج ، له : ٤ ص ٣٢٠) ، وهذا يشمل اليمين المنعقدة عند الشافعية المقابلة ليمين اللغو فلا يدخل في التعريف .

(٢) كشاف القناع : ٤ ص ١٣٥ ، منتهى الارادات : ٤ ص ٢٠٧ .

(٣) البحر الزخار : ٤ ص ٢٣٣ .

(٤) شرح النيل : ٢ ص ٤٢٥ .

فعل أمر أو تركه في المستقبل .

لفظ « ثبوت حق » : خرج التأكيد على فعل أمر أو تركه في المستقبل ، فهي اليمين العامة ، وتقع اليمين على الحق أو على مصدره وهو الفعل في الماضي أو الحاضر الذي يترتب عليه حق لآخر ، ودخل في قوله : « ثبوت حق » يمين المدعي على إثبات الحق واستحقاقه ، والحق هو المحلوف عليه أو المتنازع فيه ، لفظ « أو نفيه » : دخل فيه يمين المدعى عليه على نفي الحق ورد ادعاء المدعي .

قوله : « باستشهاد الله تعالى » خرج به تأكيد ثبوت الحق بالشهادة والكتابة وغيرها ، ودخل اليمين باللفظ المحدد والمعين له وهو لفظ الجلالة .

أمام القاضي : قيد في اليمين القضائية التي يشترط فيها أن تكون أمام القاضي وبطلبه ،

وخرج اليمين خارج القضاء فلا عبرة لها في إثبات الحق ، فلو حلف خارج القضاء ونقل ذلك للقاضي فلا يقبل ، بدليل أن رُكانة حلف بحضرة النبي ﷺ قبل طلب اليمين منه ، فأعاد الرسول ﷺ طلب اليمين منه ، ولم يجتزىء بحلفه ابتداء .

ألفاظ اليمين :

اتفق الفقهاء [1] على أن اللفظ الذي ينعقد به اليمين هو القسم بالله تعالى ، فيستحق صاحبها الحق بها ، أو يدفع ادعاء الآخرين عنه .

واستدلوا على ذلك من السنة بعدة أحاديث نذكر اثنين منها :

أولاً ـ روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه ومالك وأحمد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ أدرك عمر بن الخطاب وهو يسير في ركب يحلف بأبيه فقال : « ألا إن الله يَنهاكم أن تَحلِفوا بآبائِكم ، من كان حالِفاً فليَحْلِفْ بالله أو ليَصْمُت ، قال

---

(١) الذخيرة ، القرافي : ٢ ص ٥٥٨ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٦ ، المغنى : ٩ ص ٢٢٦ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٧ ، معين الحكام : ص ٦٤ ، الهداية وشروحها : ٤ ص ٨ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤١١ ، مجمع الأنهر : ٢ ص ٢٥٩ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٣٠١ ، الدر المختار : ٥ ص ٥٥٥ ، لسان الحكام : ص ٢٣ ، البحر الرائق ج ٧ ص ٢١٢ ، شرح المحلى على المنهاج : ٤ ص ٢٧٠ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ج ٤ ص ٢٨٢ ، المحلى ، لابن حزم : ٨ ص ٣٠ + ج ٩ ص ٣٨٤ ، مراتب الاجماع ، ابن حزم : ص ٥٨ ، البحار الزخار : ٤ ص ٢٣٦ + ٤٠٨ ، التاج المذهب : ٤ ص ٣٢ ، المختصر النافع : ص ٢٨٢ ، الروضة البهية : ١ ص ٢٤٥ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٣ .

عمر : فوالله ما حلفتُ بها منذ سمعت رسول الله ﷺ نهى عنها ذَاكِراً ولا آثراً » أي حاكياً . [1]

ثانياً ـ روى أحمد وأبو داود والترمذي والحاكم أن رسول الله ﷺ قال : « من حَلف بغيرِ الله فقد أشرك » وفي لفظ « فقد كفر » [2] .

ولفظ « الله » جل جلاله هو الاسم الدال على ذات الحق سبحانه وتعالى ، الخالق المتصف بجميع صفات الكمال ، المنزه عن جميع صفات النقص ، المطلع على خفايا النفوس وسرائر القلوب ، الذي يجزي المحسن والصادق بالأجر والثواب ، ويعاقب المذنب والكاذب والحانث بالعذاب الأليم في الآخرة ومحق البركة والمال في الدنيا [3] .

وهذا اللفظ في اليمين واجب على الجميع ، المسلم والكافر ، والرجل والمرأة لأن الحلف للتعظيم ، ولا يجوز أن نعظم إلا الله سبحانه وتعالى .

ثم إن الفقهاء اختلفوا في الاكتفاء بلفظ الجلالة فقط دون أن يلحق بها غيرها مثل « لا اله الا هو» على قولين :

القول الأول : انه يكتفي في القسم بلفظ الجلالة فقط .

ذهب الى ذلك أغلبية الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية واللخمي وابن كنانة من المالكية [4] .

---

(١) صحيح البخاري بشرح السندي : ٤ ص ١٠٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ ص ١٠٥ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٧٤ ، الموطأ : ص ٢٩٧ ط الشعب ، مسند أحمد : ١ ص ٢٠٤ حديث ١١٢ تحقيق أحمد شاكر ، وانظر التاج الجامع للأصول : ٣ ص ٧٤ ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٥ ، سنن النسائي : ٧ ص ٥ ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٥ ص ١٣٢ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٧٧ .

(٢) جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٥ ص ١٣٥ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١٩٩ ط الحلبي ، مسند الامام احمد : ١ ص ٣٢٩ حديث ٣٢٩ ت أحمد شاكر ، المستدرك : ١ ص ١٨ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠٢ ، التاج الجامع للأصول : ٣ ص ٧٥ .

(٣) والقسم بلفظ « والله ، تالله ، وبالله » وإذا صح اليمين عامة بلفظ الجلالة أو باسم من أسمائه وصفة من صفاته ، فان القسم في الدعاوي تقتصر على لفظ « الله » دون غيرها ، لتكون الصيغة واحدة أمام جميع المحاكم والخصوم ، ولاتفاق الفقهاء عليها . (انظر : مراتب الاجماع : ص ١٥٨ ، الذخيرة : ٢ ص ٥٦٢ وما بعدها، الافصاح : ٢ ص ٤٦١ ط ثانية) ، قال ابن عرفة : إن اليمين تصح شرعاً بالاتفاق بـ « ما دل على ذاته العلية » ، (شرح الحدود ، الرصاع : ص ١٣١) .

(٤) المبسوط : ١٦ ص ١١٨ ، المهذب : ٢ ص ٣٢٣ ، شرح منتهى الارادات : ٤ ص ٣٣٤ ، المغنى : ٩ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٧ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٨ ، التاج المذهب : ٤ ص ٣٢ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٨٤ ، أحكام القرآن لابن العربي : ج ٢ ص ٧١٧ .

واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة .

فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وأَقْسَمُوا باللهِ جَهْدَ أَيْمانِهِم ﴾ في خمس آيات في القرآن الكريم [1] ، وقال تعالى : ﴿ فيُقْسِمان باللهِ ﴾ المائدة ١٠٦ ، وقال تعالى : ﴿ يَحْلِفُونَ باللهِ لَكُمْ لِيُرْضُوكُمْ ﴾ التوبة ٦٢ ، وقال تعالى : ﴿ يَحْلِفُونَ باللهِ مَا قَالُوا ﴾ التوبة الآية ٧٤ ، وهذه نصوص صريحة في كتاب الله تعالى على الاكتفاء والاقتصار على لفظ الله في القسم ، وليس فيها زيادة التغليظ بلفظ آخر .

وأما السنة فقد اقتصر النبي عليه الصلاة والسلام على ذلك واكتفى بالقسم بلفظ « والله » فقال ـ فيما أخرجه أبو داود ـ « والله لأغزون قريشاً ثلاث مرات » [2] وقال لرُكانة « والله ما أردتَ إلا واحدة » [3] وجاء في حديث الحَضرمي : « ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي غصبنيها » [4] وقال عثمان لابن عمر رضى الله عنهما : « تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه » .

فهذه النصوص صريحة في الاكتفاء بلفظ الجلالة « الله » .

القول الثاني : أنه لا يكتفي في القسم بلفظ الله فقط بل لا بد من أن يضم إليه عبارة « لا اله الا هو » وهي الصيغة التي لا يجوز الزيادة عليها ولا النقص فيها .

ذهب إلى ذلك المالكية وقول شاذ عند الشافعية ، نص على شذوذه الماوردي [5] .

واستدلوا على قولهم بما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لرجل حلفه : « احلف بالله الذي لا إله الا هو » [6] .

وهو نص صريح واضح في الأمر بالحلف بهذه الصيغة ، فلا يجزىء غيرها .

---

(١) وردت الآيات الكريمة في « سورة المائدة : ٥٣ ، سورة الانعام : ١٠٩ ، سورة النحل ٣٨ ، سورة النور : ٥٣ ، سورة فاطر : ٤٣ .

(٢) رواه أبو داود والبيهقي وابن حبان، (انظر التاج الجامع للأصول ٣ص٧٩).

(٣) رواه أبو داود والبيهقي ، انظر السنن الكبرى : ١٠ ص ١٨١ ، سنن أبي داود : ١ ص ١١د ط الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ ص ٣٤٣ ، تيسير الوصول : ٣ ص ١٦٠ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٦١ .

(٤) رواه أبو داود في سننه : ٢ ص ٧٤ ، ١٢١ .

(٥) مسالك الدلالة : ص ٣١٧ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٨٤ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٦ ، القول المرتضى : ق ٤٢ أ ، الطريقة المرضية ، جعيط : المادة ١٣٢ ، شرح الخرشي : ٧ ص ٢٣٧ ، القوانين الفقهية : ص ٥٠٦ باب اليمين في الدعوى ، حاشية الدسوقي : ٤ ص ٢٢٧ ، الحاوي ، الماوردي : ١٢ ق ١٤٢ ، أحكام القرآن لابن العربي : ٢ ص ٧١٧ .

(٦) رواه ابو داود بسند صالح والنسائي ، وتتمته : فحلف ، فقال رسول الله ﷺ =

الاختيار :

ويبدو للناظر في أدلة الطرفين أنه لا تعارض بينهما ، ويمكن الجمع بأن تكون الزيادة في حديث ابن عباس محمولة على الجواز والندب ، وليست للوجوب .

ويكتفى بالقسم بلفظ الجلالة ، ولا يجب إلحاق صيغة « لا اله الا هو » وهذه الزيادة [illegible] « من حلف بالله فقد حلف جهد اليمين » .

* * *

= «بلى قد فعلت، ولكن قد غفر لك بإخلاص قوله لا إله إلا الله»، (انظر سنن أبي داود ٢ص ٨٦، ١٢٠، نيل الأوطار ٨ص ٣٢٠، التاج الجامع للأئول ٣ص٧٦) ورواه الحاكم بإسناد صحيح، ووافقه الذهبي ،(المستدرك ٤ص ٩٦).

(١) أخرج أحمد عن عبد الله بن الزبير عن النبي ﷺ أن رجلاً حلف بالله الذي لا إله إلا هو كاذباً فغفر الله له، قال شعبة: من قِبَلِ التوحيد. (مسند أحمد ٤ص٣ط أولى) .

المبحث الثاني
في
مشروعية اليمين وصيغته

اتفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء ، وأنها مشروعة لتأكيد جانب الصدق على جانب الكذب في إثبات الحقوق أو نفيها ، وهي تلعب دوراً عظيماً في المحاكم عند العجز عن تقديم الأدلة والبراهين ، يدل على ذلك الكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

أولاً : الكتاب :

ورد القسم في آيات كثيرة في القرآن الكريم ، فأقسم الله تعالى بالمخلوقات ، وأمر الرسول الكريم بالقسم في ثلاثة مواضع في القرآن ، قال تعالى : ﴿ وَيَسْتَنْبِؤُونَكَ أَحَقٌّ هُوَ ، قُلْ : إي وَرَبِّي إنَّه لَحَقٌّ ﴾ سورة يونس : الآية ٥٣ ، وقال تعالى : ﴿ قُلْ : بَلَى ورَبِّي لتَأتِيَنَّكُمْ ﴾ سورة سبأ ، الآية ٣ ، وقال تعالى : ﴿ قُلْ : بَلَى ورَبّي لتُبعَثُنَّ ، ثُمَّ لتُنَبّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ ﴾ سورة التغابن : الآية ٧ .

كما بين الله تعالى المؤاخذة بالأيمان ، وترتيب الآثار عليها فقال تعالى : ﴿ لا يُؤَاخِذُكُمْ اللهُ باللَغْوِ في أيْمانِكُمْ ، ولَكِنْ يُؤَاخِكُمْ بمَا عَقَّدْتُمُ الأيْمانَ ﴾ سورة المائدة ، الآية ٨٩ ، وحذر الله تعالى من اكتساب الأموال واغتصاب الحقوق بالأيمان فقال تعالى : ﴿ إنَّ الذينَ يَشترونَ بعَهْدِ اللهِ وأَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولئكَ لا خَلاَقَ لَهم في الآخِرَةِ ، ولا يُكَلِمُهُمُ اللهُ ولاَ يَنْظُرُ إلَيْهِمْ يَوْمَ القِيَامَةِ ، ولا يُزَكِّيهِمْ ، ولَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ سورة آل عمران ، الآية ٧٧ .

هذه الآيات الكريمة صريحة في مشروعية اليمين .

ثانياً : السنة :

وردت أحاديث كثيرة عن الرسول ﷺ في بيان مشروعية اليمين وأحكامها ، نقتصر على أهمها لوضوح دلالتها .

١ ـ أخرج البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « لو يُعطى الناسُ بدعواهم لادعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » ، وفي رواية البيهقي : « ولكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » (١) .

وجه الدلالة :

أن الحديث الشريف صريح في مشروعية اليمين على المدعى عليه لدفع الادعاء ، ونفي الاستحقاق ، ومنع القضاء بمجرد الدعوى .

٢ ـ أخرج البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه » (٢) .

وجه الدلالة :

الحديث صريح في مشروعية اليمين على المدعى عليه في القضاء .

٣ ـ أخرج الأئمة الستة عن الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومةٌ في بئر ، فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : « شاهداك أو يمينه » ، قلت إنه إذا يحلف ولا يبالي ، فقال رسول الله ﷺ : « من حَلَفَ على يمين يستحق بها مالاً ، وهو فيها فاجر ، لقى الله وهو عليه غضبان » فأنزل الله تصديق ذلك : « إنَّ الذِينَ يَشْتَرُونَ بعَهْدِ اللهِ وأَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً . . . ﴾ الآية ٧٧ من سورة آل عمران .

وفي رواية أخرى ، فقال لي عليه السلام : « ألك بينة ؟ قلت لا ، فقال عليه للسلام لليهودي : احلف » (٣)

---

(١) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ، محمد فؤاد عبد الباقي : ٢ ص ١٩٣ ، وسبق تخريجه في صفحة ٣٤ .

(٢) صحيح البخاري بحاشية السندي : ٢ ص ٥٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ ص ٣ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١٢٠ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ ص ٥٧١ ، سنن النسائي : ٨ ص ٢١٨ .

(٣) رواه الستة وأحمد والبيهقي والحاكم ، (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ص ٥٢ ، ٧١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٢ ص ١٥٨ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٧٣ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ ص ٤٨٨ ، ٨ ص ٣٤٥ ، مسند أحمد : ١ ص ٣٧٩ ، ٥ ص ٢١١ ط أولى ، المستدرك : ٤ ص ٢٩٤ ، السنن الكبرى : ١٠ ص =

وجه الدلالة :

أنه صريح في توجيه اليمين على المدعى عليه في الخصومة إذا لم يكن للمدعي بينة .

٤ ـ أخرج مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلاً من حضر موت ورجلاً من كندة اختصما إلىَ النبي ﷺ . . . فقال النبي ﷺ للحضرمي : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : **فلك يَمينه** ، قال : يا رسول الله إنه فاجر لا يبالي بما حلف ، ليس يتورع عن شي ء ، فقال : **ليس لك منه الا ذلك** » [١] .

وجه الدلالة :

صريح في توجيه اليمين على المدعى عليه ، وأنه ليس للمدعي إلا ذلك .

٥ ـ أخرج النسائي وأبو داود عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال لرجل حلفه : « احلف بالله الذي لا إله الا هو ما له عندك شي ء » [٢] .

وجه الدلالة :

ظاهر في طلب اليمين على نفي الاستحقاق .

ثالثاً ـ الإجماع :

كان الصحابة رضوان الله عليهم يحلفون في الدعاوي ، ويطلبون اليمين في القضاء لفصل المنازعات ، ولم يخالف مسلم في ذلك فكان إجماعاً ، وسارت الأمة على ذلك من سلفها إلى خلفها ، من عهد رسول الله ﷺ حتى يومنا الحاضر [٣] .

رابعاً ـ المعقول :

إن الأمور المادية عامة ووسائل الإثبات الظاهرة خاصة كالشهادة والإقرار والكتابة كثيراً ما تقف عند حد معين ، وتعجز عن الوصول إلى كنه الحقيقة في بعض الأشياء ، فلا يجد الإنسان

---

١٧٣ ، ١٧٨ ، نصب الراية : ٤ ص ٩٥ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣١٨ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤٠٧ ، إحكام الأحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص ٢٧٨ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٧٧٨) .

(١) سبق تخريجه في صفحة ١١٧ .

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٢ .

(٣) تبيين الحقائق ، الزيلعي : ٣ ص ١٠٧ .

مفراً من اللجوء إلى الأمور المعنوية التي تعتمد على الضمير والعقيدة والأخلاق ، ليستجليَ غوامض الأشياء ، ويستجدي عندها الطمأنينة واليقين ، واليمين أحد هذه الوسائل المعنوية ، فإن كثيراً من العلاقات تجرى بين أصحابها من غير حضور الشهود أو تهيئة البينات ، وقد يعجز المدعي عن إثبات حقه بالأدلة والبراهين ، ويحال بينه وبين ما يدعيه وتنقطع به الوسائل فيقف كليل الخاطر عن دعواه وطلب حقه ، ويستسلم إلى ذمة المدعى عليه ، ويركن إلى ضميره ، عسى أن تختلج أحاسيسه بالواقع ، وتنطق بصيحة الحق فيعترف به ، أو يحلف على بطلان دعوى المدعي ، فكانت اليمين مما يتطلبها العقل ، ويراها ضرورية في الإثبات لإنهاء الخلاف عند العجز عما سواها ، ويكون طالب اليمين والحالف قد قبلا الاحتكام إلى إشهاد الله تعالى على صحة دعواهما ، فإن كان الحالف صادقاً فقد دفع افتراء المدعي ، وخيب مطامعه ، واكتسب الأجر والثواب بذكر الله تعالى ، وحافظ على حقه من الضياع ، وإن كان كاذباً فقد ارتكب احدى الكبائر التي تستنزل غضب الله تعالى عليه في الدنيا والآخرة ، وقدم الباطل على الحق ، وتاجر بدينه لقاء ثمن بخس ومال زهيد [1] .

وقد شرع اليمين في الاثبات على المدعى عليه ابتداء لأن جانبه أقوى من جانب المدعي ، لأن الأصل فراغ ذمة المدعى عليه وبراءته مما يدعيه ، وأن الظاهر يؤيده فاكتفى فيه باليمين وهي الحجة الضعيفة لقوة جانبه ، وجعلت البينة على المدعي لضعف جانبه .

حكمة اليمين ومحاسنها :

اليمين ذات أثر ديني ودنيوي لما يترتب عليها من الأجر والثواب أو المحق والعقاب بالاعتبار الدياني ، ولما تفضى إليه من فض النزاع واكتساب الحق أو نفيه في الاعتبار القضائي . ويتجلى فيها أثر الوازع الديني ، وخشية الله تعالى ، لأن الحق أصبح معلقاً على ذمة الحالف وضميره ومبلغ ايمانه وعقيدته ، ولذلك شدد الشارع الحكيم في شأن الأيمان وحث على التثبت فيها قبل الحلف ، وأوعد الحالف كذباً بالهلاك والبوار والدمار في الدنيا ، والعذاب والنكال في الآخرة ، والنصوص صريحة في اعتبار اليمين الكاذبة كبيرة من الكبائر وأنها تغمس صاحبها في النار .

---

(١) الزواجر عن اقتراف الكبائر ، ابن حجر المكي الهيتمي : ٢ ص ١٥٢ ط ١ ، مكتبة الأزهرية عام ١٣٢٥ هـ ، وأخرج البخاري والترمذي والنسائي وأحمد والبيهقي والحاكم عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ أنه قال : « الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس » وسبق تخريجه في صفحة ٤١ .

أخرج مسلم والنسائي وابن ماجه وأحمد والشافعي عن أبي أُمامة « أن رسول الله ﷺ قال : من اقتطع بيمينه مالَ امرىء حرم الله عليه الجنة ، قيل له : وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله ؟ قال ﷺ وإن كان قضيباً من أراك »[1] .

وأخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من حَلَفَ يَميناً فَاجِرةً ليقتطعَ بها مالَ امرىء مسلم لقيَ الله تعالى وهو عليه غضبان»[2].

وأخرى البخاري واللفظ له والترمذي والنسائي وأحمد عن عبد الله بنْ عمرو قال: «جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ما الكبائر؟ قال الكبائِر الإشراك بالله وعقوقِ الوالدين وقتل النفس واليمين الغَموس، قلت: وما اليمين الغَموس؟ قال التي يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها كاذب»[3].

وحكمة مشروعية اليمين أن الإنسان يخبر عما في نفسه، ويتعشم من الآخرين أن يصدقوه في خبره ويقبلوا قوله، ولكن السامع يتردد في القبول والتصديق لتردد الخبر بين الصدق والكذب، فشرع الله تعالى اليمين ليترجح فيها جانب الصدق في الخبر على جانب الكذب اعتماداً على إيمان الحالف وعقيدته، وأنه جعل الله تعالى رقيباً وشاهداً على قوله، كما أن طالب اليمين يدعي أن الآخر أنكر حقه بجحوده فجعل الشرع اليمين تعويضاً له وإهلاكاً للحالف. إن كان كاذباً، فكان إهلاكُ النفس جزاءَ إهلاك المال، وإن كان الحالف صادقاً فلا تضره اليمين الصادقة إلا الثواب في ذكر الله تعالى والامتثال له في الحفاظ على حقه[4].

فاليمين تذكر الحالف سوء عاقبة الحلف كذباً فيحمله على الإقرار بالحق أو النكول عنه أو رد اليمين، ومن هنا شرع تغليظ اليمين لزيادة التخويف والزجر من جهة، ونُدِبَ وعظُ الحالف قبل اليمين من جهة أخرى، وقد ورد أن الله تعالى يعجل عقوبة الكاذب إذا حلف اليمين الغموس، فإنها تذر الديار بلاقع، روى البيهقي وعبد الرزاق عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس شيء أُطيعَ اللهُ فيه أعجلَ ثواباً من صلة الرحم، وليس شيءٌ

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٤١ .

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٥ عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه.

(٣) صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٤ ص ١٣٢، وانظر تخريجه في صفحة ٤١ .

(٤) المبسوط، السرخسي: ١٦ ص ١١٦، محاسن الإسلام، البخاري: ص ٦٦.

أعجلَ عِقاباً من البغي وقطيعة الرحم، واليمين الفاجرةُ تدع الديار بَلاَقع»[1].

قال ابن القيم: ومن فوائد اليمين تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب فيحمله ذلك على الإقرار بالحق، ومنها القضاء عليه بنكوله عنها، ومنها انقطاع الخصومة وإنهاء النزاع، ومنها إثبات الحق بها إذا ردت على المدعى أو أقام شاهداً واحداً، ومنها تعجيل عقوبة الكاذب المنكِر[2].

واليمين الكاذبة لا تسقط الحق في الباطن وحكم الديانة، أما إسقاطها للحق في الظاهر وحكم القضاء فقد اختلف الفقهاء فيه، وهو موضوع المبحث القادم إن شاء الله تعالى[3].

صيغ اليمين:

وتتضمن كيفية أداء اليمين كالحلف على البت ونفي العلم، والحلف على سبب الحق ومصدره أو على حاصله ونتيجته، ثم مطابقة الصيغة للجواب عن الدعوى، والنية في اليمين والتورية فيه، ويمين الكفار، والحلف على الطلاق، وغير ذلك من صيغ اليمين، ثم نذكر شروط اليمين.

تغليظ اليمين وهو أنواع:

١ - تغليظ اليمين باللفظ: اختلف الفقهاء في جواز تغليظ اليمين بأسماء وصفات الله تعالى التي تقتضي تعظيمه على قولين:

القول الأول:

يجوز تغليظ اليمين بأسماء وصفات الله تعالى.

---

(١) السنن الكبرى: ١٠ ص ٣٥، ٣٦، ومنتخب كنز العمال: ٦ ص ٤٥٩، وفيه أحاديث كثيرة بهذا المعنى، مطبوع على هامش مسند الإمام أحمد الطبعة الأولى.

(٢) الطرق الحكمية: ص ١١٢.

(٣) حكم اليمين التكليفي: الأصل في اليمين عامة أنها مكروهة عند الشافعية لقوله تعالى: ﴿ولا تَجْعَلُوا اللهَ عُرضَةً لأيْمانِكُمْ أنْ تَبَروا وتَتَقُوا وَتصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ﴾ سورة البقرة ٢٢٤، ولأنه ربما يعجز الحالف عن الوفاء بها، أو يندم على حلفها ولذا ورد في الأثر الحلف حنث أو ندم، وقال الإمام الشافعي: ما حلفت بالله صادقاً ولا كاذباً قط »وقد تخرج عن الأصل فتكون حراماً في الحلف على حرام أو ترك واجب، ومكروهة في ترك طاعة، وواجبة إذا توقف عليها فعل واجب أو ترك حرام، ومباحةً في توكيد الكلام وفي الأيمان الصادقة في الدعوى، وقال الحنفية اليمين بالله لا تكره كيمين اللغو وتقليلها أولى من تكثيرها كما تعتريها الأحكام الأخرى، (انظر: قليوبي على المحلى ٤ ص ٢٧٣. تبيين الحقائق: ٣ ص ١٠٧).

ذهب إلى ذلك المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والامامية[1]، وصيغة التغليظ عند المالكية هي «بالله الذي لا إله إلا هو» وعند غيرهم «بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية» ونحو ذلك.

القول الثاني

لا يجوز تغليظ اليمين، ويكتفي بلفظ الجلالة فقط.

ذهب إلى ذلك ابن حزم الظاهري[2].

واستدل على قوله بأن لفظ الجلالة يتضمن كل معاني الترغيب والترهيب وأن الآيات الكريمة اقتصرت على لفظ الجلالة «فيقسمان بالله» «وأقسموا بالله» فلا تجوز الزيادة عليها، وقد ثبت عن النبي ﷺ مثله حيث قال: «من كان حالِفاً فلْيَحلِف بالله أو ليَصْمُت» فهذا نص يبطل الزيادة، كما ورد عن بعض الصحابة رضي الله عنهم الاستحلاف بالله فقط، وهو ما روي عن عثمان وزيد وأبي موسى وكذلك عن عمر بن عبد العزيز.

واستدل أصحاب القول الأول على جواز تغليظ اليمين بالأحاديث الشريفة، منها:

١ ـ فقد أخرج أبو داود والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال لرجل: «احلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء»[3] يعني للمدعي.

٢ ـ روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فسأل النبي عليه الصلاة والسلام الطالب البينة، فلم تكن له بينة، فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو، فقال رسول الله ﷺ بلى قد فعلت ولكن غفر الله لك بإخلاص لا إله إلا هو»[4].

٣ ـ روى ابن قدامة أن عمر رضي الله عنه قال لأبيّ: «والله الذي لا إله ألا هو إن النَخْل لنَخلي، وما لأبيّ فيها شيء»[5].

---

(١) المبسوط: ١٦ ص ١١٩، البدائع: ٦ ص ٢٢٧، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٢، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٧، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٨، مغني المحتاج: جـ ٤ ص ٤٧٢، الوجيز: ٢ ص ١٥٩، شرح المحلى: ٤ ص ٣٤٠، تبصرة الحكام: ١ ص ١٨٤، الروضة البهية: ١ ص ٢٤٥.

(٢) المحلى، له: ٩ ص ٣٨٥.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٢ وانظر: نيل الأوطار ٨ص٣٢٠، سنن أبي داود٢ ص٢٧٩ط الحلبي، مختصر سنن أبي داود ٥ ص ٢٣٤.

(٤) سنن أبي داود: ٢ ص ٧٦، نيل الأوطار: ٨ ص ٣٠٠.

(٥) المغني، ابن قدامة: ٩ ص ٤٩٥.

فهذه الأحاديث صريحة النص في جواز التغليظ باللفظ، ولا تعارض بينها وبين الآيات والأحاديث الأخرى التي تقتصر على الحلف بلفظ الجلالة فقط.

الاختيار:

ويظهر ترجيح قول الجمهور لقوة الأدلة التي استندوا إليها في النص على التغليظ، ولأن اليمين شرعت للزجر عن التعدي والوقوف عند الحد، ولا شك أن زيادة الصفات في القسم تشعر بالخوف والوجل من الإقدام على اليمين الكاذبة، وتذكر الإنسان من غفلته وماران على قلبه من صدأ الحياة، وغشاوة المادة وجشع المال، وقد ثبت تغليظ اليمين في الحديث الشريف فيما أخرجه النسائي وأبو داود، وشاع استعماله بين الصحابة، ولا تعارض بين أحاديث الاقتصار على لفظ الجلالة، وأحاديث التغليظ، لحمل الأولى على الوجوب، والثانية على الندب أو الإباحة.

غير أن الجمهور اختلفوا في حكم التغليظ هل هو مباح أم مندوب؟

قال الحنفية والحنابلة والزيدية[1]: إن التغليظ باللفظ مباح، فيجوز التغليظ ويجوز تركه، وذلك عائد إلى القاضي حسب المدعى به، فيغلظ فيما له خطر كأحكام الأبدان، وكثير المال دون قليله، وحسب حالة المدعى عليه فإن كان يخاف الاجتراء على الله تعالى باليمين الكاذبة فلا يغلظ عليه، وإن كان ممن لا يتحاشى الحلف كاذباً غلظ عليه، وقالوا أيضاً إن التغليظ موقوف على إرادة الحالف، فإن حلف بالله وامتنع عن التغليظ بالصفات لا يعد ناكلاً، لأنه قد بذل الواجب عليه فيجب الاكتفاء به، واستدلوا بالأحاديث السابقة فبعضها ورد باللفظ فقط وبعضها جاء بالتغليظ.

وقال المالكية والشافعية والإمامية[2] إن تغليظ اليمين باللفظ مندوب في أحكام الأبدان وفي الأموال الكثيرة وهي نصاب الزكاة فصاعداً عند الشافعية، ونصاب السرقة عند المالكية

---

(١) المبسوط: ١٦ ص ١١٩، البدائع: ٦ ص ٢٢٧، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠١، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٥٩، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٣، لسان الحكام: ص ٢٣، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٦، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٧، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٨، التاج المذهب: ٤ ص ٣٢.

(٢) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٢، الاقناع وحاشية البجيرمي عليه: ٤ ص ٣٣٨، القواعد، الزركشي: ق ٢٩٠ أ، الوجيز، الغزالي. ٢/١٥٩، الحاوي: ١٢ ق ١٤٢ أ، شرح المحلى: ٤ ص ٣٤٠، أحكام القرآن، ابن العربي: ٢ ص ٧١٧، تبصرة الحكام: جـ ١ ص ١٨٤، الروضة البهية: ١ ص ٢٤٥، حاشية قليوبي: ٤ ص ٢٤٠، تبصرة الحكام أيضاً: ١ ص ٣٠٠.

والإمامية، كما يندب تغليظ اليمين في المال القليل إن رأى القاضي جر أة في الحالف، فإن حلف وامتنع عن التغليظ اعتبر ناكلاً.

واستدلوا بالأحاديث السابقة أيضاً وأن الشارع اهتم بالمال الكثير، ورتب له أحكاماً خاصة في التشدد بالإثبات، وفي الزكاة والسرقة وغيرها، وأن اليمين وضعت للزجر، والتغليظ أشد زجراً.

الاختيار

والناظر في أقوال الطرفين يرى الاتفاق بينهما، وأن التغليظ جائز في الأحكام الهامة والأموال الكثيرة وحسب حالات الأشخاص، واتفقوا على ترك ذلك إلى حرية القاضي وتقديره ولا شك أن القاضي إذا رأى الحاجة إلى التغليظ، وطلبه من الحالف، فيجب عليه أن يحلف.

ونرى تقييد التغليظ حسب حالات المدعى عليه والمدعى به معاً، وتفويض ذلك إلى القاضي حسب ما يراه من حالة الحالف وورعه وتقواه وصلاحه، وقيمة المدعى به بأن لا يكون تافهاً، فإذا رأى القاضي مناسبة للتغليظ فتعتبر **اليمين وحدة كاملة**، فإن أقسم الحالف بلفظ الجلالة، وامتنع عن التغليظ اعتبرنا كلاً عن اليمين، ولا عبرة لقسمه، كما يقول أصحاب القول الثاني، وذلك حفاظاً على هيبة القضاء ومكانة القاضي، وأن المباح والمندوب إذا أمر به الحاكم صار واجباً كما يقول الفقهاء، وهذا رأي ابن مفلح الحنبلي ونقله عن الشيخ تقي الدين[1]، حيث قال: وإلا لم يكن في التغليظ زجر قط، وتمكن كل أحد من الامتناع منه لعدم الضرر عليه في ذلك، وانتفت فائدته».

وتظهر فائدة التغليظ وحكمته في أن اليمين موضوعة للزجر عن التعدي، فشرع التغليظ مبالغة وتأكيداً للردع، وأنه أبلغ وأكمل في منع اليمين الكاذبة أو الإقدام عليها، وتنبيها للحالف على استدفاع مضاره واجتلاب منافعه، كما أن أخلاق الناس مختلفة، وطبائعهم متباينة، فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ، ويتجاسر إذا حلف بالله فقط، ومنهم من يتورع عن اليمين الصادقة فكيف باليمين الكاذبة، وهذا يعود تقديره إلى القاضي.

٢ ـ التغليظ في الزمان والمكان:

التغليظ في الزمان هو بأن تكون اليمين بعد صلاة العصر، لأنه وقت تعظمه أهل الأديان، وعند الحنابلة بعد صلاة العصر أو بين الآذان والإقامة، لأنه وقت يرجى فيه إجابة الدعاء فيترجى

(١) النكت والفوائد، ابن مفلح جـ ٢ ص ٢٢٢، ٢٢٣.

فيه معالجة الكذب.

والتغليظ في المكان يكون بين المقام والركن في مكة، وعلى المنبر في مسجد المدنية المنورة، وعند المنبر أو فوقه في سائر البلدان كمدينة الرسول ﷺ، ويحلف أهل الذمة في الأماكن التي يعظمونها.

وقد اختلف الجمهور القائلون بجواز تغليظ اليمين في الألفاظ اختلفوا في تغليظ اليمين في الزمان والمكان على قولين:

القول الأول:

أن التغليظ بالزمان والمكان جائز، وهو مذهب الشافعية والإمامية والحنابلة في رواية، والمالكية في قول أيده التسولي[1].

القول الثاني:

أن التغليظ في الزمان والمكان غير جائز، وهو مذهب الحنفية والحنابلة في رواية وبعض الزيدية وأيده الشوكاني.

وقول عند المالكية بعدم الجواز في الزمان فقط.

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على جواز تغليظ اليمين في الزمان والمكان بالكتاب والسنة والآثار والقياس[2].

أولاً: الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُما مِنْ بعدِ الصَّلاةِ فيُقْسِمان باللهِ﴾ سورة المائدة، الآية ١٠٦.

---

(١) (انظر: الأم: ٧ ص ٣٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٨، تبصرة الحكام: ١ ص ١٨٦، القوانين الفقهية: ص ٣٣٥ ط بيروت).

(٢) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٣، الحاوي: ١٢ ق ١٣٦ أ، القواعد، الزركشي، ق ٢٩٠ أ، الأم: ٧ ص ٣٣، الإفصاح: ص ٤٤٢، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٧، تبصرة الحكام: ١ ص ١٨٥، الروضة البهية: ١ ص ٢٤٥، البهجة في شرح التحفة: ١ ص ١٥٠، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٣، المهذب: ٢ ص ٣٢٣، المحرر: ٢ ص ٢٢٠، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٨، الطريقة المرضية، جعيط: المادة ١٣٦، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٣٧، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢٣٧، النكت والفوائد، ابن مفلح: ٢ ص ٢٢٠، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٦.

وجه الدلالة:

صريح في القسم بعد الصلاة، وهي صلاة العصر كما قال ابن عباس وشريح والشعبي وسعيد بن جبير وقتادة والنخعي وعكرمة ومحمد بن سيرين، وقال المفسرون لأنه وقت اجتماع الناس ولأنَ أهل جميع الأديان يعظِمون ذلك الوقت، أو لأنها كانت معهودة للحلف عندها، وكان أهل الحجاز يقعدون للحكومة بعدها، فهو وقت معظم في النفوس، وقيل لأنه وقت اجتماع ملائكة الليل والنهار، والحلف بعد صلاة العصر سواء كان الحالف مسلماً أو ذمّياً، وقال السُدي: يستحلف الذمي بعد صلاة أهل دينه وملته، قال القرطبي: الآية أصل في التغليظ[1].

ثانياً السنة:

استدلوا على جواز التغليظ في المكان بما روي عن الرسول ﷺ من التشديد والوعيد والتهديد بالحلف كذباً على منبره ﷺ.

١ ـ ما رواه البيهقي ومالك وأحمد وأبو داود والنسائي عن جابر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لا يحلفُ أحدٌ على يَمين آثِمةٍ عند منبري هذا ولو على سِواكٍ أخضرَ إلا تَبوأ مقعده من النار، أو وَجَبَت له النار»[2].

وجه الدلالة:

أن الحديث صريح في جواز التغليظ بالحلف في المكان، وهو في الحديث مسجد رسول الله ﷺ وحول منبره، ويقاس عليها بقية المساجد والمنابر لأنها أماكن للعبادة والتعظيم.

٢ ـ رُوي أن عبد الرحمن بن عوف رأى قوماً يحلفون بين البيت والمقام فقال: أعلى دَم؟

---

(١) تفسير ابن كثير: ٢ ص ١١٢، أحكام القرآن لابن العربي: ٢ ص ٧١٦، تفسير القرطبي: ٦ ص ٣٥٣، تفسير الخازن: ١ ص ٤٩٦، تفسير النسفي: ١ ص ٤٩٦ على هامش الخازن، تفسير الطبري: ٧ ص ١١٠.

(٢) أخرجه مالك وأبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم والذهبي وغيرهم، وعند النسائي برجال ثقات: من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة يستَحِل بها مالَ امرىء مسلم فعليه لعنةُ الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً.

(انظر: السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٦، سنن أبي داود: ٢ ص ٧٤، نيل الأوطار: ٨ ص ٣٢٠، ٣٢٢، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢، المستدرك: ٤ ص ٢٩٧، الموطأ: ص ٤٥٣، بدائع المنن: ٢ ص ١٤٤)، قال ابن حجر: اسناده منقطع، وروى عبد الرزاق من رواية سعيد بن المسيب أن معاوية أحلف مصعب بن عبد الرحمن بن عوف وغيره بين الركن والمقام على دم، (انظر: التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٧٩).

قالوا: لا، قال أفَعلى عَظيم من المال؟ قالوا: لا، قال: لقد خَشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام[1].

وجه الدلالة:

أن سيدنا عبد الرحمن بن عوف لم ينكر عليهم اليمين في ذلك المقام، بل أنكره على غير الدم والمال العظيم، وهذا لا مجال للرأي فيه فيثبت له حكم المرفوع.

٣ ـ أخرج البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «ثَلاثةٌ لا يكلِمُهم اللهُ ولا يَنْظرُ إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذابٌ أليم، رجلٌ على فضل ماء بالفَلاةِ يمنعهُ من ابن السَبيل، ورجلٌ بايعَ الإمام لا يُبايعه إلا للدنيا فإن أعطاه منها وَفَى، وإن لم يعطه لم يُوفِ له، ورجلٌ باع سلعةً بعد العصر فحَلَفَ بالله لأخذها بكذا وكذا فصدقَه، وهو على غير ذلك»[2].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ اعتبر اليمين بعد العصر أشدَ في النكال والعذاب والإثم من غيرها، فدل على اعتبار هذا الوقت مناسباً للتغليظ.

ثالثاً ـ الآثار:

فقد ثبت عن جَماعة من الصحابة تغليظ اليمين في الزمان والمكان فيما أخرجه البيهقي[3]:

١ ـ عن عطاء أن رجلاً قال لامرأته «حَبْلُك على غَارِبك مراراً، فأتي به عمر بن الخطاب فاستحلفه بين الركن والمقام».

٢ ـ روى المهاجر بن أمية قال كتب إليّ أبو بكر الصديق أن أبعثَ له نَفيس بن مُلَوِّح في وِثاق فبعثت به فأحلفه في قتل على المنبر خمسين يميناً.

---

(١) رواه الشافعي والبيهقي: السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٧.

(٢) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٢ ص ٣٤، ٧٢، مختصر صحيح مسلم: ٢ ص ١٤، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٢٠، سنن النسائي: ٧ ص ٢١٦، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٥ ص ٢١٨، نيل الأوطار: ٨ ص ٣٢٠، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٤٣، ذخائر المواريث: ٤ ص ٢، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٤٤.

(٣) السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٦.

٣ - وروي أن عمر بن الخطاب توجهت عليه اليمين في حكومة كانت بينه وبين أبي بن كعب **فحلف على المنبر** ثم وهب له الأرض بعد ذلك.

٤ - روي أن عثمان توجهت عليه اليمين وهو على المنبر في اربعين ألف درهم فدفع المال وقال أخاف أن يوافق قدر فيقال بيمين.

٥ - روى أبو مليكة قال كتبت إلى ابن عباس في جاريتين ضربت إحداهما الأخرى فكتب إليّ أن **أحلفهما بعد العصر**، واقرأ عليهما: ﴿ إنَّ الذينَ يَشْتَرُونَ بعَهْدِ اللهِ وأيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أولئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ في الآخرَةِ ولا يُكَلِمُهُمْ اللهُ ولا يَنْظُرُ إلَيْهم يَوْمَ القِيامةِ ولا يُزَكِّيهِمْ، ولَهُمْ عَذَابٌ أليمٌ﴾ آل عمران: ٧٧.

فهذه الآثار ظاهرةٌ وصريحةٌ في التحليف على المنبر، وبين الركن والمقام وبعد صلاة العصر، فتدل على جواز التغليظِ في الزمان والمكان.

وقال الماوردي[1]: هذا ما اتفق عليه كبار الصحابة: أبو بكر وعمر وعثمان وزيد وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس: قولاً وعملاً ولم يعرف لهم مخالف فثبت أنه إجماع.

واعترض عليه بأن زيد بن ثابت امتنع عن اليمين على المنبر في خلافه مع ابن أبي مطيع عند مروان بن الحكم، وهذا دليل خلافه لهم، وعدم انعقاد الإجماع.

والجواب عنه أن زيداً امتنع ليوفيَ الدين المختلف فيه، ولو لم ير التغليظ على المنبر لأنكره على مروان صراحة، فدل على أنه لم يخالف الإجماع.

رابعاً - القياس:

قاسوا التغليظ بالزمان والمكان على التغليظ باللفظ، والتغليظ في العدد في القسامة واللعان، بجامع أن كلاً منهما فيه معنى الزجر، فكما جاز التغليظ في القسامة واللعان بالعدد، وجاز التغليظ بالألفاظ في غيرهما، فيجوز التغليظ بالزمان والمكان. والتغليظ بالزمان والمكان أشدُ في الزجر فكان استعماله أجدر وأولى[2].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على عدم جواز تغليظ اليمين في الزمان والمكان وعدم

---

(١) الحاوي: له: ١٢ ق ١٣٦ ب.

(٢) قال الحنابلة والشافعية في قول والإمامية والمالكية: إن التغليظ بالزمان والمكان مستحب، فإن أبى أن يحلف فيه عدّ ناكلاً، وقال الحنابلة في قول، والحنفية في قول غير معتمد إنه مباح، (انظر: حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٩، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٣، تبصرة الحكام: ١ ص ١٨٥، ١٨٦، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٢، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٧، الروضة البهية: ٢ ص ٢١٣، بداية المجتهد: جـ ٢ ص ٥٠٦).

فأولاً: السنة:

فما ثبت في الحديث المشهور عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «واليمين على من أنكر» وفي رواية «واليمين على المدعى عليه».

فالحديث دل على اليمين مطلقاً ولم يقيده بزمان أو مكان.

ويعترض عليه بأن الحديث هنا مطلق، ثم يقيد بحديث آخر فيجمع بينهما.

ثانياً: الأثر:

أخرج البخاري ومالك والشافعي والبيهقي أن ابن أبي مطيع وزيد بن ثابت اختصما إلى مروان بن الحكم وكان والياً على المدنية، فتوجهت اليمين على زيد، فأمره مروان أن يحلف على المنبر، فجعل زيد يمتنع ويحلف بالله إن حقه لحق، فقال مروان: لا والله إلا عند مقاطع الحدود، فامتنع، فجعل مروان يعجب من ذلك»(٢).

وجه الدلالة:

أن زيد بن ثابت امتنع عن الحلف على المنبر، ولو كانت واجبة لما امتنع.

ويعترض عليه أن التغليظ بالزمان والمكان جائز، ويرجع تقديره إلى القاضي، وليس واجباً حتى يلتزم به المسلم، وأن امتناع زيد ليس لعدم مشروعية اليمين على المنبر، وإنما ليدفع الحق لصاحبه، بدليل أنه لم ينكر التحليف على المنبر.

ثالثاً: القياس:

١ ـ قياس اليمين على البينة بجامع أن كلاً منهما وسيلة للإثبات، فكما أن البينة لا يغلظ فيها بزمان ومكان فكذلك اليمين.

٢ ـ قياس المال الكثير على المال القليل بجامع أن كلاً منهما حق مدعى به، فكما لا

---

(١) المبسوط: ١٦ ص ١١٩، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٤، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٥٩، الإفصاح: ص ٤٤١، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٠، نيل الأوطار: ٨ ص ٣٢٢، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٣٨، البهجة في شرح التحفة: ١ ص ١٥٠، تكلمة فتح القدير: ٦ ص ١٧٧.

(٢) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١٦١، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٧٧، توفي زيد في سنة ٥٤ هـ، الموطأ: ص ٤٥٣، بدائع المنن: ٢ ص ٢٣٨.

يشترط التغليظ في اليمين لثبوت المال القليل، فكذلك لا يشترط في المال الكثير وغيره.

ويعترض عليه بأنَّ الشهادة تكون بحق على غير الشاهد، فارتفعت التهمة عنها واستغنت عن الزجر، وعند التهمة في الشهادة يفرق بين الشهود، أو يحلف الشاهد عند المتأخرين، وعند زيادة التهمة تردَّ شهادته أصلاً، فكذلك التغليظ في اليمين قد يؤدي إلى توقفها

أما المال القليل فيكتفى بالزجر فيه باليمين لقلة الطمع فيه بخلاف المال الكثير، والشارع الحكيم فرق بين المال الكثير والمال القليل في وجوب الزكاة، وحد السرقة وغيرهما وأن غير المال شدّد فيه بالإثبات فامتنع القياس[1].

رابعاً: المعقول:

قالوا إن الأزمنة والأمكنة كلها سواء، وأن التغليظ يعطل أعمال القضاة، ويؤخر الفصل في المنازعات، ويؤدي إلى الحرج على القضاة، والحرج مرفوع في الشريعة.

وقالوا: إن الأدلة التي استدل بها المجيزون ليس فيها ما يدل على جواز التغليظ، لأنها واردة في تعظيم ذنب الحالف على منبره ﷺ، وكذلك تعظيم ذنب الحالف بعد العصر، وهذا لا يدل على وجوب إجابة الحالف للطالب في ذلك الزمان أو ذلك المكان، وإن ثبت مدلولها فإنها زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ فلا يعمل بها، ولم يثبت إجماع الصحابة لخلاف زيد فيه[2].

ويعترض عليه بأنه قد ثبت قطعاً تفضيل بعض الأمكنة على بعض، وتفضيل بعض الأزمنة على أخرى، وأن التحليف فيهما، وإن أخر عمل القاضي، فلا يؤثر ما دام يوصل إلى الحق[3].

الرأي الراجح:

والراجح جواز التغليظ في الزمان والمكان لقوة أدلة القائلين به، وأنها صريحة في الدلالة على مشروعية ذلك، ويؤيد ذلك الحكمة من التغليظ عامة أنه وضع للزجر والمنع، ولا شك أن عقوبة اليمين الفاجرة بعد العصر أو فوق المنبر أغلظ وأشد، فيشرع التغليظ فيها رجاء نكول

---

(١) الحاوي: الماوردي: ١٢ ق ١٣٦ ب.

(٢) تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٢.

(٣) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام: ١ ص ٤٤.

الكاذب وعدم الإقدام على اليمين الغموس، وقد وردت نصوص كثيرة في تعظيم وتقديس بعض الأماكن فلا ينكر أحد قدسية الأماكن الواردة في الأحاديث وأنها تحتل مكانةً سامية في النفوس، وتحظى بالهيبة والوقار في قلوب الناس، وأن الله تعالى أحاطها بالرعاية والعناية، وحفّها بالملائكة، ويلتمس الناس فيها أو بجوارها زيادة الأجر والثواب، ورجاء استجابة الدعاء، والخوف من غضب الله تعالى، وتتجلى خشية الإنسان لله تعالى بجوارها، فلا يقدم على ما يخالف أوامره ويجلب عقابه.

وكذلك فإن بعض الأوقات خصّها الشارع الحكيم بمزيد من الاهتمام مثل «بعد صلاة العصر» فتجتمع فيه ملائكة الليل والنهار، وأنها المقصودة بالذكر في المحافظة عليها في قوله تعالى: ﴿حافِظُوا عَلَى الصَّلَواتِ والصَّلاَةِ الوُسْطَى﴾ سورة البقرة الآية ٢٣٨، وقوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ فَيُقْسِمَان باللهِ﴾ سورة المائدة ١٠٦، وهي المصرح بها في الحديث الصحيح «ورجل باع سلعة بعد العصر فحلف بالله».

ومشروعية تغليظ اليمين في الزمان والمكان تتقيد في الحالات العظيمة، والوقائع الخطيرة، وتختلف باختلاف الأشخاص، كما سبق بيانه في التغليظ باللفظ، فتوضع القواعد والضوابط فيها، ويخول القاضي سلطة تقديرها وتطبيقها.

اليمين بالطلاق:

تبين مما سبق أن اليمين المشروعة لا تكون إلا بلفظ الجلالة «الله» لأن القسم للتعظيم والزجر والتخويف، ولا يجوز تعظيم شيء آخر أو الزجر به أو التخويف منه، وبالبحث رأينا بعض المتأخرين يحلفون بالطلاق أمام القضاء، وقد اختلف الفقهاء في القسم بالطلاق في إثبات الحقوق وإنهاء الخصومات أمام القاضي على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن اليمين بالطلاق غير جائز مطلقاً.

ذهب إلى ذلك الشافعية والمتقدمون من الحنفية وهو المفتى به عندهم، والزيدية والأباضية والإمامية[1]، وقالوا إن اليمين بالطلاق حرام، لأن اليمين لا تكون إلا بلفظ الجلالة «الله» ولأن القسم للتعظيم والزجر والتخويف، ولا يجوز تعظيم شيء آخر أو الزجر به أو التخويف منه، وإن طلبه الخصم فلا يجبه القاضي، لأنه حرام.

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٤٢ ب، تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٣٠١، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٣، الدر المختار: ٥ص ٥٥٥، البحر الزخار: ٤ص٤٠٨، الروضة البهية: ١ص ٢٤٥، شرح النيل: ٦ص ٧١٣.

القول الثاني:

أن اليمن بالطلاق جائزة إذا طلبها الخصم وألح فيها، أو كان الحالف لا ينزجر إلا بها.

ذهب إلى ذلك المتأخرون من الحنفية وبعض المالكية وقول عند الأباضية[1]. واستندوا في رأيهم إلى فساد الزمان، وقلة المبالاة بالحلف بالله والتساهل فيه، لأن الغرض من اليمين إظهار الحق، وكثير من الناس يقدمون ويتساهلون في اليمين بالله تعالى ولو كانوا كاذبين، ولا يقدمون على الحلف بالطلاق إلا إذا كانوا صادقين فيجوز الحلف بالطلاق لمسيس الحاجة إليه، وأن اليمين بالطلاق تنعقد، لما ورد في الأثر «ملعون من حلف بالطلاق وحلف به» فلو لم يصر حالفاً لما تحقق الوعيد[2].

ويعترض على الاستدلال بأن الخطأ والانحراف والعادات الفاسدة وعدم المبالاة بالحلف بالله، وتجرؤ هم على القسم به كذباً لا يعالج بانحراف واعواجاج وارتكاب لمحرم، لما ورد فيه من الوعيد الشديد والتهديد الكبير في الحلف والتحليف به.

القول الثالث:

أن الحلف بالطلاق جائز للتغليظ.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية ومنهم ابن عاصم[3].

واستندوا إلى قول عمر بن عبد العزيز: تَحدثُ للناس أَقضيةٌ بقدرِ ما أحدثوا من الفجور، وأن الحاجة ماسةٌ إليه لدفع أشد الضررينَ.

ويعترض عليه أن التغليظ لا يكون بالمحرم، وأن أشد الضررين هو في التحليف بالطلاق لما يترتب عليه من التحريم وغيره، وأن الأموال أخف ضرراً من الابضاع.

---

(١) محاسن الإسلام: البخاري: ٧٠، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٣، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٥٩، تكلمة فتح القدير: ٦ ص ١٧٥، لسان الحكام: ص ٢٧، شرح النيل: ٦ ص ٧١٣ البهجة في شرح التحفة: ١ ص ١٥٠.

(٢) اختلف القائلون به عند النكول عن اليمين بالطلاق فقال بعضهم لا يحكم عليه بالنكول لأنه لا يجب عليه اليمين بالطلاق أصلاً، وقال آخرون يحكم عليه بالنكول وإلا فلا فائدة منه. (انظر: حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٥، البهجة في شرح التحفة: ١ ص ١٥٠).

(٣) المقدمات الممهدات، ابن رشد الجد (٥٢٠ هـ): ٢ ص ٦١، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢٣٧، تبصرة الحكام: ١ ص ١٨٥، مسالك الدلالة، أبو الفيض: ص ١٧٣، البهجة في شرح التحفة: ١ ص ١٥٠. وقال المالكية: وإذا حلف بالطلاق أدب، ويلزم الحالف ما حلف عليه لحديث «ثلاثٌ جِدُهن جِد وهزلهن جِد النكاح والطلاق والرجعة، رواه ابو داود والترمذي وابن ماجه، ولحديث الطبراني عن فُضالة بن عبيد ان رسول الله ﷺ قال =

الرأي الراجح :

والذي يتبين لنا أنه لا يجوز الحلف بالطلاق في المنازعات والخلافات كما قال الجمهور ، وأن الحلف به أو طلبه حرام ولا يجوز للقاضي أن يوجهه إلى الخصم ، لما يترتب عليه من الضرر الكبير بايقاع الفرقة بين الزوجين ، إن حلف كاذباً ، وهو ضرر أشد من غيره ، وأن أثر اليمين تتعدى من الحالف إلى غيره وهو غير جائز ، وقد وردت أحاديث كثيرة تمنع التحليف بالطلاق والعبث به ، ولا يجوز للقاضي أن يطلب الحلف من المدعى عليه أو من المدعي بالطلاق وإلا عدّ جاهلاً .

قال الإمام الشافعي رحمه الله : متى بلغ الإمام أن قاضياً يستحلف بالطلاق والعتاق والنذر عزله عن الحكم ؛ لأنه جاهل ، وقال ابن عبد البر : لا أعلم أحد من أهل العلم يرى الاستحلاف بذلك [1] .

يمين الكافر :

اتفق الفقهاء على أن الكافر يحلف بالله كالمسلم [2] ، لأن الكفار لا ينكرون وجود الخالق من جهة ، ولعدم جواز تعظيم غير الله من جهة أخرى ، وقد ورد في الحديث الشريف ما يدل على منع الحلف بغير الله مطلقاً نقتصر على أهمها :

١ ـ أخرج أبو داود والترمذي وأحمد بسند حسن والحاكم عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « منْ حلفَ بغير الله فقد أشرك » [3] .

٢ ـ أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن عبد أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من حلف بغير ملة الإسلام فهو كما قال. . . »[4].

= ثلاث لا يجوز اللعب فيهن النكاح والطلاق والعتق . (انظر : مسالك الدلالة : ص ١٧٤ ، الفتح الكبير : ٢ ص ٤٣ ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٤ ص ٣٦٢ ، سنن أبي داود : ١ ص ٥٠٦ ط الحلبي ، المستدرك : ٢ س ١٩٨) .

(١) مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٧٣ ، الاقناع للخطيب الشربيني : ٤ ص ٣٣٨ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٨ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٣٠٢ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢١٣ ، المبسوط : ١٦ ص ١٢٠ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٨٤ ، الحاوي : ١٢ ق ١٣٨ ب ، حاشية البجيرمي : ٤ ص ٣٣٨ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٥٦ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٢٢ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٨ ـ البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٨ ، التاج المذهب : ٤ ص ٣٢ .

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٢١.

(٤) صحيح البخاري وحاشية السندي : ٤ ص ٤٠ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٢٠١ ط الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٥ ص ١٤٧ ، سنن النسائي : ٧ ص ٦ ، التاج الجامع للأصول : ٣ ص ٧٤ ، سنن ابن ماجه : ١ ص =

٣ ـ اخرج مسلم والنسائي وأبو داود عند عبد الرحمن بن سمرة عن النبي ﷺ قال: « لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت»[١].

٤ ـ أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي : عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ من حلف منكم باللات فليقل لا إلهَ إلا الله ، ومن قال لصاحبه تعال أقامرك فليتصدق » [٢] .

٥ ـ أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وأحمد عن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : ألا إن الله عز وجل ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليَحلِف أو ليصمُت » [٣].

فهذه الأحاديث الشريفة نص صريح في تحريم الحلف بغير الله ، وكذلك التحليف فلا يجوز لمسلم أن يطلب من كافر أن يحلف بغير الله ، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يحلف غير المسلم إلا بالله تعالى .

ثم اختلف الفقهاء في تغليظ اليمين على الكافر على قولين :

القول الأول :

أن اليمين على الكافر تغلظ بالزمان والمكان واللفظ فيغلظ على اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ، وعلى النصراني « بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى » وعلى المجوسي« بالله الذي خلق النار » وعلى الدهري والزنديق « بالله الذي خلقه ورزقه » ويغلظ عليهم بالزمان في الأوقات التي يعظمونها كبعد صلاة العصر فهو مُعظّم عند جميع الأديان ، وفي أماكن العبادة التي يقدسونها وإلا فلا .

= ٦٧٨ .

(١) صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ ص ١٠٨ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١٩٩ ، سنن النسائي : ٧ ص ٧ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٧٨ .

(٢) صحيح البخاري وحاشية السندي : ٣ ص ١٢٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ ص ١٠٧ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١٩٨ ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٥ ص ١٣٦ ، ١٥٠ ، سنن النسائي : ٧ ص ٧ ، التاج الجامع للأصول : ٣ ص ٧٤ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٧٨ .

(٣) اللؤلؤ والمرجان : ٢ ص ١٧٠ ، وسبق تخريجه في صفحة ٣٢١، وأخرج النسائي في (سننه : ٨ ص ٢١٩) عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : رأى عيسى عليه السلام رجلاً يسرق ، فقال له : أسرقت ؟ قال : لا ، والله الذي لا اله إلا هو، قال عيسى عليه السلام : آمنت بالله ، وكذبت بصري ، (وانظر : سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٧٩) .

ذهب إلى ذلك الشافعية والمالكية والحنابلة والإمامية (١) .

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول :

أما السنة :

فقد أخرج مسلم وأبو داود وابن ماجه عن البراء بن عازب أن رسول الله ﷺ قال لعبد الله ابن صوريا الأعور : « أَنشُدُكَ باللهِ الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هكذا ؟ » وفي لفظ آخر لأبي داود تغليظ أشد ، وعبارات أكثر (٢) .

وجه الدلالة :

الحديث صريح في تغليظ اليمين على اليهودي ، والنصراني والمجوسي مثله ، ويزاد عليهما بما يتفق مع عقيدتهما دون أن يخالف ما يعتقد المسلم .

وأما المعقول :

فإن الغرض من التغليظ زجر الحالف عن الباطل ، والرجوع إلى الحق ، وإرهابه بما يُجل ويعتقد ، ليكون ذلك رادعاً عن الظلم والعدوان .

والتغليظ بالزمان والمكان يقاس على التغليظ باللفظ ، بجامع الزجر في كل منهما ، ويقاس على التغليظ بهما على المسلم بجامع التعظيم والتقديس للزمان والمكان عند كل منهما .

القول الثاني :

أن اليمين على الكافر تغلظ باللفظ فقط ، ولا تغلظ بالزمان والمكان .

ويكون التغليظ باللفظ بالعبارات التي قال بها الجمهور ، ولا يغلظ على الكافر بزمان

---

(١) شرح المحلى على المنهاج : ٤ ص ٣٦ ، مغنى المحتاج : ٣ ص ٣٧٧ ، تبصرة الحكام : ج ١ ص ١٨٤ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٢١ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٣ ، وهذه رواية الواقدي عن مالك ، والمشهور عند المالكية أن الكتابي يقول كالمسلم « بالله الذي لا إله الا هو » ولا يكون ذلك ايماناً منه ، ولا يزاد عليه الصيغة السابقة ، انظر تبصرة الحكام : ١ ص ١٨٤ ، شرح الخرشي : ٧ ص ٢٣٧ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ ص ٢٠٩ ، سنن أبي داود : ٢ ص ١٢١ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٨٥٥ ذخائر المواريث : ١ ص ٩٩ ، نصب الراية : ٤ ص ١٠٢ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣٢٠ ، وأنشُدُكم أي أسألكم وأقسم عليكم بالله » .

معين ولا بمكان معين كالكنائس والبيع وبيت النار . وهو مذهب الحنفية وبعض الزيدية [1] .

واستدلوا على الاقتصار بالتغليظ باللفظ بحديث ابن صوريا السابق ، واستدلوا على عدم التغليظ بالمكان بأن ذلك تعظيم لهذه المواضع والمسلم منهى عن تعظيمها ، وممنوع من حضورها ، وفي الذهاب إليها حرج على المسلم أولاً ، والقاضي ثانياً .

الحلف على البت ونفي العلم [2] :

اليمين المشروعة يجب أن تكون جازمة لا مجال فيها للتردد والظن والتخمين حتى تحسم النزاع وتنهي الخلاف .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشخص يحلف على البت والقطع على فعل نفسه [3] ، سواء أكان إثباتاً أم نفياً ، لأن الإنسان العاقل يُدرك جميع تصرفاته ويحيط بجميع أعماله ، ويعلم ما له وما عليه من الحقوق والواجبات ، فيكون يمينه قاطعاً بدون تشكك فيه ، فيقول في بيعه أو شرائه : والله لقد بعت ، أو اشتريت ، ويقول في عدم بيعه أو عدم شرائه والله ما بعت أو ما اشتريت .

والدليل على ذلك ما رواه أبو داود والنسائي عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال لرجل حلفه : « قل والله الذي لا إله إلا هو ما له عندي شي ء » [4] .

فالحديث صريح في الحلف على البت ، وهو القطع ، على فعل نفسه [5] .

---

(١) بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٨ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٣٠٢ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢١٤ ، مجمع الانهر : ٢ ص ٢٦٠ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣٢٣ ، وقال الحنفية في رواية بعدم ذكر النار في يمين المجوسي ، ويستحلف بالله خالصاً ، والوثني لا يحلف إلا بالله : انظر : تكملة فتح القدير : ٦ ص ١٧٦ .

(٢) الحلف على البت أي على القطع فيحلف بالله ما له علي شي ء ، ويحلف في نفي العلم أنه لا يعلم كذا .

(٣) كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٦ ، المغنى : ١٠ ص ٢٠٧ ط القاهرة ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٢٠ ، الوجيز : ٢/١٥٩ ، القواعد ، الزركشي : ق ٢٨٩ أ ، الاشباه والنظائر ، السبكي : ق ١٣٢ ب ، المهذب : ٢ ص ٣٢٣ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٧٤ ، الاقناع : ٤ ص ٣٣٧ ، حاشية الشرقاوي : ٢ ص ٥١١ ، شرح المحلى : ٤ ص ٣٤٠ ، الطريقة المرضية ، جعيط : م ١٣٤ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٦ ، التاج المذهب : ٤ ص ٣٤ ، الروضة البهية : ١ ص ٢٤٦ ، شرائع الاسلام : ٢/٢١٤ ، المختصر النافع : ص ٢٨٢ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٨٤ .

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٢ .

(٥) خالف هذا الاتفاق النخعي والشعبي فقالا بالحلف على العلم في نفي فعله ، كما يحلف على نفي فعل غيره ، واستدلا بما رواه احمد عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ أنه قال « لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على ما لا يعلمون » . ويرد عليهما بأن الانسان يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا ، كما افترقت =

أما إذا كانت اليمين على فعل غيره ، فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال .

القول الأول :

أنه يحلف على فعل غيره على سبيل القطع في الإثبات ، ويحلف على نفي العلم في النفي ، فالإثبات مثل أن يدعي أنه أقرض أو باع وأن لمورثه على فلان ديناً ، والنفي مثل أن يحلف أنه لا يعلم على مورثه شيئاً ، فيقول : والله لا أعلم أنه مدين .

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة والإباضية والمالكية (١) .

واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول .

أما السنة :

فقد أخرج أبو داود عن الأشعث بن قيس أن رجلاً من كِندة ورجلاً من حضر موت اختصما إلى النبي ﷺ في أرض من اليمن ، فقال الحضرمي يا رسول الله ، إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا ، وهي في يده ، قال هل لك من بينة ؟ قال لا ، قال : ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه » (٢) .

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ أقره على تحليفه بعدم العلم على غصب أبيه ، وهو صريح في الحلف على نفي العلم في فعل الغير .

وأما المعقول :

فإن الشخص يحلف على القطع والبت في فعل الغير فيقول والله إنه باع وإنه اشترى ، لأن حالات الإثبات يستطيع الإنسان الاطلاع عليها وإدراكها ، ويسهل الوقوف عليها ، وإن كان فعل الغير نفياً فإنه يحلف على نفي العلم مثل يمين الوارث على نفي علمه أن مورثه لم

= الشهادة فانها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود ، وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب ، وعلى نفي العلم فيما لا تمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غيره ، والحديث السابق محمول على اليمين على نفي فعل الغير ، (انظر : المغني ، لابن قدامة : ج ١٠ ص ٢٠٧ ط القاهرة) .

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٣٩ ب ، المغنى : ١٠ ص ٢٠٧ ط القاهرة ، شرح النيل : ٦ ص ٥٨٤ ، المهذب : ٢ ص ٣٢٣ ، قوانين الأحكام الشرعية ، ابن جزىء ص ٣٣٤ .

(٢) سنن أبي داود : ٢ ص ٧٤ ، ١٢١ .

يستقرض أو لم يقض دينه ، أو أن أباه لم يغصب مال المدعي ، لتعذر التواتر الموجب للعلم في نفي الفعل ، ولأن أخبار الآحاد تفيد الظن .

والضابط عندهم : « أن كل يمين على البت إلا على نفي فعل الغير »[1] .

القول الثاني :

أن الشخص يحلف على نفي علمه في فعل غيره مطلقاً سواء كان إثباتاً أو نفياً .

وهو مذهب الحنفية والزيدية والإمامية وقول النخعي والشعبي[2] .

واستندوا في ذلك إلى السنة والمعقول .

فأما السنة :

فما ثبت في الصحاح أن النبي ﷺ حلف اليهود في قصة القسامة « بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً » .

وجه الدلالة :

أن اليمين كانت على عدم العلم في فعل الغير .

ويعترض عليه بأن الحديث في نفي فعل الغير ، وليس فيه ما يدل على إثبات فعل الغير ، وهو مما يمكنه العلم به .

وأما المعقول :

فقالوا إن الإنسان لا يحيط علماً بفعل غيره ، ولا يدرك حقيقة تصرفاته ، ولذلك يحلف على نفي العلم .

ويعترض عليه بأن إثبات فعل الغير الذي حضره وشاهده يحيط به ويدركه بحواسه ، فيحلف فيه على البت والقطع .

القول الثالث :

أن الشخص يحلف على البت والقطع على فعل الغير مطلقاً إثباتاً ونفياً .

---

(١) مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٧٤ ، القواعد ، الزركشي : ق ٢٨٩ ، الاشباه والنظائر ، السبكي : ق ١٢٢ ب .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٥٢ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢١٧ ، المغنى : ١٠ ص ٢٠٧ ط القاهرة ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٥ ، التاج المذهب : ٤ ص ٣٤ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٤ ، المختصر النافع : ص ٢٨٢ .

ذهب إلى ذلك ابن أبي ليلى [1] ، وقال إن نفي فعل الغير كالإثبات وفعل الغير إثباتاً ونفياً ، كنفي فعل نفسه ، والشخص يحلف على نفي فعل نفسه بالبت والقطع ، فكذلك يحلف على فعل غيره بالبت والقطع .

الراجح :

ويظهر ترجيح القول الأول لقوة أدلته ، وصراحة دلالة الأحاديث فيه ، وأنها لا تتعارض مع الأحاديث الأخرى ، فيحلف على البت والقطع في إثبات فعل غيره ، لإمكان الإحاطة والعلم بذلك ، ويحلف على نفي العلم في فعل غيره لعدم إمكان الإحاطة بها .

ولا يشترط علم اليقين في اليمين على البت والقطع سواء كان على فعله أو على فعل غيره، فيجوز الحلف بالظن المؤكد الذي يحصل له من خطه أو من خط أبيه أو من قرينة حال كنكول خصمه أو بقيام شاهد له على الدعوى أو إخبار ثقة عدل له على حقه[2].

اليمين على السبب والحاصل[3] :

إن محل الإثبات يمكن أن يكون حقا مجردا ، سواء كان له سبب ولم يذكره، أو لم يكن له سبب كالملك المطلق والدين في الذمة، ويصح أن يكون مصدَر الحق وسببه كالبيع والشراء، والدعوى تكون على الحق وتكون على السبب، وجواب المدعى عليه يكون على إنكار الدعوى ونفي الحق أو نفي السبب.

وقد اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية على أن اليمين تكون حسب الجواب في الدعوى[4]، فإذا كان الجواب على الحاصل وهو الحق

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٣٩ ب .

(٢) المغني : ٩ ص ١٥٣ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٤٧٤ ، الوجيز : ٢ ص ١٩٢ ، شرح المحلي وحاشية قليوبي : ٤ ص ٣٤١ ، احكام الأحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص ٢٧٧ ، القواعد ، الزركشي : ق ٢٩١أ ، الأشباه والنظائر ، السبكي : ق ١٢٤أ ، شرح الخرشي : ٧ ص ٢٣٩ .

(٣) الحاصل في اللغة : الحاصل من كل شيء ما بقي وثبت وذهب ما سواه، وفي الاصطلاح الحاصل هو صورة انكار المنكر، (البحر الرائق : ٧ ص ٢١٤)، ونصت (المادة ١٧٤٩) من المجلة فقالت : اليمين : إما بالسبب أو بالحاصل وهو أن اليمين بوقوع خصوص أو بعدم وقوعه يمين بالسبب، واليمين ببقائه وعدم بقائه يمين بالحاصل، مثلا اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد أصلا هي يمين بالسبب، وأما اليمين ببقاء العقد إلى الآن أو بعدم بقائه فهي يمين بالحاصل، (انظر : مرآة المجلة : ٢ ص ٤٧٢).

(٤) كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٩ ، المهذب : ٢ ص ٣٢٤ ، الحاوي : ١٢ ق ١١٣٩ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٤ ، =

المجرد أو مطلق الملك دون النظر إلى سببه فتكون اليمين واردة على نفي الاستحقاق عنده، مثل أن يحلف على عدم الزواج القائم الآن في دعوى النفقة أو النكاح، وعدم البيع القائم الآن، ولا يحلف على عدم الزواج سابقا أو عدم البيع، لأنه يحتمل أن يكون الزواج قد وقع فعلا، وأن البيع قد انعقد، ولكنهما انحلا أو بطلا أو فُسخا أو انتهى حكمهما بسبب من الأسباب. وإذا ألزمنا الحالف اليمين على السبب السابق ثم ادعى الايفاء والبطلان والفسخ فإنه يصبح مدعيا بذلك ويكلف بالإثبات فيتضرر منه، ومثال آخر: إذا ادعى عليه أنه باعه أو غصبه أو أودعه أو اقترض منه، فأجابه ما لَكَ عليّ حق ولا تستحق علي شيئا كان جوابا صحيحا ويحلف عليه، ولا يكلف الجواب عن الغصب وغيره لجواز أن يكون قد غصب منه أو باعه أو أودعه ثم رده.

وإذا كان الجواب على السبب بأنه ما باع ولا اشترى ولا اقترض ولا غصب فيحلف على السبب فيقول: والله ما باع أو والله ما اشترى...

ثم اختلف الحنفية في جواب الدعوى، فقال الإمام أبو حنيفة ومحمد إن الجواب يصح أن يكون على السبب وأن يكون على الحاصل، وقال أبو يوسف إن الجواب يكون على المدعى به، في دعوى السبب، وهو السبب، والحلف على السبب نفسه[1]، واتفقوا في حالات:

١ ـ إذا كان الجواب على السبب وكان المحلوف له يتضرر من ذلك، فيحلف المدعى عليه على السبب باتفاق الإمام وصاحبيه كدعوى المدعي شفعة الجوار ونفقة المبتوتة، إذا كان الخصم لا يراهما لكونه شافعيا، فإن حلف على الحاصل تضرر المدعي لصدق حلفه على الاستحقاق في معتقده.

٢ ـ إذا كان الجواب عن السبب، وعرّض المدعى عليه للقاضي بأن يقول: قد يبيع الإنسان شيئا ثم يقيل، فيحلف على الحاصل عند الإمام وصاحبيه.

٣ ـ إذا كان السبب لا يرتفع برافع بعد ثبوته فيحلف على السبب باتفاق أيضا كادعاء العبد

= المختصر النافع: ص ٢٨٢، الروضة البهية: ١ ص ٢٤٦، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٦، التاج المذهب: ٤ ص ٣٥، القوانين الفقهية: ص ٣٠٦، حاشية ابن عابدين: ٥ص ٥٥٦، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٤، تكملة فتح القدير: ٦ س ١٧٧.

(١) تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٧٨، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٤، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٦؛ ٥٥٧، وقد جاء المثال في الحلف على النكاح عند أبي حنيفة لاحتمال أنه فرّع على قولهما في جواز التحليف فيه، أو لاحتمال انه كان مع النكاح دعوى مال.

المسلم على مولاه بالعتق، وقال فخر الإسلام: إن التحليف مفوض إلى القاضي في جميع ذلك[1].

واليمين على السبب أقوى من اليمين على الحاصل وأوكد منها، ولكن اليمين على الحاصل أعم لجواز وقوع الحاصل من سبب آخر.

ترتيب ألفاظ اليمين:

أما ترتيب ألفاظ اليمين وتركيب صيغته النهائية التي ينطق بها الحالف، ويقع عليها القسم، فإنها ترجع إلى مراعاة الأحكام السابقة في اللفظ والصيغة والتعظيم وإلى موضوع الدعوى والجواب عليها والحكم المترتب على ذلك، وعلى القاضي بناء على النظر في الدعوى أن يرتب صيغة اليمين بحيث تؤدي إلى النتائج المتوخاة منها بأن تطابق إنكار الحالف مع السؤال الذي توجه به الخصم والقاضي اليه[2].

النية في اليمين:

يفرق الفقهاء في أحكام النية في اليمين بين حالتين:

الأولى: إذا طلب اليمين شخص ليس له على المطلوب منه حق اليمين، أو أقدم الحالف على القسم من نفسه اختياراً فيجوز له أن يوري في يمينه، بأن يقصد منه غير المعنى المتبادر من الألفاظ، أو ينوي فيها خلاف الظاهر. والدليل على ذلك مارواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إنما الأعمال بالنيات وإنّما لكل امرىء ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يُصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر اليه »[3].

ولأنَّ هذه اليمين صادرة من الحالف اختياراً وطوعا ولم يُلزم بها من حاكم أو قاض أو غيره

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٧، ٥٥٨، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٤، ٢١٥ تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٧٨.

(٢) الوجيز: ٢ ص ١٥٩، المغني: ٩ ص ٢٤٣، كشاف القناع: جـ ٤ ص ١٩٩، ٢٨٩.

(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، انظر صحيح البخاري بشرح السندي: ٤ ص ١٠٧، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٣ص ٥٣، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٥ ص ٢٨٣، جامع العلوم والحكم: ص ٥، سنن النسائي: ٧ ص ١٢، الترغيب والترهيب: ١ ص ٥٧، سنن ابن داود: ١ ص ٥١٠ ط الحلبي، سنن ابن ماجه: ٢ ص ١٤١٣.

ممن له ولاية التحليف [1].

وحكى القاضي عياض الإجماع على أنَّ الحالف من غير استحلاف ومن غير تعلق حق بيمينه له نيته ويقبل قوله، وأما إذا كان لغيره حق عليه فلا خلاف أنه يحكم عليه بظاهر يمينه، ويستدل على جواز التورية بماروى أحمد وابن ماجه والحاكم عن سويد بن حنظلة أنه قال: خرجنا نريد رسول الله ﷺ ومعنا وائل بن حُجْر فأخذه عدو له فتَحرّج القوم أن يحلفوا، وحلفت أنه أخي فخلي عنه فأتينا رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال أنت كنت أبرَّهم وأصدقَهم، صدقت المسلمُ أخو المسلم [2] »ويجوز التعريض لأنها غير واجبة عليه من جهة، ولتجنب الوقوع في الكذب. قال رسول الله ﷺ: «إن في المعَاريض لمندوحة من الكذب» [3]. وقال عمر رضي الله عنه: «في المعاريض ما يغني المسلم عن الكذب»، وقال ابن عباس رضي الله عنه: «ما أحب بمعارض الكلام حُمرُ الوحش» [4].

الحالة الثانية: إذا كانت اليمين موجهة من القاضي أو نائبه، في قطع النزاع فإن اليمين تكون على نية القاضي المحلف، وعلى القصد الذي عقده عليها وذلك باتفاق الفقهاء [5]. والدليل على ذلك السنة والمعقول.

السنة:

أخرج مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «اليمينُ على نِية المستَحلفِ» وفي رواية «يَمينك على ما يصدقك به صاحبك» [6].

---

(١) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٥، كشاف القناع: ٤ ص ١٤٤.

(٢) قال الحاكم في المستدرك صحيح الاسناد، وأيده الذهبي(المستدرك ٤ ص ٢٩٩)، ورواه أبو داود في سننه بسند صالح (٢ ص ٢٠٠ ط الحلبي، نيل الاوطار: ٨ ص ٢٢٥، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٧٨، سنن ابن ماجه: ١ ص ٦٨٥).

(٣) رواه ابن عدي في الكمال، والبهيقي في السنن عن عمران بن حصين، انظر (الفتح الكبير: ١ ص ٤٠١)، وعنون به البخاري (انظر: صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ٥٨).

(٤) مغني المحتاج: ٤ ص ٢٣١.

(٥) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٥، الاقناع: ٤ص ٣٣٨، شرح النيل: ٦ص ٧١٢، حـ٢ص ٤٧٩، البحر الزخار ٤ ص ٢٤٣، التاج المذهب ٣ص ٤١٢+جـ ٤ص ٣٦، منتهى الارادات: ٤ص ٢٢٥، شرح المحلي: ٤ص ٣٤١، القواعد، الزركشي، ق ٢٩٠ب، القوانين الفقهية: ص ٣٣٤ط بيروت، نهاية الأحكام في بيان ما للنية من الأحكام، أحمد الحسيني: ص ١٣٧.

(٦) صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص ١١٧، سنن أبي داود: ٢ ص ٧٥، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٨٧، المستدرك: ٤ ص ٣٠٣، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٢٦، الفتح الكبير: ٣ ص ٤٣٦، السنن الكبرى: ١٠ ص =

وجه الدلالة:

الحديث صريح وواضح في كون اليمين على نية المستحلف ، قال عياض وهو محمول على استحلاف القاضي[1].

المعقول:

لو كانت اليمين الواجبة على نية الحالف لبَطلت فائدة الأيمان في القضاء، وضاعت الحقوق، وتمكن كل شخص من تأويل يمينه والتهرب من مضمونها دون مأثم أو مغرم.

وقد صرح النووي بانعقاد الإجماع على كون اليمين القضائية على نية المستحلف وهو القاضي أو نائبه ، أو من كانت له ولاية التحليف[2]، فلو ورّى الحالف في يمينه بأن نوى خلاف ظاهر اللفظ أو تأوّل بأن اعتقد خلاف نية القاضي لم يدفع إثم اليمين الكاذبة، لأن اليمين شُرعت ليَهاب الخصم الإقدام عليها ، ولأن اللجوء إلى التورية أو التأويل أو الاستثناء يبطل حق المستحق، وهو لا يجوز ، فلا تصح التورية.

شروط اليمين:

نستخلص من كتب الفقه شروط اليمين القضائية، والشروط نوعان شروط متفق عليها، وشروط مختلف فيها.

النوع الأول: الشروط المتفق عليها:

= ٦٥، النهاية في غريب الحديث: ٣ ص ٣٠٢، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٧٨، أي يجب عليك أن تحلف له على ما يصدقك به إذا حلفت ، سنن ابن ماجه: ١ ص ٦٨٦، مسند احمد: ١٢ ص ٨٦.

(١) شرح النيل: ٢ ص ٤٧٩.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم: ١١ ص ١١٧ ، واشترط الشافعية والاباضية والحنابلة على كون اليمين على نية المستحلف شرطين: ١ ـ أن لا يحلفه بالطلاق والعتاق. ٢ ـ أن لا يكون القاضي ظالما أو الوالي جائراً في طلب اليمين، فإن حلفه بالطلاق أو علم من نفسه أنه على الحق جازت التورية ويصح أن تكون اليمين على نيته لأن اليمين تكون غير فاجرة، وروى الترمذي عن النخعي أنه قال: إذا كان المستحلف ظالما فالنية نية الحالف ، واذا كان المستحلف مظلوما فالنية نية الذي استحلف، ولكن هذا الشرط الأخير يطلق الحبل على غاربه ويترك الأمر مضطربا، لأن الحق المدعى به، والذي عجز الخصم عن اثباته بالشهود والكتابة والقرائن وغير هالا يعلمه إلا طرفا النزاع، وإسناد النية إلى ذمة الحالف وفتح الباب أمامه بالتورية يعني الاستسلام إلى هواه والاعتماد على ورعه وتقواه بشكل كامل ورفع الحكم القاضي في كون اليمين على نيته، واعتمادا بأن إثم اليمين الفاجرة غير واقع .

(انظر : مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٥، حاشية قليوبي: ٤ ص ٣٤١، شرح النووي على مسلم: ١١ ص ١١٧، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٨٨، كشاف القناع: ٤ ص ١٤٤).

١ ـ أن يكون الحالف بالغاعاقلا مختارا فلا يحلف الصبي والمجنون ولا تعتبر يمين النائم والمكره.

٢ ـ أن يكون المدعى عليه منكرا لحق المدعي ، فإن كان مقرا فلا يحلف لأنه يصدق بإقراره بدون يمين، ولأن الإقرار يرفع الخلاف والمنازعة فلا يبقى محل لليمين، أما اذا أنكر فإنه يحلف ليرفع عن نفسه تهمة الكذب.[١].

٣ ـ أن يطلب الخصمُ اليمين من القاضي ، وأن يُوجِهها القاضي إلى الحالف[٢]، فإن حلف المدعى عليه اليمين الأصلية قبل طلب المدعي فلا تقبل ، ويجب إعادتها، والدليل على ذلك ما رواه البيهقي وأبو داود والترمذي في حديث ركانة بن يزيد أنه طلّق امرأته البتة ثم أتى النبي ﷺ فقال: إني طلقت امرأتي البتة، والله ما أردتُ إلا واحدة ،فأعاد الرسول ﷺ اليمين عليه وطلبها منه وقال: «والله ما أردتَ إلا واحدة، فقال رُكانة والله ما أردت إلا واحدة[٣] وإذا حلف المدعي اليمين المردودة قبل نكول المدعى عليه ورده اليمين فلا تقبل، وإذا طلبها الخصم وحلفها الآخر قبل توجيه القاضي لها فلا تقبل، لأن القاضي هو الحكم، وهو الذي يصحح اليمين، ويركب ألفاضها بحيث تؤدي إلى المطلوب، وتكون على نيته، كما استدل الفقهاء على حق طالب اليمين من الحديث الشريف «لكَ يمينهُ » واللام للملك، «واليمين على من أنكر »ولفظ« على » تفيد الوجوب . ويستثنى بعض الحالات التي يوجهها القاضي بدون طلب الخصم مثل يمين التهمة ويمين الاستظهار[٤]، فيوجِهُها القاضي من تلقاء نفسه للتثبت من الأدلة . هذا في حقوق العباد، أما في حقوق الله تعالى فإن القاضي يوجه اليمين ـ فيما يجوز فيه اليمين ـ بدون طلب لعدم وجود مدع فيها أصلا.

٤ ـ أن تكون اليمين شخصية ، بأن تتصل بشخص الحالف مباشرة[٥]، فلا يحلف إنسان

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٣٣٤ ط بيروت، مواهب الجليل: ٦ ص ١٢٩، التاج والاكليل: ٦ ص ١٢٩، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٤٦، حاشية قليوبي على شرح المنهاج: ٤ ص ٣٠٥، حواشي العلامتين على تحفة المحتاج: ١٠ ص ١٥٢، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٠١، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٦٣، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٢.

(٢) كشاف القناع: ٤ ص ١٩٨، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٨، تبصرة الحكام: ١ ص ٤٦، شرح منتهى الارادات: ٤ ص ٢٨٣، فيض الاله المالك: ٢ ص ٣٤٤، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٣، مواهب الجليل: ٦ ص ١٣٠، منح الجليل: ٤ ص ١٧٤، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٤٦.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٢.

(٤) انظر حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٨، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٣.

(٥) شرح المحلي وحاشية قليوبي: ٤ ص ٣٠٨، ٣٤٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٦، ٢٨٩، حاشية ابن عابدين : =

عن غيره، ولا تجوز فيها النيابة، لأن اليمين موكول فيها الأمر إلى شخص الحالف وذمته وضميره فيقرر الواقعة أو الحق المحلوف عليه بحسب صلتها ونسبتها إلى نفسه مراعيا رقابة الله تعالى، ومستشعرا هيبته وجلاله، ومستحضرا عظمته وأنه يعلم السر وأخفى، ولذلك لا يحلف الوكيل أو المحامي عن موكله، ولا يحلف الولي أو الوصي اليمين عن الصغير، قال البهوتي: «ويقف الأمر إلى أن يكلف فيقر أو يحلف أو يقضى عليه بالنكول[1].

٥ ـ أن لا يكون المدعى به حقا خالصا لله تعالى كالحدود، فإنه لا توجه فيها اليمين باتفاق الفقهاء[2].

٦ ـ أن يكون المدَعى به مما يحتمل الإقرار به شرعا من المدعى عليه، لأن كل دعوى يتوجه فيها الجواب بحيث لو أقر الخصم بالحق لزمه، يجوز الاستحلاف عليه[3]، للحديث الشريف «واليمين على من أنكر» فجميع الحقوق التي يجوز الاقرار بها يجوز للمنكر أن يحلف عليها، أما الحقوق التي لا يجوز الإقرار بها فلا توجه فيها اليمين، فلا يحلف الوكيل والوصي والقيم لأنه لا يصح إقرارهم الذي يتعدى إلى الغير، ولا يحلف متولي الوقف.

وزاد الإمام أبو حنيفة على هذا الشرط والحنابلة في رواية أن يكون المدعى به مما يحتمل البذل بالإضافة إلى كونه مما يحتمل الإقرار، فلا توجه اليمين في النسب غير المقترن بالمال ولا في النكاح والرجعة والفيء وغيرها، لأن هذه الحالات لا يصح فيها البذل والإباحة[4].

النوع الثاني: الشروط المختلف عليها:

١ ـ فقدان البينة أو العجز عنها: اختلف الفقهاء في اشتراط العجز عن البينة لتوجيه اليمين على قولين:

= ٥ ص ٥٣٤، المادة ١٧٤٥ من المجلة، شرح الخرشي: ٧ ص ٢١٤، الوجيز: ٢ ص ١٦٠، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٦.

(١) كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٩.

(٢) قال الحصكفي في الدر المختار: والحاصل أن المفتى به التحليف في الكل إلا الحدود، انظر: حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٤٨٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٥).

(٣) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٦، الدر الثمين، الشرنبلالي: ق ٢١٢ب، الرسائل الزينية، ابن نجيم: ق ١٠أ، شرح المحلي وحاشية قليوبي: ٤ ص ٣٤١، رد المحتار ابن عابدين: ٤ ص ٤٨٥ + جـ ٥ ص ٥٥٢.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٢، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٣٤٣ ط جديدة، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٩، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٦، ٢٢٧، الدر الثمين: ق ٢١٣ أ، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٦، الطرق الحكمية: ص ١١٠، ١٢٠.

القول الأول:

لا يشترط فقدان البينة، ولا يشترط العجز عن إحضارها، ذهب إلى ذلك الشافعية[1].

فلو كانت البينة حاضرة سواء في مجلس الحكم أو في بلد القضاء أم كانت غائبة عن مجلس القضاء وبلد الحكم، وسواء صرح المدعي بوجود البينة أم سكت أم صرح بنفيها وطلب اليمين من المدعى عليه فيصح ويجوز له تحليفه، واستندوا على أن اليمين حق للمدعي بلفظ الحديث «لك يمينه» وأنها واجبة على المدعى عليه بلفظ الحديث «واليمين على من أنكر»، ولأن المدعي له غرض صحيح بطلب اليمين لاحتمال أن يقر المدعى عليه فيستغني المدعي عن إقامة البينة، وان حلف فيجوز للمدعي أن يقيم البينة، ويظهر كذب المدعى عليه في اليمين.

القول الثاني:

يشترط في توجيه اليمين أن يكون المدعي عاجزا عن البينة أو فاقدا لها.

ذهب إلى ذلك الحنفية، والمالكية والحنابلة[2].

فإذا كانت البينة حاضرة في مجلس القاضي فلا يصح تحليف المدعى عليه باتفاق الامام وصاحبيه لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضور البينة، وإذا كانت البينة غائبة عن المصر الذي فيه القاضي فيصح للمدعي أن يحلف خصمه باتفاق الامام وصاحبيه، للتيسير عليه وعلى خصمه في رفع المؤونة والانتظار. وإذا كانت البينة غائبة عن مجلس القاضي، ولكنها حاضرة بالمصر الذي هو فيه فلا يصح له تحليف خصمه، ولا يجيبه القاضي إلى طلبه، بل يكلفه إحضار البينة، وهو قول الامام أبي حنيفة، وقول محمد في رواية، وقال أبو يوسف ومحمد في رواية ثانية، والحنابلة يصح التحليف ويجيبه القاضي إلى طلبه[3]، ولا يطلب إحضار البينة

---

(١) حاشية قليوبي وعميرة: ٤ ص ٣٠٥، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٦٣، ط ١٩٦٧، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٠١، تحفة المحتاج: ١٠ ص ١٥٤، حاشية الجمل: ٥ ص ٣٥٤.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٦، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٤، المبسوط: ١٦ ص ١١٧، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٠، القوانين الفقهية: ص ٣٣٥ ط بيروت، مواهب الجليل: ٦ ص ١٣٠، منح الجليل: ٤ ص ١٧٤، حاشية الدسوقي: ١٤٦، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٨، ١٩٩، منتهى الارادات: ٤ ص ٢٨٥.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٠، منتهى الارادات: ٤ ص ٢٨٤، المبسوط: ١٦ ص ١١٧.

لوجوب اليمين على المدعى عليه وحق المدعي بها، ولأن له غرضاً في التحليف وهو دفع مؤونة المسافة والتوصل إلى حقه بإقراره أو بنكوله، وتقاس على حالة غياب البينة خارج المصر.

واستدل الحنفية والحنابلة المالكية على اشتراط العجز عن البينة لصحة التحليف بما يلي:

١ ـ قال رسول الله ﷺ في قصة الأشعث بن قيس وفي قصة الحضرمي والكندي: «ألك بينة» قال لا، فقال لك يمينه وفي رواية: «بينتك والا فيمينه» وعندما احتج بفسق الحالف قال «ليس لك إلا ذلك».

والحديث صريح في أن ثبوت حق المدعي في اليمين مرتب على عجزه عن إقامة البينة، لأنه ذكر اليمين بعد العجز عن البينة.

٢ ـ إن الاستحلاف في حضور الشهود يؤدي إلى هتك حرمة المسلم إذا أقيمت البينة بعد حلفه، ونحن مأمورون بحفظ أعراض المسلمين وكرامتهم وحرماتهم.

٣ ـ واستدل أبو حنيفة على اشتراط عدم البينة في بلد القاضي أن البينة في البلد كالبينة الحاضرة في مجلس القاضي بجامع القدرة على إقامتها في كل منهما.

٤ ـ اذا كانت البينة حاضرة ليس له أن يطلب اليمين ثم يقيم البينة، ولكنه يطلب إحداهما، أي البينة أو تحليف خصمه، لحديث «شاهداك أو يمينه، و «أو» للتخيير، فلا يجمع بينهما، ولأن اليمين بدل فلا يجمع بينهما وبين بدلها كسائر الأبدال (١).

ويبدو للناظر ترجيع قول الحنفية والمالكية وللحنابلة في اشتراط العجز عن البينة لصحة تحليف المدعى عليه لقوة أدلته فإن الرسول ﷺ لم يطلب اليمين إلا بعد السؤال عن البينة، فإن فقدت البينة، أو عجز صاحبها عن إحضارها، أو وجد صعوبة تؤدي إلى المشقة والحرج، فيجوز طلب اليمين، كما يبدو ترجيح قول الامام أبي حنيفة في قياس البينة الحاضرة في بلد القاضي على الحاضرة في مجلسه لإمكان المدعي إحضارها دون حرج ولا مشقة، وعدم عجزه عنها، أما قبول البينة بعد اليمين فقد أفردنا له بحثا خاصا.

الشرط الثاني المختلف فيه: الخلطة:

اشترط المالكية والإباضية في قول لصحة الاستحلاف في الأموال إمكان الخلطة بين

---

(١) منتهى الارادات: ٤ ص ٤٨٥.

المتخاصمين[1]، حتى لا يتطاول السفهاء على ذوي الفضل والمكانة ويأخذوهم إلى المحاكم ويطلبون منهم اليمين وإلا حكم عليهم بالنكول. وعبر بعض المالكية عنها بتحقيق الدعوى قبل اليمين، واشترطوا في غير المال وجود شاهد واحد حتى يصح توجيه اليمين، وذلك في كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين كالطلاق والرجعة والخلع والآجال، والإحصان والشركة والوكالة والوصية والنسب والإسلام والردة، وقال بذلك فقهاء المدينة السبعة والاصطخرى من الشافعية، لأن قرائن الحال إذا شهدت بكذب المدعي لم يلتفت إليه، واليمين إنما تشرع عند ظهور رجحان جانب المدعي وإن احتمل كونه مبطلاً وإلا فلا تحليف[2].

ويستثنى من اشتراط الخلطة أو وجود الشاهد لصحة التحليف أرباب الصناعات فيما بينهم وبين عمالهم، وأهل التهمة والعداوة والظلم، والتجار وأصحاب الأسواق والضيف والغريب في الوديعة والوصية بالدين عند الموت ودعوى الورثة على مدين مورثهم[3].

ولم يشترط أحد من فقهاء المذاهب الأخرى هذا الشرط، وهو ما رجحه العلامة محمد الأمير المالكي في «المجموع» وقال بعدم اشتراط الخلطة وأن ما في الأصل، وهو «مختصر خليل والشروح التي عليه» خلاف ما به عمل القضاة في مصر والشام والمغرب إلا قرطبة، وكذلك قال ابن نافع لا تشترط الخلطة ومثله عن ابن عبد الحكم وابن لبانة وغيره من متأخري المالكية، لحديث «واليمين على من أنكر»[4].

أنواع اليمين:

تنقسم اليمين باعتبار الحالف إلى يمين المدعى عليه ويمين المدعي ويمين الشاهد،

---

(١) إثبات الخلطة هي أن يشهد اثنان أن المتخاصمين قد تبايعا مرتين أو ثلاثاً، أو يشهدا على تكرار المبايعة والتعامل بين المتخاصمين، وقال ابن كنانة يكفي شاهد واحد، (انظر: بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٣، القول المرتضى: ق ٣٠ أ، ٤١ أ، حاشية الدسوقي ٤ ص ١٤٥، ١٥١، فتح العلي المالك، عليش: ٢ ص ٣٠٢، شرح النيل: ٦ ص ٥٨٣، تبصرة الحكام: ١ ص ١٩٦، ١٩٧، ١٩٩، مسالك الدلالة: ص ٣١٦، منح الجليل: ١٧١/٤، ١٨٣، نيل الأوطار: ٨ ص ٣١٦، مواهب الجليل: جـ ٦ ص ١٢٧، ١٣٤)، قال ابن عرفة: الخلطة ترفع بعد توجه الدعوى على المدعى عليه «أي توجب توجه الدعوى على المدعى عليه، وعن ابن القاسم هي أن يبايع إنسان إنساناً بالدين مرة أو بالنقد مراراً، وعن البغداديين «إنما المعتبر كون الدعوى تشبه أن يدعي بها على مثل المدعى عليه أو يشبه أن يعامله في مثل ما ادعى عليه به، (شرح حدود ابن عرفة: ص ٤٧٢).

(٢) قال المتيطي: ثبت عن رسول الله ﷺ أن اليمين على المدعى عليه إذا كانت بينهما خلطة، وقضى بذلك علي رضي الله عنه والمشيخة السبعة (انظر: التاج والإكليل، المواق: ٦ ص ١٢٧).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المجموع للأمير: ٢ ص ٣١٧، ٣٢٠، حاشية حجازي على المجموع: ٢ ص ٣١٧.

وقد سبق الكلام عن يمين الشاهد واختلاف الفقهاء فيها واللجوء إليها في العصور المتأخرة بدلاً من التزكية، وتبقى اليمين من المدعى عليه واليمين من المدعي وهي أنواع مختلفة وإننا نستعرض هذه الأنواع استكمالاً للبحث، فنذكر كل نوع وتعريفه والقائلين به والحالات التي يستعمل فيها[1].

١ - **يمين المدعى عليه**: وتسمى اليمين الدافعة أو اليمين الأصلية أو اليمين الرافعة، ويطلق عليها الحنفية اسم اليمين الواجبة[2]، وهي التي يوجهها القاضي بناء على طلب المدعي إلى المدعى عليه لتأكيد جوابه عن الدعوى وتقوية جانبه في موضوع النزاع وهذه اليمين متفق عليها في جميع المذاهب ومجمع على العمل بها، وسميت باليمين الدافعة لأنها تدفع ادعاء المدعي، وتقابل أدلته في إثبات دعواه، وسميت بالرافعة لأنها ترفع النزاع وتسقط الدعوى، وسميت باليمين الواجبة لوجوبها على المدعى عليه إذا طلبها المدعي بنص الحديث الشريف «لك يمينه» «واليمين على المدعى عليه» وسميت باليمين الأصلية لأنها هي المقصودة عند الاطلاق، وهي التي وردت بها معظم النصوص، وينصرف إليها الذهن لأول وهلة عند عدم التقييد، وهي التي يدور عليها الحديث كوسيلة في الإثبات تعريفاً وتفريعاً وأهمية.

٢ - يمين المدعي: وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: اليمين الجالبة[3]:

وهي اليمين التي يؤديها المدعي في إثبات حقه لسبب يستدعي القيام بها، وهي حجة

---

(١) تنقسم اليمين تقسيمات كثيرة باعتبارت كثيرة، فتنقسم من حيث وقوعها في القضاء وخارجه إلى يمين قضائية وهي التي تكون في مجلس القضاء، ويمين غير قضائية وهي التي تكون خارج مجلس القضاء.

وتنقسم من حيث البر والحنث وما يتبع الحنث من وجوب الكفارة وعدمه إلى قسمين أو ثلاثة، فعند الشافعية تنقسم اليمين إلى قسمين: يمين لغو وهي التي يسبق لفظها إلى لسان الحالف من غير قصد، ولا شيء عليه بها، ويمين منعقدة وهي التي يقصدها الحالف، سواء كانت على ماضٍ أو حاضر أو مستقبل، وسواء كانت نفياً أو إثباتاً، وسواء تعمد الحالف فيها الكذب أولاً، وتجب فيها الكفارة بالحنث، في جميع هذه الحالات، وقال ابن عرفه المالكي: يمين اللغو هي الحلف بالله على ما يوقنه فيتبين خلافه، والغموس الحلف على تعمد الكذب أو على غير يقين، (شرح حدود ابن عرفه: ص ١٣٢). وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن الحلف على ماض كاذباً هي اليمين الغموس ولا كفارة فيها في الدنيا، وقسم الحنفية اليمين إلى ثلاثة أقسام: يمين لغو وغموس ومنعقدة، فيمين اللغو أن يحلف على شيء وهو يعتقد أو يظن أنه صادق ثم يظهر كذبه، وهذه لا أثم عليها ولا كفارة، واليمين الغموس أن يحلف بالله متعمداً الكذب ولا كفارة فيها، واليمين المنعقدة هي ما تقع تأكيداً أو تحقيقاً لحاضر أو مستقبل وفيها الكفارة.

(٢) تهذيب الفروق: ٤ ص ١٥١، الفرق ٢٤٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧٢، القواعد، للزركشي: ق ٢٨٩ ب، التاج المذهب: ٤ ص ٣٠، ٣٦، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٥، ٢٠٧، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٥ وما بعدها.

(٣) انظر: المراجع السابقة، ويطلق عليها الشافعية اسم يمين الإيجاب، وأدخلوا فيها يمين الاستظهار، (القواعد للزركشي: ق ٢٨٩ ب).

في الإثبات مختلف فيها، وهذا السبب المستلزم لها إما أن يكون شهادة شاهد، وهي اليمين مع الشاهد، وإما نكول المدعى عليه عن اليمين الأصلية وردها إلى المدعي ليحلف وهي اليمين المردودة أو المنقلبة، وإما أن يكون لَوْثاً وهي أيمان القسامة في القتل والجراح، وإما أن يكون قذفاً من الرجل لزوجته وهي أيمان اللعان[1]، وإما أن يكون أمانة فكل أمين ادعى الرد على من ائتمنه فيصدق بيمينه، إلا المهرتهن والمستأجر والمستعير فلا يصدقون إلا بالبينة لأن حيازتهم كانت لحظ أنفسهم[2].

القسم الثاني: يمين التهمة:

وهي التي تتوجه على المدعي بقصد رد دعوى غير محققة على المدعى عليه، وقال بها المالكية والزيدية، قال الزيدية: ويمين التهمة هي حيث يكون المدعي قاطعاً بالمدعى فيه شاكاً في المدعى عليه[3].

القسم الثالث: يمين الاستظهار:

وتسمى يمين الاستيثاق أيضاً، ويسميها المالكية: يمين القضاء ويمين الاستبراء، وهي اليمين التي يؤديها المدعي بناء على طلب القاضي لدفع الشبهة والريبة والشك والاحتمال في الدعوى بعد تقديم الأدلة فيها، فاليمين تكمل الأدلة ويتثبت بها القاضي من صحة الأدلة.

ونظراً لأهمية هذه اليمين، وعدم دراستها سابقاً، نتعرض لها بشيء من التفصيل.

فإذا أقام المدعي البينة التي تستلزم الحكم بموجبها كالشاهدين وكانت الدعوى بحق على غائب أو ميت، والبينة لا تفيد إلا غلبة الظن مع احتمال أن يكون المدعي قد استوفى دينه من الميت أو الغائب أو أبرأه منه أو أخذ رهناً مقابله، وليس للشاهدين علم بذلك، ويستحيل على الميت أو الغائب النطق بالحقيقة والواقع وادعاء الإيفاء والإبراء والارتهان ـ كان للقاضي أن يوجه اليمين على المدعي لتحكيم ضميره وذمته فيما لا يطلع عليه غيره حتى يستحق بالبينة واليمين معاً، وهذه اليمين لاستظهار الحق واستجلاء أمره ولذلك سميت يمين الاستظهار، كما تسمى بيمين الاستيثاق في رد الرهن، ويمين الاستحقاق إذا ادعى استحقاقاً في مبيع وأثبته

---

(١) سبق بحث بعض هذه الأيمان، وأفردنالكلٍ منها بحثاً، وبعضها يخرج عن موضع الرسالة فذكرناه للعد والتقسيم.

(٢) رسالة اليمين، محمود حسني هاشم ص ٦٧.

(٣) الطريقة المرضية: المادتان ١٤٩، ١٥٠، التاج المذهب: ٤ ص ٣١.

بالبينة فيحلف أنه ما قبض حقه ولا شيئاً منه ولا أحاله ولا أسقطه ولا سقط من الميت.

مشروعية هذه اليمين:

ظهرت يمين المدعي مع الشاهدين في عهد السلف الأول، فكان شريح يستحلف الرجل مع بينته، واستحلف عون بن عبد الله رجلاً مع بينته فأبى أن يحلف فقال له ما كنت لأقضي لك بما لا تحلف عليه، وقد ذكر ابن المنذر أن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة والشعبي كانا يستحلفان المدعي مع بينته، ونقل ابن القيم فقال: قال أبو عبيد: إننا نرى شريحاً أوجب اليمين على الطالب مع بينته حين رأى الناس مدخولين في معاملتهم، واحتاط لذلك... وقيل لشريح: ما هذا الذي أحدثت في القضاء؟ قال رأيت الناس أحدثوا فأحدثت، وقال الأوزاعي: والحسن بن حي يستحلف مع بينته، وختم ابن القيم كلامه فقال: وهذا القول ليس ببعيد عن قواعد الشرع، لا سيما مع احتمال التهمة، وكان علي يستحلف المدعي مع شهادة الشاهدين[1].

وقال فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في وجه والإمامية وبعض الزيدية، بعدم الاستحلاف مع البينة إلا استثناء، واستندوا في ذلك على الحديث الشريف: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فجعل البينة في جهة واليمين في جهة، فلا يجوز اجتماعهما معاً في جهة واحدة، ولأن الشاهدين وغيرهما حجة كاملة تستوجب القضاء والحكم إن كانت صحيحة، وإلا فإنها ترد وترفض إذا كانت غير صحيحة، ولأن توجيه اليمين على المدعي يعتبر طعناً في بينته وهو لا يجوز[2].

قال الماوردي: وقال ابن أبي ليلى لا أحكم بالبينة حتى يحلف معها، وهذا فاسد من وجهين: الأول أن إحلافه مع بينته قدح لها. والثاني: أنه يحلف في الغائب لجواز أن يكون قضاه، والحاضر لو قضاه لذكره[3].

وقال الماوردي أيضاً: وحكى عن شريح والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى أنهم جوزوا إحلاف المدعي مع بينته، استعمالاً لما أمكن من الاستظهار في الأحكام، وهذا خطأ لرواية ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على المنكر» فلم يجعل

---

(١) الطرق الحكمية: ص ١٤٥ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٦ ص ١١٨.

(٣) الحاوي: ١٣ ق ٩٨ ب.

في جنبة المدعي غير البينة فلم يجز إحلافه معها، وقال ﷺ لمدّع تحاكم إليه: «شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك» ولأن في إحلافه مع شهادة شهوده قدحاً في عدالتهم وطعناً في شهادتهم وهو ممنوع، ولا يجوز الاستظهار بما يمنع منه الشرع ولم يرد به[1].

واستثنى الفقهاء من ذلك عدة حالات أجازوا فيها توجيه اليمين على المدعي مع بينته وهي حالات القضاء على الميت والغائب واليتيم وذلك نظراً لهم، واحتياطاً لحالتهم، وحفاظاً على أموالهم.

يقول ابن فرحون: ويمين القضاء لا نص على وجوبها وإنما رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للميت والغائب وحياطة عليه وحفظاً لما له للشك في بقاء الدين عليه. ونقل هذا النص حرفياً الطرابلسي في معين الحكام[2].

قال الماوردي: أما إذا سأل المشهود عليه الحاكم إحلاف المشهود له أنه ما قبض الدين أو لم يبعه العين أجيب إلى إحلافه، وهكذا إذا شهدوا على غائب أو يمت لأنهما لو كانا حاضرين لجاز أن يدعيا قضاء الدين أو الإبراء، فلزم لأجل الاحتياط أن يحلف المشهود له[3].

ويظهر أن الأصل في مشروعية هذه اليمين هو الاستحسان واحتمال التهمة والريبة في بقاء الحق الذي ثبت بالبينة وقت غياب المدين.

حالات يمين الاستظهار:

رغم اتفاق الفقهاء على عدم توجيه اليمين على المدعي إذا أقام البينة ومع ذلك فقد أجازوا طلب اليمين منه في حالات استثنائية لظروف خاصة، وقد توسع بعضهم في تعدادها وضيق البعض الآخر، ولذلك نذكر آراء المذاهب في ذلك.

قال الحنفية بوجوب يمين الاستظهار في الدعوى على الميت، ويوجهها القاضي بدون طلب المدعى عليه، وذلك باتفاق الإمام وصاحبيه، كما تكون يمين الاستظهار في أربع حالات أخرى بطلب المدعى عليه عند الإمام أبي حنيفة ومحمد، وبدون طلبه عند الإمام أبي يوسف وهي في الاستحقاق إذا أثبت المدعي استحاقه في مال، فيحلف على عدم بيعه أو هبته أو تمليكه، وفي الشفعة أنه طلبها بمجرد علمه بها ولم يبطلها بوجه من الوجوه، وفي النفقة للزوجة

---

(١) الحاوي: ١٣ ق ٤٨ ب.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧٦، معين الحكام، الطرابلسي: ص ٩٢.

(٣) الحاوي: ١٣ ق ٤٩ أ.

على زوجها الغائب أنه لم يطلقها ولم يترك لها نفقة، وزادوا حالتين: وهما البكر إذا بلغت فاختارت الفرقة مباشرة فتحلف على ذلك، وفي رد المبيع بالعيب أنه لم يرض به[1].

وقال الشافعية: تتوجه يمين الاستظهار بدون طلب الخصم في الدعوى على الميت والغائب والصغير والمحجور عليه والسفيه والمغلوب على عقله. واليمين ليست مكملة للحجة ولكنها شرط في الحكم، وتتوجه أيضاً مع الشاهد واليمين[2].

وقال المالكية: توجه يمين القضاء والاستبراء في نفقة الزوجة وفي الدعوى على الغائب واليتيم والوقف والمساكين وعلى كل وجه من وجوه البر، وعلى بيت المال وعلى كل من استحق شيئاً من الحيوان وفي الاستحقاق عامة، ولا يتم الحكم إلا بها، وكذلك يحلف المدعي إذا شهد له اثنان على خط غريمه، وفي شهادة السماع، والبينة على الغريم المجهول الحال بأنه معدم، وكما توجه اليمين مع الشاهدين توجه مع الشاهد واليمين وتكرر عليه اليمين[3].

وقال ابن هبيرة الحنبلي: إذا قامت البينة على الغائب والصبي والمملوك فيستحلف المدعي مع بينته في رواية عن الإمام أحمد، وفي رواية أخرى يحكم بالبينة التي أقامها من غير أن يستحلف[4].

وقال الإمامية: وتجب اليمين مع البينة في الشهادة على الميت والطفل والمجنون لأنه لا لسان لهم للجواب فيستظهر الحاكم إذ يحتمل لو حضر كاملاً أن يجيب بالبقاء أو الإبراء فيتوجه اليمين على المدعي، وفي قول آخر لا يمين إلا في الدعوى على الميت، وعلى الصبي والمجنون تردد (أي اختلاف) أشبهه لا يمين[5].

وقال العنسي اليماني: يقول زيد بن علي والشعبي وشريح والأوزاعي والحسن بن صالح

---

(١) البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٧، جامع الفصولين: ١ ص ١٤٩، حاشية ابن عابدين: جـ ٥ ص ٥٨٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٥ (٢٤٢ ط جديدة)، مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٧٤٦.

(٢) القواعد، الزركشي: ق ٢٩٠ ب، الحاوي: ١٣ ق ٤٩ أ، مغني المحتاج: ٤ص ٤٠٧، المهذب ٢ص ٣٠٤، نهاية المحتاج ٨ص ٢٦٩- ٢٧٠ ط ١٩٦٧، شرح المنهاج للمحلى وحاشية قليوبي عليه: ٤ص ٣٠٨.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ١٨٩، ٢٧٤، ٢٧٥، الطريقة المرضية، جميط المادة ١٥٣، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٠٦.

(٤) الإفصاح، له: ص ٤٣٠، وزاد المجد ابن تيمية: المستتر في البلد والميت والمجنون، (المحرر في الفقه: ٢ ص ٢١٠).

(٥) الروضة البهية ١ص ٢٤٧، شرائع الإسلام ٢ص ٢١٢، المختصر النافع ص ٢٨٢.

والقاسمية إذا طلب من المدعي تأكيد بينته بيمينه لزمته لفعل علي عليه السلام ولم ينكر عليه، . . . وإنما تجب إذا طلبها الخصم في حق آدمي محض من غير وصي ولا ولي والبينة غير المحققة، وتجب مع الشاهد واليمين كما مع الشاهدين، والبينة غير المحققة هي أن يشهد الشهود على الظاهر لا على التحقيق[1]، والبينة المحققة لا يلزم معها اليمين المؤكدة.

ويظهر مما تقدم أن كل مذهب نص على حالات شبه محصورة، وكان المذهب الزيدي أكثرها توسعاً في ذلك، وصرح ابن فرحون بأنها غير محصورة في حالات معينة، وإنما تشرع في كل حالة تتوفر فيها التهمة فقال: والضابط في ذلك أن كل بينة شهدت بظاهر فإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر، ولكن لا توجه هذه اليمين إلا على من يظن به علم ذلك، كما لا تشرع عند عدم التهمة لأنها طعن في البينة[2].

وبعد التأمل نجد أن يمين الاستظهار غير محصورة في حالات معينة، وكلُ مذهب عدد حالات تختلف عن الحالات في المذهب الآخر، ولذلك نرى أنها تجوز في كل حالة وجدت فيها العلة وهي التهمة والاحتمال في الدعوى، وعدم القطع واليقين من البينة، ويرجع ذلك إلى تقدير القاضي وقناعته في البينة والدعوى.

يقول الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله: «لكن عند تدقيق النظر نرى أنه لا معنى لحصرها في مسائل معينة بل كلما وجد المعنى الذي من أجله توجه اليمين في هذه المسائل في مواضيع أخرى كان للقاضي توجيهها لوجود المقتضي لها، ويلوح لي أن الأمر في ذلك بيّن لا يخفى»[3].

تعريف اليمين في القانون:

إن وجود اليمين في القانون دليل على التقاء القانون مع العقيدة والأخلاق، وأن القانون لا يستغني عن اللجوء إلى ذمة الإنسان وضميره وعقيدته، وقد عرف شراح القانون اليمين بتعريفات مختلفة نذكر أهمها:

عرف الدكتور الصدة اليمين بأنها: «إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف تقوية

---

(١) التاج المذهب: ٤ ص ٣٠، البحر الزخار: ٤ ص ٤١٠، ويسمى الزيدية يمين الاستظهار باليمين المؤكدة، ويطلقون على اليمين مع الشاهد لفظ «اليمين المتممة أو الموجبة» (انظر: التاج المذهب ٤ ص ٣٠، ٣١، البحر الزخار: جـ ٤ ص ٣٩٤ - ٣٩٥).

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧٦.

(٣) طرق الإثبات الشرعية، له ص ٤٣٦.

لهذا القول وتعزيزاً له»[1].

وعرفها الدكتور مرقص بأنها: «إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر»[2].

وعرفها الأستاذان أبرى ورو «بأنها عمل مدني وديني يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد، ويستنزل عقابه إذا حنث»[3].

مشروعية اليمين في القانون وصيغتها:

لم يخل قانون من القوانين من ذكر اليمين في الإثبات لضرورته والحاجة إليه، وقد نظمت مجلة الأحكام العدلية اليمين في الباب الثالث من الكتاب الخامس عشر في (المواد ١٧٤٢ - ١٧٥٣)، واعتبرت اليمين أو النكول أحد أسباب الحكم، وأن اليمين يكون باسم الجلالة «والله» في حضور الحاكم أو نائبه، وأن اليمين تكون بطلب الخصم إلا في أربع حالات، وتكلمت اللائحة الشرعية في مصر عن اليمين والنكول، في (المواد ١٩٧ - ٢٠٦)، وقد ألغيت هذه المواد كلها مؤخراً ليحل محلها مواد قانون المرافعات وقانون الإثبات.

ولما كانت اليمين ذات أثر ديني فقد كره بعض مشرعي القوانين اليمين، فرفضها مشروع نابليون، ثم أقرها، كما خامر بعضهم الغاؤها بعد ذلك ولكن دون جدوى.

واليمين القضائية نظمها القانون المدني المصري وقانون المرافعات، ثم صدر قانون الإثبات المصري الجديد وحل محل القانون المدني في الإثبات، وخص القانون الجديد اليمين في الباب السادس (المواد ١١٤ - ١٣٠).

كما ذكر اليمين قانون البينات السوري في الباب السادس (المواد ١١٢ - ١٣٣) ولا تزال اليمين معمولاً بها في جميع البلدان ومختلف المحاكم مع تباين القوانين.

أما كيفية اليمين وصياغتها فقد نصت المجلة على لفظ اليمين بالقسم بلفظ الجلالة «الله» (المادة ١٧٤٣)، وأن اليمين تكون على الثبات والقطع في فعل نفسه وعلى نفي العلم في فعل غيره (المادة ١٧٤٨)، وأن اليمين تكون على السبب فيما لا يرتفع سببه وعلى الحاصل فيما

(١) الإثبات في المواد المدنية، له: ص ٤١٩.

(٢) موجز أصول الإثبات، له: ص ١٣٤.

(٣) أصول المحاكمات أنطاكي ص ٦١٣، وانظر تعريفات أخرى في المقارنات التشريعية جـ ٣ ص ٢٠٨، رسالة الأثبات: ٢ ص ٤٨، قانون الإثبات، شرح وتعليق محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٦٩.

يرتفع سببه (المادة ١٧٤٩)، وأما أحكام اليمين في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فقد ألغيت كلها وحل محلها مواد قانون المرافعات والإثبات، ويلاحظ أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في مصر حرم اليمين بالطلاق وما في معناه.

ولم يشترط قانون الإثبات المصري لفظاً معيناً في أداء اليمين إلا لفظة «أحلف» (المادة ١٢٧)، وهي في معنى القسم، ولكن القضاء في مصر جرى على استعمال لفظ «والله العظيم» وتبعه العرف في ذلك للرغبة في إشعار الحالف بجلال اليمين ليتوخى الصدق، أما قانون البينات السوري فنص على لفض المقسم به فجاء في (المادة ١٢٩) منه «تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف والله ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة».

ويحدد طالب اليمين صيغتها بشرط أن تكون صريحة ظاهرة غير قابلة للتأويل وللقاضي تعديل هذه الصيغة، وللمطلوب منه اليمين أن يعترض على الصياغة، (المادتان ١٢٢ ـ ١٢٣) من قانون الإثبات المصري، و (المادة ١١٨) سوري..

أما التحليف على العلم فغير منتج قانوناً في اليمين الحاسمة لأنها قاطعة في الدعوى والواقعة، أما اليمين على فعل الغير، والواقعة غير الشخصية فتكون على عدم العلم فقط (المادة ١١٤ ف ١) من قانون البينات السوري، و (المادة ١١٥) من قانون الإثبات المصري.

أما تغليظ اليمين في اللفظ فلم يرد لها ذكر في القانون، وقد كان العمل في المحاكم السورية أن يضع الشخص عند القسم يده على المصحف، ثم صدر قرار بإلغاء هذه العادة[١].

وقد لمس المشرع القانوني الدور العظيم الذي تلعبه العقيدة والديانة في يمين الإنسان، وأن هذه الصبغة الدينية يجب أن تتناسب مع اعتقاد الشخص ولذلك فقد نصت(المادة ١٣٠) سورى و(المادة ١٢٨) مصري على أن للمكلف باليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك». وهذه إحالة صريحة إلى أن اليمين تتبع الشخص وديانته فيحلف حسب الطريقة والكيفية والأسلوب والصياغة التي تقررها ديانته التي يعتقدها في حياته، أما الذهاب الى أماكن العبادة فلم يرد به نص، ولكن لجنة المراقبة القضائية المصرية قضت بالنفي، وصرحت أن الإحالة للديانة في الصياغة فقط في نطاق المحكمة[٢].

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري ص ٧٥ ف ١٣٣، نظرية الإثبات، المؤمن جـ ١ ص ١٧٣، ١٧٧، نظرية الإثبات، ذهني: جـ ٢ ص ١، أصول المحاكمات أنطاكي ص ٦١٩، الصلوك، أنطاكي ص ١٩٠، رسالة الأثبات، نشأت ٢ ص ٤٩.

(٢) نظرية الإثبات، المؤمن: جـ١ص١٦٠، الإثبات، الصدة ص ٤٢١.

المقارنة:

التعريفات التي ذكرناها لا تخالف التعريفات الشرعية، وإنما تتفق معها في المعنى العام، ونلاحظ أن عرف المحاكم في مصر ونص القانون السوري في استعمال لفظ«والله العظيم» مأخوذ من الشريعة الغراء، بناء على اعتقاد الجماهير وانتشار الإسلام وأثره في النفوس وإن لفظ«أحلف» في القانون المصري يتفق مع أحد أقوال المذهب الحنفي، لأن كلمة الحلف تعني اليمين وان لم يقل بالله، لأن هذا اللفظ مستعمل في الحف عرفاً، ومثله لفظ«أقسم» أيضاً[1]. كما أن صيغة اليمين وتركيبها في القانون تتفق مع الخط العام في الشريعة ومع جمهور الفقهاء في جواز التغليظ وعدم وجوبه، وأن الحلف يكون على البت ونفي العلم، أو على السبب والحاصل حسب نوعية الدعوى، والجواب عنها، ولكن الطريقة الآلية التي تعرض فيها اليمين في المحاكم، مع ضعف الوازع الديني والجشع المادي، لم تفلح في تحقيق الغاية من اليمين في المحاكم، ولذلك يقترح الدكتور مرقس«بإحاطة تأدية اليمين ببعض الشكليات التي تعين على تحقيق الغاية من اليمين كتخصيص جلسة لتحليف اليمين، تعقد مرة في الشهر، ويزداد عدد القضاة، ويحضرها ممثل النيابة العمومية، وينبه من يتقدم للحلف إلى جزاء الحنث في اليمين»[2].

أنواع اليمين في القانون:

واليمين في القانون إما قضائية أو غير قضائية وهي التي تحلف أو يتفق على حلفها في غير مجلس القضاء.

أما اليمين القضائية فنوعان حاسمة ومتممة، كما يوجد أنواع أخرى كاليمين المردودة ويمين الاستيثاق في القانون السوري، ويمين الشهود والخبراء والمحامين والموظفين.

اليمين الحاسمة:

هي التي يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر كدليل قاطع في الدعوى، أو التي يوجهها الخصم لخصمه عند عجزه عن إثبات حقه حسماً للنزاع[3].

وتعتبر اليمين الحاسمة تصرفاً قانونياً تنهي النزاع، وتكون عند فقد الأدلة في الدعوى،

---

(١) تبيين الحقائق: ٣ ص ١١٠.

(٢) موجز أصول الإثبات، له: ص ١٣٥.

(٣) المادة ١١٢ سوري، المادة ١١٥ مصري.

فهي الدليل الكامل بالاحتكام إلى ذمة المحلف وضميره، وتوجه اليمين الحاسمة في كل دعوى صحيحة وبطلب الخصم، ويجوز ردها إلى الخصم الآخر.

اليمين المتممة:

هي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، إلى أحد الخصمين ليتم اقتناعه في موضوع الدعوى[1]، ويرجح بها دليلاً على آخر، ويصدر حكمه بعد ذلك، ولهذا سميت متممة، وقيمة اليمين المتممة محدودة في الإثبات فلا يلتزم القاضي بتوجيهها إذا طلبها أحد الخصمين، كما لا يلتزم بموجبها بعد أدائها، ولا تعتبر دليلاً مستقلاً في الدعوى، بل تكمل الأدلة المقدمة[2].

يمين الاستظهار:

وهي مأخوذة من(المادة ١٧٤٦) من المجلة وقد أبقاها قانون البينات السوري في(المادة ١٢٣) في حالات الادعاء على ثبوت الاستحقاق ورد المبيع بعيب والمطالبة بالشفعة وفي الدعوى على التركة[3]، ويلاحظ أن الشفعة قد ألغيت في سورية بالقانون المدني السوري الصادر سنة ١٩٤٨ بعد قانون البينات.

أما اليمين المردودة فالكلام عليها مع اليمين المردودة في الشريعة، وبقية أنواع اليمين لا علاقة لها في بحثنا فنغض النظر عنها.

المقارنة:

نلاحظ التشابه بين الشريعة والقانون في أنواع اليمين، فاليمين الحاسمة تشبه إلى حد ما اليمين الدافعة ويجوز ردهما، وقد أخذ القانون في هذا بمذهب الجمهور برد اليمين وتوجيهها إلى كلا الخصمين، واليمين المتممة تشبه يمين الاستظهار ولم يحدد القانون اليمين المتممة في حالات ومسائل معينة، وكذلك الراجح في الشريعة أنها غير محصورة، وإنما توجه كلما وجد الداعي لذلك.

أما يمين الاستظهار في القانون فهي مأخوذة من الشريعة بل هي نوع من أنواع اليمين المتممة.

وبعد ثبوت مشروعية اليمين وحكمتها ومحاسنها وفوائدها في الإثبات يجب علينا أن نعرف الأثر المترتب على توجيه اليمين وأدائها، وهذا هو موضوع المبحث الثالث إن شاء الله تعالى.

---

(٢) المادة ١٢١ سوري، المادة ١١٩ مصري.

(٣) موجز أصول الإثبات، مرقس: ١٣٦، أصول المحاكمات: ص ٦١٤، نظرية الإثبات: ذهني: ٢ ص٥، رسالة الأثبات: ٢ص ١٢١، الإثبات، الصدة: ص ٤٢٢، المقارنات التشريعية: ٣ ص ٢٩.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري: ص ٧٨ ف ١٨٠، أصول المحاكمات، أنطاكي: ص ٦٢٦.

المبحث الثالث
في
حكم اليمين

حكم اليمين هو الأثر المترتب على أدائها أمام القاضي ، سواء أكانت من المدعى عليه أم من المدعي ، وسوف نخصص مبحثاً خاصاً لليمين من المدعي ، ونتناول في هذا المبحث حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه جواباً عن الدعوى وبطلب المدعي وتكليف القاضي له .

حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه:

إذا حلف المدعى عليه اليمين الشرعية ترتب على حلفه انقطاع الخصومة بين المتداعيين، وإنهاء الخلاف بينهما، وسقوط الدعوى وذلك باتفاق الفقهاء[1].

غير أنهم اختلفوا في سقوط الحق بسقوط الدعوى، فهل تنقطع الخصومة ويسقط حق المدعي في الحال فقط؟ أم يسقط في الحال والاستقبال؟ أي هل تبرأ ذمة المدعى عليه من الحق قضاء بسقوط الدعوى أم لا تزال ذمته مشغولة به، وللمدعي أن يطالب به، ويرفع فيه الدعوى متى تيسرت له وسيلة أخرى من وسائل الإثبات؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال، وثمرة الخلاف بينهم هي هل تقبل البينة بعد اليمين أم لا تقبل؟.

القول الأول:

أن الحق لا يسقط بسقوط الدعوى، وأن الخصومة سقطت مؤقتاً بأداء اليمين من المدعى عليه، ويجوز للمدعي أن يقيم البينة على حقه ويطالب المدعى عليه به.

ذهب إلى ذلك جماهير الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية في الأظهر عندهم، والإباضية، وهو قول سفيان الثوري والليث بن سعد، وشريح وقول مطرف وابن

---

(١) مراتب الإجماع ، ابن حزم: ص ٥٤.

الماجشون من المالكية[1].

القول الثاني:

أن الحق يسقط بسقوط الدعوى، وأن الحكم المترتب على أداء اليمين ينهي النزاع بينهما في الحال والاستقبال، ولا يحق للمدعي أن يقيم البينة بعد ذلك إلا إذا كانت الحجة يقينية قاطعة كالإقرار والتواتر.

وهذا قول جماعة من السلف والإمامية في قول، والظاهرية، والناصرية من الزيدية، والفتوى به أخيراً عند الزيدية، وهو قول اللقاني من المالكية وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي عبيد[2].

القول الثالث:

أن الحق يسقط بسقوط الدعوى ، وليس للمدعي أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين إلا لعذر كنسيان وعدم علم بالشهادة ثم علم بها فتقبل منه، ويحلف يميناً على عذره.

ذهب إلى ذلك المالكية والإمامية في قول.[3]

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على عدم سقوط الحق قضاء بسقوط الدعوى، وجواز إقامة

---

(١) المبسوط ، السرخسي: ١٦ص١١٩، مجمع الأنهر:٢ص٢٥٤، الدر المنتقى:٢ص٢٥٤، بدائع الصنائع: ٦ص٢٢٩، الهداية وفتح القدير: ٦ص١٥٤، تحفة الفقهاء: جـ٣ص٢٥٠، معين الحكام:ص٩٢، تبيين الحقائق:٤ص٣٠٠، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ٥ص٥٥٠، ٥٥٤، ٥٥٥، الأم للشافعي:٧ص ٣٤، ١٤٠، الوجيز، الغزالي : ٢ص ١٦٠ه مختصر المزنى ٥ص ٢٥٥، حاشية قليوبي وعميرة ٤ص ٣٤١، حاشية الشرقاوي ٢ص ٥٠٢، الطرق الحكمية:ص ١١٠، ١١٢، تبصرة الحكام: ١ص ٢٨٤، التاج المذهب: ٤ص ٢٨، ٢٩، ٣٧، البحر الزخار: ٤ص ٤٠٤ + جـ ٥ ص ١٣٢، شرح النيل: ٦ص ٦٢٦، ٥٦٤.

(٢) المحلى، ابن حزم: ٩ص٣٧١المسألة ١٧٨٢، مراتب الإجماع، ابن حزم:ص٥٤،الأم، للشافعي:٧ص٣٤، المبسوط:١٦ ص ١١٩، مجمع الأنهر:٢ص٢٥٤، بدائع الصنائع: ٦ ص٢٢٩، حاشية حجازي على المجموع:٢ص٣١٧، التاج المذهب: ٤ص٢٩، البحر الزخار: ٤ص٤٠٤، شرائع الإسلام:٢ص ٢١٢، المختصر النافع:ص ٢٨١، كتاب القضاء ، ضياء الدين العراقي:ص٥٩.

(٣) شرح الخرشي: ٧ص ١٥٦، ٢٤١، حاشية الدسوقي:٤ص ١٤٦، شرح المجموع للأمير:٢ص ٣١٧، حاشية حجازي على المجموع:٢ص ٣١٧، القول المرتضى: ق ٣٨أ، ٤٣ب، تبصرة الحكام:١ص٢٨٤، بداية المجتهد:٢ص٥٠٥، شرائع الإسلام:٢ص٢١٢، قال ابن فرحون: إن استحلفه مع علمه ببينة تاركاً لها إما تصريحاً أو معرضاً عنها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له،(تبصرة الحكام:١ص٢٨٤).

البينة والمطالبة بالحق، بالسنة والآثار والقياس والمعقول[1].

السنة:

استدلوا على قولهم بأحاديث كثيرة نذكر ثلاثة منها لوضوحها وأهميتها:

أولاً: أخرج الستة وأحمد والبيهقي والحاكم عن الأشعث بن قيس أن النبي ﷺ قال للمدعي: «هل لك بينة؟ قال لا، قال فلك يمينه» وفي رواية «بينتُك وإلا يمينه»[2].

وجه الدلالة:

أن الحديث الشريف جعل البينة هي الأصل في الإثبات، واليمين خلف عنها، لأن اليمين كلام الخصم، ويصار إليها عند الضرورة، فإذا حضر الأصل بطل حكم الخلف، وإذا أقام المدعي البينة بعد الحكم باليمين بطل حكم اليمين[3].

واعترض على ذلك بوجهين:

الأول: أن الحديث الشريف جعل كلا من البينة واليمين أصلاً، وإنما كان اليمين مرتباً بعد البينة لأن جانب المدعي أضعف فكلف الحجة الأقوى، ولأنه هو المدعي فيجب عليه أن يثبت دعواه كما ورد في الحديث الشريف الذي رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وأحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه»[4]، وجانب المدعى عليه أقوى لموافقته ظاهر الحال، ولأن الأصل براءة الذمة، فلا دلالة في الحديث على كون البينة حجة أصلية واليمين خلف عنها.

الثاني: أن الشهادة خلف عن الإقرار فلا تقام الشهادة إلا على المنكر، ومع ذلك فإذا أقام البينة وحكم بها القاضي ثم أقر المحكوم عليه لا يبطل حكم البينة بادعاء أنها خلف، ويبقى الحكم متعدياً إلى غير المقر، رغم أن الإقرار حجة قاصرة.

ثانياً: أخرج أبو داود بسند صالح والنسائي والحاكم وأحمد عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فسأل عليه الصلاة والسلام الطالب البينة، فلم تكن له

---

(١) اختلف اصحاب هذا القول في الصور التي تقبل فيها البينة بعد اليمين والشروط التي تشترط فيها كاشتراط عدم وجود البينة في مجلس القضاء أو في بلد القضاء، واشتراط عدم نفي المدعي للبينة وغير ذلك.

(٢) سبق تخريجه في صحفة ٣٢٥.

(٣) بدائع الصناع: ٦ ص ٢٢٩.

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٣٤.

بينة فاستحلف المطلوب فحلف بالله الذي لا إله إلا هو، فقال رسول الله ﷺ بلى قد فعلت، ولكن غُفر لك بإخلاص قول لا إله إلا هو[1]»

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ أمر الحالف بعد اليمين بأداء الدين لابراء ذمته، لأن اليمين لا تسقط الحق ولا تبرىء الذمة.

واعترض على ذلك بأن الحديث لا يدل على المدعى، وغاية ما يدل عليه أن النبي ﷺ عرف الحقيقة والواقع، أو أنه اطلع على كذب الحالف إما بواسطة الوحي أو بطريق آخر، فأمر الحالف بأداء الدين، وهذا الحديث حجة عليهم وليس لهم، لأن النبي ﷺ أمضى القضاء ظاهراً بناء على اليمين، وأمر المدين بالأداء ديانة.

ثالثاً: روى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «من حلف يميناً فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان»[2].

دلالة الحديث:

ان اليمين لم تبرىء الحالف، ولذلك يعاقب عليها صاحبها.

ويعترض عليه أن عدم البراءة في الديانة والباطن فقط، ولا يتناول القضاء وأحكام الدنيا لقصور الوسائل عنها.

الآثار:

أولاً ـ ثبت عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قبل البينة بعد أداء اليمين[3]، فهذا يدل على أن اليمين ليست حجة قاطعة للنزاع نهائياً، وليست مسقطة للحق، ولكنها تقطع الخصومة مؤقتاً لعدم وجود دليل في الدعوى.

ويعترض عليه بأنه مع التسليم بصحة هذا النقل فإنه اجتهاد صحابي، وربما اطلع سيدنا عمر على كذب الحالف بطريقة ما وعرف حقيقة النزاع.

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٣٣٠.

(٢) سبق تخريجه في حديث الأشعث صفحة ٣٢٥.

(٣) المبسوط، السرخسي: ١٦ص ١١٩.

ثانياً ـ ورد عن شريح أنه قال: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة[1]، وفي رواية ثانية: «اليمين الفاجرة أحق أن تُردّ من البينة العادلة».

واعترض على هذا بأن أغلبية القائلين بهذا الرأي صرحوا بأن البينة اللاحقة لا تعتبر تكذيباً وحنثاً لليمين السابقة، وجاء ذلك صريحاً في حديث أبي داود«ولكن غفر لك بإخلاص لا إله إلا هو» وأن النبي ﷺ لم يأمر الحالف بالكفارة.

كما يعترض عليه بأن قوة الشهادة في الإثبات ظنية، فإنها خبر محتمل مع ترجيح جانب الصدق، فكيف نجزم بأن البينة عادلة وأن اليمين فاجرة، ما دمنا نعترف أن البينة اللاحقة لا تكذب اليمين؟ فالقول صحيح لو تحققنا صدق البينة وفجور اليمين، وإلا فإن هذا ينطوي على التناقض في اعتبار البينة والحكم بموجبها وبطلان حكم اليمين، وفي اعتبار أن اليمين صادقة ولا يثبت كذب الحالف.

ويمكن الجمع بين هذا القول وعدم نقض الحكم بأن يحمل على اليمين قبل الحكم به.

ويقال أيضاً إذا صدر الحكم بعد اليمين وتحقق كذبها فلماذا لا تقاس على بطلان الشهادة بعد الحكم برجوع الشهود مع عدم نقض القضاء، ويتحمل الشهود ضمان المشهود به؟وكذلك هنا تقع الغرامة والضمان على الحالف في هلاك نفسه وماله من قبل الله تعالى والفرق أن الأول حكم بالشهود فالضمان عليهم، والثاني حكم بناء على اليمين المبني على العقيدة، فالعقيدة هي الضامنة بهلاك الكاذب، وهذا وعيد شديد من الله تعالى، وهو يؤكد أن القضاء ينفذ ظاهراً فقط ولا يبيح الحرام.

وهذا القول مضطرب فالبخاري نسبه إلى شريح، والماوردي نسبه في«الحاوي» إلى عمر رضي الله عنه، والخطيب الشربيني نسبه إلى الرسول ﷺ[2].

القياس:

وهو قياس البينة من المدعي بعد اليمين على الإقرار من المدعى عليه بعد اليمين، بجامع أن كلا منهما وسيلة للإثبات، فكما يقبل الإقرار بالحق بعد اليمين ونطالبه بدفع الحق

---

(١) صحيح البخاري بشرح السندي: ٢ص ٧٢، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٠.

(٢) السنن الكبرى: ١٠ ص ١٨٢، مغنى المحتاج: ٤ص ٤٧٧، صحيح البخاري بشرح السندي: ٢ ص ٧٢، الحاوي: ١٢ ق ١٤٤ب.

لصاحبه ، فكذلك تقبل البينة بعد اليمين ونحكم بموجبها[1].

واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق، فالإقرار بعد اليمين ملزم بنفسه، ويفيد ظناً قوياً يقرب من اليقين ، والمقر يكذب نفسه في الحلف، أما البينة فإنها تفيد ظناً راجحاً ولا تثبت كذب الحالف، وإن اليمين يفيد ظناً راجحاً، فلا يقدم ظن على ظن، لأنهما متساويان في القوة، ويقدم اليمين هنا لا تصال القضاء به، ولتنازل الخصم عن البينة إما صراحة أو دلالة.

المعقول:

البينة إثبات، واليمين نفي، والإثبات مقدم على النفي[2].

ويعترض عليه بأن اليمين تكون للإثبات أيضاً كاليمين مع الشاهد، واليمين المردودة، ولا يقدم إثبات على إثبات بدون مرجح، مع أن اليمين قد ترجحت باتصال القضاء بها.

أدلة القول الثاني:

استدل اصحاب القول الثاني على سقوط الحق قضاء بسقوط الدعوى بعد أداء اليمين، وعدم قبول الشهادة بعد اليمين بالسنة والقياس.

فأما السنة:

فأخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن الأشعث بن قيس أن رسول الله ﷺ قال له: «هل لك بينة؟ قال لا، قال لك يمينه»[3].

دلالة الحديث:

أن الرسول ﷺ أثبت للمدعي البينة، فإن لم يكن له بينة فله حق الاستحلاف، فإذا أحلفه فلا تقبل بينته حتى لا يجمع بينهما، لما ورد في الرواية الأخرى«ليس لك إلا ذلك» فهو نص على أن الطالب ليس له إلا بينته أو يمين المطلوب، فصح يقيناً أنه ليس له إلا أحدهما لا كلاهما، بدليل أن المدعي إذا أقام البينة فليس له استحلاف الخصم، وكذلك إذا استحلفه فلا يحق له أن يرجع إلى البينة، فحقه في واحد منهما فلا يملك الجمع بينهما في واقعة واحدة.[4]

---

(١) كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٠.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ٩٨أ.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٥.

(٤) بدائع الصنائع: ٦ص ٢٢٩.

وقبول البينة بعد اليمين خروج عن الحديث، وزيادة على معناه بدون دليل.

واعترض على الاستدلال بأن الحديث حصر حق المدعي في النوعين؛ ولا دلالة فيه على منع الجمع[1].

والجواب على ذلك أن اليمين بدل على البينة، فإذا استعمل البدل فلا يحق له استعمال المبدل منه وإلا يكون قد جمع بين البدل والمبدل منه وهو غير جائز، والدليل على أنه بدل أن اليمين أصل في القضاء وحجة في الإثبات، فالمدعي اعتاض عن البينة باليمين، فلا يجوز له أن يقيم البينة بعد ذلك وإلا يكون قد جمع بين عوضين[2]، كما أن الحديث الشريف رتب اليمين على عدم البينة، واللفظ مطلق فيشمل البينة الحاضرة في المجلس وفي البلد والبينة الغائبة والمجهولة.

وأما القياس:

فاستدلوا على سقوط الحق بالقياس من وجهين:

الأول: قياس اليمين على الشهادة بجامع أن كلاً منهما يترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب، ويعتبر وسيلة في الإثبات، فكما أن الشهادة يحكم بها ولا ينقض القضاء بعدها فكذلك اليمين يحكم بها ولا ينقض الحكم بعدها فلا تسمع البينة.

الثاني: قاسوا سقوط الحق على سقوط الدعوى بعد أداء اليمين بجامع التلازم بينهما، فكما أن أداء اليمين يقطع النزاع ويسقط الدعوى فكذلك يسقط الحق.

واعترض عليه بأن سقوط الدعوى لا يستلزم سقوط الحق لأنه لا يسقط إلا بالقبض والإبراء.[3]

وأجيب عنه أننا لا نسلم أن سقوط الدعوى لا يستلزم سقوط الحق بل يستلزمه، فإن القضاء إذا اتصل باليمين أصبح ثابتاً لا يجوز نقضه، كاتصال القضاء بالشهادة فلا يجوز نقضه، وكلاهما حجة ظنية يترتب عليها ما يترتب على الأخرى، ولو كانت الشهادة زوراً، أو رجع الشهود عن شهادتهم، وقد قال الفقهاء: إن حكم الحاكم يرفع الخلاف، يقول الإمام الشافعي حاكياً قول بعض أصحابه في ذلك: «قد مضى الحكم بإبطال الحق عنه، فلا آخذه بعد أن

---

(١) السنن الكبرى: ١٠ ص ٣٥.
(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٤٤ ب.
(٣) الحاوي: ١٢ ق ٩٨ب.

بطل»[1].

أدلة المذهب الثالث:

استدل اصحاب المذهب الثالث على سقوط الحق قضاء بأدلة المذهب الثاني، واستدلوا على جواز سماع البينة بعد الحكم باليمين بعذر بما يلي:

الاستحلاف إسقاط للبينة الحاضرة، فاستحلاف الخصم يسقط بينته ولو بدون تصريح بذلك، أما الشهادة الغائبة أو البعيدة أو المنسية فإنه لا يسقطها، ولذلك يجوز إقامتها ثانية بعد يمين المدعى عليه، لأن المدعي معذور في ذلك، فإذا كان له بينة حاضرة أو غائبة لمسافة أسبوع واستطاع أن يحضرها فلا يجوز له استحلاف خصمه، وان استحلفه فقد أسقط بينته ورضي بتحكيم ذمة المدعى عليه فيلتزم بها[2].

وقد شدد المالكية على المدعي في إدعاء العذر بالنسيان أو عدم العلم بالبينة قبل الاستحلاف، ويحلف يَميناً على عذره، كما احتاط كثير من فقهاء المالكية وقضاتهم على منع التلاعب فيه وذلك بتنبيه المدعي إلى ذلك، وإجباره على تسمية شهوده وبيناته في الدعوى حتى لا يخرج عنهم، وأن يكونوا معروفين مسبقاً قبل تحليف الخصم، فكما أجاز المالكية للمدعى عليه أن يشترط على المدعي قبل اليمين تنازله عن حقه في الشهادة اللاحقة، وأن اليمين حاسمة وقاطعة للنزاع ومسقطة للحق نهائياً[3].

ولذلك نرى التقارب الكبير بين الرأي الثاني والثالث في سقوط الحق بعد أداء اليمين.

الرأي الراجح:

والناظر في الأقوال السابقة يرى أن استدلال الجمهور لا يدل على قبول البينة بعد اليمين، أو عدم سقوط الحق مع سقوط الدعوى، وأن الراجح هو القول الثاني في سقوط الحق مع سقوط الدعوى باليمين وعدم قبول البينة بعد ذلك لما يلي: -

١ - اليمين وسيلة من وسائل الإثبات، يتقوى بها جانب الصدق على الكذب بإشهاد الله

---

(١) الأم، للإمام الشافعي: ٧ ص ٣٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٤٦، شرح الخرشي: ٧ص ٢٤١، القول المرتضى: ق ٤٣ب.

(٣) حاشية حجازي على المجموع: ٢ص ٣١٧، القول المرتضى: ق ٤٣ب.

تعالى، والرجوع إلى الذمة والضميرة والعقيدة، فإذا اتصل القضاء بها فقد انتهى النزاع وانقطع الخلاف وسقطت الدعوى وبطل الحق من الناحية الدنيوية، وإن لم يسقط من الناحية الدينية، شأنها في ذلك شأن بقية وسائل الإثبات.

٢ ـ أن تنظيم القضاء يوجب على المدعي أن يبحث عن حقه وعن سببه ومؤيداته وطرق إثباته قبل رفعه إلى القضاء، وأن له حرية الإثبات بجميع الوسائل، سواء كانت حاضرة أو غائبة، فإذا امتنع عن إحضارها أو قصر في إيجادها أو أهمل في إعدادها فلا يلومنّ إلا نفسه في سقوط حقه، وإلا فإنه يتخذ من القضاء وسيلة للتخاصم وجر الناس إلى المحاكم وتعطيل أشغالهم، وإن القول بقبول البينة بعد اليمين يؤدي إلى طول التقاضي واستمرار الخصومات.

٣ ـ أوجب الشارع الحكيم التسوية بين الخصمين، وسوى بينهما في عبء الإثبات، فكلف المدعي بالبينة لضعف جانبه، وحكم باليمين على المدعى عليه لقوة جانبه، فإذا استخدم المدعي حقه في الإثبات نحكم له بالحق ونلزم المدعى عليه بالأداء والتنفيذ، وإذا احتكم إلى ذمة المدعى عليه ودينه وعقيدته، واستحلفه على حقه وحلف له، فيجب كذلك أن نحكم بسقوط الدعوى والحق قضاء، لوجوب التساوي بينهما في الأثر، كما سوى الشارع بينهما في السبب، ولا نترك المدعى عليه ألعوبة في يد المدعي يتقاذفه كالكرة ويعبث به، فيرهقه بالاستحلاف ثم يهزأ به بإحضار البينة، وهذا توريط وتحايل وفتح لباب التزوير وشهادة الزور، وعدم الثقة بالحالف أو تكذيبه ورفض يمينه بعد ان قبلها وطلبها وركن اليها.

٤ ـ روى ابن ماجه عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «من حلف بالله فليصدق، ومن حُلفَ له بالله فليرض، ومن لم يرض فليس من الله»[1]

فهذا الحديث أمر بالرضا لما حلف له بالله، ووعيد لمن لم يرض بأنه ليس من الله، كما أن قبول البينة بعد اليمين يؤدي إلى تهاون الناس بالأيمان، ونقصان قيمتها وضعف شأنها وعدم المبالاة في أدائها، وهذا يناقض مشروعية اليمين التي تقوم على زجر الحالف وتعظيم شأن المقسم به، واستشهاد الله تعالى ومراقبته في اليمين، والوعيد الشديد والتغليظ في الحنث واليمين الآثمة الغموس.

---

(١) قال الشوكاني: رجاله رجال الصحيح، (انظر: نيل الأوطار: ٨ص ٣٢٠، ٣٢٢، سنن ابن ماجه: ١ص ٦٧٩)، ومثله ما رواه النسائي في (سننه: ٨ ص ٢١٩) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «رأى عيسى عليه السلام رجلاً يسرق فقال: أسرقت؟ قال: لا، والله الذي لا إله إلا هو، قال عيسى عليه السلام: آمنت بالله وكذبت بصري» فرضي بيمينه وسلم به، ورواه ابن ماجه في (سننه: ١ص ٦٧٩).

٥ ـ منع بعض الفقهاء الاستحلاف عند وجود البينة في مجلس القضاء أو في بلد القضاء لأن اليمين تترتب عند العجز عن البينة، وهنا لم يتحقق العجز، ونزيد على ذلك أن العجز يجب أن يفسر بمعناه الكلي وهو العجز التام، أما إذا أمكنه إحضاره فلا يستحلف المدعى عليه، وإذا أراد تحليفه سقط حقه في البينة، يقول الإمام الزيلعي لأن في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم إذا أقام البينة، فيجب أن يتوقاه»[1].

٦ ـ الأصل ان المسلم يحمل على الصلاح والتقوى، وأنه لا يحلف بالله كاذباً، ولذلك فيجب أن تعتبر يمينه حاسمة وقاطعة للحق، وخاصة وأن المدعي قد قبل بها وطلبها منه، فتحمل على الصدق والأمانة، ولا تقبل البينة بعدها.

٧ ـ أما التمسك بالعذر عند المالكية وقبول البينة لعدم العلم بها أو النسيان أو غيبة الشهود وغيره، فإن هذا باب من أبواب التحايل والتزوير وادعاء الباطل، ولو ثبت سلامته مبدئياً فإنه يجب منعه سداً للذرائع، ولأنه وسيلة إلى الحرام، وذريعة الى التزوير فيمنع، لأن للمقاصد حكم الغايات.

وأما الاحتجاج بعدم إمكان الجمع بين البينة الغائبة والخصم فهو مردود، لأن الدولة تتكفل بتأمين ذلك بسلطانها، وأن تنظيم القضاء وتأمين الحقوق لأصحابها من أول واجبات الدولة، فمن ادعى بينة غائبة، أو نفى وجود بينة لنفسه أو أنكر معرفته ببينة له، فإن القاضي يخيّر المدعي بين انتظار البينة أو البحث عنها أو السؤال أو التمحيص عن دليل وبين استحلاف الخصم والتنازل عن البينات، وبعدئذٍ فلا تسمع بينته إلا إذا ثبت كذب الحالف بالتواتر المفيد للعلم واليقين.

وإذا جاز للمدعى عليه أن يشترط على المدعي إسقاط بينته ما علم منها وما لم يعلم إذا طلب تحليفه، فالقاضي أو الدولة أولى بهذا الاشتراط وأحق به، قال في المتيطية:[2] «ومن الحزم للمدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه أن يلزم المدعي أنه قد أسقط بينته ما علم منها وما لم يعلم، فإن عقد على نفسه مثل هذا، لم يكن له أن يقوم عليه بعد يمينه بالبينة».

فالواجب على المدعي أن يبحث عن حقه، وعن سببه ومؤيداته، وطرق إثباته قبل رفع الدعوى إلى القضاء حتى لا يتخذ الناس من القضاء مسرحاً للتخاصم وجر الناس إلى المحاكم وتعطيل أشغالهم، وهذا مايقتضيه تنظيم القضاء لكثرة الدعاوى والخصومات، فإذا طلب اليمين

---

(١) تبيين الحقائق، له ٤ ص ٣٠٠.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١ ص ٢٨٤.

من المدعى عليه وحلف على ذلك سقط الحق والدعوى[1].

حكم يمين الاستيثاق والاستظهار:

إن هذه اليمين ليست دليلاً في الإثبات وإنما هي لزيادة التأكيد والاطمئنان وتقوية اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة إليه، ولأن القاضي يوجهها للاحتياط في الحكم، أو لزيادة الاحتياط في الأدلة السابقة في الدعوى، وتحميل الحالف بعض مسؤولية الحكم وجعله شريكاً بالإثبات.

حكم اليمين مع الشاهد:

إن اليمين التي يؤديها المدعي على دعواه مع الشاهد يحكم بهما معاً، ويثبت للمدعي الحق المحلوف عليه عند القائلين به، وقد سبق بيان حقيقة القضاء بالشاهد واليمين واختلاف الفقهاء في إصدار الحكم بناء على اليمين فقط والشاهد سبب لليمين، أم على الشاهد واليمين للتأكيد، أم بناء الحكم على الشاهد واليمين معاً.

حكم اليمين في القانون:

نصت مجلة الأحكام العدلية في(المادة ١٨١٩)أن القاضي يمنع المدعي من معارضة المدعى عليه إذا حلف، وذلك كالمذهب الحنفي في سقوط الدعوى ومنع المطالبة إلا إذا أوجد بينة.

أما لائحة المحاكم الشرعية في مصر فقد تبنت الرأي الثاني في(المادتين ١٩٤، ١٩٦) في سقوط الحق باليمين[2]، وهو رأي بعض السلف والظاهرية والإمامية.

أما في القانون فإن اليمين المتممة لا أثر لها إلا التأثير في نفسية القاضي، ودرجة اقتناعه بالأدلة المقدمة إليه، ولا يلتزم بأثر اليمين سلباً أو إيجاباً، فيحتمل أن يحلف أحد الخصوم ثم يحكم عليه، ويحتمل أن يحكم له بالأدلة دون نظر إلى اليمين.

أما اليمين الحاسمة إذا وجهها أحد الخصوم، وحلفها الخصم الآخر فإن الخصومة تنقطع ويسقط الحق، وينتهي النزاع ويحكم له على خصمه بسبب يمينه، ولعجز خصمه عن

---

(١) ويقرب هذا المعنى اشتراط المالكية لتوجيه اليمين ثبوت الخلطة أو قيام شاهد واحد للمدعي كيلا يتجرأ العامة على ذوي الورع والمروءة بطلب اليمين منهم.

(٢) مرآة المجلة، آصاف: ٢ص٥٢٠، الأصول القضائية،الشيخ علي قراعة: ص ٢٦٥.

إقامة الدليل على دعواه، واليمين الحاسمة حجة ملزمة للقاضي يحكم بموجبها سواء بالإثبات أو النفي، ويكتسب الحكم قوة القضية المقضية، وإن نكل حكم عليه بالنكول أيضاً، وتكون حجية الحكم الصادر بسبب اليمين أو النكول كالحكم الصادر عن الإقرار.

ويعتبر توجيه اليمين وقبولها من الخصم عقد مدني، واعتبره بعضهم نوعاً من الصلح يفوض به طالب اليمين الأمر إلى ذمة الخصم، ويتنازل عن كل حقوقه ووسائل إثباته إن حلف الخصم اليمين، وللخصم أن يردها، فإن حلف الآخر اليمين المردودة حكم له بالحق االمدعى به، وإن نكل سقطت دعواه[1].

ولا تقبل الحجج والبينات بعد اليمين الحاسمة لأنها تعتبر الدليل الوحيد وأن توجيهها يعتبر تنازلاً عما عداها من البينات. ولا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أدائها ممن وجهت إليه أو ممن ردت عليه، وإذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه الضرر منها أن يطالب بالتعويض[2].

وعند اليهودية يسقط الحق بالحلف ولا يطعن بعد ذلك في ذمة الحالف وضميره (المادة ٢٧٥) من الشرع اليهودي، وتكون اليمين حجة مطلقة على المتخاصمين (المادة ٢٧٦ منه)[3].

مقارنة:

نلاحظ أن القانون ولائحة المحاكم الشرعية يتفقان مع مذهب الظاهرية والإمامية وبعض السلف في اعتبار اليمين حجة كاملة في الإثبات، وأنها تسقط الدعوى والحق، كما اقتصرت المجلة على قبول مذهب الحنفية في الموضوع وهو الموافق لمذهب الجمهور في منع المعارضة من المدعي للمدعى عليه بعد اليمين، ولكنها سكتت عما وراء ذلك فيرجع إلى أرجح الأقوال في مذهب الحنفية وقد سبق ايضاحه.

أما حكم يمين الاستيثاق والاستظهار فهو زيادة التأكيد والاطمئنان والاقتناع للقاضي في الأدلة المقدمة إليه، لأن القاضي وجهها للاحتياط، وزيادة الاحتياط في الأدلة المقدمة إلى الدعوى، وتحميل الحالف بعض مسؤولية الحكم عند التهم، كما أن حكم اليمين مع الشاهد تثبت الحق المدعى به ويحكم بهما الحاكم عند الجمهور وقد سبق بيان حقيقة الحكم بالشاهد واليمين هل بهما معاً أم بأحدهما والآخر للتأكيد.

(١) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ١٥٥، ١٤٨، أصول المحاكمات، أنطاكي ص ٦١٩، الصكوك، انطاكي ص ١٩٠، رسالة الأثبات: ٢ ص ٧٣، الإثبات، الصدة: ص ٤٥٤، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ص١٩٤، المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري: ص ٧٨ ف ١٧٩.

(٢) المادة ١١٧ مصري، والمادة ١٢٠ سوري.

(٣) المقارنات والمقابلات، صبري ص ٢٠٨.

المبحث الرابع
في
الحقوق التي يجوز فيها اليمين والحقوق التي لا يجوز فيها

الحقوق أربعة أنوع حقوق الله تعالى المحضة، وحقوق العباد المحضة، وما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، ويلحق بالنوع الأول، وما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب، ويلحق بالنوع الثاني. وحقوق الله تعالى تشمل الحدود والعبادات، أما حقوق العباد فإما أن تكون مالية أو تؤول إلى مال، وإما أن تكون غير مالية وتتعلق بأحكام الأبد ان كالقصاص والأحوال الشخصية.

فإذا رفع شخص دعوى أمام القضاء على آخر، وتوجه الجواب على المدعى عليه فأنكر، وعجز المدعي عن القيام بعبء الإثبات لفقد الأدلة والبينات أو تنازل عنها لغاية خاصة، وقبل تحكيم ذمة المدعى عليه وطلب تحليفة بالله تعالى على حقه، فما هي مدى الاستجابة لطلبه في الا حلاف؟ وهل يحلف المدعى عليه في جميع الحقوق والدعاوى؟

اتفق الفقهاء على عدم جواز التحليف في حقوق الله تعالى المحضة سواء أكانت من قبيل الحدود كالزنا والشرب والسرقة أم كانت من قبيل العبادات كالصلاة والصوم والحج والصدقة والكفارة والنذر، إلا إذا تعلق بها حق مالي لآدمي فيجوز[1]، والسبب في ذلك ما يلي:

---

(١) تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٦٢، جامع الفصولين: ١ ص ١٤٩، تبين الحقائق: جـ ٤ ص ٢٩٧، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥١، لسان الحكام: ص ٢٨، الوجيز، الغزالي: ٢ ص ١٦٠، الحاوي: ١٢ ق ١٤٨أ، منتهى الارادات: ٤ ص ٣٣٣، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٣، النكت والفوائد: ٢ ص ٢٢٤، المغني: ٩ ص ٢٧٢، تبصرة الحكام: ١ ص ١٩٦، التاج المذهب: ٤ ص ٢٨، البحر الزخار: ٤ص ٤٠٥، المختصر النافع: ص ٢٨٣، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢١٥، قارن كتاب الدكتور البهي، من طرق الاثبات: ٤٩ هامش ١، فانه قال يجوز التحليف في الحدود عند الشافعية، وهو غير صحيح، قال الغزالي: ولا يحلف في حدود الله تعالى إذ لا نزاع فيها، (الوجيز: ٢ ص ١٥٩ - ١٦٠)، وقال الماوردي في (الحاوي: ١٢ ق ١٤٨أ): وأما حقوق الله تعالى فضربان: أحدهما ما لا يتعلق به حق لآدمي البتة كحد الزنا وحد الشرب فلا تصح فيه الدعوى، ولا يلزم الجواب عن دعواه (أي لا تجوز فيها اليمين لأن ضابط اليمين عند الشافعية ما تصح فيه الدعوى والجواب) وان تعلق بالزنا حق لآدمي كالقاذف بالزنا.. فإن أنكر المقذوف احلف وإن نكل =

١ ـ لأن المطلوب في الحدود الستر، ويجوز التعريض للمقر ليرجع عنها، ويصح رجوعه عن الإقرار بها ، فلئن لا يستحلف فيها أولى[١].

٢ ـ أن الحدود لانزاع فيها ، فليس فيها مدع يطلب اليمين[٢].

٣ ـ إن الحدود تدرأ بالشبهات، والاستحلاف عند الحنفية والحنابلة لأجل النكول، ولا يقضى بالنكول في الحدود، لأنه بذل عند الامام أبي حنيفة، وإقرار فيه شبهة العدم عند أحمد والصاحبين،والحدود لا تحتمل البذل، ولا تثبت بدليل فيه شبهة، لأن النكول قائم مقام الاقرار، ولا يجوز إقامة الحد بما هو قائم مقام الغير، فلا تثبت بشهادة النساء، ولا بالشهادة على الشهادة[٣].

٤ ـ الاجماع على عدم جواز التحليف في الحدود ، قال الصدر الشهيد «إن الحدود لا يستحلف فيها بالإجماع إلا إذا تضمن حقا »وكذا نقل سعد جلبي عن النهاية[٤] .

أما العبادات فلا يستحلف فيها، لأنها علاقة بين العبد وربه فلا يتدخل فيها أحد، ولما ورد في الأثر من النهي عن اليمين في الصدقات، قال الامام أحمد رحمه الله : «لا يحلف الناس على صد قاتهم»[٥].

أما إذا تعلق بالحدود وغيرها حق من حقوق العباد المالية فإنه يجوز الاستحلاف فيها، ويقتصر اليمين وأثره على هذا الجانب بالذات ولا يثبت الحد بكامله، وإنما يثبت ما يتعلق

= ردت على القاذف، ==

والضرب الثاني من حقوق الله تعالى ما تعلق به حق لآدمي كالسرقة فيجب فيها الغرم . . صحت اليمين فيه، وقال الامام أبو حنيفة إذا ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان أو ادعى على رجل مايوجب حد القذف وأنكر فانه لا يستحلف، وقال الصاحبان يجوز الاستحلاف في حد القذف لتعلق حق العبد فيه (انظر : العناية على الهداية وتكملة فتح القدير: ٦ ص ١٦٢، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٦) وصرح الشافعية بجواز التحليف على القذف ،(شرح المحلي : ٤ ص ٣٤١).

(١) كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٥، الحاوي: ١٢ ق ١٤٨أ .

(٢) الوجيز، الغزالي: ٢ ص ١٦٠.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٦، الطرق الحكمية ص ١١٠، المبسوط: ١٦ ص ١١٧.

(٤) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٨، الدر المختار: ٥ ص ٥٥١ حاشية سعد جلبي على الهداية: ٦ ص ١٦٢.

(٥) المغني ، ابن قدامة: ٩ ص ٢٧٢، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٦، قال القرافي: اعلم أن العبادات كلها على الاطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل الفتيا فقط فكل ما وجد فيها من الاخبارات فهو فتيا فقط »(انظر : رسالة اليمين، محمود حسني هاشم: ص ٥٩ هامش ٣ عن كفاية المتخصصين ص ١٣٧ .).

بالآدميين كالمال في السرقة[1].

وكذلك اتفق الفقهاء على جواز توجيه اليمين في الأموال وما يؤول الى المال، فيستحلف المدعى عليه على إثباتها أو نفيها[2]، والدليل عليه من الكتاب والسنة.

أولا ـ فأما الكتاب:

فقد قال الله تعالى: ﴿إنَّ الذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ الله وأَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولئكَ لا خَلاَقَ لَهُمْ في الآخِرَةِ ولا يُكَلِّمُهُمُ الله ولا يَنْظُرُ إليهم يومَ القيامةِ ولا يُزَكِّيهِمْ، ولَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ سورة آل عمران: ٧٧.

ثانيا ـ وأما السنة:

فقد وردت أحاديث كثيرة نقتصر منها على أربعة أحاديث:

١ ـ روى مسلم وأو داود والترمذي والنسائي أن رجلا من حضر موت ورجلا من كندة اختصما إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي إن هذا غلبني على أرضي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي ألك بينة؟ قال: لا قال فلك يمينه... إلى آخر الحديث[3].

وجه الدلالة:

واضح وصريح في توجيه اليمين على الأرض، وهي مال، وباقي المال مثلها.

٢ ـ روى ابو داود والنسائي وأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلين اختصما الى النبي ﷺ في متاع ليس لواحد منهما بينة فقال النبي ﷺ استهما على اليمين ما كان أَحَبا ذلك أو كرها»[4].

٣ ـ روى البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ

---

(١) المراجع السابقة في الصفحة قبل السابقة رقم ١.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٣، جامع الفصولين: ١ ص ١٤٩، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٩، المغني: ٩ص ٢٧٢، منتهى الارادات: ٤ ص ٣٣٣، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٤، التاج المذهب: ٤ ص ٣٠٢، مختصر المزني: ٥ص ٢٥٥، حاشية الدسوقي: ٤ص ٢٢٧.

(٣) سبق تخريجه في صفحة ١١٧، ٣٢٢.

(٤) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٩ ط الحلبي، التاج الجامع للاصول: ٣ ص ٦٧، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٨٠.

قال: «لو يُعطى الناسُ بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[1].

وجه الدلالة:

صريح في توجيه اليمين في الأموال والدماء.

٤ - روى البخاري ومسلم وأصحاب السنن والبيهقي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف يميناً فاجرة ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان»[2].

وجه الدلالة:

صريح في توجيه اليمين في الأموال، والاستحقاق أو النفي بها، فإذا استحق بها حراماً فعليه غضب الله تعالى، وإلا اكتسب أجره وثوابه.

واتفق الفقهاء على جواز التحليف في الحقوق التي ليست بمال ولا تؤول إلى مال، كأحكام الأبدان من قصاص وجروح ووصاية وشركة ومسائل الأحوال الشخصية، غير أنهم اختلفوا في بعض المسائل في هذا القسم على جواز التحليف فيها وعدمه على ثلاثة أقوال، وسوف نقتصر عليها، ونبين اختلاف الفقهاء فيها.

القول الأول:

استثنى الحنفية والحنابلة سبع مسائل وقالوا لا يجوز فيها التحليف وهي النكاح والنسب والرجعة والفيء في الإيلاء والعتق والولاء والاستيلاد، واشتهرت عند الحنفية بالمسائل السبعة، وزاد الحنابلة النكاح والقود[3].

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٣٤.

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٤١، ٣٢٥.

(٣) تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٦٥، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٧، مجمع الأنهر: ٢/٢٥٥، الدر المنتقى: ٢ ص ٢٥٥، جامع الفصولين: ١ ص ١٤٢، معين الحكام: ص ٦٦، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٧، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٢٥٠، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٥، الطرق الحكمية: ص ١١٠، ١٢٤، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٦، المغني: ٩/٢٧٢، منتهى الارادات: ٤ ص ٣٣، وزاد ابن نجيم عليها مسائل كثيرة حتى بلغت احدى وثلاثين مسألة، وزادها ابن عابدين إلى بضع وستين مسألة، (انظر: البحر الرائق ٧ ص ٢٠٩، حاشية ابن عابدين: ٥/٤٨٥ الى ٤٩٤)، وقد ذكرنا الحالات المتعلقة بالرق لاشتهار المسائل السبعة عند الحنفية، وقد مضى عهد الرق والعبودية وانقرض أثره، ولذلك نغض النظر عن أحكامها الخاصة وأدلتها، ولا نتعرض للقود عند الحنابلة لخروجه عن موضوع الرسالة.

القول الثاني:

أن التحليف فيها جائز، وأن المنكر يحلف على إثباتها أو نفيها أو يردها إلى المدعي عند القائلين بالرد، ويحكم عليه بالنكول عند القائلين به.

ذهب إلى هذا الجمهور من الشافعية والصاحبان من الحنفية، وهو المفتى به عندهم، والحنابلة في رواية والزيدية والإباضية والإمامية[1].

القول الثالث:

أن التحليف غير جائز في النكاح فقط وهو مذهب المالكية[2].

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القوم على عدم جواز التحليف في النكاح والطلاق والنسب والرجعة والفيء في الإيلاء وغيرها بدليلين:

الأول: أن القصد من توجيه اليمين هو النكول عن حلفها، والقضاء بناء على النكول، والنكول بذل وإباحة وترك للمنازعة وإعراض عن الطلب، صيانة عن الكذب الحرام[3]، وهذه المسائل لا يجوز فيها البذل والإباحة، فإن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت، أو بالعكس، فلا يمين؛ لأنه لا يصح للمرأة أن تبذل نفسها للرجل وتقول له مثلاً أبحت لك التمتع . . ، أو ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعاً في العدة وأنكرت أو بالعكس، وفي الفيء بالإيلاء بأن ادعى بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه فاء إليها في المدة وانكرت أو بالعكس، وفي النسب بأن يدعى على مجهول أنه ولده أو والده، وأنكر المجهول أو بالعكس، وفي الرق بأن يدعي على مجهول أنه عبده وأنكر المجهول أو بالعكس، والاستيلاد بأن تدعي أمة على مولاها أنها ولدت منه ولداً وأنكر المولى دون العكس، وفي الولاء أن يدعي على

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٤٨ أ، الوجيز: ٢ ص ١٦٠، الطرق الحكمية: ص ١١٠، ١٢٤، المغني: ٩ ص ٢٧٢، مختصر المزني: ٥ ص ٢٥٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٥، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٦، النكت والفوائد: ٢ ص ٢٢٦، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٧، شرح النيل: ٦ ص ٥٨٣، البحر الزخار: جـ ٤ ص ٤٠٤ + جـ ٥ ص ١٣٣، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٤، ٢٢٣، جامع الفصولين: ١ ص ١٤٢، المهذب: ٢ ص ٣٠٢، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٥٥، الدرالمنتقى: ٢ ص ٢٥٥.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٧، شرح الخرشي: ٧ ص ١٦٢، + ص ٢١٤، القول المرتضى: ق ٤١ ب، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢١٤، تبصرة الحكام: ١ ص ١٩٧.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٧.

مجهول النسب أنه معتقه ومولاه وأنكر المهجول أو بالعكس[1].

ويعترض على هذا الاستدلال بأن اليمين هي الوسيلة الشرعية للإثبات وليس النكول، وأن القضاء بالنكول مختلف فيه، والجمهور لا يأخذون به، ثم إن اعتبار النكول بذلاً فيه خلاف بين القائلين به، ولذلك فلا حجة في القول إن البذل لا يجري في النكاح والنكول بذل، وبما أن اليمين تطلب لأجل النكول فلا تصح في النكاح.

الثاني: قالوا إن الأبضاع يحتاط فيها، فلا تباح بالنكول، ولا بالنكول ويمين المدعي كالحدود، لأن النكول ليس بحجة قوية، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحكم، ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضي به فيما يحتاط له[2]، والرجعة والنسب والفيء في الإيلاء في معنى النكاح.

واعترض عليه بأن هذا التعليل مخالف للحديث المشهور «اليمين على من أنكر».

والجواب أن عموم الأحاديث الشريفة في كون اليمين على المنكر قد خصصت بأحاديث أخرى في الحدود واللعان فأصبحت ظنية الدلالة فجاز تخصيصها بالقياس، وإن الحديث السابق تناول الأموال والدماء فقط، فلا يدخل فيه النكاح، ولو كان عاماً ودخل فيه كل مدعى به لكان مخصصاً بالحدود، والنكاح في معناها، لأن النكاح لا يخلو من شهود ولأن هذه الحالات كلها لا تثبت إلا بشاهدين فأشبهت الحدود[3].

ويدفع الجواب بأن التخصيص لا بد أن يكون بمخصص، ولا مخصص هنا، وأما اعتبار النكاح في معنى الحدود فهو قياس مع الفارق، لأن الحدود تدرأ بالشبهة بخلاف النكاح والطلاق والرجعة.

أما إذا كان المقصود من الدعوى في هذه المسائل المال فيستحلف المدعى عليه ويثبت المال دون النكاح والنسب والرجعة، كما إذا ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وأنكر فإنه يحلف، وكذلك بعد الدخول إذا ادعت النفقة للعدة،

---

(١) تكلمة فتح القدير: ٦ ص ١٦٥.

(٢) المغني: ٩ ص ٢٧٢.

(٣) المغني: ٩ ص ٢٧٢.

وإذا ادعت في النسب حق الإرث أو حق الحضانة في اللقيط أو نفقة الأقارب، فيستحلف[1].

أدلة القول الثاني :

استدل الجمهور على جواز التحليف في هذه المسائل بالكتاب والسنة والمعقول .

فأولاً : الكتاب :

قال الله تعالى : ﴿ والذين يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ولَمْ يكُنْ لَهُمْ شُهَدَاء إلا أَنْفُسُهُمْ ، فَشَهادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهادَاتٍ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ ، وقال تعالى : ﴿ ويَدْرَأُ عَنْها العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهادَاتٍ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكَاذِبِينَ ﴾ ، سورة النور ، الآيتان : ٦ ، ٨ .

وجه الدلالة :

أن الشهادة بالله هي اليمين ، وأن الله تعالى أجرى اليمين في اللعان وهو يتعلق بأحكام الحياة الزوجية والمفارقة فيها ، وهي ليست بمال ولا المقصود منها المال ، ويترتب عليها الفرقة ونفي الولد [2] .

ثانياً : السنة :

وردت أحاديث كثيرة نقتصر على ثلاثة منها :

١ ـ أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن في الحديث المشهور « واليمين على من أنكر » وفي رواية « جعل اليمين على المدعى عليه » وفي رواية الترمذي : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » وفي رواية البيهقي « ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر » [3] .

وجه الدلالة :

أن الأحاديث عامة تشمل جميع المدعى عليهم ، ولم يرد نص بتخصيصها في حالات دون أخرى ، فتبقى على عمومها ، فتتناول كل مدعى عليه إلا ما قام الدليل على تخصيصه ،

---

(١) البحر الرائق : ٧ ص ٢٠٩ ، المبسوط : ١٦ ص ١٢٠ ، جامع الفصولين : ١ ص ١٤٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٥١ .

(٢) مختصر المزني : ٥ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ .

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٣٤.

فكل شخص توجهت عليه دعوى صحيحة ، وأنكر الحق المدعى به ، ولم تتوفر البينة للمدعي فإنه يستحلف المدعى عليه على حقه (١) .

٢ ـ أخرج البيهقي أن رُكانة بن زيد طلق امرأته ثم أتى رسول الله ﷺ فقال : إني طلقت امرأتي البتة ، والله ما أردتُ إلا واحدة ، فقال رسول الله ﷺ : والله ما أردتَ إلا واحدة ؟ فقال رُكانة : والله ما أردتُ إلا واحدة فردها عليه » (٢) .

وجه الدلالة :

كما قال الشافعي رحمه الله تعالى : واذ أحلف رسول الله ﷺ ركانة في الطلاق فهذا يدل على أن اليمين في الطلاق كما هي في غيره (٣) .

٣ ـ روى ابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال : « إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهد واحد عدل ، استحلف زوجها ، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد ، وإن نكل فنكوله بمنزله شاهد آخر ، وجاز طلاقه » (٤) .

وجه الدلالة :

نص الحديث صريح في استحلاف الزوج في دعوى الطلاق (٥) .

ثالثاً : القياس :

١ ـ ان كل دعوى صحيحة وجبت الإجابة عنها وجبت اليمين فيها كالأموال والقصاص بجامع أنها تتضمن حقاً يطالب به صاحبه . فكما تجوز اليمين في القصاص والأموال تجوز في النكاح والطلاق والنسب والرجعة ، قال ابن القاص : تجب اليمين في كل حق لابن آدم إلا في أربعة : القاضي على بطلان الحكم ، والشاهد على شهادة الزور ، والمرأة إذا ادعى اثنان زواجها فأقرت لآخر ، والأب إذا ادعى عليه بشيء فأقر به لولده الصغير (٦) .

٢ ـ قياس النكاح والطلاق والنسب وغيرهما على سائر الأحكام بجامع ثبوتها بالدليل

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٤٨ أ .
(٢) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٢.
(٣) السنن الكبرى : ١٠ ص ١٨١ .
(٤) سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٥٧ ، وجاء في الزوائد : اسناده صحيح ، ورجاله ثقات .
(٥) الطرق الحكمية : ص ١٥٧ .
(٦) المغنى : ٩ ص ٢٧٢ ، الأشباه والنظائر ، السبكي : ق ١٢٣ أ ، الحاوي : ١٢ ق ١٤٨ أ .

القاصر مع الشبهة ، فالنكول إقرار فيه شبهة ، وكما توجه اليمين مع وجود الشبهة في القصاص والأموال كذلك توجه في النكاح وغيره مع وجود الشبهة ويقبل فيها الشهادة على الشهادة ، وشهادة رجل وامرأتين [١] .

أدلة القول الثالث :

استدل المالكية على عدم جواز التحليف في النكاح فقط بأن النكاح يجب فيه الشهادة والإعلان ، فإذا لم يوجد الشهود فلا يصح النكاح ، ومن ادعاه فقد ادعى خلاف الأصل ، لأن الأصل عدمه ، فيجب تقديم الشهود لإثباته أمام القضاء ، ولا يقبل اليمين لتحقق التهمة والكذب ، فإن النكاح لا يخفى على الناس وخاصة الأهل والأقارب والجيران ، بالإضافة إلى شهود العقد فيه ، ولأن النكاح لا يصح إلا بالشهادة فلا يثبت إلا بالشهادة [٢] ، ولأنه لو أقر بالنكاح لا يثبت ولا يلزم [٣] .

واعترض عليه بأن النصوص عامة ولم يرد ما يخصصها فتبقى على عمومها ، وأن الشهادة على النكاح لا يعني عدم قبول غيرها لإثباته، لاحتمال موت الشهود أو فقدان أهلية الشهادة عندهم .

القول الراجح :

يظهر ترجيح قول الجمهور بجواز تحليف المدعى عليه في النكاح والطلاق والنسب والفيء في الايلاء والرجعة وغيرها لعموم النصوص وقوة الأدلة ، وأن اليمين قسيم للبينة بأنواعها ففي كل حق تجوز فيه البينة والشهادة تتوجه فيه اليمين في النفي والإثبات .

وإن محل الخلاف في جواز توجيه اليمين وإمكانيته ، وليس في النكول ، لأن اليمين تأكيد لخبر محتمل نفياً أو إثباتاً ، أما النكول فإنه سكوت وإعراض ، واليمين حجة باتفاق بخلاف النكول .

ويؤيد ذلك ما ورد عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : إذا ملك الرجل امرأته أمرها فالقضاء ما قضت به إلا أن يناكرها ، يقول لم أرد إلا تطليقة واحدة فيحلف على ذلك فترد عليه وقال أيضاً : « إذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها فتناكرا فيمينه بالله ما فعل » [٤] .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٦ ص ١٦٢ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٢٩٧ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٧ .
(٢) القول المرتضى : ٣١ أ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي : ٧ ص ٢١٤ .
(٣) شرح الخرشي : ٧ ص ٢١٤ .
(٤) السنن الكبرى ، البيهقي : ١٠ ص ١٨٢ .

ما يجوز فيه اليمين في القانون :

يجوز توجيه اليمين الحاسمة في القانون في جميع المواد المدنية ، وقد جاءت الصيغة عامة في (المادة ١١٤) من قانون الإثبات المصري و (المادة ١١٣) من قانون البينات السوري فيجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر سواء كانت مما تقبل الإثبات بالشهادة أو مما يجب إثباته بالكتابة أو ما يخالف الثابت بالكتابة ، وتصح اليمين فيما خالف القرينة القضائية أو القرينة القانونية غير القاطعة ، أو القرينة القانونية القاطعة فيما لا يخالف النظام العام .

واليمين ترد على واقعة قانونية ويصح أن تقع على الحق المدعى به دون ذكر للواقعة مصدر هذا الحق ، واليمين فيها كالإقرار ، ويجب أن تكون الواقعة المحلوف عليها شخصية ، ويلتزم الحالف بها ، لأن الأمر يتعلق بالذمة [١] .

ولا تؤدى اليمين الحاسمة في الحالات التالية :

١ - إذا تناولت واقعة مخالفة للنظام العام ، أو تناولت واقعة غير متعلقة بالشخص الموجهة إليه أو لا يعلمها [٢] .

٢ - إذا تناولت واقعة خارجة عن موضوع الدعوى ، أو واقعة مسلماً بها من الخصم ، أو واقعة محققاً كذبُها من ظروف الدعوى .

٣ - إذا كانت الواقعة مخالفة للقانون ، فاليمين الحاسمة تتوجه في كل دعوى وكل مدعى به إلا فيما يخالف النظام العام أو الممنوع قانوناً كدين القمار والربا الفاحش .

وعند اليهود لا توجه اليمين إلا إذا ظهر احتمال الصدق في دعوى المدعي ، وهذا يشبه اشتراط الخلطة وتحقيق الدعوى عند المالكية .

أما اليمين المتممة فيوجهها الحاكم في كل الوقائع والحقوق بحسب الصيغة المناسبة لما يراه .

المقارنة :

نرى أن الضابط فيما يجوز الحلف عليه متقارب بين الشريعة والقانون « ما يصح الإقرار به » وأن القانون وافق الشريعة على عدم جواز اليمين فيما يتعلق بالحدود في الشريعة أو النظام العام في القانون .

---

(١) نظرية الإثبات ، المؤمن : ٦ ص ١٧٩ ، الإثبات ، الصدة : ص ٤٢٨ ، ٤٣١ ، قانون الإثبات المصري شرح وتعليق محمد عبد الرحيم عنبر ص ١٧٣ ، موجز أصول الإثبات ، مرقس : ص ١٤١ ، رسالة الأثبات ، نشأت : ٢ ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) المادة ١١٥ مصري ، المادة ١١٤ سوري .

المبحث الخامس
في
اليمين المردودة

اختلف الفقهاء في رد اليمين إلى المدعي إذا نكل المدعى عليه عن أدائها على أربعة أقوال :

القول الأول :

أن اليمين ترد إلى المدعي ، ويوجه القاضي إليه اليمين ، فإن حلف استحق وحكم له القاضي بها ، وإن امتنع سقطت الدعوى .

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة في قول صَوَّبه الإمام أحمد والإباضية والزيدية والإمامية في قول ، وهو قول أبي ثور ، ومروى عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر والمقداد بن الأسود وأبيّ بن كعب وزيد بن ثابت والأوزاعي وابن سيرين والنخعي وشريح رضى الله عنهم .

القول الثاني :

أن اليمين لا تُرد إلى المُدعي ، ويقضى على المدعى عليه بالنكول [1] .

وهو مذهب الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم واختاره الإمام أحمد ، والإمامية في الأظهر والقاسمية والهادوية والناصر من الزيدية ، وهو مروى عن عبد الله بن عمر وابن عباس وأبي موسى الأشعري ، ومروي أيضاً عن عمر وعثمان وعلي وشريح رضى الله عن الجميع .

---

(١) النكول لغة : من نكل عن العدو وعن اليمين من باب دخل أي جَبُنَ ونَكَصَ ، وفي الشرع هو الامتناع عن أداء اليمين في مجلس القضاء ، (انظر : مختار الصحاح : ص ٦٧٩ ، القاموس المحيط : ٤ ص ٦٠ ، المصباح المنير : ٢ ص ٨٥٩) ، وقال ابن عرفة : امتناع من وجبت عليه اوله يمين عنها ، (شرح حدود ابن عرفة ، الرصّاع : ٤٧٢) .

القول الثالث :

أن اليمين لا تُرد إلى المدعي ، ولا يقضى على المدعى عليه بمجرد النكول ، وإنما يحبس الناكل حتى يقر بالحق أو يَحلف على نفيه أو يُجبر على ذلك بالضرب .

ذهب إلى ذلك أحمد في قول وأصحاب الشافعي في وجه إذا تعذر رد اليمين ، ومالك في قول في النكول عن اليمين في الطلاق وبه أخذ ابن القاسم ، وهو مذهب الظاهرية ، وقول ابن أبي ليلى في رواية [1] .

القول الرابع :

أن اليمين ترد إلى المدعي إذا كان جازماً بالحق أو كان الفعل صادراً منه ، أما إذا كان غير جازم به فيحكم على المدعى عليه بالنكول ، ولا ترد اليمين إلى المدعي .

ذهب إلى ذلك الإمام ابن تيمية وأيده ابن القيم وقال إنه قول علي رضى الله عنه ، وهو جمع بين القولين الأول والثاني .

الأدلة :

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول [2] على مشروعية اليمين المردودة ، وأن المدعى عليه إذا توجهت عليه اليمين فله الخيار في أدائها أو في ردها على المدعي والاحتكام إلى ذمته ، وأن نكول المدعى عليه عن اليمين لا يوجب الحكم عليه بنكوله ما دام مخيراً بين الأداء والرد ، استدلوا على ذلك بالكتاب و السنة والاجماع والمعقول .

أولاً : الكتاب :

قال الله تعالى : ﴿ يا أيُّها الذين آمَنُوا شَهادَةُ بَيْنِكُمْ إذَا حَضَر أَحَدَكُمْ المَوْتُ حِينَ الوَصِيةِ

---

(١) اختلف النقل عن ابن ابي ليلى في رد اليمين والحكم ، بالنكول والحبس حتى يحلف ، (انظر : بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٩ ، الطرق الحكمية : ١١٨ ، ١٢٤ ، المحلى : ٩ ص ٣٧٧ ، المغنى : ٩ ص ٢٣٥) .

(٢) الحاوي : ١٢ ق ١٤٧ ب ، ١٤٥ ب ، الأشباه والنظائر ، السبكي : ق ١٢٢ أ ، المهذب : ٢ ص ٣١٩ ، شرح الخرشي : ٧ ص ٢٤١ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠٨ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٩٠ ، ١٩٣ ، شرح الزرقاني على الموطأ : ٣ ص ٣٩١ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٠٨ ، المغنى : ٩ ص ٢٣٥ ، شرح النيل : ٦ ص ٧٠٥ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٢ ، المختصر النافع : ص ٢٨٢ ، المحلى : ٩ ص ٣٧٧ ، الطرق الحكمية : ص ١١٦ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٩ .

اثنانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكم أَوْ آخَرَان مِنْ غَيْركم إنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ في الأَرض فأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ المَوْتِ ، تحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ صَلاةِ العصرِ ، فيُقْسِمَانِ باللهِ إنْ ارْتَبْتُمْ لا نَشْتَري به ثمَناً ولوْ كَانَ ذَا قُرْبى ، ولا نَكْتُمَ شَهادَةَ اللهِ إنَّا إذاً لمنَ الآثمينَ ، فإنْ عُثِرَ على أنَّهما اسْتَحَقَّا إثْماً فآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُما مِنَ الذينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الأَوْلَيانِ فيُقْسِمان باللهِ لشَهَادَتُنا أحقُّ مِنْ شَهَادتِهما ، وما اعتديْنا إنَّا إذا لمنَ الظالَمينَ ، ذلك أدْنَى أنْ يأتُوا بالشهادةِ عَلَى وَجْهها أو يَخَافُوا أنْ تُردَّ أيْمان بَعْدَ أَيْمانِهم ، واتقوا اللهَ واسْمَعُوا واللهُ لا يَهْدِي القَوْمَ الفاسقينَ ﴾ سورة المائدة ، الآيات ١٠٦ ـ ١٠٨ .

سبب النزول :

روى البخاري والترمذي والدارقطني عن ابن عباس قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدى بن بدّاء فمات السهمي بأرض ليس فيها مسلم ، فلما قدما بتركته فقدوا جاما من فضة مَخوصّاً بالذهب فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة ، فقالوا : اشتريناه من عدى بن بّداء وتميم ، فقام رجلان من أولياء السهمى فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم ، قال : وفيهم نزلت الآية [١] .

وجه الدلالة :

أن الآية نص صريح في رد الأيمان بعد الأيمان الأولى ، ولا يحلف ثانية بعد اليمين إلا برد اليمين ، وهو تحويل لليمين من موضع رئيت فيه إلى موضع آخر يخالفه ، وكذلك اليمين المردودة تحول من المدعى عليه إلى المدعي [٢] .

واعترض على الاستدلال بثلاثة وجوه :

الوجه الأول :

أن الآية منسوخة ، وبطل حكمها بآية « ممن ترضون من الشهداء » كما قال المالكية والشافعية ، ولم يقبلوا شهادة الكافر على المسلم مطلقاً في الحضر وفي السفر ، فكيف يستدلون بها هنا في رد اليمين [٣] ؟ .

---

(١) صحيح البخاري : ٢ ص ٨٩ ، أسباب النزول ، للسيوطي : ص ٧٨ ـ ٧٩ ، تفسير آيات الأحكام ، السايس : ٢ ص ٢٢٥ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٨ ص ٤٣٢ ، أحكام القرآن ، ابن العربي : ٢ ص ٧٠٧ ، تفسير القرطبي : ٦ ص ٣٤٧ .

(٢) الأم للشافعي : ٧ ص ٣٤ ، الحاوي : ١٢ ق ١٤٦ أ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٧٧ ، الفروق : ٤ ص ٩٢ ، الطرق الحكمية : ص ٨٦ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٩ .

(٣) تفسير آيات الأحكام ، السايس : ٢ ص ٢٢٦ ، تفسير القرطبي : ٦ ص ٣٥٠ .

وأجيب على ذلك بأن القول بالنسخ ، مع التسليم به ، إنما هو في شهادة الكافر على المسلم ، أما بقية الآية فلم تنسخ ، وإن نسخ بعض الآية دون بعض جائز ، وقد ورد نظيرهذا في القرآن الكريم ، قال الله تعالى في سورة البقرة في حبس الزانية : ﴿ واللاَّتِي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أرْبَعَةً مِنْكُم ، فإنْ شَهِدُوا فأَمْسِكُوهُنَّ فِي البُيُوتِ ﴾ وقد نسخ حكم الحبس فيها بالاتفاق ، ومع ذلك فلم ينسخ اشتراط الشهود الأربعة في الزنا الوارد في نفس الآية ، والشافعي رحمه الله يقول في الآية السابقة « أنْ تُرَدَّ أيْمَانٌ بَعْدَ أيْمَانِهِمْ » : ليست هذه الآية ناسخة ولا منسوخة [1] .

الوجه الثاني :

إذا سلمنا بعدم نسخ الآية فإنما تفيد رد اليمين من الشاهدين إلى الشاهدين ، وهذا يخالف رد اليمين من المدعى عليه الى المدعي.

وأجيب عنه أن الآية الكريمة تدل على جواز رد اليمين عامة ، وأنها ردت من المدعى عليهما وهما تميم وعدي ، إلى أولياء الميت المدعين سرقة الجّام .

الوجه الثالث :

ان الآية الكريمة تدل على تحليف الشهود ، وتحليف الشهود جاء على خلاف الأصل ، وما ثبت على خلاف الأصل فلا يقاس عليه .

وأجيب عنه أن الاستدلال بالآية هو رد الأيمان من جهة إلى جهة ، وليس في تحليف الشهود ، وأن الحلف على ا لشهادة في الآية هو اليمين على المدعى به ، وليس على الشهادة لأنهم لم يكونوا شهوداً .

فالآية الكريمة دليل على جواز در اليمين عامة من جهة إلى جهة عند الاتهام والشك في الوقوع بالاثم .

ثانياً : السنة :

١ ـ أخرج الحاكم والبيهقي والدارقطني عن الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما « ان رسول الله ﷺ رد اليمين على طالب الحق » [2] .

---

(١) أحكام القرآن ، للشافعي : ٢ ص ١٥٤ .

(٢) رواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد ، ورواه البيهقي ، انظر : المستدرك : ٤ ص ١٠٠ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤١١ ، سبل السلام : ٤ ص ١٣٦ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٨٤ .

فالحديث واضح وصريح في مشروعية اليمين المردودة، وأن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين فله أو للقاضي رد اليمين على المدعي طالب الحق وأن الرسول ﷺ لم يقض بنكول المدعى عليه، لأنه ليس دليلا شرعيا للقضاء والحكم[1].

واعترض على هذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول:

من ناحية السند فالحديث ضعيف لا يصح الاحتجاج به، لأنه رواه اسحاق بن الفرات، وهو ضعيف، وطعن به أبو حاتم والسليماني

وأجيب عليه بأن رجال الحديث وثقوا اسحاق بن الفرات، فقال فيه ابن حجر العسقلاني في تهذيب التهذيب. ولي قضاء مصر وروى عن مالك والليث وابن لهيعة وغيرهم . . . ، وقال فيه أبو عوانة الاسفرائيني: ثقة، وقال أحمد بن يحيى الوزير: كان من أكابر أصحاب مالك، ولقي أبا يوسف وأخذ عنه، وكان يتخير في الأحكام، وقال فيه ابن عبد الحكم: ما رأيت فقيها افضل منه، وكان عالما، وذكره ابن حبان في الثقات وقال ربما أغرب، وقد رد ابن حجر على طعن ابن أبي حاتم فقال: ما عرفه، فسند الحديث صحيح لا مطعن فيه، ونقل الكندي عن الشافعي قال: ما رأيت بمصر أعلم باختلاف الناس من اسحاق[2].

الوجه الثاني: من ناحية المعنى:

أن ابن عمر رواي الحديث خالف مرويه، وهذا يوهن الحديث كما قال ابن قدامة في «المغني»، فقد روى أحمد قال، قدم ابن عمر إلى عثمان في عبد له فقال: احلف إنك ما بعته وبه عيب علمته، فأبى ابن عمر أن يحلف، فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي [3].

والجواب عنه: أن الرواية الثانية في قصة سيدنا عثمان وابن عمر أن ابن عمر أبى أن يحلف وارتجع العبد[4]، أي لم يحكم بنكوله، فلم يخالف روايته، ولا تقدم القصة الأولى

---

(١) الاقناع وحاشية البجيرمي: ٤ ص ٣٣١، المهذب: ٢ ص ٣٠٢، الحاوي: ٢ ق ١٤٦أ، الطرق الحكمية: ص ١١٩، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٧، المغني: ٩ ص ٢٣٥، مسالك الدلالة: ٢١٦.

(٢) من طرق الاثبات، البهي: ٥٨ عن تهذيب التهذيب: ١ ص ٢٤٦، وانظر تقريب التهذيب، لابن حجر: ١ ص ٦٠، الولاة والقضاة، الكندي: ٣٩٣.

(٣) المغني: جـ ١ ص ٢١١ وما بعدها ط القاهرة.

(٤) المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٣٧٦.

عن الثانية ، وعلى التسليم بالمخالفة فالعبرة للرواية.

فالحديث صحيح الاسناد والمتن وهو حجة في رد اليمين على المدعي، وعدم القضاء بمجرد النكول.

٢ ـ أخرج مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي والبهيقي ومالك في الموطأ والشافعي في الأم عن سهل بن أبي حَثْمة أن عبد الله بن سهل الأنصاري ومُحَيِّصة بن مسعود خرجا إلى خيبر، فتفرقا لحاجتهما فقتل عبد الله بن سهل ، فجاء عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود إلى رسول الله ﷺ، فذهب عبد الرحمن أخو المقتول يتكلم، فقال له رسول الله ﷺ: أيحلف منكم خمسون فتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟ فقالوا يا رسول الله لم نحضر ولم نشهد، فقال ﷺ: فتبرئكم يهود بخمسين، فقالوا يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فعقله رسول الله ﷺ[١].

وجه الدلالة:

أن الرسول عليه الصلاة والسلام رد اليمين ممن وجبت عليه أولا الى خصمه الآخر عندما رفض الأول أداء اليمين ، فيستدل به على جواز رد اليمين من المدعي إلى المدعى عليه[٢].

واعترض عليه بأن الاستدلال في غير موضع النزاع، لأن الحديث رد اليمين من المدعي إلى المدعى عليه، والخلاف في رد اليمين من المدعى عليه إلى المدعي، فهذا الحديث جاء على خلاف الأصل في حديث «البينةُ على المدعي واليمين على من أنكر»وما جاء على خلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره.[٣]

والجواب عليه أن اليمين تُشرع في الجانب القوي سواء أكان مدعيا أم مدعى عليه، وفي القسامة تقوى جانب المدعي بوجود اللوث فتتوجه عليه اليمين، كاليمين مع الشاهد أيضا، ولا شك أن القسامة جاءت بأحكام خاصة خرجت من القواعد العامة في توجيه اليمين على المدعي أولا، وفي عدد الايمان ثانيا، وفي الاستحقاق والإبراء ثالثا، فلا يقاس عليها غيرها، ولكن وجه الاستدلال برد اليمين من الجهة المكلفة بها أولا الى الجهة الثانية عند امتناع الأولى، وهذا

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص ١٤٣، الموطأ: ص ٥٤٧ ط الشعب، شرح الزرقاني على الموطأ: ٤ ص ٢٠٧، الأم للشافعي: ٦ ص ٧٨، جـ ٧ ص ٣٤، السنن الكبرى، للبهقي: ١٠ ص ١٨٢، سنن النسائي: ٨ ص ٦، سنن أبي داود ٢ ص ٤٨٤ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٦٨٢، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨٩٢.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٤٦أ ،الفروق: ٤ ص ٩٣، الطرق الحكمية: ص ٨٧، ١٤٤، مختصر المزني: ٥ ص ٢٥٦، مسالك الدلالة: ص ٣١٦، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٨٤.

(٣) الطرق الحكمية: ص ١١٩، شرح معاني الآثار: ٤ ص ١٤٩.

الاستدلال لا يختلف باختلاف موضع النزاع سواء كان قسامة أو مالا أو غيره، والقسامة ثابتة بالنص فهي أصل بذاته وليست ثابتة على خلاف القياس.

٣ - أخرج البيهقي والطبراني عن الشعبي أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم فلما تقاضاه: قال إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال المقداد احلف إنها سبعة آلاف ، فال عمر: أنصفك ، فأبى أن يحلف فقال عمر: خذ ما أعطاك[١].

وجه الدلالة:

أن عثمان ادعى على المقداد، وليس له بينة، فتوجهت اليمين على المقداد في مقدار الدين، فردها على عثمان، فأقره عمر رضي الله عنه ووافقه، وقال لعثمان أنصفك، ولم يقض عمر على المقداد بالنكول عن اليمين، وأقره على الرد دون اعتراض، وهو عمل كبار الصحابة[٢].

واعترض عليه بوجهين:

الوجه الأول:

من جهة السند: أن الحديث ضعيف لا يصح الاحتجاج به لأن الإمام أحمد بن حنبل ضعّف مسلمة بن علقمة راوي الحديث[٣].

وأجيب عليه بأن البهيقي قال فيه: إسناد هذا الحديث صحيح إلا أنه منقطع[٤]، وأن مسلمة بن علقمة من رجال مسلم فلا أثر للطعن فيه[٥].

---

(١) رواه البيهقي في (السنن الكبرى: ١٠ ص ١٨٤)، ورواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح، (انظر: مجمع الزوائد: ٤ ص ١٨٢)، وجاء في رواية أخرى أن سيدنا عثمان امتنع عن الحلف، ولما خرج المقداد قال عثمان لعمر: إنها سبعة آلاف، فقال له ما منعك أن تحلف؟ فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال بسبب يمينه، أو يقال إن عثمان حلف كاذبا.

(٢) المهذب: ٢ ص ٣٠٢، الطرق الحكيمة: ص ٨٦، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٩، مختصر المزني: ٥ ص ٢٥٦.

(٣) الجوهر النقي على هامش السنن الكبرى: ١٠ ص ١٨٤.

(٤) الحديث المنقطع هو مالم يتصل اسناده على أي وجه كان انقطاعه سواء كان الساقط منه الصحابي أو غيره، فهو والمرسل سواء عند سقوط الصحابي، ولكن أكثر ما يستعمل في رواية من دون التابعي عن الصحابي، كمالك عن ابن عمر، (انظر: تدريب الراوي في تقريب النواوي بالسيوطي ص ٧١ ط أولى).

(٥) مسلمة بن علقمة المازني وثقة يحيى بن معين ، وضعفه أحمد فقال: شيخ ضعيف، والاصح أنه ثقة ، خرج له الترمذي والنسائي ومسلم وقال أبو حاتم: هو صالح الحديث، (انظر ميزان الاعتدال : ٦ص ١٠٩).

الوجه الثاني:

من ناحية المتن: اعترض الحنفية على الاستدلال بأن المقداد ادعى الايفاء فأنكر عثمان فتوجهت عليه اليمين، ولا دلالة على اليمين المردودة فيه[1].

والجواب على ذلك أن الخلاف على المقدار، هل هو سبعة آلاف أم أربعة آلاف؟ وأما ادعاء الايفاء فلا تصريح به في الحديث، ولا يوجد ما يدل عليه، وهو تحميل للنص أكثر مما يحتمل.

ويظهر بعد ثبوت صحة الحديث وصحة معناه أن المقداد رد اليمين على عثمان وأن عمر رضي الله عنهم أقره على ذلك، فإن ادعى شخص أن الحديث موقوف على الصحابي، لأنه وقع فيما للرأي فيه مجال، ولا دلالة على الرفع فيكون مذهب صحابي[2]، فنقول إنه وقع في رد اليمين ولو لم تكن مشروعة، وكان القضاء بالنكول مشروعا لأنكر عمر وعثمان على المقداد ذلك.

٤ - روى الشافعي في الأم والبيهقي أن رجلا من بني ليث أجرى فرسا فوطىء إصبع رجل من جهينة فنَزَى فيها فمات، فقال عمر للذين ادعى عليهم: تحلفون خمسين يمينا ما مات منها فأبوا وتحرّجوا على الأيمان، فقال للآخرين: احلفوا أنتم فأبوا[3].

وجه الدلالة:

أن الحديث واضح وصريح في رد اليمين من المدعى عليه إلى المدعي لأن سيدنا عمر وجه اليمين على المدعى عليهم فأبوا، فردها على المدعين، وهي قصة مشهورة في رد اليمين لم يظهر فيها مخالف.

واعترض عليه بأنه قول صحابي لا دلالة فيه على الرفع، مع الاختلاف في حجيته، وأنه ورد في القسامة التي جاءت على خلاف القياس.

والجواب عنه أن رد اليمين لا مجال للرأي فيه فتكون مرفوعة، وأن الصحابة لم تنكر على

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٠.

(٢) فتح القدير في مصطلح حديث البشير النذير الشنقيطي الموريتاني: ص ١٩.

(٣) الام: ٧ ص ٣٤، ٢١٧، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٨٤، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٣.

عمر ذلك، وأن الرد لا يختلف في القسامة عن غيره[1].

٥ ـ روى زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من طلب طُلبة بغير بينة فاليمين أولى للمطلوب من الطالب»، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المطلوب أولى باليمين من الطالب»[2].

وجه الدلالة:

من هذين الخبرين: أن كلمة «أولى» على وزن أفعل التفضيل الذي يستعمل في الاشتراك بين أمرين وترجيح أحدهما على الآخر، فان لم يكن للطالب حق في اليمين لما جعل المطلوب أولى منه، فهو أولى بالابتداء، وتنتقل عنه عند امتناعه في الانتهاء.

ثالثا: الإجماع:[3]

ثبت عن جماعة من الصحابة القول برد اليمين منهم عمر وعثمان وعلي وغيرهم ولم يخالفهم في ذلك أحد فكان إجماعا على مشروعية اليمين المردودة وأنها دليل في الإثبات.

ويعترض عليه بأنه إجماع سكوتي لم يتفق على الاحتجاج به، كما ورد عن بعض الصحابة الحكم بالنكول وعدم توجيه اليمين إلى المدعي، فدعوى الإجماع غير صحيحة.

رابعا: المعقول: وذلك من وجوه:

١ ـ شرعت اليمين كحجة في القضاء على الطرف الذي يتقوى جانبه بعامل من العوامل أو لمرجح أولي، فالأصل أن اليمين على المدعى عليه لقوة جانبه بالبراءة لأصلية وموافقته للظاهر، كذلك تشرع اليمين على المدعي عندما يتقوى جانبه بشهادة شاهد واحد، وتشرع اليمين على المدعين في القسامة، لأن جانبهم تقوى بوجود اللوث، فكذلك اليمين المردودة شرعت على المدعي لقوة جانبه بنكول خصمه عن الحلف، فالنكول أضعف من قيمة البراءة

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٤٦أ.

(٢) مسالك الدلالة: ص ٣١٦، الطرق الحكمية: ص ١١٩، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢، الحاوي: جـ ١٢ ق ١٤٦أ، ولم أعثر على هذين الخبرين الا في كتب الفقه، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير عن الثاني: إنه مرسل عن سالم غيلان التجيبي ونصه «من كانت له طلبة عند أحد فعليه البينة، والمطلوب أولى باليمين، فإن نكل حلف الطالب وأخذ» رواه عبد الملك بن حبيب في الواضحة. (انظر التلخيص الحبير: حـ ٤ ص ٢١٠ ط القاهرة).

(٣) الاقناع وحاشية البجيرمي عليه: ٤ ص ٣٣١، الحاوي: ١٢ ق ١٤٧ أ، الفروق: ٤ ص ٩٣، مسالك الدلالة: ص ٣١٦، الموطأ وشرح الزرقاني عليه: ٣ ص ٣٩٤.

الأصلية للمدعى عليه[1].

٢ ـ إن بينة المدعي حجة له في الإثبات ، ويمين المدعى عليه حجة له في النفي ، ولما كان ترك المدعي لحجته يوجب العدول إلى يمين المدعى عليه كان نكول المدعى عليه موجباً لرد اليمين إلى المدعي [2] .

٣ ـ المدعي إذا امتنع عن إقامة البينة جاز للمدعى عليه إقامتها للحصول على حكم قضائي يقوي يده أو براءته ، فكذلك المدعى عليه إذا ما امتنع عن اليمين فيكون للآخر فعلها[3] .

٤ ـ يجوز رد اليمين إلى المدعي على وجه الصلح بينهما[4] ، ورد اليمين عند النكول يعتبر صلحاً وتحكيما بين المتخاصمين في حلف المدعي واستحقاقه ، كما يجوز الصلح على عدم اليمين أصلا [5] .

أدلة القول الثاني :

قال الحنفية والحنابلة والإمامية وبعض الزيدية[6] : إن المدعى عليه إذا توجهت عليه اليمين إما أن يحلف وتسقط الدعوى ، وإما أن يمتنع عن اليمين فيحكم القاضي عليه بنكوله ، ويلتزم بأداء المدعى به ولا ترد اليمين على المدعي ، لأن النكول حجة ودليل في الإثبات في المال وما يؤول الى المال ، واستدلوا على مشروعية القضاء بالنكول وعدم رد اليمين على المدعي بالسنة والاجماع والمعقول .

أولا : السنة :

١ ـ أخرج مسلم وأحمد عن ابن عباس رض الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : «لو يُعطى

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٤٧أ، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٦، ٥٠٨، الطرق الحكمية: ١١٨، ١٤٤، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧٣، أعلام الموقعين: ١ ص ١٠١.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٤٧أ ، الفروق: ٤ ص ٩٣، مختصر المزني: ٥ ص ٢٥٦، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠٩.

(٣) الفروق: ٤ ص ٩٣.

(٤) معين الحكام: ص ٩٥ ،لسان الحكام: ص ١٧.

(٥) الطريقة المرضية، جعيط المادة ١٥٨.

(٦) المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٠٨، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢١٢، ٢١٥، القواعد لابن رجب: ص ٢٤٥، سبل السلام: ٤ ص ١٣٦، المغني: ٩ ص ٩٠، الافصاح : ص ٤٤١، الطرق الحكمية ص ١١٦، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٩، المختصر النافع: ص ٢٨٢، البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٦، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٠، مجمع الانهر : ٢ ص ٢٥٤، معين الحكام: ص ٩٥.

الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وفي رواية البيهقي «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»[1].

وجه الدلالة:

أن الرواية الأولى جعلت جنس اليمين على المنكر، لأن الألف واللام لاستغراق الجنس، فكانت اليمين شاملة كل مدعى عليه، ولا تشمل غيره، ولا توجه الى المدعي، ومثله قوله ﷺ «الأئمة من قريش» فالمعرف بالألف واللام إذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر.

والرواية الثانية كذلك فالألف واللام في البينة للجنس فتشمل جميع المدعين والألف واللام في اليمين تشمل جميع المنكرين، والحديث قسم الأدلة فجعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والقسمة تنافي الشركة، فاليمين على المدعى عليه دائما، ولا تصح بحال من المدعي فإن نكل المدعى عليه عن اليمين حكم بنكوله[2].

واعترض على هذا الاستدلال بأن الحديث يبين ما يجب على كل من الخصمين في ابتداء الدعوى، أما اذا أدى كل منهما ما يجب عليه دون الوصول إلى نتيجة، فلا دلالة في الحديث عليه، ولا يشمله الحديث ولا معنى للاستغراق فيه، كما ثبت اليمين على المدعي في كثير من الحالات التي قبل فيها الشارع قول الشخص مع يمينه، كالأمين في ادعائه التلف أو الهلاك أو الرد، وكذا الوديع والوصي والقيم.

٢ ـ روى الإمام أحمد أن عبد الله بن عمر باع عبدا له بثلاثمائة درهم بالبراءة الأصلية ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان فقال عثمان: لابن عمر احلف بالله لقد بعته وما به من داء، فأبى ابن عمر أن يحلف، فرد عليه العبد[3].

وجه الدلالة:

أن عثمان رضي الله عنه وجه اليمين إلى ابن عمر فامتنع، فحكم عليه بالنكول، ورد عليه

---

(١) حديث صحيح، وسبق تخريجه في صفحة ٣٤.

(٢) نتائج الأفكار تكملة فتح القدير: ٨ ص ٣٨٥، المغني: ٩ ص ٢٣٦، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٩، الهداية وتكملة فتح القدير: ٦ ص ١٥٥، تحفة الفقهاء ٣ ص ٣٥٠، الدر المختار: ٥ ص ٥٤٩، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٤، شرح معني الآثار: ٤ ص ١٤٩.

(٣) الطرق الحكمية: ص ١١٦، ١١٨، المغني: ٩ ص ٢٣٦، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٩، وسبق ص ٣٢٢.

العبد ، وهذا يدل على مشروعية القضاء بالنكول ، وعدم رد اليمين على المدعي.

واعترض عليه بأن الرواية الثانية عن ابن عمر أنه امتنع عن اليمين وارتجع العبد[1]، مما يدل على عدم القضاء بالنكول، وقد تعارضت الروايتان ولا مرجح لإحداهمافسقط الاستدلال بهما.

٣ ـ روي أن عمر رضي الله عنه قضى بالطلاق على الزوج الذي قال لزوجته «حبلُك على غاربِك» ونكل عن اليمين على عدم إرادة الطلاق[2].

واعترض عليه بأن سيدنا عمر روي عنه القول برد اليمين أيضا، كما أن الاحتجاج بهذه الآثار عن الصحابة لا يستقيم لأنها مذهب صحابي، وهو ليس بحجة ، ويحتمل أن ما ورد عن الصحابة بالقضاء بالنكول إنماهو لما رأوا من تعنت المدعىعليه أو في حالات لا يصح فيها رد اليمين.

وقد تعارضت الروايات عن عمر وعثمان وغيرهما ، ولا مرجح لإحداهما على الآخرى فلا يصح الاستدلال بها.

ثانيا الإجماع:

ورد عن عمر وعثمان وعلى وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم، وعن شريح وغيره القضاء بالنكول دون مخالفة لهم من بقية الصحابة فكان إجماعا على جواز القضاء بالنكول [3]، وقد أورد الزيلعي أدلة لهذا الإجماع، وترجع كلها إلى بعض الصحابة والتابعين[4].

ويعترض عليه كالاعتراض عن أغلب دعاوى الإجماع بأنه إجماع سكوتي، والأئمة مختلفون في الاحتجاج به، كما ثبت عن بقية الصحابة خلاف ما ورد هنا مما يدل على عدم انعقاد الإجماع السكوتي أيضاً.

ثالثاً: المعقول: من وجوه:

---

(١) المحلى، ابن حزم: ٩ص ٣٧٦.

(٢) المبسوط: ١٧ ص ٣٤، تبيين الحقائق: ٤ ص٢٩٦،وسبق ص ٣٣٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٠، الهداية وتكملة فتح القدير والعناية: ٦ ص ١٥٨، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٥، حاشية الشلبي: ٤ ص ٢٩٥.

(٤) نصب الراية، له ٤ ص ١٠١.

١ ـ إن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين يحمل على كونه مقراً أو باذلاً فيظهر صدق المدعي في ذلك ويقضى له[١].

قال الكاساني: ولأنه ظهر صدق المدعي في دعواه عند نكول المدعى عليه فيقضي له، كما لو أقام البينة، ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعى عليه وقد عارضه النكول، لأنه لو كان صادقاً في إنكاره لما نكل فزال المانع للتعارض، فظهر صدقه في دعواه[٢].

وقال الزيلعي: وإنما وجب على القاضي أن يقضي بالنكول بحكم الشرع، لما أن المدعي كان له الشيء المدعى ظاهراً، وأبطله المنكر بالنزاع، والشرع أبطل نزاعه إلى اليمين فإذا امتنع عن اليمين عاد إلى الأصل بحكم الشرع[٣].

ويعترض عليه بأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان رضي الله عنه، ويحتمل الإحجام عن اليمين الكاذبة، ويحتمل الاشتباه والشك في ثبوت المدعى به، وإزاء هذه الاحتمالات فلا يبقى النكول حجة ودليلاً للحكم والقضاء فيحلف المدعي اليمين ليكون دليلاً في الدعوى[٤].

كما يعترض على كلام الكاساني والزيلعي بأنه مناقض تماماً للقاعدة الشرعية المتفق عليها وهي أن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، والظاهر إما البراءة الاصلية للذمة أو وضع اليد على العين، وأن المدعي من يخالف قوله الظاهر، ولذلك كلف الشارع المدعي القيام بعبء الإثبات، وإحضار الحجج والبينات، واكتفى من المدعى عليه باليمين وهو حجة ضعيفة، فإذا فقدت الحجج والبينات وامتنع اليمين عاد الأمر إلى أصله بتأييد الظاهر للمدعى عليه، وأصبح المدعى عليه بمرتبة واحدة مع المدعي، أحدهما يؤيده الظاهر، والآخر يؤيده نكول خصمه، ولم يبق حجة في الإثبات، والحكم لا بدّ له من دليل وبرهان.

وأجيب بأن اليمين واجبة على المدعى عليه، وأداؤها قيام بهذا الواجب وحفظ للحق من الضياع، وإجراء ذكر الله تعالى على لسانه، لأن اليمين الصادقة مشروعة والإنسان لا يرضى

---

(١) معين الحكام: ص ٩٥، الهداية وشروحها وتكلمة فتح القدير: ٦ ص ١٥٨، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩٦.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٠.

(٣) تبيين الحقائق، له: ٤ ص ٢٩٨.

(٤) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٧، المغني: ٩ ص ٢٣٥.

بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع، واحتمال التورع نادر فيقضى عليه بالنكول[1].

ويدفع الجواب بأن النكول قرينة ظنية، ولا يجوز الحكم به لعدم مشروعيته، وغاية ما في الأمر أن من عليه اليمين بحكم الشرع لم يقبلها ولم يفعلها، وعدم فعله ليس إقراراً بالحق، بل ترك لما جعله الشارع عليه، مع مشروعية اليمين المردودة في حقه فيردها على المدعي[2].

٢ ـ اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق، فلا يجوز للشخص أن يحلف يميناً ويستحق بها حقاً، لقوله تعالى: ﴿إنَّ الذينَ يَشْتَرُونَ بعَهْدِ اللهِ وأيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لا خَلاَقَ لَهُمْ في الآخِرَةِ، ولا يُكَلِّمُهُمُ اللهُ، ولا يَنْظُرُ إليهم يَوْمَ القيامةِ، ولا يُزَكِّيهِمْ ولَهُمْ عَذَابٌ أليمٌ﴾ سورة آل عمران الآية ٧٧.

ولذلك فلا يصح رد اليمين على المدعي لئلا يستحق بيمينه مال غيره، ولو كان المدعى عليه صادقاً لحلف، فنكوله يدل على إقراره أو بذله للحق[3].

ويعترض عليه بأن الآية الكريمة تصف اليمين الكاذبة الآثمة الغموس التي يقتطع بها المرء مال أخيه ظلماً وعدواناً، وأما إذا كان صادقاً فلا إثم ولا حرج في يمينه واستحقاقه بها، مثله في ذلك مثل المدعى عليه فإن كان كاذباً فقد ارتكب كبيرة، وإن كان صادقاً فلا حرج فيها لحفظ ماله[4].

والأحاديث الكثيرة توضح دلالة هذه الآية ومعناها، كما وردت أحاديث كثيرة تبين جواز الاستحقاق باليمين صراحة: «تحلفون وتستحقون» والأصل في المسلم الصلاحية والصدق وخاصة فيما لا نطلع عليه كاليمين، والقاضي يحكم بالظاهر والراجح وهو ترجيح جانب الصدق في اليمين سواء أكانت من المدعى عليه أم من المدعي.

ويعترض عليهم أيضاً بأن الحقوق تثبت بالإقرار والبينة واليمين، وليس النكول واحداً

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٠.

(٢) الروضة الندية، صديق حسن خان: ٢ ص ٢٦٠.

(٣) الهداية وشروحها وتكلمة فتح القدير: ٨ ص ٣٨٥، الفروق للقرافي: ٤ ص ٩٣، شرح معني الآثار: ٤ ص ١٤٩.

(٤) تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٧٥، وقيل إن سبب نزولها عمل اليهود في تحريف كتبهم وتغييرها، وقيل بسبب الأشعث بن قيس وقال الرسول ﷺ: من حلف على يمين هو فيها فاجر لقي الله تعالى وهو عليه غضبان، (انظر: تفسير الكشاف: ١ ص ٤٣٨، تفسير الطبري: ٣ ص ٣٢١).

منها، فلا يقوم النكولُ مقام الإقرار في شيء لأنه امتناع، وإن إثبات الحق لا يكون بنفيه، فالنكول امتناع وإنكار فلا يثبت له حكم الإقرار، ولا يقبل في القصاص والحدود فكذلك الحقوق الأخرى، والنكول ترك للحجة وليس ببذل للحق[1]، ويترتب عليه أن الدعوى أصبحت بدون دليل، ولا سبيل إلى إنهاء النزاع إلا توجيه اليمين إلى المدعي فإن حلف ثبت حقه، وإن نكل رفضت دعواه.

أدلة المذهب الثالث:

قال ابن حزم الأندلسي بعدم القضاء بالنكول وعدم رد اليمين على المدعي إلا في ثلاث حالات وهي: القسامة لحديث أبي حثمة السابق، والوصية في السفر للآية الكريمة وفي الشاهد ويمين المدعي لثبوتهما بالأحاديث الصحيحة، ولا ترد اليمين فيما عدا ذلك لعدم ورود قرآن ولا سنة ولا إجماع على النكول أو اليمين المردودة، ولمخالفتها لعموم الأحاديث الثابتة، فإن امتنع المدعى عليه عن اليمين أجبر عليها بالأدب، لأن اليمين واجبة عليه، فإن لم يقر ولم يحلف فإنه ممتنع عن الواجب وارتكب منكراً بيقين فوجب تغييره باليد بأمر الرسول ﷺ «من رأى منكم مُنكراً فليغيره بيده إن استطاع»، وذلك بالضرب أبداً حتى يحيى الحق بإقراره أو يموت ويقتل لتغييره الحق[2].

وقال أحمد في قول وأصحاب الشافعي في وجه وابن القاسم وابن أبي ليلى يحبس المدعي عليه حتى يجيب بإقرار أو إنكار يحلف معه، لأنه وجب عليه أحد الأمرين إما الإقرار وإما الإنكار فإن امتنع عن أداء الواجب عليه عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه، والحبس دائم، وقال بعض المالكية في النكول في القسامة يجدد بسنة فقط ثم يطلق سراحه أو يقتص منه أو يدفع الدية[3].

ويعترض عليهم بما ثبت من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه رد اليمين

---

(١) الأم للإمام الشافعي: ٧ ص ٣٤، الحاوي: ١٢ ق ١٤٥ ب، ١٤٦ ب.

(٢) المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٣٧٣ وما بعدها، ص ٣٨٢ وما بعدها، الطرق الحكمية: ص ١١٨، ١٢٠، والحديث رواه مسلم وأصحاب السنن وسيأتي تخريجه ص ٥٧٨.

(٣) قال بالحبس وعدم القضاء بالنكول وعدم رد اليمين الإمام مالك في الطلاق وبه أخذ ابن القاسم، وأصحاب الشافعي في وجه في الدعوى التي لا يمكن فيها رد اليمين عند ابن القاص، والإمام أحمد في قول، وابن أبي ليلى في قول. (أنظر: المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٧، الطرق الحكمية: ص ١٨٨، المهذب: ٢ ص ٣٠٣، الحاوي: ١٢ ق ١٤٧ ب، حاشية الشرقاوي: ٢ ص ٥١٣، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٩، القول المرتضي: ق ٤١ أ، شرح الخرشي: ٧ ص ١٦١، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٦).

على طالب الحق، وهذا حديث صحيح الإسناد ويوافقه المعقول بأن المدعي لا يستحق بدون دليل، واليمين وسيلة للإثبات بالاتفاق، نفياً في اليمين الواجبة، وإثباتاً في اليمين مع الشاهد، كما أن حبس الشخص فيه تعطيل للأعمال، وقد يستمرىء بعض الناس بالأكل والشرب والكسل ويقبعون أذلاء صاغرين في الحبس مع هضم الحق للمدعي، ومن يأنف الحبس فقد يضطر إلى اليمين الغموس وكلا الأمرين شر مستطير، ولم يرد قرآن ولا سنة بحبس المدعى عليه بعد نكوله، ولا بضربه وتعذيبه، وإنما شرعت اليمين المردودة إلى المدعي فإن حلف استحق، وإن نكل بطلت دعواه.

القول الرابع:

أن اليمين ترد إلى المدعي أحياناً ويحكم بنكول خصمه أحياناً، واستندوا إلى الجمع بين الأدلة بالقضاء بالنكول والقضاء باليمين المردودة، فإذا كان المدعي عالماً بما يدعيه من صدق نفسه، وصحة دعواه بأن يكون الفعل صادراً منه أو كان جازماً بالحق فيجوز رد اليمين عليه ويحكم له بما يدعيه، فإن امتنع سقطت دعواه، ولا يحكم له بنكول المدعى عليه، أما إذا كان محل الإثبات ينفرد بمعرفته المدعى عليه ولا يشاركه في ذلك المدعي فلا يعلمه حقيقة وصدقاً فيجب على المدعى عليه أن يحلف، وليس له أن يرد اليمين، وإن نكل عنها حكم عليه بالنكول.

والدليل على ذلك ما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم من الحكم بكلا الأمرين حسب الحالات والوقائع، والصحابة أفهم الناس وأعلمهم بمقاصد النبي ﷺ وقواعد دينه وشرعه، كما أنه توفيق وجمع بين الأدلة في المذهبين الأول والثاني، وحمل أدلة المذهب الأول على الحالات التي يجوز فيها رد اليمين وحمل أدلة المذهب الثاني على الحالات التي يحكم فيها بالنكول[1].

والمثال على الحكم باليمين المردودة قصة عثمان والمقداد رضي الله عنهما، فإن المقداد رد اليمين على عثمان، لأن عثمان رضي الله عنه يعرف حقه تماماً بدليل أنه ادعاه أولاً، وأقر بثبوته أخيراً عند عمر رضي الله عنه، ولكنه تورع عن اليمين.

والمثال على الحكم بالنكول قصة عبد الله بن عمر في رد العبد بالعيب، فإن عثمان رضي الله عنه حلفه على نفي علمه بالعيب، فلما نكل حكم عليه، وكذلك قصة سيدنا عمر

(١) الطرق الحكمية: ص ٨٧، ١٢٠، ١٢٢، ١٢٣.

رضي الله عنه مع المرأة فإن عمر حلف الزوج على قصده ونيته باللفظ وهذا ما يعلمه جيداً ولا يطلع عليه أحد غيره إلا علاّم الغيوب، فلما نكل عن ذلك حكم عليه بنكوله.

الرأي الراجح:

تبين من عرض الأدلة ومناقشتها ترجيح القول الأول القائل بمشروعية اليمين المردودة وعدم القضاء بالنكول بمفرده، وذلك لصحة أدلته وقوتها في الدلالة، فالآية الكريمة وحديث القسامة دليلان على رد اليمين عامة من موضع إلى آخر، وحديث ابن عمر صحيح ويكفي بمفرده للاحتجاج به. وإثبات مشروعية اليمين المردودة وعدم القضاء بالنكول، ويعضده المعقول والمبادىء العامة في القضاء كعدم الحكم إلا بحجة ودليل.

أما رأي ابن حزم فمردود لمخالفته النص والعقل وآثار الصحابة فلا يعول عليه، كما أن أدلة القول الثاني لم تسلم من الايراد والاعتراض، فإن الأحاديث عامةٌ، وتبين ما يجب على الطرفين ابتداء، ولم تتعرض لما يترتب على فقدان البينة والنكول عن اليمين، وإن الآثار عن الصحابة وادعاء الإجماع وردت متعارضة، بل ورد الأمران عن نفس الصحابي، وإن المعقول عندهم معارض بأقوى منه.

أما القول الرابع فإنه يعتمد على الجمع بين الآراء ومراعاة الخلاف باعتبار حالات الأشخاص والدعاوى، وهذا المذهب ليس إلا تأييداً لمذهب المالكية والشافعية في مشروعية اليمين المردودة مع استثناء بعض الحالات التي يعسر فيها تطبيق اليمين المردودة أو تقل قيمتها فيقضي فيها بالنكول.

ونؤيد ترجيح القول الأول في القضاء باليمين المرودة بالوجوه التالية:

١ ـ إن النكول ليس حجة في الإثبات ولا دليلاً على ثبوت الحق أو نفيه، فبقيت الدعوى بدون دليل، لأن البينة على المدعي واليمين على المنكر، فإذا عجز المدعي عن البينة فلا تسقط دعواه، ولا نحكم عليه ببطلان حقه، وإنما نوجه اليمين إلى المدعى عليه، وهذه هي المرحلة التي نظمها الحديث الشريف، فإن نكل المدعى عليه عن اليمين فيجب ألا نحكم عليه، لعدم قيام الدليل، وكأن الطرفين أصبحا في أول الدعوى من جديد، مع قيام الدعوى وعدم الدليل، ولا يحكم للمدعي إلا بدليل للحديث الشريف: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه».

٢ ـ اليمين حجة في الإثبات مطلقاً، فإذا لم يبق في الدعوى حجة فترد اليمين إلى المدعي، ليحكم له بموجب دليل وحجة شرعية، ولذلك كانت اليمين المردودة متفقة مع

وجوب الإثبات وإقامة البينات لبناء الأحكام عليها.

٣ ـ إذا أقام المدعي شاهداً على دعواه فلا يحكم له به، والنكول أضعف من الشاهد، فإن النكول ليس بينة من المدعى عليه ولا إقراراً وهو حجة ضعيفة فلم يقو على الاستقلال بالحكم بالأولى، فإذا حلف المدعي قوي جانبه، واجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعي، فقاما مقام الشاهدين[1]، أو الشاهد والمرأتين، أو الشاهد واليمين، وقد تقوى جانب المدعي بنكول المدعى عليه فتشرع اليمين عليه، لأن اليمين تشرع في أقوى الجانبين. فالنكول قرينة ظنية محتملة تقوي جانب المدعي، ولكنه ليس دليلاً كاملاً في القضاء، وما دام أنها تقوي جانبه فتشرع اليمين المردودة وتوجه له، وهي مشروعة بحديث عبد الله بن عمر.

٤ ـ إن إطلاق المدعي والمدعى عليه إنما يكون في بدء الدعوى، ثم يصبح كل منهما مدعياً ومنكراً في آن واحد، فيكلف المدعي منهما بالإثبات والآخر باليمين، وهكذا دواليك.

٥ ـ وجوب المساواة بين المدعي والمدعى عليه: إن المدعي عندما يوجه اليمين إلى المدعى عليه فإنه يحتكم إلى ذمته وضميره ويسلم الأمر إليه سواء كان قادراً على الإثبات أم عاجزاً عنه، فإن حلف المدعى عليه سقطت الدعوى، وإن امتنع فيبقى الأمر كما كان، ولا يحكم عليه بشيء لأنه ليس مدعياً، وإذا كان الأمر كذلك فيجب أن نفتح للمدعى عليه نفس الباب ونمكنه من توجيه اليمين إلى المدعي والاحتكام إلى ذمته وضميره، فإن حلف استحق وإلا بطل دعواه، وإنما يترتب على نكول المدعى عليه رد اليمين، وعلى نكول المدعي سقوط الدعوى والحق، لأن المدعي هو الطالب لما في يد غيره فلا يعطى ذلك إلا بحجة وبينة ومنها اليمين.

وإذا كنا نقبل العذر من المدعي لعدم إقامته البينة، فيجب أن نقبل العذر من المدعى عليه لعدم حلفه، ونعامل المدعي والمدعى عليه بالمساواة وننظر إليهما نظرة واحدة، بل إن المدعى عليه أولى بالرعاية، لأن الظاهر والأصل يشهدان له، وإذا أولينا نظرنا إلى المدعي فلا نظلم المدعى عليه.

٦ ـ كثيراً ما يثور الاشتباه والالتباس والشك في ثبوت الحق، فلا يستطيع المدعى عليه أن يجزم به ويحلف عليه، ولذلك يجد الحرج والضيق بالحلف عليه، وإن حكم عليه بالنكول فيشعر بالحيف والجور بأخذ المدعى به من يده بدون دليل، ولذلك يلجأ إلى ذمة المدعي ويحتكم إليها ويرد اليمين عليه فإن حلف استحق بيمينه، ويكون المدعى عليه مخيراً بين

---

(١) الطرق الحكيمة: ص ١١٦.

اليمين والرد، ويكون المدعي مخيراً أيضاً بين اليمين والترك، وإلا فإذا لم نسمح برد اليمين فكأننا نلجىء المدعى عليه للحلف على اليمين الباطلة الآثمة، أو ينكل عنها وهو في خشية وخوف واضطراب من الحكم عليه بالنكول، فإن سمحنا له برد اليمين أطمانت نفسه، وهدأ قلبه، وسكن ضميره، واحتكم إلى ذمة المدعي فإن حلف استحق وإلا فلا.

ويضيف الدكتور أحمد عبد المنعم البهي قوله: «ومما يقوي ترجيح هذا المذهب أيضاً أن القضاء بالنكول يكون قضاء بالمفهوم، والقضاء باليمين المردودة يكون قضاء بالمنطوق، ولا شك أن المنطوق مقدم على المفهوم لقوة دلالته وعدم الاحتمال معه خصوصاً أن الحنفية لا يعملون بالمفهوم فأولى ألا يلجأ إليه في هذا الباب[1]».

حقيقة القضاء باليمين المردودة، والحالات التي يجوز فيها:

اختلف القائلون بالقضاء باليمين المردودة في مسألتين:

المسألة الأولى: حقيقة القضاء بها:

اختلف الفقهاء في حقيقة القضاء باليمين المردودة على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن يمين الرد كإقرار الخصم لا كالبينة لأنه يتوصل باليمين إلى الحق بعد نكول المدعى عليه فأشبه إقراره، ولا يسمع من المدعى عليه حجة بمسقط بعد ذلك للتناقض مع إقراره، بخلاف البينة.

وهذا مذهب الشافعية في الصحيح عندهم، وقول الزيدية[2].

القول الثاني:

أن يمين المدعي المردودة مع نكول المدعى عليه بمنزلة البينة، لأن اليمين حجة المدعي، والبينة تكون مع المدعي ويستحق بها.

وهذا مذهب الزيدية في المختار عندهم، وقول عند الشافعية[3].

---

(١) من طرق الإثبات، له: ص ٦٥.

(٢) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٧٨، حاشية الشرقاوي: ٢ ص ٥١٢، الاقناع والبجيرمي عليه: ٤ ص ٣٣٦، شرح التحرير: ٢ ص ٤٧٥، البحر الزخار: ٤ ص ٤١١.

(٣) البحر الزخار: ٤ ص ٤١١، المهذب: ٢ ص ٣٠٢، القواعد، الزركشي: ق ٢٦١ ب.

القول الثالث:

أن القضاء يكون بالنكول واليمين المردودة معاً، وهو مذهب المالكية، لأن الأصل عندهم اشتراط الاثنينية في الإثبات كالشاهدين والشاهد والمرأتين، والمرأتين أو الشاهد ويمين ومثله الشاهد ونكون المدعى عليه، واليمين ونكول المدعى عليه، فإن نكل المدعي عن المين سقطت دعواه[1].

واليمين المردودة لا ترد ثانية إلى المدعى عليه وإلا حصل فيها الدور الذي لا ينتهى، كما لا ترد التهمة أو اليمين المؤكدة لأنها تبطل البينة، ولا ترد اليمين المتممة ولا يمين اللعان ولا يمين القذف ولا يمين التعنت بأنه لم يقصد التعنت في طلب اليمين، ولا يمين التفسير في الإقرار ولا يمين الشهود عند القائلين بها[2].

المسألة الثانية: الحالات التي يجوز فيها رد اليمين:

اختلف الفقهاء في الحالات التي يجوز فيها رد اليمين على قولين:

القول الأول:

أن اليمين المردودة تصح في كل حق سمعت فيه الدعوى وجازت المطالبة به، وتوجهت فيه اليمين على المدعى عليه فيردها على المدعي.

ذهب إلى ذلك الشافعية والإمامية[3]، واستندوا في ذلك إلى قياس اليمين المردودة على اليمين الواجبة على المدعي بجامع أن كلا منهما حجة في الدعوى فتصح اليمين المردودة في المال والنكاح والطلاق والنسب والعقود وغيرها. ويستثنى من رد اليمين أمور لا تتوفر فيها شروط اليمين الواجبة مثل الصبي يستأسر ويدعي الإنبات بالدواء فيستحلف فإن نكل جاز قتله، ومن يدعي أن إسلامه قبل السنة فلا جزية عليه فلا يرد اليمين، ومن ادعى على رجل ديناً ومات المدعي ولا وارث له غير المسلمين وأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين فلا ترد، وفيه وجهان عند الشافعية أنه يقضي بنكوله للضرورة، والمذهب أن يحبس المدعى عليه، وقالوا: إن

---

(١) بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٩، الفروق: ٤ ص ٩٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٧٣، المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣٢٣، القول المرتضى: ق ٣٨ ب.

(٢) البحر الزخار: ٤ص ٤١١، التاج المذهب: ٤ص ٣١١، بداية المجتهد ٢ص ٥٠٨، الخرشي ٧ص ٢٤١، الشرح الكبير ٤ص ٢٣٢، المهذب: ٢ص ٣٠٣، حاشية الشرقاوي: ٢ص ٥١٢، الأشباه والنظائر، السبكي: ق ١٢٢. المراجع السابقة.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١٤٧ ب، ١٢ ق ١٤٥ ب، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٤، ٢٢٣.

الحكم فيها ليس بالنكول وإنما بأصل الوجوب[1].

القول الثاني:

أن اليمين المردودة تصح في المال وما يؤول إلى المال.

ذهب إلى ذلك المالكية والزيدية، وقاسوا النكول ورد اليمين على الشاهد واليمين بأنهما حجة ضعيفة، وأما الطلاق وما يشترط في إثباته شاهدان فلا تقبل فيه اليمين المردودة، وفيها قولان يقضي عليه بالنكول، وبه أخذ أشهب والقول الآخر يحبس وبه أخذ ابن القاسم[2].

حقيقة النكول والحالات التي يقضى فيها بالنكول:

من أجل إتمام الفائدة العلمية نبين حقيقة النكول عند القائلين به والحالات التي أجازوا فيها القضاء بالنكول، لاهتمامهم الكبير به حتى عدوه من طرق الإثبات دون اليمين.

اختلف الفقهاء في حقيقة النكول على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن النكول من المدعى عليه بمثابة إقرار منه.

وهو قول الصاحبين من الحنفية وقول عند الحنابلة ومذهب الزيدية[3]، وذلك لأن المدعى عليه مخير بين الإقرار وأداء اليمين الموجه عليه، فلما نكل عن اليمين حمل نكوله على الشطر الأول وهو الإقرار، ولأنه لو كان صادقاً في إنكاره لحلف اليمين، لحفظ حقوقه من الضياع، ولذلك فلا يصح النكول فيما لا يصح به الإقرار ويفترق النكول عن الإقرار بأن الإقرار موجب للحق بنفسه فلا يتوقف على قضاء القاضي فبمجرد حصوله يثبت الحق، وأما النكول فلا يثبت به الحق إلا بقضاء القاضي، لأنه إقرار فيه شبهة واحتمال، وبعد الحكم به ينزل منزلة

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) الشرح الكبير: ٤ ص ٢٣٢، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٤١، البحر الزخار: ٤ ص ٤١١، القول المرتضى: ق ٤١ أ، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٨، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٧، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٩٩، الزرقاني على الموطأ: ٣ ص ٣٩١، المقابلات التشريعية: ٤ ص ٣٠.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ص ٢٢٧، البحر الرائق: ٧ص٢٠٥، ٢٠٧، كشاف القناع: ٤ص ١٩٩، الطرق الحكمية: ص ١٢٤، القواعد، ابن رجب: ص ٢٤٥، البحر الزخار: ٤ص ٣٩٦، مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر: ٢ ص ٢٥٥.

الإقرار[1].

القول الثاني:

أن النكول بمثابة البذل والإباحة والترك وعدم المطالبة.

وهو قول الإمام أبي حنيفة والقول الآخر للحنابلة[2].

واحتجوا لذلك بأن النكول كما يحتمل الإقرار يحتمل البذل، لأن العاقل صاحب الدِّين كما يتحرج من اليمين الكاذبة يتحرج عن التغيير والطعن باليمين ببذل المدعى، إلا أن حمله على البذل أولى لأنا لو جعلناه إقرارا كذبنا المدعى عليه في إنكاره السابق، ولو جعلناه بذلاً لم نكذبه، لأنه يصير في التقدير كأنه قال ليس هذا لك ولكني لا أمنعك عنه ولا أنازعك فيه، فيحصل المقصود من غير حاجة إلى التكذيب[3].

القول الثالث:

أن النكول عن اليمين كإقامة البينة بالحق.

وهو قول عند الحنابلة قاله البهوتي في «كشاف القناع» واختاره ابن القيم[4]. وقال لا يعتبر النكول كالإقرار بالحق، لأنه لا يتأتى جعله مقراً مع إنكاره ولا يعتبر كبذل الحق لأن البذل قد يكون تبرعاً ولا تبرع هنا.

قال ابن القيم: والإقرار إخبار وشهادة على نفسه، فكيف يجعل مقراً شاهداً على نفسه بنكوله، والبذل إباحة وتبرع وهو لم يقصد ذلك ولم يخطر على قلبه، وقد يكون المدعى عليه مريضاً مرض الموت ولو كان النكول بذلاً وإباحة اعتبر خروج المدعى من الثلث[5].

الحالات التي يجوز فيها القضاء بالنكول:

اختلف الفقهاء القائلون بالنكول في الحالات التي يجوز فيها القضاء بالنكول على ثلاثة أقوال:

---

(١) البحر الزخار: ٤ص٤١١، المرافعات الشرعية، السبكي ص ٩٤.

(٢) المراجع السابقة في الرقمين السابقين.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٧، البحر الرائق: جـ٧ ص ٢٠٧.

(٤) كشاف القناع: ٤ ص ١٩٩، الطرق الحكمية: ص ١٢٥.

(٥) الطرق الحكمية: ص ١٢٥، ١٢٦.

القول الأول:

[illegible] قولهم بجواز اليمين في كل ما تتوجه فيه الدعوى بالمال وغيره كالنكاح والطلاق.

القول الثاني:

أن القضاء بالنكول يصح في كل ما يصح الإقرار به، ويصح فيه البذل والإباحة معاً، كالأموال وقصاص الأطراف، وهذا رأي الإمام أبي حنيفة[٢]، لأنه يعتبر النكول بذلاً وإباحة فلا يصح إلا في الحالات التي يصح فيها البذل والإباحة ولذلك لا يقضي بالنكول في النكاح والنسب والرجعة والفيء في الإيلاء ولا في العتق والاستيلاد والولاء لأنها لا يصح فيها البذل والإباحة، ولا يحكم بالنكول من الوصي وغيره لأنه لا يجوز له أن يبذل مال الصغار واليتامى والمحجور عليهم.

القول الثالث:

يقضى بالنكول في المال وما يقصد منه المال، وما عداه فإن نكل المدعى عليه فإنه يخلى سبيله ، أو يحبس حتى يقرأ ويحلف على وجهين.

وهو قول عند الحنابلة[٣].

الفرق بين اليمين والشهادة.

وختاماً للفصل نذكر الاتفاق والاختلاف بين اليمين والشهادة، فيتفقان أن كلا منهما حجة في الإثبات، ويجب أن تكونا في مجلس القضاء، واعتبر الحنفية والحنابلة الشهادة والنكول حجتين في الإثبات، لأن اليمين يقصد منها إما الإقرار وسقوط الدعوى وإما النكول والحكم بموجبه، ويفترقان بعد ذلك بخمسة أمور:

---

(١) الطرق الحكمية: ص ١٢٥، شرائع الإسلام: ٢ص٢١٤، ٢٢٣، مجمع الأنهر: ٢ص٢٥٦، البحر الزخار: ٤ص٤١٠، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٢٧، البحر الرائق: ٧ص ٢٠٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص٢٢٧، البحر الرائق: ٧ص٢٠٧، مجمع الأنهر: ٢ص٢٥٦.

(٣) كشاف القناع: ٤ص٢٨٧، الطرق الحكمية، ص ١١٠.

أولاً ـ الشهادة لا تثبت الحق بذاتها ما لم يتصل بها القضاء، وقال بعض الفقهاء إن اليمين والنكول كذلك لا تسقط بهما الدعوى ولا يبطل الحق ولو مؤقتاً إلا باتصال القضاء بها، وقال آخرون إن اليمين يثبت بها الحق مباشرة بعد الانتهاء منها، والحكم لتنفيذ ذلك كالإقرار، لأنهم يعتبرون اليمين إقراراً.

ثانياً ـ الشهادة تكون من غير أطراف النزاع، واليمين تكون من أحد طرفي النزاع إما المدعي أو المدعى عليه.

ثالثاً ـ اليمين يحلفها كل من تتوجه عليه، ويلزمه الجواب عن الدعوى، سواء كان الحالف عدلاً أو فاسقاً، أو فاجراً أو كافراً، أو رجلاً أو امرأة، أو قريباً أو بعيداً، أما الشهادة فلا يؤديها إلا من توفرت فيه شروط الشاهد كالإسلام والبلوغ والعدالة وعدم التهمة أو العداوة.

رابعاً ـ مصدر العلم في الشهادة واليمين[1]: يحلف الرجل على ما يجوز له الشهادة عليه من السماع والمعاينة والاستفاضة، كما يحلف فيما يعرفه من وجه لا يصح له الشهادة بمثله، بأن أخبره رجل واحد أو وجده مكتوباً في حساب أو كتاب، فهذا لا يجوز له أن يشهد عليه، ولكن يجوز له المطالبة به، لجواز أن يعترف به المطلوب، فإن تشكك فيه ولم يثق بصدقه وصحته فلا يحلف عليه، وإن وقع في نفسه صدق المخبر، وصحة الحساب والكتاب فيجوز له المطالبة به، ويجوز له أن يحلف عليه في الأصح، لأن النبي ﷺ قال للأنصار حين ادعوا قتل صاحبهم على يهود خيبر، وقد غابوا عن قتله: تحلفون وتستحقون دم صاحبكم، ولأنه لما جاز أن يروي شخص واحد خبراً ويثبت به شرعاً، جاز للمدعي أن يحلف بناء على إخبار شخص له، ليثبت حقه بيمينه.

خامساً ـ ونتيجة للفرق السابق: فإن محل الحلف يصح أن يكون بكل ما جاز أن يشهد به كما يجوز الحلف على بعض الأمور التي لا يجوز له الشهادة عليها، كالشهادة على الخط لا تجوز عند بعض الفقهاء، واليمين على الخط جائزة، لأن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة أن يزور الخط، ولا يحتمل فيما يحلف عليه، ولأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه[2].

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٨ب، أحكام الأحكام، ابن دقيق العيد: ٢ص ٢٧٧، القواعد للزركشي: ق ٢٩٠أ، الأشباه والنظار، السبكي: ق١٢٤أ، مغنى المحتاج: ٤ ص ٣٩٩، رسالة العمل بالخطوط، ابن مفلح: ص ١٠.

(٢) القواعد، الزركشي: ق ٢٩١أ، الأشباه والنظائر، السبكي: ق ١٢٤أ، المغنى: ٩ص ١٥٣.

اليمين المردودة والنكـ ل في القانون:

لقد جرت لائحة محاكم الشرعية في مصر، ومجلة الأحكام العدلية(المادتان ١٧٥١، ١٨٢٠) على منهج الـ نفية في اعتبار النكول حجة شرعية ووسيلة للإثبات ونصت (المادة ١٢٣) من لائحة ٩٣١ بقولها، «الأدلة الشرعية . . . إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة، «ونصت (المادة ١٩) منها على «إذا عجز المدعي عن إثبات دعواه . . . وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول»[١].

أما القانون الوضـ ي فقد سلك طريقاً يقرب من مذهب الإمام ابن تيمية فأخذ باليمين المردودة والنكول معاً، وحدد مشروعية اليمين المردودة في الحالات التي يشترك فيها الطرفان، أما إذا انفرد أحـ دهما في الواقعة كدعوى الورثة، على مدين المورث وهذه الواقعة لا يعرفها إلا المدعى عليه فلا يجوز فيها رد اليمين، فإن حلف المدعى عليه سقطت الدعوى وإن نكل حكم عليه با كول[٣].

فكل من توجهت عليه اليمين في القانون إما أن يحلف أو يرد أو ينكل، فإن حلف انتهى النزاع، وإن رد في واقعة مشتركة بين الطرفين صح رده، وإن نكل حكم عليه بالنكول، جاء في المذكرة الإيضاحية لـ انون البينات السوري: لأن المشرع كما أجاز لأحدهما أن يحتكم إلى ذمة الآخر في إحدى الوا ئع أجاز لخصمه أن يحتكم إلى ذمته في الواقعة ذاتها، وبذلك لم تبق اليمين موجهة على النفـ ، بل أصبحت توجه على الإثبات أيضاً[٤].

ويعتبر النكول عن اليمين إقراراً من الناكل بصحة طلب خصمه، ولا يتعدى أثر النكول عن اليمين الشخص الـ كل وورثته كالإقرار فحجته قاصرة[٥].

والنكول يكون في اليمين الحاسمة فقط، فإن من وجهت إليه اليمين يحكم عليه بالنكول في الحالات التالية:

١ ـ إذا كانت الوا ة غير مشتركة مع الخصم، ولم يحلف اليمين أو ردها إلى خصمه.

---

(١) طرق الإثبات الشرعية، ا شيخ أحمد ابراهيم: ص ٤٧٩، مرآة المجلة، آصاف: ١ ص ٤٠، ٤٧٤، ٥٢٠.

(٢) المادة ١١٨ من قانون الإ ات المصري، المادة ١١٦ من قانون البينات السوري.

(٣) موجز أصول الإثبات، مر س: ص ١٥٤، أصول المحاكمات، انطاكي: ٦٢٢، وما بعدها، الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٤٥٠.

(٤) المذكرة الإيضاحية: ص ٧٠ ف ١٧٤.

(٥) أصول المحاكمات، أنط كي: ص ٦٢٣.

٢ ـ إذا ردت اليمين على الخصم الآخر ، ولم يحلف ، يحكم عليه بالنكول ، لأن اليمين المردودة لا ترد.

٣ ـ إذا كانت الواقعة مشتركة ، وأصر على النكول وعدم حلف اليمين ، ولم يردها الى خصمه .

وفي الشرع اليهودي لا يقضى بالحلف إلا على المدعى عليه ، (المادة ٢٦٩) ويجوز له ردها إلى المدعي في كل وقت وفي كل حال(المادة ٢٧١)[١] .

المقارنة :

نلاحظ التقارب بين القانون ورأي ابن تيميه وابن القيم ، وقد اشترط القانون في رد اليمين اشتراك الواقعة بين الخصمين حتى يحلف المدعي على ما يصدر منه ويقع تحت علمه ، وهذا مطابق تماماً لنص المالكية عندما قالوا«وإذا نكل المدعى عليه لم يقض للطالب حتى يحلف فيما يدعي فيه معرفة لأنه لا يجوز أن يحلف على مالاً يتحققه[٢].

* * *

(١) المقارنات والمقابلات ، صبري : ص ٢٠٦ .

(٢) مسالك الدلالة ، ص ٣١٦ .

الفصل الرابع
في
الإثبات بالكتابة

لم يفرد الفقهاء الكتابة بفصل مستقل، واضطربت النقول عن الأئمة في الإثبات بالكتابة، واختلفت الروايات عنهم، وتعددت الآراء، ولم يخصصوها بدراسة متكاملة فيما أعلم، وإنما وردت في أبواب الفقه مبعثرة متناثرة، مثل باب القضاء والدعوى والشهادة والإقرار ، وجاءت عرضاً في الأبواب الأخرى مثل البيع والنكاح والإيجارة وغيرها.

ونتناول الإثبات بالكتابة في هذا الفصل ، لنعطيه الصورة الواضحة، ونعرضه عرضاً سليماً وذلك في أربعة مباحث.

المبحث الأول
في
تعريف الكتابة وأنواعها وتطورها.

تعريف الكتابة لغة واصطلاحاً:

الكتابة لغة: هي الخط، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائه[1].

الكتابة اصطلاحاً: لم يعرف الفقهاء الكتابة باعتبارها دليلاً في إثبات الحقوق، وإنما

---

(١) كتبه أي خطه، والكتابة والخط مترادفان، قال في «الصحاح» و«تاج العروس»: خط بالقلم أي كتب، واستكتب الشيء: سأله أن يكتبه له، واكتتبه استملاه، والكتابة لمن تكون له صناعة مثل الصياغة والخياطة، والكتابة في اللغة لها معان أخرى. وهي الفرض والحكم والقدر (انظر: الصحاح: ١ص٢٠٨، جـ٣ص ١١٢٣، تاج العروس: ١ص ٤٤٤، جـ٥ ص ١٣١، لسان العرب: ١ص٦٩٨، المصباح المنير: ٢ص٧١٩، جـ١ص٢٣٧، التعريفات، الجرجاني: ص ٦٨).

أطلقوا على الكتابة باعتبارها دليلاً للإثبات ألفاظاً مختلفة، استعمل بعضهم جميعها، واستعمل بعضهم أنواعاً منها، وهي تنحصر في العبارات التالية:

الصك، والحجة، والمحضر، والسجل، والوثيقة.

وعرفوها بتعريفات مختلفة نذكر هذه التعريفات باعتبارها من أفراد الدليل الكتابي، ثم نذكر تعريفاً عاماً للكتابة.

الصك:

لغة: هو الكتاب الذي يكتب فيه المعاملات والأقارير[1]، وقد عرفه بعض الفقهاء بهذا التعريف اللغوي، وقصره آخرون على الإقرار الكتابي بوقوع العقد أو التصرف الإنفرادي[2]، ويمكن الجمع بين التعريفين باعتبار أن المدين في المعاملات هو الذي يكتب الكتاب، أو يأمر بكتابته امتثالاً للآية الكريمة﴿وَلْيُمْلِلِ الذي عَلَيْهِ الحَقُّ﴾ وإملال المدين بالحق أو بالتصرف العقدي او الأنفرادي هو إقرار منه، ولكن قد يكتب الصك غير المدين فيكون التعريف اللغوي أعم والثاني أخص منه.

٢ ـ الحجة:

هي الكتابة التي تبين الواقعة وتتضمن علامة القاضي في أعلاها وخط الشاهدين في أسفلها، وتعطى للخصم[3].

وتستعمل في اللغة بمعان كثيرة كالبرهان والبينة والدليل أي ما يستدل به على صحة الدعوى.

٣ ـ المحضر:

هو الكتاب الذي يتضمن الوقائع وكلام الخصوم وحججهم.

٤ ـ السجل:

---

(١) المصباح المنير: ١ص ٤٧١.

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون: ١ص١٩٦، حاشية ابن عابدين: ٥ص ٣٦٩، المدخل الفقهي العام ١ص ٣١٥ حاشية، جامع الفصولين ٢ص ٣٢٤ طبعة الأزهرية.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ٥٦، حاشية ابن عابدين ٥ص ٣٦٩، المصباح المنير ١ص ١٦٦، حاشية البجيرمي على الخطيب ١ص ٤، جامع الفصولين، ٢ص ٣٢٤ ط الأزهرية.

هو الكتاب الذي يتضمن حكم القاضي[1].

وهذا التعريف والتفريق بين المحضر والسجل هو للشافعية ، بينما يرى الحنفية والزيدية أن المحضر والسجل لفظان مترادفان، معناهما واحد وهو الكتاب الذي يتضمن الوقائع، وكلام الخصوم وحججهم والجواب عنها، وحكم القاضي بها على وجه يرفع الخلاف [2].

والظاهر أن الخلاف بين الحنفية والشافعية في معنى المحضر والسجل مبنى على ما كان يجري في مكان كل منهما واستعماله في التطبيق، ولا يترتب أثر على هذا الخلاف، لأنه لا مشاحة في الاصطلاح، والعرف الحاضر يفرق بينهما كتفريق الشافعية، فالسجل هو الدفتر الذي ينقل فيه ما كتب من صور الأحكام والقرارات التي تصدر من المحاكم، والمحضر الآن عبارة عن كتابة الخصومة بين الأطراف وحجة كل منهما ويلحق به المذكرات التي يقدمها الخصوم ويبسطون فيها دفاعهم وأدلتهم.

٥ ـ الوثيقة :

الوثيقة بشكل عام تشمل الحجة والمحضر والسجل، وقد خصها ابن عابدين بما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي، وليس عليها خطه، والحجة ما عليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهد أسفله، وأعطي للخصم[3].

وبناء على هذه التعريفات التي ذكرناها يمكن تعريف الكتابة باعتبارها دليلاً للإثبات بأنها :

هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها ، للرجوع إليه عند الإثبات، أو هي الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة.

فالكتابة تكون للتوثيق أولاً وهو التثبت والإحكام والتقوي، وقد يكون التوثيق بالكتابة أو

---

(١) جواهر العقود: ٢ص٤٩٥، تحفة المحتاج: ١٠ص ١٤٢، نهاية المحتاج: ٨ص٢٦٨، وقال في(المصباح المنير: ٢ص٣٦٣) : السجل كتاب القاضي، والجمع سجلات ، وأسجلت للرجل إسجالاً كتبت له كتاباً، وسجل القاضي بالتشديد قضى وحكم وأثبت حكمه في السجل، والسجل النصيب، وكان للرسول ﷺ كاتب اسمه السجل(انظر السنن الكبرى: ١٠ص١٢٦، الحاوي: ١٢ق ٦٥أ، شرح الحموى على الأشباه: ١ص٤٠١، التاج الجامع للأصول: ٣ص٥١، سنن ابي داود: ٢ص ١١٩ط الحلبي).

(٢) جامع الفصولين: ٢ ص ٣٢٤ مط الأزهرية ، كشاف اصطلاحات الفنون: ١ص ١٩٥، تبيين الحقائق: ٤ص١٨٤، مجمع الأنهر: ٢ص١٦٤، البحر الرائق: ٧ص٣، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٥ص ٤٣٣، ٣٦٩، التاج المذهب: ٤ص١١١ حاشية.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥ص ٣٦٩.

بالشهادة أو الرهن وغير ذلك، وتكون الكتابة بالطريقة المعتادة والأسلوب المتعارف عليه حسب كل عصر، ويختلف حسب اختلاف الزمان والمكان وتشمل أنواع الكتابة التي بينها الفقهاء قديماً، والأساليب التي لجأ اليها الكتاب حديثاً، والقصد من الكتابة والهدف منها هو حفظ الحقوق عن الضياع، ولتساعد على الحفظ والتذكر، ولتثبت الحق عند التنازع لقطع الشقاق والخلاف في التفاصيل.

أنواع الكتابة:

الكتابة ـ من حيث تصويرها وطريقة عرضها ـ ثلاثة أنواع[1]، وهي الكتابة المستبينة المرسومة، والكتابة المستبينة غير المرسومة، والكتابة غير المستبينة.

١ ـ الكتاب المستبينة المرسومة:

هي الكتابة الظاهرة المعنونة، فالمستبينة هي الظاهرة التي يكون لها بقاء بعد الفراغ منها، ويمكن قراءتها وفهم معناها، والمرسومة هي المعنونة باسم كاتبها واسم المكتوب إليه، مثل أن يكتب في أعلى الورقة من فلان إلا فلان، أو أنا فلان ثبت في ذمتي أو وصلني أو . . . من فلان كذا.

وهذا النوع أعلى درجات الكتابة، وهو مقبول لدى جميع المذاهب، ويصح به التصرف كالبيع والإيجارة والزواج والطلاق والوصية، وتثبت به الحقوق.

٢ ـ الكتابة المستبينة غير المرسومة:

وهي الظاهرة غير المعنونة، أي هي المكتوبة على شيء تظهر وتثبت عليه كالكتابة على الورق أو على اللوح، ولكنها غير معنونة باسم المرسل والمرسل إليه، أو باسم الدائن والمدين.

واختلف الفقهاء باعتبار هذا النوع دليلاً في إثبات الحقوق والاعتماد على ما ورد فيه، وأساس الاختلاف هو العرف، فقد كان العرف في الكتابة أن تكون معنونة باسم المرسل والمرسل إليه في أعلى الصفحة، ولا تقبل الكتابة غير المعنونة، ثم أصبح العرف يكتفي بأن تكون الكتابة معنونة باسم المرسل إليه فقط وتوقيع المرسل في الأسفل، فتقبل هذه الكتابة،

---

(١) وهذه الأنواع حسب ما كان شائعاً في الماضي وفي عرف الفقهاء؛ (انظر: حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٦، الأدلة الخطية، محمد علي حسين أحمد: ص ١٤، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٠، الفتاوي الهدية: ٤ ص ١٦٦، المجموع شرح المهذب، النووي: ٩ ص ١٧٧، مغني المحتاج: ٢ ص ٥.

ويصح الاعتماد عليها لجريان العرف بها[1]. ويعتبر من الكتابة المستبينة غير المعنوية كتابة الإيصالات التي اعتاد الناس إعطاءها عند أداء الديون مثل «وصل إلينا من فلان لفلاني كذا وكذا» ومثل ما يكتب في الدفاتر وكشف ببيان كذا . «أو علم بيان في ذمتنا لفلان» ومثل ما يكتب في الوثائق الآن أو في الشيك« يُدْفع لحامل هذا»أو«ادفعوا لحامله كذا» فإنها مقبولة لجريان العرف بها.

٣ ـ الكتابة غير المستبينة:

أي غير الظاهرة وهي الكتابة التي ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها، ولا يظهر فيها الخط، كالكتابة على الماء، أو في الهواء، وهذه الكتابة أدنى الأنواع، ولا يصح الاعتماد عليها باتفاق المذاهب لتعذر فهم المكتوب، وعدم معرفة حقيقة ما يقصد منها، وهي أقرب إلى العبث واللهو والتسلية منها إلى الجد والحقيقة[2].

تطور استعمال الكتابة:

يخيل للمرء أن استخدام الكتابة في المعاملات والقضاء والتوثيق وسيلة من الوسائل الحديثة، والواقع أن الكتابة وسيلة قديمة في حفظ العلوم والحقوق، وهي قديمة قدم التاريخ، فلقد عرفت البشرية الكتابة منذ وجودها على الأرض، قال تعالى﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾[3] وقد ورد في الروايات التاريخية أن آدم عليه الصلاة والسلام أول من وضع الخط والكتب[4]. ويؤكد علماء تاريخ القانون أن الحقوق والقوانين سجلت كتابة منذ مطلع التاريخ واختراع الكتابة، ولكنهم لم يستطيعوا أن يحددوا زمناً ثابتاً في بدء استعمال أول وثيقة في الحقوق والمعاملات، وقد ورد الأمر بالكتابة في التوراة وفي قوانين حمورابي[5].

---

(١) المدخل الفقهي العام: ١ ص ٣١٥ هامش.

(٢) نقل الكاساني أن قلة من الفقهاء يعتمدون هذا النوع من الكتابة، وحجتهم أن صاحب الكتابة قد كتب حروف الكتابة، فكأنه كتبها بشيء ثابت ظاهر،(بدائع الصنائع: ٣ص١٠٩)، وانظر: مغني المحتاج: ٢ص٥، وقال البهوتي في(كشاف القناع: ٣ ص١٤٩ ـ ١٥٠): وان كتبه بشيء لا يتبين مثل أن كتبه بأصبعه على وسادة ونحوها أو على شيء لا يثبت عليه خطه كالكتابة على الماء أو في الهواء لم يقع طلاقه لأن هذه الكتابة بمنزلة الهمس بلسانه بما لا يسمع ، وقال ابن فرحون: لو كتب في الأرض لفلان علي كذا وقال اشهدوا علي بهذا لزمه، وان لم يقل اشهدوا لم يلزمه(تبصرة الحكام: ٢ص٤٠)

(٣) سورة البقرة، الآية ٣١.

(٤) حكمة الإشراق إلى كتاب الآفاق ، تأليف محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، ضمن سلسلة نوادر المخطوطات ، تحقيق محمد عبد السلام هارون، المجموعة الخامسة: ص٦٤ ط١مكتبة الخانجي، المقارنات والمقابلات: ص ١٨٤، تاريخ الطبري: ١ص١٥١ ط الثانية، التوثيق في الكتاب والسنة، محمود مكادي: ص ٧ ، ونقل ابن قتيبة في(عيون الاخبار: ١ص٤٣) عن وهب أنه قال: كان ادريس النبي ﷺ أول من خط بالقلم ،وأول من خاط الثياب ولبسها وكان من قبله يلبسون الجلود.

(٥) الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الدكتور جميل الشرقاوي: ص ٣٨٨، المقارنات والمقابلات: ص ١٨٤، ١٩٢، التوثيق في الكتاب والسنة، مكادي: ص ٨٠.

وجاء في كتب السنن في الحديث أن الكتابة استخدمت في الإثبات منذ ظهور البشرية، أخرج الإمام أحمد والحاكم في«المستدرك» والبيهقي في«السنن» وأبو داود الطيالسي في«مسنده» عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن يوسف بن مهران عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ في قول الله عز وجل﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ إلى آخر الآية، أن أول من جحد آدم عليه السلام، إن الله أراه ذريته، فرأى رجلاً أزهر ساطعاً نوره، فقال: يا رب من هذا؟ قال هذا ابنك داود، قال يا رب فما عمره؟ قال: ستون سنة، قال رب زده في عمره، فقال: لا، إلا أن تزيده من عمرك، قال فما عمري؟ قال: ألف سنة، قال آدم: فقد وهبت له أربعين سنة، قال: فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته، فلما حضرته الوفاة، جاءته الملائكة، قال: إنه بقي من عمري أربعون سنة، قال: إنك قد وهبتها لابنك داود، قال: ما وهبت لأحد شيئاً، فأخرج الله تعالى الكتاب، وشهد عليه ملائكته»وفي رواية «وأتم لآدم ألف سنة، ولداود مائة سنة» وأخرجه الترمذي أيضاً.[1].

واستخدمت الكتابة عند اليونان والفراعنة والرومان والفرس والآشوريين وغيرهم، وعندما انبثق فجر الإسلام تبوأت الكتابة مكانتها، فقال الله تعالى: ﴿إِقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الذي خَلَقَ ، خَلَقَ الإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ، اقرأْ وربُّكَ الأَكْرَمُ الذي عَلَّمَ بالقَلَمِ ، عَلَّمَ الإِنسَانَ ما لَمْ يَعْلَمْ﴾ سورة العلق، ١ ـ ٥، وقال جل وعلا: ﴿وإِنَّ عَلَيْكُمْ لَحَافِظِينَ، كِرَاماً كاتبينَ﴾ سورة الانفطار ١٠ ـ ١١، وقال تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمنوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُوهُ، وليكتُبْ، بينكم كاتِب بالعَدْلِ ولا يأبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَمَهُ اللهُ، فَلْيَكْتُبْ﴾ سورة البقرة ٢٨٢. فالله سبحانه أمر بكتابة الديون والمعاملات، والأمر بالكتابة والشهادة كان على مستوى واحد وأدلة واحدة، ولكن التطبيق العملي في العهد الأول بوّأ الشهادة المكانة الأولى في الإثبات، وشاع

---

(١) السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٦، المستدرك: ١ص٦٤ قال الحاكم صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي، وذكر له شاهداً، منحة المعبود في ترتيب مسند أبي داود الطيالسي: ٢ص١٥ حديث ١٩٣٥، مسند أحمد: ١ص ٢١٥ ط أولى وانظر تفسير القرطبي: ٣ص ٣٨٢، تفسير ابن كثير: ١ص ٣٣٤، قال ابن كثير هذا الحديث غريب جداً، ثم ذكر عدة اسانيد عن أبي هريرة، وروى الطبري عدة أسانيد وروايات عن أبي هريرة وابن عباس (انظر تاريخ الطبري: ١ص١٥٥(وما بعدها) ولم يذكرها في تفسيره(تفسير الطبري: ٣ص ١١٦)، أما رجاله: حماد بن سلمة ثقة عابد مات ١٦٧ هـ(راجع تقريب التهذيب، لابن حجر: ١ص ١٩٧)، وقال ابن كثير: على بن زيد بن جدعان في أحاديثه نكاره، ولكن كثرة الطرق والروايات تقوي بعضها بعضاً.

استعمالها، بينما ضمرت مكانة الكتابة وأهميتها ، وسوف نذكر المسوغات لذلك بعد قليل، وقد عظم الله شأن الكتابة والعلم، ونسبها إلى نفسه تعالى، ووصف بها ملائكته، وقد امتثل الانبياء عليهم الصلاة والسلام الأمر بالكتابة ، واستخدموها في تبليغ الدعوة ونشر الرسالة، فكتب سليمان عليه السلام كتابه إلى بلقيس، قال تعالى: ﴿ إني ألقي إليَّ كِتَاب كرِيم، إنَّهُ مِنْ سُلَيْمانُ، وإنَّه بسم الله الرَحْمَنِ الرَحِيمِ ﴾ سورة النمل ٢٩ ـ٣٠، وأمر الرسول الكريم أصحابه بتعلم الكتابة، وأمرهم بكتابة القرآن الكريم، وكتابة الأحكام الشرعية، واتخذ كتاباً للوحي، وأمر بالكتابة في حالات كثيرة، فكتب الأمان لسراقه ليلة الهجرة، وأمر بكتابة معاهدة التحالف بين المهاجرين والأنصار واليهود في المدينة بعد الهجرة، وأمر بكتابة الصلح مع كفار مكة في الحديبية، وكتب إقطاعاً لأبي ثعلبة وتميم الداري، في أرض الروم، واستعمل الكتابة من بعده الخلفاء الراشدون والأمراء والعلماء وانتشرت في أصقاع الأرض، وزاد استعمالها مع اتساع الدولة الإسلامية وشيوع العلم، فدونت الدواوين، وكتبت العلوم، ودونت السنة وصنفت الكتب والمؤلفات[1].

فالكتابة تساير التقدم، وتواكب المدنية والرقي، وتعتبر مرحلة عالية في نهضة الأمم فهي وسيلة التعلم، ونقل العلوم، وتسجيل الأفكار، وهي أسلوب التنظيم والضبط ، وهي طريقة الحفظ والتثبت للحقوق والمعلومات ، وقد استعملت الكتابة أيضاً في توثيق الحقوق وكتابة المعاملات، وفي نقل الشهادات والأحكام بين القضاة، وفي إثبات الحق أمام القاضي، واستمرت كذلك حتى فشا الفساد، وانتشر التزوير، وضعفت الأخلاق، فضعف شأن الكتابة، وقل الاعتماد عليها في الإثبات احتياطاً وتورعاً، وجاء العصر الحديث، وتطور الزمن وعادت الكتابة أدراجها في الاستعمال، وأصبحت أهم وسيلة في الإثبات وجرى العرف على ذلك، واحتاطوا في دفع كل ريب أوشك أو تزوير فيها، وتقدمت وسائل كشف التزوير ومضاهاة الخطوط، حتى أصبحت فناً قائماً بذاته ، فإذا ثبتت الكتابة وجب الحق لصاحبه، وإن تبين التزوير عوقب صاحبه عقاباً شديداً.

---

(١) زاد المعاد: ١ ص ٢٩ـ٣٠، جـ٣ ص ٦٠ـ ٦١.

المبحث الثاني
في
مشروعية الكتابة

اتفق الفقهاء والمحدثون على جواز الاعتماد على الخط والكتابة في نقل الحديث والروايات التي حفظها الراوي عنده للتحديث منها والنقل عنها، وفي تدوين الأحكام الشرعية، والقواعد الفقهية، وتدوين الحديث، ولو لم يعتمد على ذلك لضاع الإسلام بضياع السنة الصحيحة والأحكام الفقهية التي نقلت لنا خلفاً عن سلف بطريق الكتابة، ولو لم تكن الكتابة مقبولة عند الفقهاء وحجة في النقل لما عوّلوا عليها في تدوين الكتب والمؤلفات.

فالكتابة هي الوسيلة التي حفظ الله بها الشريعة، وقد أمر الرسول ﷺ بكتابة الوحي، واتخذ كتاباً للوحي بلغ عددهم أربعين كاتباً، كما أن بعض الصحابة كان يكتب الحديث الشريف لنفسه، وبعضهم كان يكتب رسائل النبي ﷺ إلى الملوك والرؤساء، وبعضهم كان يكتب له الأحكام الشرعية، ويرسلها الى أصحابه في الأمصار مثل كتاب عمرو بن حزم، وكتاب معاذ بن جبل، وكتاب علي بن أبي طالب، واستخدم الصحابة والتابعون الكتابة في جميع أعمالهم في شؤون الحكم والقضاء والإدارة والسياسة والعلم، وكتبوا العلم بمختلف أنواعه في الفقه والحديث والتفسير والأدب والتاريخ، وتركوا لنا المجلدات العظيمة والمؤلفات القيمة، ولولا الكتابة لضاعت هذه العلوم، ولولا الاعتماد على الكتب لفقد العلم وانقطع حبله، وذهبت أخبار السلف سُدى.

ثم اختلف الفقهاء في مشروعية الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات بشكل عام وكامل، واتسع الخلاف بينهم، واضطرب كلامهم في المذهب الواحد، وخاصة في كتب الحنفية بين مؤيد بإطلاق ومانع بإطلاق ومفصل بين الحالات لمراعاة جريان العرف والعادة، ونقل عن الإمام أحمد ثلاث روايات، وقال الشافعية بالمنع في الصحيح عندهم، وفي قول بالجواز، وقال جمهور المالكية بالجواز وبعضهم بالمنع، واختلف السلف والخلف في مشروعية الكتابة، فذهب بعض السلف وجمهور المتأخرين إلى الاحتجاج بها وأنها مقبولة شرعاً، وأن القاضي يستطيع الاعتماد عليها في الأحكام ورد الحقوق إلى أصحابها والفصل بين

الخصوم، وذهب آخرون إلى رفضها والتشكك فيها، والطعن في مشروعيتها وعدم قبولها في الإثبات، ويمكن جمع الآراء وذكر الاختلاف على قولين:

القول الأول:

أن الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات ليست مشروعة. ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، ورواية عن أحمد[1].

واستثنوا بعض الحالات المعينة، فأقروا بمشروعيتها خاصة، وسوف ندرس هذه الحالات في المبحث التالي مثل كتاب القاضي، ودفتر البياع. . . .

القول الثاني:

أن الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات مشروعة.

ذهب إلى ذلك المالكية وأحمد في رواية وبعض السلف والمتأخرين[2].

الأدلة:

أدلة المانعين:

استدل أصحاب القول الأدلة على عدم مشروعية الكتابة باعتبارها دليلاً في الإثبات بما يلي:

أولاً ـ أن الخطوط تتشابه ويصعب تمييزها، وقد يخيل للشخص أن الخطين متشابهان، وأن صاحبهما واحد، والحقيقة غير هذا، كما قد يظن الشخص ان الخط خطه، مع أنه ليس كذلك، فالخط أو الكتابة يحتمل التزوير والافتعال[3]، فلا تكون حجة ودليلاً في الإثبات، لأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال[4].

ويعترض على هذا الاستدلال بأن التشابه نادر فلا يبنى عليه الحكم، وإن تشابه الخط

---

(١) المهذب: ٢ص ٣٠٦، تبصرة الحكام: ١ص٣٥٦، تكملة حاشية ابن عابدين: ٧ص٨٩، التوثيق والتشريعات المتعلقة به، أحمد الفاضل: ص ٤٤، ونص خير الدين الرملي في فتاويه الخيرية على منعها مطلقاً، (انظر: المرافعات الشرعية، معوض، ص ٨٦، جواهر الروايات، البشتاوي: ص ٤١).

(٢) تبصرة الحكام: ١ص ٣٥٦، الطرق الحكمية: ص ٢٠٧، ظفر اللاضي: ص ١٠٦.

(٣) المهذب: ٢ ص ٣٠٦، الوجيز، للغزالي: ٢ص ١٤٦، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٥، مغنى المحتاج: ٤ ص ٣٩٩.

(٤) يقولون: وهل كانت فتنة سيدنا عثمان في قتله وانقسام المسلمين بعده إلا بسبب الخط، عندما صنعوا مثل خاتمه وكتبوا مثل كتابه(راجع فتح الباري: ١٣ ص ١١٧ ط الخيرية).

كتشابه الأصوات والصور، وإن كشف التزوير ممكن لأهل الخبرة والفطنة والاختصاص الذين يعرفون الخطوط ويميزون الأصلي من المقلد، وخط كل كاتب يتميز عن خط غيره، كتمييز صورته وصوته[1].

يقول ابن عات[2]: الخط عندنا شخص قائم تقع عليه العين ويميزه العقل، كما يميز سائر الأشخاص والصور.

ويعترض على هذا الدليل أيضاً بأن هذا الاحتمال لا يسقط حجية الكتابة فالشهادة تحتمل التزوير، وشهادة الزور واقعة فعلاً، قديماً وحديثاً ولذلك فقد شدّد الرسول ﷺ عقوبتها وحذر من إثمها، وكذلك اليمين تحتمل الكذب والحنث وقد أشار القرآن الكريم والرسول ﷺ إلى اليمين الغموس واليمين الحانث، فهذه الاحتمالات رغم وقوعها فعلاً لم تمنع من الاحتجاج بالشهادة أو اليمين واعتبارها وسيلة للإثبات.

فإن قيل إن الشهادة لا تقع من صاحب الحق ولذا يرجح صدقه، لأنه لا يستفيد منها، أجيب وكذلك الكتابة لا يشترط صدورها من صاحب الحق، فقد تصدر ممن عليه الحق، فتكون إقراراً، والإقرار أقوى في الإثبات من الشهادة، وقد تصدر الكتابة من الكاتب العدل كما نصت الآية الكريمة.

ودفع الجواب بأن حجية الكتابة وما ورد فيها من الآثار وغيرها إنما كانت عند صلاح الناس وتقواهم، ويرد على ذلك أن حجية الكتابة عامة لا ترتبط بوقت وزمن دون آخر، ولا بصلاح الناس وعدمه، كالشهادة تماماً مع احتمال التزوير فيهما.

ثانياً ـ الكتابة قد تكون للتجربة واللعب والتسلية فلا تعتبر حجة ودليلاً للآخر، لعدم القصد وتوجيه الإرادة نحوها، والقاعدة الفقهية تقول العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ويعترض على هذا الدليل بأنه من المستبعد والمستغرب أن يُجرب الإنسان خطه، أو يمارس اللعب والتسلية بكتابة الحقوق وإثبات الديون للآخرين، وهذا احتمال بعيد ونادر وهزيل، والقاعدة الفقهية السابقة حجة عليهم لا لهم، لأن العبرة بمعاني الألفاظ المكتوبة لا بحروفها، وهذا ما نقول به، وليس من شأن العاقل أن يلهو أو يجربَ خطه بكتابة الدين على نفسه، ويمكن صرف هذه الشبهة وحملها على الكتابة غير المستبينة كالكتابة على الماء أو في الهواء وغير ذلك.

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٢٠٧، التوثيق والتشريعات المتعلقة به: ص ٤٧.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١ص ٣٥٦.

ثالثاً ـ إن أدلة الإثبات تنحصر في الإقرار والبينة والنكول، وأن الكتابة ليست من أدلة الإثبات، والكتابة زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ عند الحنفية[1]، أو هو اعتبار لما ليس من الدين فهو حدث وبدعة، ومن أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد[2].

ويعترض عليه بأن الكتابة كانت وسيلة لإبلاغ الشريعة إلى الملوك والرؤساء، وقد أمر القرآن الكريم بالكتابة والتوثيق بها، وعمل بها الرسول الأعظم وأمر صحابته بتعلم الكتابة من أسرى بدر، واتخذ الكتاب لكتابة الوحي وكتابة الرسائل والأحكام إلى عماله وأمرائه وولاته، وقبلها المسلمون، واستعملوها في حياتهم دون إنكار، سواء في ذلك في رواية الحديث وتلقي العلم وكتابة الأحكام الشرعية وفي المعاملات والقضاء وجميع شؤون الدولة.

ولئن قلّ استعمالُها فيما بعد، ولم تُصنف لها الأحكام في كتب الفقه، فإن العودة اليهما ليس بدعة، وإنما هو رجوع إلى الأصل.

أدلة المجوزين:

استدل أصحاب القول الثاني على مشروعية الكتابة باعتبارها دليلاً في الإثبات بالكتاب والسنة والمعقول، وسنذكر أدلتهم مع زيادة بعض الأدلة التي لم يتعرضوا لها.

أولاً الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿يا أيُّها الذينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنْتُمْ بدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فاكْتُبُوه﴾ وقال تعالى: ﴿وليكتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بالعَدْلِ، ولا يأبَ كاتِبٌ أنْ يَكْتُبَ كما عَلَّمهُ اللهُ، فلْيَكْتُبْ﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

وجه الدلالة:

الآية الكريمة أمرت بالكتابة، وقد اختلف الفقهاء والمفسرون في هذا الأمر، هل هو للوجوب والفرض أم هو للندب والإرشاد؟[3] وسواء كان للفرض أو للندب فالآية تقرر اعتبار

---

(١) الحموي على الأشباه: ١ص ٣٣٩، قال البشتاوي في (جواهر الروايات: ص ٤١) ولا يعتمد على الخط والختم ولا يعمل بهما لأن القاضي لا يقضي إلا بالحجة وهي البينة أو الإقرار أو النكول ويستثنى مسألتان طلب الأمان ودفتر السمسار والصراف والبياع.

(٢) حديث صحيح رواه البخاري ومسلم، مختصر صحيح مسلم: ٢ص ٩٥، صحيح البخاري مع السندي: ٢ص ٧٥.

(٣) انظر تفصيل ذلك في (تفسير الطبري: ٣ ص ١١٦)، وسبق حكم الإشهاد والتوثيق في الباب التمهيدي.

الكتابة وثيقة في المعاملات، وإن فائدة الوثيقة هو الاعتماد عليه عند الإنكار والجحود، والاحتجاج بهاأمام القضاء، والاستناد إليها في الحكم، فالكتابة أو الخط حجة ودليل في التعامل وغيره، وإلا فلا معنى لهذا الأمر بالكتابة، وحاشا لله ذلك.

والآية الكريمة صرحت بالكتابة والإشهاد، فإن كان كل منهما منفصلاً ومستقلاً عن الآخر، فقد ثبتت حجية الكتابة، وإن كان الإشهاد مع الكتابة فإن هذا الإشهاد توثيق وتأكيد للكتابة، وأصبحت الكتابة وثيقة مُدْعَمة بالشهادة يكتبها كاتب بالعدل، وهو الذي توفرت فيه شروط الكاتب لمراعاة أحكام الكتابة، وقواعدها التي ترضي الله تعالى، ﴿أنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمه اللهُ﴾، قال مالك رحمه الله: لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها،عدل في نفسه، مأمون، لقول تعالى ﴿ولْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بالعَدْلِ﴾[1].

وإذا أردنا اختصار المعنى فنقول: إن الآية الكريمة أمرت بكتابة الدين لدى كاتب موثوق ومعتمد، مع توثيق الكتابة بالإشهاد عليها، وهذا هو السند العادي أو العقد الرسمي الذي يستعمل اليوم في أنحاء العالم، وانتشر استعماله في كل الأمور ومن كل الأشخاص ويُعتبر سنداً في الدين، وحجة في القضاء، يلزم صاحبه، ويلزم القاضي بالحكم به، ما لم يثبت تزويره أو تغييره[2].

ثانياً: السنة:

استعمل الرسول ﷺ الكتابة في جميع المجالات، فكانت وسيلة لتبليغ الرسالة، وكتابة الأحكام الشرعية، وفي المعاهدات والصلح والأمان، وفي الإقطاع، ومع الأمراء في البلدان البعيدة، ومع القادة في السرايا والحروب، كما استعملها في المعاملات كالبيع، وفي الوصية وفي القضاء وغير ذلك من كتابة الأحاديث، ونذكر أهم هذه الحالات.

أولاً ـ أخرج البخاري ومسلم والترمذي والنسائي والإمام أحمد وأبو داود عن أبي هريرة قال: لما فتحت مكة قام رسول الله ﷺ فقال: من قُتِل له قَتيلٌ فَهو بخير النَظَرَيْن، إما أن يُودي، وإما أن يُقاد، فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه، فقال: يا رسول الله، اكتب لي، وفي رواية قال العباس اكتبوا لي، فقال رسول الله ﷺ: اكتبوا لأبي شاه، وهذا لفظ حديث أحمد،

---

(١) تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٨٤، تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٥.

(٢) رسالة الأثبات: ١ ص ٧١ ف ٥٦، الوجيز في التوثيق، كمال الشورى: ص ٦.

قال أبو داود: اكتبوا لي يعني خطبة النبي ﷺ[1].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ أمر بالكتابة في الأحكام، والأمر بالكتابة يدل على أنها للحفظ والتذكر والضبط والاعتماد عليها عند الحاجة، وكتب رسول الله ﷺ كتاباً في الأحكام والزكوات والديات لعمرو بن حزم، فصار في الدين شرعاً ثابتاً وعملاً مستفيضاً، وتلقته الأمة بالقبول[2].

ثانياً ـ أخرج البخاري في صحيحه وأحمد والبيهقي في الدلائل والحاكم في الإكليل وغيرهم من حديث سُراقة بن مالك بن جَعْشَم المُدْلَجي في ليلة الهجرة «فسأل رسول الله ﷺ أن يكتبَ له كتاب أمن، فأمر عامر بن فهيرة فكتب في رُقعة من أَدِيم، ثم مضى رسول الله ﷺ»[3].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ كتب لسراقة كتاباً يؤمنه فيه على نفسه من القتل في المستقبل، وقد كتب له الرسول ﷺ ذلك، وهذا إقرار وموافقة من الرسول ﷺ للعمل بموجب الكتابة، وعندما فتح الله على رسوله مكة المكرمة، وشرع في تطهير أجزاء الجزيرة العربية جاء سراقة رافعاً يديه، وفيهما كتاب الرسول الأعظم ﷺ، فأمنه وعفى عنه وقال له ﷺ: هذا يوم بِر ووفاء.

وصدر عن الرسول ﷺ كتباً أخرى في الأمان مثل كتابه إلى أهل نجران بالأمان، واعتبر الفقهاء الكتابة بالأمان حجة في الإثبات بالاتفاق.

٣ ـ كتب رسول الله ﷺ كتباً في الصلح والمعاهدات، وأهمها صلح الحديبية، وقد تم كتابة، وصلح دُومة الجَنْدَل[4]، ولو لم تكن الكتابة معتبرة، وحجة على صاحبها عند الإنكار، لما كان لكتابة المعاهدات فائدة، ولكن الرسول ﷺ أمر بكتابتها فدّل على كونها حجة عند التنازع والاختلاف.

---

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي: ١ ص ٢٢، مختصر صحيح مسلم: ١ ص ٢٠١، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٧ ص ٤٢٩، سنن النسائي: ٨ ص ٣٤، سنن أبي داود، ٢ ص ٢٤٥، مسند أحمد، تحقيق أحمد شاكر: ١٢ ص ٢٣٢، سنن ابن ماجه: ١ ص ٨٤٦، أصول البزدوي: ص ١٨٢.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ١٣ ص ١١٧ ط الخيرية، مسند أحمد: ١ ص ٤١١.

(٣) صحيح البخاري على هامش فتح الباري: ٧ ص ١٩٢، ١٩٣ باب هجرة النبي ﷺ، صحيح البخاري بشرح السندي: ٢ ص ٢١٦، زاد المعاد: ١ ص ٢٤، ٣٠، مسند أحمد: ٤ ص ١٧٦ ط أولى، وعامرين فهيرة هو مولى أبي بكر، كان يرعى الغنم، ويقدم اللبن للرسول ﷺ ولأبي بكر في أيام الهجرة.

(٤) الأموال، أبو عبيد ص ٣٨١، زاد المعاد ٣ص ٧.

فقال عمر: أنا شاهد ذلك فأعطاه إياها[1].

وجه الدلالة:

أن تميماً الداري طلب من رسول الله أرضاً في الشام فوافقه على ذلك وكتب له وثيقة فإذا حضر إليها، ونازعه آخر فيها، أو اعتدي عليه فإن لديه وثيقه بالملكية تدفع عنه الطامعين والمعتدين، وعلى القاضي أن ينفذ وصية الرسول ﷺ، وهذا ما يشعر به آخر الرسالة، فكأنها أمر بالتنفيذ وإلا فلا فائدة من هذه الكتابة، وكان عمله ﷺ سُدى وعبثاً، وهو منزه عن ذلك.

وقد ذكرأبو عبيد أمثلة كثيرة في ذلك منها كتابه ﷺ لثقيف وكتابه لأهل دومة الجندل وكتابه لأهل أيلة وغيرها من الكتب.

وروى البخاري والبيهقي عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ اقطع الأنصار البحرين، وأراد أن يكتب لهم كتاباً فقالوا: لا حتى تعطى إخواننا من قريش مثلها، فقال رسول الله ﷺ: «إنكم سترون من بعدي أَثَرَةً فاصبروا حتى تروني»[2].

وكتب الرسول الكريم كتاباً إلى أبي ثعلبة الخشني بأرض في أيدي الروم، وكتب أبو بكر كذلك كتاباً لطلحة بن عبيد الله أقطعه فيه أرضاً، وكتب عمر رضي الله عنه كتاباً لأبي موسى يقطعه فيها أرضاً بالعراق[3].

٧ ـ أخرج البخاري تعليقاً والترمذي في البيوع وابن ماجه في التجارات عن عبد المجيد ابن وهب قال: قال لي العدّاء بنُ خالد رضي الله عنه: ألا أقرِئُك كتاباً كتبه لي رسول الله؟ قلت بلى، فأخرج إليّ كتاباً «هذا ما اشترى العدّاءُ بنُ خَالد بن هَوذةَ من محمد ﷺ، اشترى منه عبداً أو أمة لاداءَ ولاَ غَائِلةَ ولا خِبْثَةَ، بيعَ المسلم من المسلم[4]».

---

(١) الأموال: ص ٢٧٦، ٢٨١.

(٢) السنن الكبرى: ١٠ ص ١٣١، فتح الباري: ٥ ص ٣٧، في كتاب المزارعة، صحيح البخاري بشرح السندي: ٤ ص ١٥٠.

(٣) الأموال: ص ٣٨٨، ٣٩١، ٣٩٢، الأحكام السلطانية، للماوردي: ص ١٩٢.

(٤) صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٥، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٤٠٧، تيسير الوصول إلى جامع الأصول، ابن الديبع الشيباني: ١ ص ٦١، ذخائر المواريث، عبد الغني النابلسي: ٢ ص ٢٣٦، قال قتادة: الغائلة: الزنا والسرقة والاباق، والخبثة: الحرام، كما يعبر عن الحلال بالطيب، والخِبثة نوع من أنواع الخبيث، أراد أنه عبد رقيق، لا أنه من قوم لا يحل سبيهم، (انظُر: النهاية لابن الأثير: ٢ ص ٥، جـ ٣ ص ٣٩٧).

٤ ـ كتب رسول الله ﷺ كتابَ موادعة بين المهاجرين والأنصار بعد مَقْدَمِه المدينة المنورة، وهو كتاب طويل، بين فيه الرسول الكريم ﷺ أسس التعاون بينهما وطريقة الحياة المشتركة، ومبادىء التحالف والنصرة والاتصال بالقبائل الأخرى والتعايش مع اليهود، فهو بمثابة دستور مكتوب، والمقصود من كتابته إقامة الحجة على من يخالف الاتفاق أو ينكث العهد(١).

٥ ـ أخرج الجماعة عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ما حقُ امرىء مسلم يَبيتُ ليلتين، وله شيءٌ يريد أن يُوصي فيه، إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه»(٢).

قال الشوكاني: واحتج به من يعمل بالخط إذا عرف، وقال الشافعي: ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده(٣)، قال ابن عمر راوي الحديث: لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك إلا ووصيتي عند رأسي.

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ حثّ على كتابة الوصية، وهذا يستلزم الاعتماد على الكتابة في الإثبات، وإلا فلا فائدة لها، ويستفاد ذلك من قوله «ووصيته مكتوبة عند رأسه» فهذا يدل على جواز الاعتماد على الكتابة والخط، ولو لم يقترن ذلك بالشهادة.

٦ ـ روى أبو يوسف وأبو عبيد أن رسول الله ﷺ أقطع تَميماً الدَّاري أرضاً في الشام وفلسطين وكتب له كتاباً وهو: «هذا كتاب من محمد رسول الله إلى تميم بن أوس الداري أن له قرية جَيْرون وبيت عَيْنون . . . ولعَقِبه من بعده، لا يحاقّه فيها أحد، ولا يَلِجُهما عليه أحد بظُلم، فمن ظلم واحداً منهم شيئاً فإنَّ عليه لعنةَ الله»(٤).

قال أبو عبيد فلما استخلف عمر وظهر على الشا م جاء تميم الداري بكتاب النبي ﷺ

---

(١) الأموال: ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٢٤٧، ٣١٢.

(٣) نيل الأوطار: ٦ ص ٣٦، ٣٨، شرح النووي على صحيح مسلم: ١١ ص ٧٥.

(٤) الخراج: ص ٢١٦، الأموال: ص ٣٨٨، الأحكام السلطانية، للماوردي: ص ١٩١، فتح الباري: ٥ ص ٣٧، جَيْرون: باب دمشق، وكانت سقيفة على عمد وحولها مدينة تحيط بها، وبيت عَيْنون من قرى المقدس وقيل هي الخليل، حاقه: أي خاصمه ونازعه من حقت الحاجة إذا اشتدت أو من أحقيته عن غيره وأنه أكثر اختصاصاً بها، (المصباح المنير: ١ ص ١٩٨).

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ كتب وثيقة في البيع لتكون حجة على البائعين، وقد كتب الرسول ﷺ ذلك تعليماً لأمته، فتكون الكتابة حجة على من ينكر خلافها، وإلا لما كان لها فائدة.

وكتب الرسول ﷺ إلى اثني عشر ملكاً، منهم كسرى ملك الفرس، وقيصر ملك الروم، ولم ينقل أنه أشهد أحداً على كتابه، وكتب عليه الصلاة والسلام إلى أهل خيبر في القتل، وجهز رسول الله ﷺ جيشاً وأمرّ عليهم عبد الله بن جحش، وكتب إليهم كتاباً مختوماً وقال: لا تفضّ الكتاب حتى تبلغ موضع كذا[1]، وكتب الخلفاء الراشدون إلى أمرائهم وقضاتهم، فكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري وهو على قضاء البصرة، وكتب علي رضي الله عنه إلى عبد الله بن عباس[2].

وهذه الأحاديث والآثار التي ذكرناها تدل دلالة واضحة على مشروعية الكتاب وحجيتها في الإثبات، وعلى فرض أن في بعضها مقالاً فهي تقوي بعضها بعضاً وترتقي إلى مقام الحجية والاستدلال.

ثالثاً: المعقول:

الكتاب كالخطاب، والخط كاللفظ في التعبير عن الإرادة وإظهار النية، وإبراز العزيمة وتمتاز الكتابة عن اللفظ بالثبات والضبط، وتقول العرب: الخَط أحد اللسانين، وحُسْنُه إحدى الفصاحتين[3]، ولذلك فإن الكتابة الظاهرة المعنونة تكون حجة على صاحبها بما ثبت فيها[4].

---

(١) فتح الباري: ١٣ ص ١١٧ ط الخيرية، سنن أبي داود: ٢ ص ٦٢٨ ط الحلبي، الحاوي: ١٢ ق ٦٧ ب، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٣، صحيح البخاري حاشية السندي: ١ ص ١٥.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ٦٧ ب، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٠ باب الولاء من كتاب الفرائض، أعلام الموقعين: ١ ص ٩٠، زاد المعاد: ١ ص ٣٠.

(٣) قال الشاعر: إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جُعل اللسان على الفؤاد دليلاً، (وانظر: عيون الأخبار: ١ ص ٤٧).

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٧، الطرق الحكمية: ص ٢٠٧، مجموع الإفادة في علم الشهادة: ص ٦، قارن مع المدخل الفقهي العام: ١ ص ٣٢٨، حاشية فإنه يقول: إن الكتابة تنحط عن اللفظ في الدلالة على جزم الارادة أحياناً، لأن الإنسان قد يكتب للتجربة أو للاحتياط، وهو متردد» والواقع أن الكتابة أشد دلالة على جزم الارادة، لأن الإنسان قد يتلفظ سهواً، وينطق خطأ، وقد يسبقه لسانه، وقد يتكلم مزحاً وهزلاً، أما الكتابة فإن العقل والفكر متجهان نحوها اتجاهاً جازماً، ويتأمل بما يكتبه، ويفكر في دلالته ومعناه ومقصوده، ولذلك قال الحنفية والمالكية: إن الكتابة المستبينة المعنونة صريحة الدلالة، خلافاً للشافعية، فقالوا إن الكتابة كناية، وقال الحنابلة: الكتابة صريحة إلا في النكاح والطلاق، (انظر: الموازنة بين اللفظ والكتابة في كتاب التعبير عن الإرادة، سوار: ص ٢٧٦، المجموع شرح المهذب، النووي: ٩ ص ١٧٧).

القول الراجح:

ويظهر ترجيح القول بمشروعية الكتابة في إثبات الحقوق لقوة الأدلة، ولحاجة الناس إلى استعمالها واللجوء إليها، ولأن القول بعدم حجية الكتابة في الإثبات يؤدي إلى الحرج والمشقة في المعاملات بين الناس فتتعطل مصالحهم، وتضيع حقوقهم وأموالهم لعدم تيسر الشهود دائماً، وإن وجد الشهود عند التعاقد فقد يغيبون عند التنازع والقضاء أو ينسون أو يموتون.

والكتابة تساير التقدم والرقي والحضارة، والإسلام لا يتعارض مع هذا، ولا يتنافى معه، بل جاء الشرع السماوي لنقل الأمم من الجَهل إلى العلم، ومن الظلام إلى النور، قال تعالى: ﴿اللهُ وليُّ الذين آمنوا يُخرِجُهم من الظلمات إلى النور﴾ سورة البقرة، الآية ٢٥٧، فإذا كان المجتمع قليل المعاملات ومغلقاً على نفسه ومنعزلاً عن غيره فإنه لا يحتاج إلى الكتابة، ويكتفي في الإثبات بالشهادة والقرائن، أما إذا كثرت المعاملات بين الناس، وتشعبت أقسامها، وتجاوزت البلد الواحد، وتعدت التعامل بين الأقارب والأهل وأصحاب المدينة الواحدة فإن حاجة الناس تقتضي استعمال الكتابة في التعامل والقضاء بتحرير المستندات وتهيئة الوثائق، وتسجيل العقود، وتوثيق الديون للاستعانة بها في استيفاء الحقوق، وإبراء الذمم، وقضاء الحاجات، وإنهاء المنازعات. ولو لم يأت بها نص صريح في الشرع فإن القواعد العامة والمقاصد الرئيسية في الشريعة تقبلها وتقتضيها لدفع الحرج وحفظ الحقوق.

وإذا كنا نقبل الشهادة لأنها إخبار بحق على الغير، ولأنها لا تفيد الشاهد في شيء، وإنما يعتبر بعيداً عن موضوع النزاع فلا أقل من أن نقبل الكتابة التي يدونها شخص ثالث لا علاقة له في موضوع النزاع، وإنما يعمل في وظيفة عامة ويتلقى الوقائع والإقرار بالحقوق ويدونها، وما أقرب هذا المعنى وأوضحه في الآية الكريمة: ﴿فاكْتُبُوهُ، وليَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتبٌ بالعَدْلِ ولا يَأبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللهُ فلْيَكْتُبْ، وليُمْلِلِ الذي عَلَيْهِ الحَقُّ ولْيَتَّقِ اللهَ رَبَّهُ، ولاَ يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً﴾ البقرة، ٢٨٢.

وإذا كانت الأمية في العصور السالفة أو قلة التعليم باعثاً للفقهاء على عدم الاعتداد بالكتابة أو الاهتمام بشأنها فلا مبرر لذلك في العصور الحاضرة مع الأمر بالكتابة في الآية الكريمة، وإن إهتمام الفقهاء بالشهادة جعلهم يتوسعون في بحثها وتعيين حدودها، وضوابطها، وعلى سبيل المثال بحثا العدالة والتزكية اللذان يحتلان مكاناً رحباً في الكتب الفقهية، مع توفر الوازع الديني في عصرهم، والصلة الوثيقة بالحياة الإسلامية والتعاليم الشرعية، واليوم ـ وقد ذابت الأخلاق وتوارت التعاليم السمحة، وابتعد الناس عن جو الإسلام

إلى جوّ المادية الصرفة ـ يجب مواجهة الواقع بالتشدد في الإثبات، حرصاً على سلامة الحقوق، وإن اللجوء إلى الشهادة وضوابطها الفقهية هو من الصعوبة بمكان، لذلك فلا غرو أن تحتل الكتابة مكانتها السامية في مجال الإثبات وتوثيق الحقوق.

والكتابة تعتبر قرينة قوية في إثبات مضمونها كالكتابة على الجدار بأنه وقف، أو على الكتاب وغير ذلك، سئل الإمام أحمد عن بلد يستولي عليه الكفار ثم يفتحه المسلمون فتوجد فيه أبواب مكتوب عليها كتابة المسلمين «أنها وقف» فأجاب بأنه يحكم بذلك لقوة هذه الأمارة وظهورها، لأن الكتابة أمارة قوية، فعمل بها، ولا سيما عند عدم المعارضة[1]، وهذا ما كان يفعله المسلمون للحكم على النقد: هل هو إسلامي أم جاهلي؟ فيرجعون إلى كتابته وشارته للحكم عليه.

فالخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة، قال صديق حسن خان في الظفر اللاضي: قد ثبت العمل بالخط بالأدلة المتكاثرة من الكتاب والسنة والإجماع، ومن الحاكين لإجماع الصحابة على العمل بالخط الرازي في «المحصول»، وأما من بعد الصحابة فيدل عليه إجماعهم الفعلي على الاحتجاج بذلك، والعمل به في معاملاتهم، وفي المصنفات[2].

وقال ابن تيمية: والعمل بالخط مذهب قوي، بل هو قول جمهور السلف[3].

ومما يبرر للفقهاء عدم اعتبار الكتابة وسيلة للإثبات ما يلي:

١ ـ قلة التعليم وعدم انتشار الكتابة، فقد أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: إنّا أُمةٌ أمّيّةٌ لا نكتبُ ولا نحسب، الشهرُ هكذا وهكذا، يعني مرة تسعة وعشرين ومرة ثلاثين[4]». والمقصود بالأمة العرب، وقيل لهم أُميون لأن

---

(١) الطرق الحكمية: ص ١٠، كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٤.

(٢) الظفر اللاضي: ص ١٠٥، ١٠٧.

(٣) مختصر الفتاوي المصرية لابن تيمية، البعلي الحنبلي ٧٧٧ هـ: ص ٦٠١، ٦٠٨.

(٤) صحيح البخاري بشرح السندي: ١ ص ٢٢٤ واللفظ له، مختصر صحيح مسلم: ١ ص ١٥٦، رقم ٥٧٦، سنن أبي دادو: ١ ص ٥٤٢ ط الحلبي، سنن النسائي: ٤ ص ١١٣، مختصر سنن أبي داود للمنذري جـ ٣ ص ٢٠٩، سنن ابن ماجه: ١ ص ٥٣٠،

وأنظر أسنى المطالب: ص ٧٠، الفتح الكبير: ١ ص ٤٣٠، والأمة لها عدة معان، والمعنى هنا الجماعة، والأمية نسبة إلى الأمّ أي باقون على الحالة التي ولدتهم عليها الأمهات، أو إلى أمّ القرى، والمراد بالحساب هنا حساب النجوم وتسييرها.

الكتابة كانت فيهم نادرة فأطلق عليه ذلك اعتباراً للغالب، وكان أهل الكتاب يسمون العرب أميين، وفي ذلك نزل قوله تعالى: ﴿هُوَ الذي بَعَثَ في الأُمِّيينَ رَسُولاً مِنْهُمْ﴾ وفي هذا شرف وتكريم ومعجزة للرسول ﷺ[1]، فقد بعث في أمة أمّية وجاءها بكتاب معجز مبين، ونقلها من الأمية إلى مراقي النور والفلاح وبوّأها ذروة المجد والعز والحضارة.

٢ ـ التمسك بقواعد وأحكام الإسلام، وأخلاق القرآن، فكان الناس متمسكين بالدين حرصين على الصدق في المعاملات وفي الشهادة، وفي قول الحق، والإقرار به ولو على نفسه، والابتعاد عن الكذب وشهادة الزور، فكانت معاملاتهم مستقرة، وحقوقهم محفوظة.

٣ ـ قلة المعاملات وبساطتها وسهولة ممارستها.

وكل هذه العوامل قد تغيرت وتبدلت فشاع العلم، واعتمد الناس على الكتابة والتسجيل، وكثرت المعاملات، وتعقدت شؤون الحياة وتشابكت مصالح الناس فلا محل لضبطها إلا بالكتابة والتسجيل.

٤ ـ اعتبر كثير من الفقهاء أن الكتابة جزء من الإقرار، فلم يخصصوا لها فصلاً مستقلاً.

ونخلص من هذا المبحث في مشروعية الكتابة أن الراجح هو القول بمشروعيتها وأنها وسيلة من وسائل الإثبات، سواء في الحالات التي أقرها الفقهاء بالاتفاق، أو أقرها بعضهم، ورفضها آخرون، وأن الأصل في مشروعية الكتاب هو النصوص الشرعية من القرآن الكريم ومن السنة الشريفة ثم البناء على جريان العرف والعادة التي لا تخالف نصاً، والتي جرى عليها التعامل بين الناس[2]، ثم إن الحاجة ماسة إلى استعمال الكتابة، ونعدد هنا الحالات التي ذكرها الفقهاء، وقبلوا الاحتجاج بها أمام القضاء، وسوف ندرسها بالتفصيل:

١ ـ البراءات السلطانية ومثلها القرارات والأمور التي تصدر من الحاكم الأعلى ويضاف إليها الدفاتر السلطانية التي تقابل اليوم الدواوين والسجلات الإدارية والمدنية.

٢ ـ كتاب القاضي إلى القاضي، وكُتُب المحاضر والسجلات المحفوظة في ديوان القاضي وتتضمن الخصومات والدعاوى والمحاكمة والأحكام.

٣ ـ قبول الخط والكتابة التي تتضمن الشهادة سواء كانت من الكاتب نفسه أو من غيره أو من المقر.

---

(١) معالم السنن: ٣ ص ٢٠٩، هداية الباري: ١ ص ١٤٥.

(٢) انظر كتاب العرف والعادة، الشيخ أحمد فهمي أبو سنة: ٨٣ في تبدل الأحكام بالعرف والعادة، وصفحة ١٢٠.

٤ ـ صكوك العقود، وهي الحجج التي تدون في المعاملات مع الإشهاد عليها.

٥ ـ الرسائل والدفاتر الخاصة.

وان اختلاف الفقهاء في الكتابة أعطى انتاجاً خِصبا وفروعا كثيرة لا تقل عما جاء به القانون، وبناء على مشروعية الكتابة من النصوص، ومن العرف والعادة، فإن ولي الأمر يُخوّل تنظيم أحكام الكتابة، وبيان الواجب منها، وقيمة كل نوع ومدى قوته في التعامل والقضاء بما يحقق اصلاح الأمور وقطع دابر النزاع والخلاف.

فلا مانع شرعي من قبول الأوراق الرسمية ونظام التسجيل المطبق قانونا، وهو قريب الشبه من المحاضر والسجلات، بل هو تطوير لها واقتباس منها مع التنظيم والتدقيق والتمحيص المتفق مع تقدم العصر، وهو تغيير في الشكل والتنظيم، وقد صرح الفقهاء بقاعدتهم «لا يُنكر تغيُّر الأحكام بتغير الأزمان» والشريعة تقوم على مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ولا ينكر أحد أهمية الكتابة وفائدتها ومحاسنها[1]، وان العوامل التي تؤدي إلى تغير الأحكام الاجتهادية اثنان: تغير الأحكام لفساد الزمان، وتغير الأحكام الاجتهادية لتطور الوسائل والأوضاع، وهذان العاملان متوفران في استعمال الكتابة، فقد كان جل الاعتماد في الإثبات الشرعي على الشهود، ثم تغيرت أخلاق الناس، وشاعت شهادة الزور كما تطورت المعاملات بين الناس، واقتضت مصلحة الدولة تسجل المعاملات في سجلات ودواوين لحفظ الحقوق وضبط التعامل، وهذا يوجب الاعتماد على الكتابة في القضاء ومعرفة الحق.

محاسن الكتابة:

١ ـ ندب الشارع الكريم الى الكتابة وحث على استعمالها، فقال تعالى: ﴿يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنْتُم بدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فاكتبُوهُ﴾ وقال ﷺ «قيدوا العلم بالكتابة»[2] وقيل أيضاً: «الخط الحسن يزيد الحق وَضَحا» فالكتابة رفيعة الشأن، جليلة القدر، والدليل على ذلك أن الله تعالى نسبها إلى نفسه فقال تعالى ﴿اقْرأ بِاسْمِ رَبِّكَ الذِي خَلَق، خَلَقَ الإنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ، اقرأ

---

(١) أعلام الموقعين: ٣ ص ١٤.

(٢) رواه الحاكم والطبراني في الكبير عن ابن عمرو، ورواه الحكيم وسمويه عن أنس، واسناده صحيح، صححه الحاكم، وأيد الذهبي تصحيحه موقوفا عن عمر وعن أنس وضعفه مسندا، وقال درويش في أسنى المطالب: سنده ضعيف، رواه ابو نعيم والطبراني (انظر: المستدرك: ١ ص ١٠٦، الفتح الكبير: ٢ ص ٣٠٦، شرح الجامع الصغير للمناوي: ٢ ص ٢٠٠، شرح الجامع الصغير للعزيزي: ٣ ص ٦٩، أسنى المطالب: ص ١٥٦).

وربُكَ الأَكْرَمُ، الذي عَلَّمَ بالقَلَمِ ، عَلَّمَ الإِنْسَانَ ما لَمْ يَعْلَمْ﴾ وهي أول آية نزلت على أفضل الأنبياءوأكرم المرسلين، ووصف الله تعالى ملائكته الحفظة الكرام فقال تعالى : ﴿وإنَّ عَلَيْكُمْ لَحَافِظِينَ، كِراماً كاتِبِينَ﴾ وأقسم بالقلم الذي هو آلة الكتابة فقال عز وجل ﴿نُ ، والقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ﴾[1] وأخرج أبو داود والترمذي عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال : «اولُ ما خلق الله القلم، فقال اكتب[2]».

٢ ـ كتابة المعاملات والحقوق تجهز وتعدّ وتهيأ منذ نشأة الحق، وهذا الوقت يخلو من النزاع والخصومة بين الأطراف، وهذه ميزة خاصة بالكتابة، فإنها تعد مسبقاً، ومن ناحية أخرى، فإن كتابة الحقوق وتسجيلها تجتث النزاع من جذوره، وتحول بين المعتدي وبين صاحب الحق، لأنه يعلم بوجود الوثيقة التي يستطيع صاحبها إظهارها والاحتجاج بها في أي وقت شاء، فكتابة الصك وسيلة للتذكر وحفظ الحقوق من الضياع[3]، وباختصار فهي وسيلة لحفظ الحقوق واطمئنان صاحبها لها.

٣ ـ ومن محاسن الكتابة أنها الوسيلة الوحيدة لحفظ آثار المعاملات في المستقبل، وهي صلة الوصل بين حقوق الآباء والأبناء، وهي الضمان لحفظ الحقوق من الهلاك، وصيانتها من الضياع، وضبط التصرفات من التغيير، ولا تقوم مقامها الشهادة، ولا تغني عنها لاحتمال الطوارىء الكثيرة على الشهود كالنسيان والجنون والعتة والمرض والموت.

٤ ـ لقد استخدمت الكتابة لتدوين العلوم بمختلف أنواعها، فدُنوت بها السُّنة والأحكام الشرعية وسير الأئمة والخلفاء والصالحين ، وكانت وسيلة للخطاب والتفاهم، ونقل الآراء، روى مالك في الموطأ أن عبد الله بن عمر كتب بيعة إلى عبد الملك بن مروان، فلو لم يكن الخط كافيا لم يكتف عبد الملك من ابن عمر بالخط في هذا الأمر العظيم. وقد ذكر مالك رحمه الله بيعة عبد الله بن عمر لعبد الملك في «الموطأ» ، ولم يذكر أنه أشهد على ذلك[4].

---

(١) راجع أقوال السلف من الكتاب والفقهاء في فضل الكتابة ومحاسنها وفوائدها في (صبح الأعشي : ١ص ٣٧، التوثيق في الكتاب والسنة، مكادي: ص ٤، حكمة الإشراق: ص ٦٦، عيون الأخبار، ابن قتيبة: ١ص ٤٢).

(٢) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٨ ٥ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٣٩٦.

(٣) تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٦٨، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٦٨.

(٤) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٦٠، شرح الجامع الصغير، المناوي: ٢ ص ٢٠٠، وقال المناوي: وقد انعقد الاجماع الآن على جواز كتابة العلم، ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي: ص ١٠٥، الموطأ: ص ٦٠٨.

المبحث الثالث
في
حكم الإثبات بالكتابة

حكم الكتابة في الإثبات هو الأثر المترتب على الكتابة في إثبات الحق المكتوب، وفي وجوب القضاء والحكم بموجبه.

ويختلف أثر الكتابة باختلاف الأنواع السابقة التي سبق الإشارة إليها، وهذا الاختلاف تابع لمدى صحة الكتابة وصيانتها عن الشبهة والتغيير والتزوير، وكلما كانت سلامة الكتابة أكثر وأقوى كلما كان أثرها أجدى نفعا وأحسن تقديرا، ونذكر حكم كل فرع على حدة.

١ ـ البراءت السلطانية والدفاتر السلطانية وهي مأمونة من التغيير والتبديل، ويندر التزوير فيها، وتكون قد صدرت عن إرادة جازمة بعد المشاورات والبحث وتنتقل إلى الناس بالتواتر، وتحتوي على تعيين أو عزل أو صرف مرتب أو مكافأة أو نقل أو تمليك أو تنظيم وغير ذلك، فإذا حصل نزاع أمام القاضي واستند المدعي إلى البراءات السلطانية أو الدفاتر الرسمية فيجب على القاضي الحكم له بموجبها، لأن لها قوة إثباتية كاملة، وتشبه في أيامنا الحاضرة القرارات الجمهورية أو القرارات الوزارية أو الأوامر الادارية.

٢ ـ كتاب القاضي وهي ما يكتبه أحد القضاة إلى قاضٍ آخر في سماع شهادة أو الحكم لشخص على آخر، سواء كان الكتاب موثقاً بالخاتم والتوقيع وبمعرفة خط القاضي كما يقول بعض الفقهاء، أم كان موثقاً بالإضافة إلى ذلك بشهادة عدلين عليه، وكتاب القاضي واجب العمل به عند القاضي الآخر، ويعتبر حجة كاملة وملزمة له، فإن كان شهادة معدلة طلب الخصم وقرأ الكتاب عليه وتحقق من الدعوى والخصوم وحكم بالشهادة، وإن كانت الشهادة غير معدلة سأل عن الشهود، وحكم بها، وإن كان حكماً نفذه وعمل بموجبه، واستوفى المال من المدعى عليه[1].

٣ ـ الكتابة التي يقوم بها الطرفان في توثيق التصرفات بينهم وضبطها كتابة والإشهاد عليها، وهذه الصورة هي التي وردت في القرآن الكريم في آية المداينة. وهي التي عرفها

(١) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٥، فتح العلي المالك، الشيخ عليش: ٢ ص ٢٩١، ٢٩٢.

الفقهاء بالحجة أو الصك[1]، فإذا ثبتت صحة الكتابة لدى القاضي بشهادة الشاهدين السابقين أو بشهادة غيرهم، أو بإقرار الخصم بالصك ، فقد اختلف الفقهاء في وجوب العمل بها في الاثبات ، فمن قبلها ـ وهو الراجح ـ كانت قوتها في الإثبات ملزمة للقاضي ليحكم فيها.

ويسري هذا الحكم على الشهادة التي يؤديها الشاهد على أن هذا خط المقر، والشهادة على أن هذا خط الشاهد الغائب أو الميت والشهادة على خط المورث.

واعتبار هذا النوع في الإثبات كاف أمام القاضي، ولا يحتاج معها إلى يمين المدعي لتكميل النصاب، وهذا لا يمنع من توجيه يمين القضاء، أي يمين الاستظهار، من قبل القاضي لا كمال قناعته قبل الحكم[2].

٤ ـ الكتابة التي تثبت الحق من طرف واحد كخط البياع أو السمسار أو الصراف أو الرسالة اتفق المتأخرون على وجوب العمل بها لأنهم لا يكتبون إلا ما لهم وما عليهم في شؤونهم التجارية ، مع استبعاد فكرة التجربة والتسلية ولجريان العرف بذلك، فإذا أنكر الكاتب أو وارثه الحق فلا يسمع منه، ويحكم عليه بكتابته حتى يثبت العكس، وكذا الرسائل والدفاتر الخاصة[3].

ويثبت العمل بالخط وصحة الكتابة بالبينة بأن يشهد اثنان على صدور الكتابة منه أو على أمره بالكتابة، أو بالاستكتاب، فإذا أنكر فيؤمر بأن يكتب ما يظهر به خطه ويطوّل في كتابته حتى لا يغير في طريقة الكتابة، ثم يعرض الخط على أهل الفطنة والخبرة، العارفين بالخطوط وتمييزها لبيان التشابه بينهما أم لا، ولا يشترط فيهم إدراك الكاتب[4]، ويكفي المقارنة بين الخطين القديم والجديد، وهذا هو إنكار الخط والاستكتاب والمضاهاة.

أثر الاثبات بالكتابة على غير صاحبها:

هذه القوة الثبوتية السابقة للخط والكتابة بالنسبة الى أصحابها مباشرة وهم الأطراف فيها، ومن تتعلق بهم، أما قوتها بالنسبة إلى غير صاحبها فتختلف من نوع إلى آخر.

---

(١) تفسير القرطبي: ٣ ص ٣٨٢.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٦٢.

(٣) مجمع الضمانات: ص ٣٧٣، العرف والعادة: ص ١٢٠.

(٤) المجموع ، للأمير ٢ ص ٣٣٥.

فالبراءات السلطانية والدفاتر الرسمية، والأوامر الحكومية تسري قوتها على جميع الناس، سواء من تتعلق به مباشرة أو غيره، وكذلك فإن ديوان القاضي حجة على الجميع بما دوّن فيه كالوقف ، ومال الأيتام ، وتعيين الأوصياء وغيرها.

أما دفاتر التجار وخط المورث والإقرار كتابة والشهادة المكتوبة فإنها حجة على أصحابها، وعلى من يخلفهم ، فيلتزم الوارث بما ورد في دفتر أبيه التاجر، وما كتب بخطه.

هذه الأحكام السابقة في حكم الكتابة إذا أقر بها الخصوم، ولم يحصل فيها نزاع، ولكن الحكم يختلف إذا أنكر أحد الخصوم الكتابة؛ او ادعى تزويرها، وندرس كل حالة على حدة.

إنكار الكتابة:

إذا ادعى شخص حقا على آخر وأخرج بذلك وثيقة بخط يده على إقراره بالحق، فأنكر المدعى عليه، فما الحكم؟ يتفرع الجواب عن هذا السؤال إلى قسمين: إنكار الخط والكتابة، أو الاعتراف بالخط وإنكار الحق.

القسم الأول:

إنكار الخط والكتابة: إذا أنكر المدعي عليه خطه، فقد اختلف الفقهاء في حكمه على قولين.

القول الأول:

أن يستكتب المدعي عليه فإذا كان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على كونها خط كاتب واحد بشهادة أهل الخبرة العارفين بالخطوط والمضاهاة، فيعتبر الخط حجة عليه.

ذهب إلى ذلك أئمة بخاري من الحنفية، وعليه فتوى قارىء الهداية، وهي فتوى اللخمي من المالكية وأيده علماء المالكية[1].

وكذلك الحال إذا أقام المدعي البينة على كون الوثيقة من خط المدعى عليه كشهادة اثنين عليه بذلك.

---

(١) مواهب الجليل: ٦ ص ١٨٨ ، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٦٣، فتح العلي المالك: ٢ ص ٣٠٦، حاشية حجازي على المجموع: ٢ ص ٣٣٥، القول المرتضي: ق ١٦٣ ب ؛ معين الحكام الطرابلسي: ص ١٣٣.

القول الثاني:

عدم اعتبار الخط وهو الصحيح عند الحنفية والشافعية، والقول قول منكر الخط بيمينه ولا يحلف على الخط وإنما على أصل المال[1]، لأن الكتابة غير حجة، ويمكن تزوير الخط.

القسم الثاني:

أن يعترف بالخط وينكر الحق: إذا اعترف بالخط وقال ليس عليَّ هذا المال ففيه قولان أيضا:

القول الأول:

يقبل قوله في الإنكار، ويستثنى السمسار والصراف والبياع فإنه لا يصدق في إنكار الحق الثابت في دفتره وخطه، وهو قول عامة الحنفية[2].

القول الثاني:

إذا كان الخط مستبيناً مرسوماً واعترف أنه خطه وأنكر المال فإنه يلزمه كالإقرار، وهو قول بعض الحنفية، لأن هذا الخط كالنطق وهو حجة عليه، وإنكاره مكابرة وجحود ورجوع عن الإقرار، فلا يقبل في حق الآدميين وإن لم يكن الخط مستبيناً معنوناً كان القول قوله في الإنكار.[3]

والظاهر عند الشافعية أن يكون الخط في الحقوق السلطانية خاصة حجة في الإثبات اعتبارا بالعرف[4].

تزوير الكتابة:

إذا انكر المدين الحق أو أنكر صاحب الخط توقيعه، وعرض الخط على الفحص وثبت تزوير الكتابة، ونسبتها إلى غير صاحبها، إما باقرار صاحبها وإما بتقرير أهل الخبرة، فإن التزوير

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٦، الدر المختار: ٥ ص ٤٦٨، ٦٠١، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٦، قرة عيون الأخيار: ٧ ص ٨٧، الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٢١٦.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٦، قرة عيون الأخيار (تكملة حاشية ابن عابدين): ٧ ص ٨٨.

(٣) حاشية ان عابدين: ٥ ص ٤٣٦، ٤٣٧، وعلى هذا فتوى سراج الدين قارىء الهداية، انظر حاشية ابن عابدين: ٥ص ٤٦٩، تكملة حاشية ابن عابدين: ٧ ص ٨٨.

(٤) الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٢١٦.

يوجب على فاعله تعزيره من قبل الحاكم بالعقوبة التي يراها مناسبة له[1]. وإن تزوير الكتابة لا يقل عن شهادة الزور التي سبق الكلام عنها في فصل الشهادة، وإن النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة الشريفة في عقاب شاهد الزور وائمه عند الله تعالى ، وجزائه في الآخرة ينطبق على كاتب الزور تماما، ولذلك قال الله تعالى ﴿ولا يُضَار كاتبٌ ولا شهيد﴾ فقرن الكاتب مع الشاهد، وأنه لا يجوز لكل منهما ايقاع الضرر بالآخرين بزيادة الحق أو نقصه أو تزويره.

فالكتابة التي تعتبر مدارا للحكم عند النزاع يجب أن يخلو من شائبة التصنيع والتزوير، وإن الإثبات بالكتابة يقتضي التأكد من صحتها وسلامتها بأنها خالية من التزوير والتغيير، وهذا أمر مسلم به لا يشك أحد في اعتباره والتسليم فيه[2].

والطعن بالتزوير يكون من الشخص المنسوب إليه الكتاب، ويحتج بالكتابة عليه، فيطعن بتزويره ، قال معاوية بن عبد الكريم الثقفي: فإن قال الذي جيء عليه بالكتاب: إنه زور ، قيل: اذهب فالتمس المخرج[3] فإن الطاعن بالتزوير مدع له فعليه إثباته.

وقد تطور العلم وأصبح بالامكان كشف تزوير الوثائق المطعون فيها وذلك بوضعها تحت الميكروسكوب، واكتشاف النقط الدقيقة التي تؤيد أو تنفي التزوير، وقد يجد إضافة كلمات أو حروف أضيفت بمهارة، أو يجد أن الحروف والكلمات تنقصها الخواص المميزة لكتابة الكاتب المشهور. كما يستخدم التصوير بالأشعة فوق البنفسجية لاظهار التغييرات والكشف في الصكوك المالية والوصايا وأوراق البنوك وغيرها[4]. وأضبحت دراسة المستندات علما يحتاج إلى مهارة وتخصص فائقين، فالخبير في كشفه عن التزوير لا يكتفي بمقارنة الخواص العامة للكتابة، ولكنه يبحث في نوع الورق وأصناف الحبر. . . ، فأنواع الورق كثيرة ويختلف باللون والسمك وفي الصفات والعمر[5].

وإن الشخص الذي يلجأ إلى التزوير سواء في الكتابة أو غيرها يرتكب عملا منكراً يستحق

---

(١) الفتاوي الهندية: ٢ ص ١٦٩.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية محاسني: ص ٢٩٧.

(٣) صحيح البخاري على هامش فتح الباري: ١٣ ص ١١٦.

(٤) راجع كتاب البوليس والكشف عن الجريمة اليوم، رجينلد موريش، ترجمة اللواء عد المنصف محمود ، نشر مكتبة النهضة المصرية ، ١٩٥٦ ص ٨٣، ٨٤، ١٤٥.

(٥) المرجع السابق: ص ١٥٤.

عليه العقاب والتعزير لأنه لم يرد فيه عقوبة مقدرة[1] وروي أن مَعْنَ بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال، ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا، فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة، وحبسه ، فكلم فيه فضربه مائة أخرى، فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه. [2].

* * *

(١) التعزير، الدكتور عبد العزيز عامر : ص ٢٢٨ ط٢ سنة ١٩٥٧ وجاء في الفتاوي الهندية ٢ ص ١٩٠ : ان من موجبات التعزير كتابة الصكوك والخطوط بالتزوير.

(٢) المغني، ابن قدامة : ٩ ص ١٧٧ ط القاهرة ، وذكر ابن قدامة هذا الأثر ليستدل على جواز التعزير بما يزيد عن الحد، وفيه خلاف كبير.

المبحث الرابع

في

الحالات التي أقر الفقهاء فيها الإثبات بالكتابة

ذكر الفقهاء أحكام الكتابة في أبواب متفرقة، وبينوا قيمة الكتابة في التعاقد، كالتصرف بالكتابة من الناطق، وكتابة الأخرس في العقود وغيرها والكتابة بين الغائبين، والأمر بالكتابة، كما تعرض الفقهاء لبعض حالات الكتاب التي تستعمل في القضاء والإثبات، وهذه الحالات. إما أن تصدر من رئيس الدولة ومن ينوب منابه في تسيير الأعمال العامة للناس، وإما أن تصدر من الأفراد العاديين الذين يؤدون الأعمال فيما بنيهم، ولذلك فإننا ندرس هاتين الحالتين في مطلبين.

المطلب الأول

في

الكتابة الصادرة من جهة حكومية

تستعمل الكتابة في جميع أعمال الدولة، فتصدر كتابات عن الحاكم الأعلى أو عمن دونه في تسيير أعمال الدولة سواء كان أميراً أو موظفاً أو قاضياً، ونريد أن نعرف حجية هذه الكتابة الصادرة منهم في إثبات الحقوق التي تتضمنها، وقد تناول الفقهاء بعض هذه الحالات، وأهمها البراءات السلطانية، وكتاب القاضي، وديوان القضاة، وغير ذلك، وبينوا مدى قبولها والاعتماد عليها، ونقتصر على بيان كل منها في فرع.

الفرع الأول
في
البراءات السلطانية

وهي الأوامر الكتابية التي تصدر من الحاكم الأعلى فيما يتعلق بموضوع عام أو خاص، وتكون ممهورة بخاتم الدولة، وموقعة من رئيسها، وقد أجاز الفقهاء الاعتماد على هذه الكتابة في الإثبات واعتبارها حجة أمام القضاء[1]، والسبب في اعتبار حجيتها أنها تصدر من الحاكم الأعلى وتوجه مباشرة إلى من تتعلق به، وأن خاتم الدولة يندر ويصعب تقليده، وقاس الحنفية قبول البراءات السلطانية على طلب الأمان الكتابي المقدم إلى الإمام بجامع عدم التزوير فيها[2]، وقاسها بعضهم على العمل بدواوين القضاة بجامع صدورها عن موظف حكومي، ولأن البراءات لا تحرر إلا بإذن الحاكم الأعلى مع اتفاق العدد الكثير على نقل ما فيها من غير زيادة أو نقص، وتسجل وتحفظ، فالأمن من التزوير مقطوع به، فإذا نشب خلاف امام القضاء، وأقام المدعي حجته بتقديم البراءات السلطانية حكم القاضي بموجبها، واعتمد على كتابتها.

ويقوم مقام البراءات السلطانية اليوم القوانين والقرارات الصادرة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية فإنها تصدر مباشرة وتطبع وتوزع وتعلن وتنشر على الجميع، فتكون حجة وسنداً لمن يحتج بها، بل يفترض بجميع الناس داخل الدولة العلم بها، لتنفيذ ما فيها، وإعطاء أصحاب الحقوق حقوقهم دون أن يحتاجوا إلى الرجوع إلى هذه القوانين والقرارات والأوامر، وذلك تطبيقاً للقاعدة«الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً».

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٦، الدر المنتقى: ٢ ص ١٩٢، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين: ٤ ص ٤١٣، جـ٥ص ٤٣٥، ٤٦٨، تكملة حاشية ابن عابدين: ٧ص ٨٩، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العُرف، محمد بن عابدين: ص ٤١، حاشية الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٣٩.

(٢) قال بعض الفقهاء إن علة قبول طلب الأمان ليست عدم التزوير، وإنما الاحتياط في حقن الدماء، وعلى هذا التعليل، فلا يصح قياس البراءات السلطانية عليه لعدم توفر العلة المشتركة، وإنما تصح البراءات السلطانية للضرورة ولعدم إمكان إقامة الشهادة عليها.

الفرع الثاني
في
كتاب القاضي

تعريفه:

كتاب القاضي إلى القاضي هو أن يكتب القاضي ما يسمعه من الشهادة أو ما قضى به على شخص، ويرسله إلى قاض آخر ليعمل بموجب ما فيه، ويطلق عليه عند الفقهاء الكتاب الحكمي[1].

صوره:

كتاب القاضي إلى القاضي يتخذ ثلاث صور[2]:

الأولى: كتابة الشهادة التي سمعها من الشهود مع تعديل الشهود والسؤال عنهم ليحكم القاضي المكتوب إليه بموجب الشهادة دون البحث عنها.

الثانية: أن يكتب الشهادة التي سمعها دون تعديل، ويرسل كتابه إلى القاضي الآخر، ليبحث عن أحوال الشهود وعدالتهم ثم يصدر الحكم.

الثالثة: أن يكتب القاضي صورة الحكم الذي حكم به على الشخص الغائب ويرسلها إلى القاضي الثاني لتنفيذ الحكم عليه.

ويجدر الإشارة إلى أن الحنفية لا يجيزون القضاء على الغائب[3]، وتكون صورة الكتاب الحكمي عندهم أن يحكم القاضي على شخص ثم يغيب المحكوم عليه بعد الحكم إلى مكان آخر، أو أن يحكم عليه بحضور الوكيل عنه أو المسخر، فيكتب القاضي كتاباً بحكمه إلى

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون: ٢ ص ١٢٤٢، مجمع الأنهر: ٢ص ١٦٤.

(٢) القوانين الفقهية: ص ٢٩٧، المهذب: ٢ص ٣٠٥، المغنى: ٩ ص ٩١، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٤، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٥٩، رد المحتار على الدر المختار: ٥ص٤٣٣، البحر الرائق: ٧ص٢، شرح النيل: ٦ص ٥٧٣، ٥٧٧، أدب القضاء، ابن أبي الدم: ص ٤٣١، الأم، للإمام الشافعي: ٧ص ٤٦.

(٣) البحر الرائق: ٧ص ١٧، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٦٤.

قاضي البلد الثاني لتنفيذ الحكم عليه.

مشروعية كتاب القاضي إلى القاضي:

بالرغم من الاختلاف الشاسع في جواز الإثبات بالكتابة فقد كادت آراء الأئمة والفقهاء أن تتفق على جواز كتاب القاضي إلى القاضي والعمل بموجبه، ذهب إلى ذلك أئمة المذاهب

وخالف في ذلك الإمامية والإباضية في قول[٢]، فمنعوا العمل بكتاب القاضي إلى القاضي لإمكان التشبيه والتزوير، وأن الأحكام تنهى إلى القاضي الثاني بالشهادة فقط في حقوق الناس دون الحدود فلا تنقل مطلقاً للشبهة.

قال جعفر بن الحسن الحلي: لا يحكم الحاكم بإخبار حاكم آخر، ولا بقيام البينة بثبوت الحكم عند غيره، نعم لو حكم بين الخصوم وأثبت الحكم وأشهد على نفسه فشهد شاهدان بحكمه عند آخر وجب على المشهود عنده إنفاذ ذلك الحكم[٣].

أدلة الجمهور:

احتج الجمهور على مشروعية كتاب القاضي بالسنة والإجماع والمعقول:

أما السنة:

أولاً ـ أخرج الترمذي وأبو داود وابن ماجه ومالك عن الضحاك بن سفيان «أن رسول الله ﷺ كتب إليه أن يوّرث امرأة أَشْيَم الضَبابي من دية زوجها»، قال أبو داود: وكان رسول الله ﷺ

(١) مراتب الإجماع: ابن حزم: ص ٥٢، بداية المجتهد: ٢ ص ٢٠٩، فتح الباري شرح صحيح البخاري: ١٣ ص ١١٧ ط الخيرية، البحر الزخار: ٥ ص ١٢٧، الورد البسام في رياض الأحكام، الثميني: ص ٢٠، وانظر المراجع في رقم ٢، في الصفحة السابقة

(٢) شرائع الإسلام: ٢ص ٢١٧، المختصر النافع: ص ٢٨٣، شرح النيل: ٦ص ٥٧٥، الورد البسام في رياض الأحكام: ص ٢٠.

(٣) المختصر النافع: ص ٢٨٣.

استعمله على الأعراب ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح[1].

وجه الدلالة:

واضح وصريح وهو أن امرأة أَشْيَم اشتكت إلى النبي ﷺ في قتل زوجها ومنعها من ديته، فكتب الرسول الكريم إلى الضحاك بن سفيان بالحكم[2].

ثانياً ـ أخرج البخاري ومسلم وأبو داود ومالك والبيهقي عن سهل بن أبي حثمة في حديث القسامة وفيه قال: «فكتب رسول الله ﷺ إلى أهل خيبر إما أن تَدُوا صاحبكم، وإما أن تؤذنوا بالحرب، فكتبوا إنه والله ما قتلناه»[3].

وجه الدلالة:

واضح في كتابته ﷺ في الدعوى التي ظهرت بمقتل عبد الله بن سهل واتهام اليهود به، فكتب رسول الله ﷺ كتاباً لهم في ذلك، فلو كان كتاب القاضي غير مشروع لما كتب رسول الله ﷺ هذا الكتاب، وكتابته تدل على مشروعيته.

الإجماع:

ثبت أن علياً رضي الله عنه عمل بكتاب القاضي ولم يخالف في ذلك أحد من الصحابة، فكان إجماعاً[4].

قال البهوتي في «كشاف القناع»[5]: وأصله الإجماع وسنده قوله تعلى: ﴿إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ، إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ﴾ سورة النمل: الآيتان ٢٩، ٣٠. وذكر الماوردي وابن قُدامة أن الأصل في كتاب القاضي الآية الكريمة السابقة[6].

---

(١) سنن أبي داود: ٢ ص ١١٧ط الحلبي، سنن الترمذي: ٩ ص ٢٦٠ بشرح ابن العربي، جواهر الأخبار والآثار، محمد ابن يحيى بهران الصعيدي: ٥ ص ١٢٧، على هامش البحر الزخار، قال المنذرى في مختصر ابي داود: ٢ص١٩١، وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه، الموطأ: ص ٥٤٠، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨٨٣.

(٢) البحر الزخار: ٥ ص ١٢٧، المغنى: ٩ص ٩٠.

(٣) صحيح البخاري: ١٣ ص ١١٦ على هامش فتح الباري ١٣٢٩/١، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٢٧، صحيح مسلم ١١ ص ١٥٢، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٤٨، الأم: ٦ص ٧٨، الموطأ ص ٥٤٦، وسبق تخريجه في صفحة ٣٩٤،

(٤) مجمع الأنهر: ص ١٦٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٣، المغنى: ٩ ص ٩٠، الفتاوي الهندية: جـ٣ص ٣٨١.

(٥) جـ٤ ص ٢١٣.

(٦) الحاوي، الماوردي: ١٢ ق ٦٧أ، المغنى، ابن قدامة: ٩ ص ٩٠.

ويمكن أن يعترض على هذا الاستدلال بأنه شرعُ من قبلنا وهو ليس شرعاً لنا، ويجاب على ذلك بأن شرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد في الكتاب أو السنة وأقرته شريعتنا، فلا خلاف أننا مأمورون بها ومتعبدون بأحكامها، وأنها شرع لنا، والكتابة قد وردت بنص صريح في القرآن الكريم في شرع سيدنا سليمان، وقد أمرنا بها صراحة في آية المداينة﴿فاكْتُبُوهُ، وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بالعَدْلِ﴾ كما أن الكتابة قد ثبتت بالسنة[1].

المعقول:

كثيراً ما يتعذر على صاحب الحق أن يجمع بين الخصوم والشهود في مجلس واحد، فقد يتغيب المدعى عليه إلى مكان آخر، ويصعب أو يمتنع أن يحضر إلى قاضي بلد المدعي، فيتعرض الحق إلى الضياع والسقوط والهلاك، فالحاجة داعية إلى الأخذ بكتاب القاضي، وذلك بالاستماع إلى شهادة الشهود وتعديل الشهادة وإرسالها إلى بلد المدعى عليه، أو الحكم بموجبها، وإرسال الحكم إلى القاضي الآخر لتنفيذ ما جاء فيه.

ولا تقوم الشهادة على الشهادة مقام كتاب القاضي، لأنه اكثر ضبطاً وإحكاماً في نقل الشهادة، كما أن القاضي الكاتب يكتب الشهادة وتعديل الشهود أيضاً، وهذا قد يتعذر على القاضي المكتوب إليه البحث عن عدالة الشهود في الشهادة على الشهادة، وقد يعجز الشهود في الشهادة على الشهادة من أداء الشّهادة على وجهها الصحيح[2].

وقد عبر الحنفية في كتبهم عن هذا المعنى فقالوا: إن كتاب القاضي مشروع على خلاف القياس، لأن القاضي الكاتب لو حضر بنفسه، وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به لأنه خارج مكان اختصاصه وعمله، ويضاف إلى ذلك شبهة التزوير في الكتاب، ولكن الفقهاء أجازوا العمل بكتاب لقاضي استحساناً لحاجة الناس إليه[3].

---

(١) اتفق الأصوليون على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا أمرنا به، وأنه ليس شرعاً لنا إذا نهينا عنه أو جاء ما ينسخه، واختلفوا فيما ورد به نص دون أن نؤمر به أو ينسخ عنا، والجمهور من الحنفية والمالكية وبعض الشافعية، والرواية المرجحة عند أحمد أن هذا النوع يعتبر شرعاً لنا إذا ثبت بنص صحيح، (انظر: الأحكام في أصول الأحكام، الآمدي: ٣ ص ١٩٠، علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف: ص ١٠٥ ط ٧، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، الدكتور وهبه الزحيلي: ص٥٣٣ ط٢)

(٢) القول المرتضى: ق ٣ /أ(نمرة ٧٢) معين الحكام: ص ١١٥، المهذب: ٢ص ٣٩٢، الحاوي: ١٢ ق ٦٧ ب، كشاف القناع: ٤ص ١١٨، المغني: ٩ص ٩٠، تبيين الحقائق: ٤ص ١٨٣، المبسوط: ١٦ ص ٩٥.

(٣) مجمع الأنهر: ٢ ص ١٦٥، تبيين الحقائق: ٤ ص ١٨٢، البحر الرائق: ٧ ص ٢، المبسوط: ١٦ ص ٩٥، حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٤٣٢، الفتاوى الهندية: ٣ ص ٣٨١.

والراجح جواز العمل بكتاب القاضي لصحة أدلة القائلين به، ولحاجة الناس إليه في القضاء في تأمين حقوقهم، وتسهيل الوصول إليها.

شروط كتاب القاضي:

يشترط في صحة العمل بكتاب القاضي أربعة شروط:

الشرط الأول:

أن يذكر فيه اسم القاضي الكاتب واسم المدعى عليه والمدعي والشهود، ويحدد فيه المدعى به وصفاته لتمييزه تماماً عن غيره، وهذا باتفاق القائلين بجوازه[1].

ثم اختلفوا في ذكر اسم المكتوب إليه، وبقاء أهلية الكاتب، فأجاز جمهور الفقهاء ـ وهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف وزفر وعليه الفتوى عند الحنفية، والإباضية ويحيى من الزيدية[2] ـ إرسال الكتاب إلى قاضي بلد معين دون ذكر اسم القاضي المكتوب إليه وجواز نقله إلى أي قاض آخر، مثل؛ «إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين» ولذلك قالوا لا يبطل كتاب القاضي بموت القاضي الكاتب أو عزله أو خروجه عن أهلية القضاء، وهذا عند الإشهاد على الكتاب أما عند عدم الإشهاد عليه والاكتفاء بالخط والكتابة عند القائلين به منهم، فلا يعمل بالكتاب إلا مع حياة القاضي الكاتب وبقائه في القضاء والولاية الكاملة فيه[3]، وكذلك المكتوب اليه لا يشترط بقاؤه في القضاء ولا تشترط حياته فقد حكي أن قاضياً بالكوفة كتب إلى إياس بن معاوية، وهو قاضي البصرة، كتاباً بالحكم بعد عزل إياس وولاية الحسن البصري، فقبله الحسن وحكم به[4].

وقال بقية الحنفية والزيدية والإباضية في قول[5] لا يجوز ترك اسم القاضي المكتوب إليه، ولا يصح تعميم الكتاب إلى جميع القضاة، ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله،

---

(١) تبيين الحقائق: ٤ ص ١٨٤، بدائع الصنائع: ٧ص٧، المبسوط ١٦ ص ٩٦، ١٠١، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٤، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٥٩، منح الجليل، الشيخ عليش: ٤ص٢٠٤، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٤، البحر الزخار: ٥ص ١٢٨، الورد البسام في رياض الأحكام: ص ٢٠.

(٢) الأم: ٦ ص ٢١٨، الحاوي: ١٢ق٧١أ، مختصر المزني: ٥ ص ٣٤٤، المهذب: ٢ص٣٠٥، شرح النيل ٦ص٥٧٧، كشاف القناع: ٤ص ٢١٦، تبصرة الحكام: ٢ص ١٥، فتح العلي المالك: ٢ ص ٢٩١، البحر الرائق: ٧ص ٤، ٥، منح الجليل: ٤ ص ٢٠٣، الورد البسام: ص ٢٠، تاريخ قضاة الأندلس، النباهي: ص ١٨٥.

(٣) فتح العلي المالك: ٢ ص ٢٩٢.

(٤) الحاوي: ١٢ ق ٧٢ب.

(٥) المبسوط: ١٦ص ٩٦، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٧، وما بعدها، البحر الرائق: ٧ص ٤، البحر الزخار: ٥ص ١٨٢، الورد البسام في رياض الأحكام: ص ٢١.

وخروجه عن أهلية القضاء، وكذلك المكتوب إليه، لأن القاضي المعزول أو الميت خرج عن أهلية القضاء، وأصبح بمثابة واحد من الرعية فلا يقبل كتابه حجة في القضاء، وقياس كتاب القاضي على الشهادة على الشهادة، فكما أنه يشترط في الشهادة على الشهادة أن يبقى

أن تكون الكتابة مستبينة أي ظاهرة مقروءة تفيد المعنى وتؤدي المقصود من كتابة الشهادة أو كتابة الحكم بحيث يستطيع القاضي المكتوب إليه العمل بموجب الكتاب، كما يجب على القاضي المكتوب إليه أن يتأكد من عدالة القاضي الكاتب وأنه أهل للقضاء ومعرفة الأحكام.[1]

الشرط الثالث:

أن يكون الكتاب مختوماً بخاتم القاضي الكاتب وموقعاً بتوقيعه عند جمهور الفقهاء، لأنه ادعى للقبول والاحتياط، ولضمان عدم الزيادة فيه أو النقص منه، ولأنه أبعد عن تزوير الخط ومحاكاته[2].

---

(١) تبصرة الحكام: ٢ص ١٥.

(٢) فتح الباري: ١٣ ص ١١٤، منح الجليل: ٤ ص ٢٠٢، حاشية الخرشي: ٧ ص ١٧٠، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٥٩، حاشية الدسوقي: ٤ص ٦٠، المجموع للأمير وحاشية حجازي عليه: ٢ص ٣١٣، مغني المحتاج: ٤ص ٤٥٩، الحاوي: ١٢ق ٧٣أ، كشاف القناع: ٤ص ٢١٤، رسالة في العمل بالخطوط ق ١٢، البدائع: ٧ ص٧، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٣، شرح النيل: ٦ص ٥٧٥،

قال ابن خلدون في «مقدمته»: الخاتم هو من الخطط السلطانية والوظائف المملوكية، والختم على الرسائل معروف للملوك قبل الإسلام وبعده، وقد ورد في الصحيحين . . . وفي كيفية نقش الخاتم والختم به وجوه: وذلك أن الخاتم يطلق على الآلة التي تجعل في الأصبع، ومنه تختم إذا لبسه، ويطلق على النهاية والتمام ومنه ختمت الأمر، إذا بلغت آخره، ومنه خاتم النبيين وخاتم الأمر. . . . فإذا صح إطلاق الخاتم على هذه كلها صح إطلاقه على أثرها الناشيء عنها وأول من اطلق الختم على الكتاب أي العلامة معاوية لأنه أمر لعمر بن الزبير عند زياد بالكوفة بمائة ألف ففتح الكتاب وصير المائة مائتين، ورفع زياد حسابه فأنكرها معاوية وطلب بها عمر وحبسه حتى قضاها عنه، واتخذ معاوية عند ذلك ديوان الختم، ذكره الطبري، وقال آخرون: وحز الكتب ولم تكن تحزم أي جعل لها السداد، وديوان الختم عبارة عن الكتاب القائمين على إنفاذ كتب السلطان، والختم عليها، اما بالعلامة أو بالحزم، مقدمة ابن خلدون: ٢ ص ٦٤٣- ٦٤٤ ط ٢ تحقيق علي عبد الواحد.

وقد جرى العمل على ختم الكتاب منذ زمن سيدنا محمد ﷺ، فقد أخرج البخاري ومسلم والبيهقي وأبو داود والترمذي والنسائي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «لما أراد الرسول ﷺ أن يكتبَ إلى الروم قيل له إنهم لن يقرؤ وا كتابك إذا لم يكن مختوماً، فاتخذ خاتماً من فضة ونقشه «محمد رسول الله» قال أنس: فكأني أنظر إلى بياضه في يده»[1].

وقال بعض المالكية وبعض الحنابلة لا عبرة لختم الكتاب ما دامت العبرة فيه على الشهادة عليه، أو لأن العبرة فيه بالخط والكتابة كما كان يفعل رسول الله ﷺ[2].

الشرط الرابع:

أن يشهد عدلان أمام القاضي المكتوب إليه على أن الكتاب كتاب القاضي، والإشهاد على الكتابة أهم شرط، لاختلاف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول:

أن الإشهاد على الكتاب واجب، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، بأن يشهد عدلان عليه، ويسلم الكتاب إليهما ليحملانه إلى القاضي المكتوب إليه، ويشهدان أمامه على المكتوب، ولا يجوز للقاضي المكتوب إليه قبول الكتاب إلا بعد إقامة البينة عليه، وصرح كثير من الفقهاء أن العبرة بالشهادة وليس بالكتابة، فإذا كسر الختم أو التوقيع أوضاع الكتاب أو شهد الشهود بمايخالف الكتاب، فالعبرة بشهادتهم ولو خالفت الكتاب، وذلك لدفع شبهة التزوير أو تشابه الخطوط[3].

قال ابن أبي الدم: «اعلم أن طريق إنهاء ما جرى عند القاضي منحصر في مجرد الكتابة أو في الإشهاد أو في المشافهة، أما مجرد الكتابة فلا حكم لها، ولا يجوز للقاضي المكتوب إليه

---

(١) صحيح البخاري مع السندي: ١ ص ٥، جـ ٤ ص ١٦٠، فتح الباري: ١٣ ق ١١٦ ط الخيرية، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٢٨، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٤ ص ٦٩، سنن أبي داود: ٢ ص ٤٠٥ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٥ ص ٤١٤، سنن النسائي: ٨ ص ١٥١.

(٢) تبصرة الحكام: ٢ ص ٩، كشاف القناع: ٤/٢١٤، تاريخ قضاة الأندلس: ص ١٨٠.

(٣) شرح الخرشي: ٧ ص ١٧٠، القول المرتضى: ق ٨٣ أ، منح الجليل، الشيخ عليش: ٤ ص ٢٠٢، فتح العلي المالك: ٢ ص ٢٩١، تبصرة الحكام: ٢ ص ٩، الوجيز: ٢ ص ١٤٧، المهذب: ٢ ص ٣٠٥، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٠٩، مختصر المزني: ٥ ص ٢٤٤، الحاوي: ١٢ ق ٦٧ أ، الأم: ٦ ص ٢١٧، جـ ٧ ص ١٤٠، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٤، المغني: ٩ ص ٩٥، معين الحكام: ص ١١٦، البحر الزخار: ٥ ص ١٢٧، البحر الرائق: ٧ ص ٤، الفتاوي الهندية: ٣ ص ٣٨١، المبسوط ١٦ ص ٩٥.

الاعتماد عليها ولا العمل بها، وإن عرف خط القاضي وختمه، وتكرر صدور ذلك منه إليه، خلافاً لأبي ثور وأبي سعيد الاصطخرى من أصحابنا، ولا تعويل على هذا عندنا ولا عمل عليه»[1].

القول الثاني:

أن الإشهاد على الكتاب غير واجب.

ذهب إلى ذلك فريق من الفقهاء منهم أبو يوسف وأبو ثور وأبو سعيد الاصطخري الشافعي وقضاة البصرة والحسن البصري وعبيد الله بن الحسن العنبري وإسحق بن راهويه وأبو عبيد القاسم بن سلام واحدى الروايتين عن مالك، والشعبي وعبد الملك بن يعلي وإياس بن معاوية وثمامة بن عبد الله بن أنس وبلال بن بردة وعبد الله بن بريدة وعامر بن عبيد الله وعباد بن منصور والإباضية وخاصة المتأخرون منهم، وقالوا لا تشترط الشهادة على الكتاب، وأن القاضي المكتوب إليه يعمل بموجب الكتاب متى عرف خاتم القاضي الكاتب، أو عرف توقيعه أو عرف خطه، لأن الكتاب كالخطاب، ولأن الخط كاللفظ، ولأن النبي ﷺ كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة، وكان عليه العمل الأول في صدر الإسلام، وأصبح عرف الحكام بها مستفيضاً، وسكنت النفوس إليها[2].

وهذه بعض النصوص والنقول عنهم.

قال ابن عرفه: «قال ابن المناصف اتفق أهل عصرنا على قبول كتب القضاة في الحقوق والأحكام بمعرفة خط القاضي دون إشهاد على ذلك ولا خاتم معروف للضرورة، ومعرفة الخط بأن يثبت خط القاضي ببينة عادلة بالخطوط فيجب العمل به وإن لم تقم بينة عادلة بمضمون الخط»[3].

وقال ابن نافع عن مالك: «كان الأمر القديم إجازة الخواتيم، فكان القاضي يكتب للرجل الكتاب إلى القاضي فما يزيد على ختمه فيجاز على ختمه له حتى حدث الاتهام، فأحدثت الشهادة على خاتم القاضي أنه خاتمه»[4].

---

(١) أدب القضاء، ابن أبي الدم: ص ٤٣١، وقد قمت بتحقيق هذا الكتاب القيم، ثم نشره مجمع اللغة العربية بدمشق.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٩، المهذب: ٢ ص ٣٠٥، البحر الرائق: ٧ ص ٤، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٤، ٥٧٧، رسالة في العمل بالخطوط، ابن مفلح: ص ١١، الطرق الحكمية: ص ٢٠٨، أدب القضاء، ابن أبي الدم ص ٤٣١، شرح الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٤١، الورد البسام في رياض الأحكام: ص ٢٠ - ٢١.

(٣) منح الجليل: ٤ ص ٢٠٢، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦٠، تبصرة القضاة، العدوى: ص ٤٢.

(٤) القول المرتضى: ق ٨٣ أ، فتح الباري: ١٣ ص ١١٤ ط الخيرية، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١.

وقال ابن كنانة: «كان إذا جاء كتاب من قاضي مكة إلى قاضي المدينة أنفذه من غير بينة، ثم نظر أهل العلم في ذلك فخافوا أن تملك الأموال أو تستحل الفروج بغير بينة، فألزموا الناس البينات على الكتاب»(١).

وقال ابن شعبان: «كانت تجوز الخواتيم على كتب القضاة حتى أحدثت الشهادة على كتاب القاضي لأجل حدوث التهمة على خاتم القاضي، وأول من أحدث الشهادة على ذلك هارون الرشيد وقيل أبوه المهدي»(٢).

وقال ابن مفلح: «ولم يزل الخلف والقضاة والأمراء والعمال يعتمدون على كتب بعضهم إلى بعض، ولا يشهدون بتحملها على ما فيها، ولا يقرؤ ونه عليه، هذا عمل الناس من زمن نبيهم ﷺ حتى الآن»(٣).

قال البخاري: «قال إبراهيم كتاب القاضي إلى القاضي جائز إذا عرف الكتاب والخاتم، وكان الشعبي يجيز الكتاب المختوم بما فيه من القاضي، ويروى عن ابن عمر نحوه، وقال معاوية بن عبد الكريم الثقفي شهدت عبد الملك بن يعلي قاضي البصرة وإياس بن معاوية والحسن وشامة بن عبد الله بن أنس وبلال بن أبي بردة، وعبد الله بن بريدة الأسلمي وعامر بن منصور يجيزون كتب القضاة بغير محضر من الشهود فإن قال الذي جيء عليه بالكتاب إنه زور، قيل له اذهب فالتمس المخرج، وأول من سأل على كتاب القاضي البينة ابن أبي ليلى وسوار بن عبد الله»(٤).

وقد بين ابن حجرفي فتح الباري أن هذه الآثار موصولة منقولة عن ثقات عدول، ولم يرد عن غيرهم خلاف في ذلك العصر(٥).

---

(١) القول المرتضى: ق ٨٣ أ، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٢، وقد نقله الطرابلسي حرفياً في معين الحكام: ص ٩٤.

(٣) رسالة في العمل بالخطوط: ص ١٠، الطرق الحكمية: ص ٢٠٧.

(٤) صحيح البخاري على هامش فتح الباري: ١٣ ص ١١٦ ط الخيرية، ويمكن الجمع بين رواية البخاري ورواية ابن شعبان في أول من سأل البينة على كتاب القاضي، أن أول من طلبها سوار في عهد المهدي أو هارون الرشيد، وكان سوار بن عبد الله بن قدامة التميمي قاضي البصرة ومات سنة ١٥٦ هـ، وهو مشهور بالقضاء، وسوار بن عبد الله بن سوار (حفيد الأول) كان قاضي الرصافة، وتوفي سنة ٢٤٥ هـ ومشهور بالحديث أما المهدي فقد توفي سنة ١٦٩ هـ، وتوفي الرشيد سنة ١٩٣هـ. (انظر: تقريب التهذيب، لابن حجر: ١ ص ٣٣٩،التنبيه والإشراف للمسعودي: ص ٢٩٦، ٢٩٩).

(٥) فتح الباري، ابن حجر: ١٣ ص ١١٦.

وهذا يدل على أن السلف من الصحابة والتابعين كانوا يقبلون الكتابة المجردة، ويعتبرونها حجة ووسيلة في الإثبات حتى تغير الناس فتشددوا فيها وطلبوا توثيقها، وهذه العلة هي نفسها في توثيق المعاملات اليوم والتسجيل في سجلات الدولة واشتراط كتابة بعض العقود لنفاذها، وذلك لمراعاة ظروف العصر، وهذا هو الأساس في الاختلاف وأنه اختلاف عصر وزمان وليس اختلاف حجة وبرهان، وأن تغير العصر واختلاف الناس دعا المتأخرين إلى هذا الشرط لزيادة الضمان والثقة في سلامة الخط والكتابة وعدم تزويرها، لاتفاق الجميع على العمل بالكتابة إذا صحت وسلمت من التزوير.

ونص السرخسي في «المبسوط» أن القاضي إذا كتب رقعة إلى أمير البلد التي يقضي فيها القاضي، وأرسلها إليه دون شهادة فعرف الأمير خطه وكتابة . . . . جاز للأمير أن يمضي هذا الكتاب لأنه متعارف عليه(١).

واختلف القائلون بالشهادة على الكتاب هل تكون على الختم والكتاب أم تكون الشهادة على ما في الكتاب؟ أي هل يشترط علمهم بما فيه أم لا؟ على قولين:

القول الأول:

تجوز الشهادة على الكتاب والخاتم وإن لم يعلموا ما فيه استحساناً لمخالفته الكتب الأخرى.

ذهب إلى ذلك أبو يوسف وابن أبي ليلى ومالك في رواية وهي المشهورة، وجماعة من الشافعية(٢)، ولأن الكتاب يشتمل على أشياء لا يريد القاضي اطلاع الشهود وغيرهم عليها كالوصية، كما أن تعريف الشهود بمضمون الكتاب فيه حرج لهم، والشهادة بعد الختم كافية لمنع التزوير، ولأنه يشبه الإقرار بما في الورقة، والإقرار بالمجهول صحيح، ولأن المقصود من هذه الشهادة إعلام القاضي المكتوب إليه أن هذا كتاب القاضي الأول، وهذا يحصل بما سبق، وأن النبي ﷺ كتب إلى عما له من غير أن يقرأها على من حملها.

---

(١) المبسوط، السرخسي: ١٦ ص ١٠١.

(٢) فتح الباري: ١٣ ص ١١٧ ط الخيرية، بدائع الصنائع: ٧ ص ٧، المبسوط: ١٦ ص ٩٥ فتح القدير: ٦ ص ١٨، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٤، البحر الرائق: ٧ ص ٤، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٦١، القول المرتضى: ق ٨٣ أ، منح الجليل: ٤ ص ٢٠٢، ٢٠٤، تبصرة الحكام: ٢ ص ١٠، جـ ١ ص ٢٣٠، نهاية المحتاج: ٨ ص ٣٠٧، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٣، تاريخ قضاة الأندلس، النُباهي: ص ١٧٩.

القول الثاني:

وجوب معرفة مضمون الكتاب للشهادة عليه، وذلك بكتابته أمام الشهود أو بقراءة الكتاب عليهم، وإشهادهم عليه.

ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة ومحمد والشافعية والحنابلة والزيدية ومالك في رواية[1]، لأن مضمون الكتاب هو المشهود به، ولأن المقصود هو ما في الكتاب وليس مجرد الكتاب، وروى البخاري أن الحسن البصري وأبا قلابة كرها أن يشهد الشاهد على وصيته حتى يعلم ما فيها، لأنه لا يدري لعل فيها جوراً، وقد وافق الداودي من المالكية هذا القول وتعقبه ابن التين بأن الجور لا يمنع التحمل لأن الحاكم يرده، وإنما المانع الجهل بما يشهد به[2].

هذا والذي يظهر من سياق هذا البحث أن المقصود إنما هو توثيق الكتاب وضمان سلامته، وعدم تغييره وتبديله وتزويره، وهذه الغاية والمقصد، كانت تتحقق في العهد الأول بختم الكتاب أو معرفة الخط لسلامة طويتهم، وقربهم من العهد النبوي، وتمسكهم بلُباب الشريعة، وبعدهم عن الشبهة، واستبعاد التزوير والتغيير في كتب القضاة وعندما تغير الزمان وفسد أهله، أو تسرب التزوير والتحريف إلى الكتب اضطر القضاة والفقهاء إلى اشتراط البينة على كتاب القاضي وتسليم الكتاب إلى عدلين يوثق بهما، وهذا من تغير الأحكام بتغير الأزمان.

وهذا حكم تنظيمي إجرائي، والقصد منه معالجة الفساد الذي ظهر بالدواء المألوف في زمانهم، فإذا تغير الزمان وصلح أهله فلا حاجة للشهادة على كتاب القاضي، أو إذا ظهرت وسيلة ناجحة لتأمين الكتاب سالماً، وضمانه من التغيير فلا مانع من اتباعها، وإلا فإن اشتراط الشهادة يتنافى مع الحكمة من شرعية كتاب القاضي، لأنه شرع باعتباره أحسن وسيلة من الشهادة على الشهادة، فإذا اشترطنا الشهادة عليه فلا يبقى مبرر له، لأننا استبعدنا الشهادة على الشهادة لصعوبتها، ثم نطلب الشهادة على الكتاب؟.

وقد توسعنا في هذا الجانب لبيان أساس حجية الكتابة، وهل هو مجرد الكتاب أم اقتران الكتابة مع الشهادة؟ وهل الحجية للكتابة أم للشهادة عليها؟.

---

(١) بدائع الصنائع: ٧ ص ٧، المبسوط: ١ ص ٩٥، المهذب: ٢ ص ٣٠٥، الأم: ٧ ص ١٤٠، جـ ٦ ص ٢١٧، مختصر المزني: ٥ ص ٢٤٤، الحاوي: ١٢ ق ١٦٧، نهاية المحتاج: ٨ ص٢٨٠، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٣، البحر الرائق: ٧ ص ٤، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٣، تكملة ابن عابدين: ٧ ص ٨٨، فتح القدير: ٦ ص ١٨، منح الجليل ٤ ص ٢٠٢، تبصرة الحكام: ٢ ص ١٠، تاريخ قضاة الاندلسي: ص ١٨٠.

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ١٣ ص ١١٦ ط الخيرية.

وصرح الماوردي بذلك فقال: ويشترط العلم بصحة الكتاب فيما يضمنه، ثم قال: واختلف فيما يعلم به صحة كتابه[1].

وبين ابن المناصف علة ذلك فقال: وقد التزم الناس اليوم في سائر بلادنا إجازة كتب القضاة بمعرفة الخط. . . لأن المطلوب إنما هو قيام الدليل وثبوته على أن ذلك كتاب القاضي، فإذا ثبت عند المكتوب إليه أنه كتاب القاضي بمعرفة خطه ثبوتاً لا يشك فيه أشبه الشهادة عليه، وإذا كان القاضي يعرفه ويتحققه فجائز عندي قبوله، كما ورى سحنون أنه كان يجيز كتب أمنائه بمعرفة الخط دون شهود، . . . . فإن لم يتحقق القاضي خط الكاتب فلا بد من شاهدين عدلين يعرفان خط القاضي الكاتب[2].

ونلاحظ من استعراض شروط كتاب القاضي أنها تتفق مع شروط السند الرسمي في العصر الحاضر الذي يعتبر أعظم الأدلة وأقواها في الإثبات، وهو صادر من موظف عام أو مكلف بأداء خدمة عامة في حدود اختصاصه، حسب القواعد المقررة في تحرير السند وإعداده.

فالقاضي موظف عام معين من قبل الدولة لقطع النزاع وإنهاء الخلافات بين الناس، وقد كتب الكتاب في حدود اختصاصه الزماني والمكاني، وضمن النطاق الذي عينه له الخليفة أو الإمام، ولذلك قال الفقهاء لا يصح كتاب القاضي إذا كتبه خارج مكان عمله، ولا يقبل قوله لو حضر بنفسه، لأنه يخرج عن دائرة عمله، وإن كتاب القاضي لا يقبل إلا إذا راعى فيه القواعد والشروط الفقهية المنصوص عليها في كتاب القاضي من كونه مستبيناً معنوناً مختوماً، وموقعاً، وذكر فيه اسم الكاتب والمكتوب له والشهود والمدعي والمدعى عليه والمدعى به، بالاضافة إلى كثير من الشروط التي نص عليها الفقهاء لتنظيم ذلك.

ولهذا نصل إلى القول بأن كتاب القاضي إلى القاضي الذي أجازه الفقهاء عبارة عن محرر رسمي، ووثيقة قضائية، وقد أكد الفقهاء توثيق كتاب القاضي، واحتاطوا له لمنع التزوير والتغيير فيه باشتراط الختم والتوقيع والشهادة من عدلين يثق القاضي بهما ويفوض إليهما نقل الكتاب والشهادة عليه، وهذا آكد وأشد من نقل المحررات والمستندات الرسمية التي تقوم الدولة بتسجيلها في الدفاتر الرسمية ثم ينقلها موظفون عامون تناط بهم مسؤولية استلام الأوراق وتسلميها.

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ٦٧ ب.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون المالكي: ٢ ص ١٣.

والنتيجة التي نأخذها من مشروعية كتاب القاضي عند جماهير الفقهاء أن استعمال الكتابة في القضاء والإثبات عامة ثابتة في سنة المصطفى ﷺ وآثار السلف من الصحابة والتابعين، وأنها تعتبر حجة بذاتها إذا عرف فيها الخط والختم، وما طرأ عليها من اشتراط شهادة العدلين عليها ليس إلا لمراعاة تطور الزمان وفساد العصر، وتغير الأخلاق، فاقتضى إشهاد عدلين اثنين عليها، فالمبدأ ثابت، والزيادة لتغير الزمان، وما بني على الزمن والعصر فإنه يتغير بتغير الزمان واختلاف عاداته بما يناسب ويتفق مع مصالح الناس ورعاية شؤونهم.

ما يجوز فيه كتاب القاضي:

اختلف القائلون بمشروعية كتاب القاضي في الحقوق التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي على أربعة أقوال:

القول الأول:

أن كتاب القاضي إلى القاضي لا يقبل في الحدود والقصاص ويقبل فيما عد ذلك.

ذهب إلى ذلك الحنفية والزيدية والإباضية[1]، وقبلوا كتاب القاضي إلى القاضي في جميع الأحكام ومختلف الحقوق التي لا تسقط بالشبهة كالديون والعقارات والنكاح والطلاق والوكالة والهبة والوصية والايصاء والموت والوراثة والقتل الموجب للمال ولا يقبل في الحدود والقصاص لأنها تدرأ بالشبهات، وكتاب القاضي فيه نوع شبهة، وهي شبهة البدلية، لأن يشبه الشهادة على الشهادة، واحتمال التزوير، ولأن كتاب القاضي أجيز للحاجة إليه فيما يعم به البلوى، بخلاف ما يندرىء بالشبهات فهو قليل.

ثم اختلف الحنفية في قبول كتاب القاضي إلى القاضي في الأعيان، فقال الإمام أبو حنيفة ومحمد لا يجوز كتاب القاضي في الأعيان المنقولة وغير المنقولة إلا في العقار، لاشتراط الإشارة إلى عينهاعند الدعوى والشهادة، وفي رواية أخرى عن محمد أنه يقبل في كل ما ينقل وعليه المتأخرون وبه الفتوى[2].

---

(١) المبسوط: ١٦ ص ٩٧ وما بعدها، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٦٥، معين الحكام: ص ١١٧، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه: ٤ ص ١٨٢ وما بعدها، بدائع الصنائع: ٧ ص ٨، الفتاوي الهندية: ٣ ص ٣٨١، البحر الرائق: ٧ ص ٢، حاشية ابن عابدين؛ ٥ ص ٤٣٢، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٥، البحر الزخار: ٥ ص ١٢٨، الورد البسام: ص ٢٠.

(٢) المبسوط: ١٦ ص ١٠٠، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٦٥، حاشية الشلبي: ٤ ص ١٨٣، بدائع الصنائع: ٧ ص ٨.

القول الثاني:

أن كتاب القاضي إلى القاضي يقبل مطلقاً في كل الحقوق سواء في الحدود والقصاص والأموال والأبدان.

ذهب إلى ذلك المالكية[1]، واشترطوا في كتاب القاضي في الزنا أربعة شهود عليه، لأن كتاب القاضي وسيلة صحيحة للإثبات وهو مجرد نقل لثبوت الواقعة أو الحكم بها من قاضٍ إلى آخر.

القول الثالث:

أن كتاب القاضي إلى القاضي يقبل في جميع التصرفات والأحكام والجنايات والحقوق عامة، وأن القصاص يستوفى بكتاب القاضي، لأنه لا يسقط بالشبهة كالأموال، ولأنه تجوز الشهادة على الشهادة فيه.

ذهب إلى ذلك الشافعية.

أما استيفاء الحدود بكتاب القاضي في حق الله تعالى كالزنا ففيه قولان: ففي قول يستوفى كحق الآدميين، والقول الثاني لا يستوفى لأنه يدرأ بالشبهات[2].

القول الرابع:

أن كتاب القاضي إلى القاضي لا يقبل في حق الله تعالى في الحدود والعبادات، لأنها مبنية على المسامحة والستر والدرء بالشبهات، ويقبل في كل حق لآدمي من المال وما يقصد به المال والقصاص والنكاح والطلاق والنسب والخلع.

ذهب إلى ذلك الحنابلة[3].

وضابط قبوله عندهم: هو كل ما تقبل فيه الشهادة على الشهادة عندهم.

والراجح قبول كتاب القاضي إلى القاضي في جميع الأحكام والحقوق لما ثبت في البخاري أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عامله في الحدود في قصة قدامة بن مظعون عامل

---

(١) منح الجليل: ٤ ص ٢٠٤، تبصرة الحكام: ٢ ص ١٥ وما بعدها، ص ١٩.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ٦٩ أ، الأم، الإمام الشافعي: ٧ ص ٤٦.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢١٣، المغني: ٩ ص ٩١.

عمر على البحرين عندما شرب الخمر، وجاء الجارود سيد عبد القيس وأخبر عمر بذلك فكتب له فحضر، وشهد عليه الجارود وأبو هريرة ، فاحتج بآية المائدة فرد عليه عمر وجلده الحد، وذكر القصة عبد الرزاق ،قال ابن حجر وسندها صحيح.

وكتب عمر بن عبد العزيز في سن كسرت فأجاز فيه شهادة رجل على السن، وسبق أن النبيﷺ كتب إلى أهل خيبر في قتل عبد الله بن سهل، ورد البخاري على الحنفية الذين يقبلون الكتاب في القتل الخطأ بحجة أنه مال دون العمد، فقال إنما صار مالاً بعد أن ثبت القتل، فالخطأ والعمد واحد في أول الأمر، وإنمايصيرمالا بعد الثبوت عند الحاكم، وربما آل العمد أيضاً إلى المال ، فاقتضى النظر التسوية فيهما[1].

* * *

(١) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ١٣ ص ١١٤ط الخيرية، صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١٦٠، ١٦٤.

الفرع الثالث
في
ديوان القاضي

تعريف ديوان القاضي:

تعريفه لغة: قال في «المصباح» : الديوان جريدة الحساب، ثم أطلق على الحساب، ثم أطلق علي موضع الحساب، وقال في «القاموس»: الديوان مجتمع الصحف، وهو معرّب[1].

واصطلاحا: عرفه البابرتي بقوله: «الديوان هو الخَرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب نصب الأوصياء، وتقدير النفقات» ، ثم قال «لأن السجلات وغيرها إنما وضعت في الخرائط لتكون حجةً عند الحاجة فتجعل في يدَ من له ولاية القضاء»[2].

وهذا التعريف يتناسب مع التعريف اللغوي مع تقييده بالقيود الفقهية، وقد يطلق على الديوان المحضر والسجل تسمية للكل باسم الجزء؛ فالديوان يشمل مجموع المحاضر والسجلات والصكوك والوثائق التي تدون في مجلس القضاء، ويحتفظ بها القاضي تحت يده أو عند أمنائه للرجوع إليها عند الحاجة، ويسميه بعضهم القمطر وهو وعاء الأوراق.

نشأة الديوان:

أول من وضع الديوان عامة سيدنا عمرُ بن الخطاب، واختلف الناس في سبب وضعه[3]، وهذا هو الديوان الإداري، الموضوع لحفظ جميع ما يتعلق بالدولة من الأعمال

(١) المصباح المنير: ١ ص ٢٧٨، القاموس المحيط: ٤ ص ٢٢٤، الصحاح: ٥ ص ٢١١٥، والديوان من دونت الكلمة إذا ضبطتها وقيدتها، لأنه موضع تضبط فيه أحوال الناس وتدوّن وتطلق على الدفتر وعلى محله وعلى الكتاب، ويخص في العرف بما يكتب فيه الشعر.

(٢) العناية شرح الهداية، له: ٥ ص ٤٦٥، وانظر الفتاوي الهندية: ٣ ص ٣٤٦.

(٣) الأحكام السلطانية: ص ١٩٩ ،صبح الأعشى: ١٣ ص ١٠٧ ،الأموال، أبو عبيد: ص ٣١٩، مقدمة ابن =

والأموال والأشخاص والموظفين والجنود، وقال الماوردي إنه يشتمل على أربعة أقسام[1].

الأول: ما يختص بالجيش من أسماء ورواتب.

الثاني : ما يختص بالعمال من تعيين وعزل وطبيعة الأعمال وتوزيعها.

الثالث: ما يختص بالأعمال من تقسيم البلدان والحدود وادارتها وحقوقها.

الرابع: ما يختص ببيت المال من الواردات والنفقات.

أما الديوان القضائي الذي هو موضوع البحث فقد نشأ متأخرا، وأول من سجل القضاء في الكتاب القاضي الفاضل سليم بن عِتْر التجيبي الذي تولى القضاء في مصر من سنة ٤٠ هـ إلى سنة ستين هجرية، وسبب ذلك أنه قضى بميراث بين ورثة فلما انصرفوا عن مجلس قضائه تجاحدوا فعادوا إليه فقضى بينهم وكتب بذلك كتابا أشهد عليه الناس، ومن ذلك العهد بدأ القضاة يسجلون أحكامهم ويؤرخونها ويختمونها بأختامهم ويحفظونها لوقت الحاجة ، وثابروا على كتابة وضبط أموال اليتامى والوقف والوصايا والحجج وتسجيل العقود والمعاملات[2].

ولما تولى القضاء في مصر عبد الرحمن بن معاوية الكِندي سنة ٨٦ هـ ضبط أموال اليتامى وحصرها وأنشأ لها سجلا خاصا ، ولما ولى القضاء تَوبة بن نمر الحضرمي وضع للأوقاف سجلا سنة ١١٥هـ، فكان أولَ سجل للأوقاف في مصر، واستمر العمل من بعده على ذلك ، وفي سنة ١٧٤ هـ تولى القضا بها المفضل بن فضالة المالكي فوضع سجلا للقضايا والوصايا وأطال كتابة الحجج بعد أن كانت قصيرة ،ولما تولى القضاء الشيخ أحمد الحلبي من قبل الدولة العثمانية سنة ٩٢٨ هـ أمرألا يعقد نكاح ولا يحصل طلاق ولا وقف ولا وكالة ولا بيع ولا إجارة ولا وصية ولا أي دين مطلقا إلا على يده أو يدِ نُوابه[3].

ولم يثبت استعمال السجل القضائي في عهد الخلفاء الراشدين، والسبب في عدم وجود السجل القضائي يرجع إلى فطرة الناس وحبهم للخير في ذلك العهد والبعد عن الخلاف والاعتداء، فقد ثبت أن القاضي في عهد عمر بقي سنة لم يحكم في قضية ،وكان نظام التقاضي في المساجد والطرقات، فهو أشبه بالاستفتاء، فإذا عرف الشخص أن الحق لغيره نفذه بنفسه

= خلدون: ٢ ص ٦١٣ - ٦١٤ تحقيق على عبد الواحد وافي.

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي ص ٢٠٣.

(٢) تاريخ القضاء في الإسلام، عرنوس ص ٧٣، التوثيق والتشريعات المتعلقة به، المستشار أحمد الفاضل: ص ٥٨، الولاة والقضاة ، الكندي: ص ٣١٠.

(٣) التوثيق والتشريعات المتعلقة به: ص ٥٨، الولاة والقضاة،الكندي: ص ٣٢٤،٣٤٦،٣٧٩.

طائعا مختارا، فلا حاجة لاصدار الأحكام فضلا عن تسجيلها للمستقبل.

الاعتماد على ديوان القاضي:

إذا كتب القاضي في سجله شهادة أو اقرارا أو حكما، وبعد مضي الزمن نظر القاضي إلى كتابه فهل يمكنه الاعتماد على ماكتبه؟ وإذا جاء قاض آخر بعد نقل القاضي الكاتب أو عزله، فهل يعتبر ديوان القاضي السابق حجة ودليلا وبرهانا على إثبات ما ورد فيه؟.

ولو عزل القاضي ثم رجع ثانية ووجد خطه في ديوانه فهل يكتفي به دليلا؟ وإذا وجد القاضي في ديوانه أو ديوان من سبقه ما يفيد وقفية أرض أو ملكية عقار أو ثبوت دين أو البراءة منه، فهل يعتبر المكتوب حقيقة قائمة تفيد المضمون والثابت بها؟.

اختلف الفقهاء في الجواب عن هذه الأسئلة في الاعتماد على ديوان القضاء في الإثبات على قولين.

القول الأول:

أن اعتماد القاضي على ما ورد في الديوان وصحة ما يجده في سجله مقبول، سواء كان بخطه أو بخط غيره بشرطين إذا تحقق من خطه وكتابته وتذكر الكتابة، أو تقوم البينة على ديوان من سبقه، فإن لم يتذكر فلا يعمل بديوان القاضي لأنه قضاء بمالا يعلم.

ذهب إلى ذلك الامام أبو حنيفة وبعض أتباعه والشافعية والحنابلة في قول والزيدية في قول[1].

قال ابن نجيم: ولا يعتمد على الخط ولا يعمل به، فلا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة[2]. واستدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب فقول تعالى ﴿إلا مَنْ شَهد بالحق وهم يعلمون﴾سورة الزخرف، ٨٦.

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٦، المبسوط: ١٦ ص ٩٢، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٧٣، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٩٢، البحر الرائق: ٧ ص ٧٢، الدر المنتقى: ٢ ص ١٩٢، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢١٤، حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٤١٣، الأم: ٧ ص ١٣٩، الحاوي: ١٢ ق ٦٥ ب، الأم للشافعي: ٧ ص ١٤٠، مغني المحتاج: ٤ ص ٣٩٩، الحموي على الأشباه ١ ص ٣٣٨، المهذب: ٢ ص ٣٠٦، الوجيز: ٢ ص ١٤٦، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٤٨، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٠، رسالة في العمل الخطوط: ص ٣، المغني: ٦ ص ١٣٦، جـ ٩ ص ٧٦، ١٦٠، الطرق الحكمية: ص ٢٠٤، تبصرة القضاة، العدوى: ص ٤٤، البحر الزخار ٥ ص ٥٣، ١٣٣، التاج المذهب: ٤ ص ١١١، فتح الباري: ١٣ ص ١١٨ ط الخيرية، الفتاوي الهندية: ٣ ص ٢٤٠، ٢٤١.

(٢) الأشباه والنظائر، له: ص ٨٦.

وأما السُنة فقوله ﷺ للشاهد «إذا رأيت مِثل الشمس فاشهد والإفدع» فقد اشترط في الشهادة والقضاء العلم بالواقعة، ولا يتصور العلم بدون تذكرها.

وأما المعقول فهو أن الخط يشبه الخطّ مع احتمال التزوير، فلا يصح حجة، وفائدة الخط أن يتذكر به القلب، فإن لم يتذكر صار وجود الكتاب وعدمه سواء، كما أن الإثبات بالكتابة مخالف للنصوص، لأن الحجة الشرعية هي البينة أو الاقرار أو النكول، والكتابة ليست منها بل زائدة عليها فلا تقبل، وإن حكم الكتابة في الشهادة يختلف عن حكم الرواية فهذا أوسع، وفي حفظ الروايات والأحاديث مشقة، فلا يشترط فيها التذكر، بخلاف الكتابة في الحقوق والشهادات[1].

القول الثاني:

أن الاعتماد على ديوان القاضي وكتابته وخطه مقبول، وكذلك ديوان القاضي الذي سلفه إذا وثق بالخط وأمن التحريف والتغيير وابتعدت الريبة والشك، وإن لم يتذكر خطه وكتابته، وإن لم تقم البينة عليها، كما يعتبر الصك الذي في يد أحد المتخاصمين والمسجل في دواوين القضاة دليلا في الإثبات وبرهانا على الحق لصاحبه إن كان محفوظا.

ذهب إلى ذلك أبو يوسف ومحمد وعليه جمهور الحنفية والفتوى عليه، وهو مذهب مالك والشافعية في قول والحنابلة في قول والاباضية وابن أبي ليلى[2].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ ـ ان القاضي قد أخذ الاحتياط بالكتابة والحفظ بحسب وسعه، وإذا لم يعمل بكتابته تاهت الحقوق وبطلت الأحكام وكانت كتابته سُدى، ولأن سجل القاضي لا يزور عادة، لأنه محفوظ عند الأمناء، والظاهر من الديوان أنه خطه، والعمل بالظاهر واجب[3].

٢ ـ ان العمل بديوان القاضي مستفيض وقد ارتفع عنه الإنكار.

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٤١٣، الحاوي، الماوردي: ١٢ ق ٦٦أ.

(٢) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٧٣، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٩٢، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤١٣، فتح القدير: ٦ ص ١٩، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢١٤، البحر الرائق: ٧ ص ٧٢، فتح العلى المالك: ٢ ص ٢٩١، تبصرة القضاة، العدوى: ص ٤٤، الحاوي: ١٢ق ٦٦أ، مغني المحتاج: ٤ ص ٢٤٧، المغني: ٩ص ٧٦، ١٧٠، الطرق الحكمية: ص ٢٠٤، رسالة في العمل الخطوط: ص٢، فتح الباري ١٣ ص ١١٣ ط الخيرية، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٧، الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٣٨.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٣٧٠، العناية شرح الهداية: ٦ ص ١٩، مختصر المزني: ٥ ص ٢٤٣.

٣ ـ قياس الحكم في الديوان على الرواية في الأحكام الشرعية إذا وثق بصحة كتابته.

٤ ـ ان الغلط فيه نادر، وأثر التغييريمكن الاطلاع عليه ومعرفته وقلما يشتبه الخط من كل وجه.

٥ ـ ان اشتراط التذكر يؤدي إلى الصعوبة، وفيه مشقة وحرج بالغين، وإن القاضي يعجز عن حفظ كل حادثة، لكثرة اشتغاله، وخاصة في مثل هذه الأيام، فإن الدعاوي والأحكام تبلغ الآلاف، وليس في وسع القاضي التحرز عن النسيان، فإنه طبيعة في الانسان فالنسيان جبلة فيه، وما سمي الانسان انسانا إلا لأنه ينسى، قال تعالى: ﴿ولقد عَهِدْنا إلى آدم فنَسِي ولم نَجد له عزما﴾ وقد نسي آدم عليه السلام، وهو أول البشر، فنسيت أمته [١].

القول الراجح:

والراجح هو القول الثاني القائل بصحة الاعتماد على الديوان في نقل الأحكام والوقائع منه، واعتبار ما دوّن فيه، كما قال العلامة الأمير: [٢] «سجلات القضاة المشهورين بالضبط والعدالة يعمل بها» ونقل ابن عابدين عن العلامة البعلي [٣]: «وهذا صريح في جواز العمل بالحجة إن مات شهودها حيث كان مضمونا ثابتا في السجل المحفوظ»، وقال الفقهاء: إذا تقلد القاضي القضاء طلب ديوان القاضي قبله، لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة، لأنه يضمن عليه التغيير بخلاف ما في يد صاحبها فتحتمل الزيادة والنقص منها.

وكذلك الحكم بوقفية عين إذا كانت مسجلة في الدواوين استحسانا لضرورة إحياء الأوقاف القديمة التي مات شهودها، وأفتى مشايخ الدولة العثمانية بالعمل بالدواوين إلحاقا بالدفاتر السلطانية، وإلحاق الدفاتر السلطانية بالبراءات لعلة عدم التزوير [٤].

قال الماوردي: وان تقدمته القوانين المقررة فيها الحقوق، رجع فيها إلى ما أثبته أمناء الكتاب إذا وثق بخطوطهم وتسلمه من أمنائهم تحت ختومهم وكانت الخطوط الخارجية على هذه الشروط مقنعة في جواز الأخذ بها والعمل عليها في الرسوم الديوانية والحقوق السلطانية... وقال أيضا، وأما العمل على خطوط العمال بقبض الحقوق، فالذي عليه كتاب

---

(١) السنن الكبرى، البيهقي: ١٠ ص ١٤٧.

(٢) تبصرة القضاة، العدوى: ص ٤٢.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٣٧٠.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٦، المبسوط: ١٦ ص ٩٢، تكملة ابن عابدين ٧ ص ٨٩.

الدواوين أنه إذا عرف الخط كان حجة القبض،سواء اعترف العامل بأنه خطه أو أنكره إذا قيس بخطه المعروف ،خلافا لما ذكره الحنفية[1].

على أن جميع الفقهاء اشترطوا على القاضي أن يتخذ كاتبا أمينا عاقلا ذكيا عالما ورعا يكتب له الخصومات ويسجل أسماء المتداعين وأقوالهم وحججهم، ويحفظ الرسائل للقاضي[2]. فاتخاذ الكاتب وتنظيم الديوان واستلام المحاضر والسجلات ممن قبله والنظر فيها، واتخاذ المحاضر والسجلات لتسجيل الخصومات والأحكام ،كلها تدل على اعتماد القضاة على الديوان والرجوع إليه عند الحاجة في حفظ حقوق الأفراد، واستخراج الأحكام السابقة حتى لا يضطر القاضي للنظر في القضايا مرة ثانية، وإلا فما فائدة الكاتب والديوان والسجلات؟

وقد اتخذ الرسول ﷺ كتابا له ، أهمهم: عبد الله بن أرقم، وزيد بن ثابت وجعفر بن أبي طالب والخلفاء الأربعة والمُغيرة ومعاوية وخالد بن سعيد بن العاص رضي الله عنهم، وقال أبو بكر رضي الله عنه لزيد عند جمع القرآن: إنك رجل شاب عاقل لا نتهمك[3].

وإذا كان لرأي الفريق الأول وجهة نظر فيما سبق باشتراط التذكر، فإن تطور الزمن، وكثرة الخلافات والقضايا أمام المحاكم وتداخل الأمور مع بعضها يجعل هذا الرأي مستحيل التطبيق اليوم ،ويؤدي إلى الضيق والحرج على القاضي، «وما جعل عليكم في الدين من حرج» والحرج مرفوع، كما أنه يؤدي إلى ضياع الحقوق، ونحن مأمورون بحفظها شرعا، وإن احتمال التشابه والتزوير في ديوان القضاة بعيد الوقوع لأنه محفوظ في أماكن خاصة وتحت أيد أمينة.

ونعيد القول أن ديوان القاضي يعتبر كالمحرر الرسمي الصادر من موظف رسمي، المدوّن في حدود اختصاصه، المحافظ على الشروط والقواعد اللازمة في كيفية الكتابة والتسجيل ،فالديوان مثل كتاب القاضي بل هو أقوى منه وأثبت وادعى إلى القبول والتوثيق والأمانة.

---

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٢١٥،٢١٦، حاشية ابن عابدين: ٢ ص ٣١٢.

(٢) المغني: ٩ ص ٧٢، المبسوط: ١٦ ص ٩١، كشاف القناع: ٤ ص ١٨٣، تاريخ قضاة الأندلس: ص ١٨٠.

(٣) السنن الكبرى، البيهقي: ١٠ ص ١٢٦، فتح الباري: ١٣ ص ١٤٧ ط الخيرية، تفسير ابن كثير: ١ ص ٣٣٥، أحكام القرآن للجصاص: ١ ص ٥٧٥، الأحكام السلطانية، للماوردي: ص ٢١٥، صحيح البخاري وحاشية السندي: ٤ ص ١٦٤، زاد المعاد: ١ ص ٢٩.

وقد ذكرنا ثلاثة نماذج من أنواع الكتابة التي تصدر عن جهات رسمية وحكومية، وهي البراءات السلطانية والدفاتر السلطانية، وكتاب القاضي إلى القاضي، وديوان القضاة، أما الدواوين الادارية فهي الدفاترالسلطانية باصطلاح الفقهاء أو هي الدواوين الحكومية التي تكلم عنها الماوردي ونقلنا فقرة عنه.

* * *

المطلب الثاني
في
الكتابة الصادرة من الأفراد

يقوم الأفراد بالتعبير عن إرادتهم إما باللفظ وإما بالكتابة والخط، واللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة في الخطاب والتصرفات والعقود وسائر شؤون الإنسان، وتأتى الكتابة والخط في المرحلة الثانية، لأن الخط تصوير اللفظ بحروف هجائه، وقد تكلم الفقهاء في صحة التصرف بالكتابة وبينوا أحكامها، فأجازوا ما رأوه جائزاً ومنعوا ما رأوه غير جائز[1]. وأوضحوا القيود والشروط في جواز تصرف الأفراد بالكتابة سواء في ذلك الكتابة من الناطق أو من الأخرس، ومن الحاضر أو الغائب، وفي الكتابة بخط اليد أو الأمر بالكتابة، وتوسعوا في كتابة الأخرس، وفيما إذا كانت مقدمة على الإشارة أم لا؟ وكثيراً ما يلجأ الشخص إلى الكتابة لتدوين حالاته ومشاهداته وخواطره وشؤون حياته، ويثبت ذلك في أوراقه ودفاتره، فما هو أثر هذه الكتابة والدفاتر والأوراق في الدلالة على مضمونها؟ وما هي قيمة هذه الدفاتر والأوراق في قوة الدلالة والاعتماد عليها في الإثبات؟ وما هي قوتها أمام القضاء؟ ونقتصر على ثلاثة فروع اهتم بها الفقهاء وهي الكتابة التي تتضمن شهادة، والكتابة للحقوق من الأفراد في دفتر البياع والصراف والسمسار والرسائل وخط المورث، والكتابة التي تتضمن صكوك العقود بين الأطراف.

---

(١) انظر رسالة التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد الدين سوار: ص ٢٨٠، وهي رسالة دكتوراه في الحقوق من جامعة القاهرة عام ١٩٦٠، وانظر: المجموع شرح المهذب، للنووي: ٩ ص ١٧٨ وما بعدها.

الفرع الأول
في
الكتابة التي تتضمن شهادة

من المتفق عليه بين الفقهاء أن يكون الشاهد عالماً بما يشهد، ولا تجوز الشهادة أمام المحاكم إلا بما علمه الشاهد واطلع عليه، وتأكد من سلامته وصحته عند الأداء، فإذا كتب الشاهد شهادته على ورقة، أو كتب الشخص دينه في دفتر ثم مضى الزمن وتوالت الأيام ونسى كل منهما ما كتبه، ثم اطلع على الكتابة فهل يجوز له الاعتماد على كتابته والشهادة عليها؟.

هذا ما سنبحثه في هذا الفرع، مع بيان اختلاف الحكم باختلاف الحالات.

حالات الكتابة التي تتضمن شهادة:

والكتابة التي تتضمن شهادة تتخذ ثلاث حالات وهي:

الحالة الأولى:

الكتابة التي تتضمن شهادة الكاتب نفسه على غيره.

الحالة الثانية:

الكتابة التي تتضمن شهادة للميت والغائب ونحوهما على آخر.

الحالة الثالثة:

الكتابة التي تتضمن إقرار الكاتب، أي شهادة الكاتب على نفسه.

فما هو رأي الفقهاء في هذه الحالات؟.

الحالة الأولى: الشهادة على خط نفسه:

اختلف الفقهاء في جواز الشهادة على خط نفسه على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: أن الشهادة على خط نفسه غير جائزة حتى يتذكر الكاتب الشهادة، ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة والإمام مالك في الرأي الثاني له، والشافعي وأحمد في رواية، والزيدية والإباضية والإمامية[1].

فلا تقبل الكتابة التي تتضمن شهادته مطلقاً حتى يتذكر سواء عرف خطه وكانت الورقة محفوظة عنده أم لا، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ ولا تَقْفُ ما ليسَ لك به عِلمٌ﴾ سورة الإسراء، الآية ٣٦ وقوله تعالى﴿وما شَهِدْنا إلا بما عَلِمنا﴾ سورة يوسف ٨١، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع» فاشترط القرآن الكريم والحديث الشريف العلم، ولا يتصور العلم إلا بتذكر الواقعة، وإذا لم يتذكر الواقعة أصبحت الشهادة بدون علم، وقال تعالى أيضاً: ﴿إلا من شَهِدَ بالحق وهم يعلمون﴾ سورة الزخرف، ٨٦، كما أن الخط يشبه الخط، والخط يجري فيه الاحتيال والتزوير، وكثيراً ما يظن المرء أن الخط خطه للتشابه بينهما، والواقع غير ذلك، والشهادة على الخط ليست على قول المشهود عليه بالسمع ولا بالمعاينة، قال ابن حجر في «فتح الباري»: قال محمد بن عبد الله بن عبد الحكم: ولا يقضى في دهرنا بالشهادة على الخط، لأن الناس قد أحدثوا ضروباً من الفجور، وقد قال مالك: يحدث للناس أقضية على نحو ما أحدثوا من الفجور، وقد كان الناس فيما مضى يجيزون الشهادة على خاتم القاضي[2].

ونقل صاحب «جواهر الكلام» أثراً يقول «لا تَشهد بشهادة لا تذكرها فإنه من شاء كتب كتاباً ونقش خاتماً»[3].

فلا يعتمد على الخط والكتابة، لأن الخط للتذكر فقط، وإلا أصبح وجوده كعدمه،

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥ص ٤٦٢، بدائع الصنائع: ٧ص٢٧٣، البحر الرائق: ٧ص ٧٢، فتح القدير: ٦ص١٩، الأم: جـ٧ص١٤٠، المغنى: ٦ص ١٣٦، جـ٩ ص ١٦٠، نهاية المحتاج: ٨ص ٢٤٧، الحاوي: ١٢ق٦٥ ب، مغنى المحتاج: ٤ص ٣٩٩، الوجيز: ٢ص ١٤٦، الطرق الحكمية: ص ٢١٤، تبصرة الحكام: ١ص ٣٦٥، كشاف القناع: ٤ص ٢١٠، البحر الزخار: ٥ص٢٠، التاج المذهب: ٤ص ٥٤، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٠، المختصر النافع: ص ٢٨٩، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٢، الحموي على الأشباه: ١ص ٣٣٨، مجمع الأنهر: ٢ص ١٩٢، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢١٥، الاستفادة من كتاب الشهادة: ق ٢٠٢أ، مواهب الجليل: ٦ص ١٨٨، شرح الخرشي: ٧ص ٢٠٦، حاشية الدسوقي: ٤ص ١٩٣، القوانين الفقهية، ابن جزىء: ص ٣١٢، الفتاوى الهندية: ٣ص ٢٤٠، ونقل عن السرخسى أن الإمام أبا يوسف مع الإمام فيها.

(٢) فتح الباري: ١٣ ص ١١٦.

(٣) جواهر الكلام: ٦ ص ٤٣٠.

واستثنى أبو حنيفة طلب الأمان والبراءات السلطانية ودفتر البياع والسمسار والصراف لأنهم لا يكتبون إلا ما لهم وما عليهم، مع استبعاد التزوير في الأوليين[1].

الرأي الثاني: أن الشهادة على خط نفسه جائزة، وإن لم يتذكر الشهادة، وتقبل شهادته متى كانت الورقة مصونة ومحفوظة في مكان أمين، أو عرف خطه، فيصح له أن يشهد بما رآه في كتابه وخطه وختمه.

ذهب إلى ذلك الإمام مالك في رأيه الأول، وعليه جماعة من المالكية مثل مطرف وسحنون وعبد الملك وابن حبيب وابن وهب، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وعليه الفتوى[2]، والشافعية في قول، والإمام أحمد في رواية ثانية، وجماعة من الزيدية والإباضية في قول، وهو ما أجازه البخاري في «صحيحه»[3].

واحتجوا على ذلك بأن القصد من الشهادة حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، والخط دال على اللفظ، لأن كتابة الشهادة بخطه وختمه تدل على تحملها، وإن الشهادة معلومة في الكتابة فيحل له أداؤها، والظاهر أنه خطه، والعمل بالظاهر واجب، ولو شرط تذكر الحادثة لأداء الشهادة لبطلت الشهادة وهذا يؤدي إلى ضياع الحقوق وهو غير جائز.

ويدل على صحة هذا القول قوله تعالى: ﴿ولا تَسْأَمُوا أنْ تَكْتُبُوهُ صغيراً أو كبيراً إلى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ الله وأقومُ للشهادة وأَدْنى ألا تَرْتابُوا﴾ أي لا تشكوا، والخطُ ليس لمجرد التذكر فقط بل للضبط وحفظ الحقوق ونقل المعلومات، فالكتابة كالنطق واللفظ سواء بسواء.

الرأي الثالث: أن الشهادة على خط نفسه جائزة إذا كان المكتوب محفوظاً عند صاحبه وفي

---

(١) الدر المنتقى: ٢ ص ١٩٢، الاستفادة من كتاب الشهادة: ق ٢٠٢أ.

(٢) هذا ما ذهبت إليه أغلب كتب الحنفية في تحديد مذهب أبي يوسف، وقال آخرون إن أبا يوسف يفرق بين الشاهد فلا يجوز له الشهادة على خطه وبين القاضي والراوي فيجوز، وقال شمس الأئمة الحلواني: ينبغي ان يفتى بقول محمد، وهو الصحيح وعليه التعويل(انظر: بدائع الصنائع: ٦ ص٢٧٢، مجمع الأنهر: ٢ص ١٩٢، ومعه الدر المنتقى).

(٣) تبيين الحقائق: ٤ص٢١٥، حاشية أحمد الشلبي: ٤ ص ٢١٤، الاستفادة من كتاب الشهادة: ق ٢٠٢أ، البحر الرائق: ٧ ص ٧٢، الدر المنتقى: ٢ ص ١٩٢، نهاية المحتاج: ٨ص ٢٤٧، مغنى المحتاج: ٤ ص ٣٩٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢١٠، رسالة في العمل بالخطوط: ص ٣، المغنى: ٩ص ١٦٠، الطرق الحكمية: ص ٢٠٧، تبصرة الحكام: ١ص ٣٦٥، الدر المختار وحاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٦، مواهب الجليل: ٦ص ١٨٨، حاشية العدوى وشرح الخرشي: ٧ص ٢٠٦، ٢٠٧، فتح العلى المالك: ٢ص ٣٠٥، القول المرتضى: ق ١٦٣أ، حاشية الأمير على المجموع: ٢ ص ٣٣٥، حاشية حجازي على المجموع: ٢ص ٣٣٦، الشرح الكبير: ٤ ص ١٩٣. تاريخ قضاة الأندلس ص ٢٠٢.

حرزه وإن لم يحفظ الشهادة أو لم يتذكرها وهذه رواية ثالثة عن أحمد[1]، لأن الكتابة المحفوظة في حرزه وتحت رعايته لا يمكن أن يتطرق إليها التغيير ولا يعتريها التزوير، ولا تطولها يد التحريف والمشابهة.

وأساس الخلاف أن الخط هل هو للتذكر أم هو للضبط والحفظ؟ ذهب الفريق الأول إلى كونه للتذكر فقط، فلا يصح أن يكون بنفسه مصدراً للشهادة، وقال الفريق الثاني: إنه للضبط والحفظ فيصح الاعتماد عليه كالنطق لأن الكتابة صنو اللفظ والكلام، وإن الكتابة تفيد مدلولها كما يفيد اللفظ مدلوله، وإن الكتابة تحفظ المعلومات وتضبط المعاملات والشروط، وهي وسيلة لنقل الأفكار والمحافظة عليها إلى المستقبل.

والراجح القول الثاني لما فيه من مراعاة الاحتياط والحذر والأمن من التغيير والتزوير ولأنه يحقق مصالح الناس الذين يحفظون كتاباتهم أو شهاداتهم في أماكن مضمونة ومصونة، ولا يشترط أن تكون الكتابة في حرزه وحفظه لما فيه من الحرج، لأن الإنسان قد يكتب شهادته في دفاتر الدولة او في الديوان العام أو في الأماكن المحفوظة.

ولا بد من مراعاة الاحتياط والحذر، ويجب على الشاهد أن يأمن تغيير الكتابة او تزويرها، بأن تكون الكتابة تحت نظره وحفظه ورعايته أو أن تكون تحت حرز عدل آخر يثق به، وأن يتأكد من سلامة الكتابة وصحتها ويتوثق من خطه، لإبعاد الريبة والشبهة عنه، وعندئذٍ تجوز الشهادة اعتماداً على الخط والكتابة، ولو لم يتذكر الواقعة وتفصيلاتها.

على أن الآية الكريمة في المداينة تشير إشارة قوية لجواز الشهادة على الخط لأن الله تعالى أمر بالكتابة لأنها احفظ للحق، وأضبط للشاهد، وأقرب إلى نفي الريبة والشك والتهمة، قال الله تعالى: ﴿ذلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ، وأَقْوَم للشَهادَةِ وأَدْنَى ألا تَرْتَابُوا﴾ فشرعت الكتابة باعتبارها أقوى للشهادة[2].

---

(1) الطرق الحكمية: ص ٢٠٤، المغنى: ٩ص ١٦٠، وقال ابن القيم وهذا وجه آخر عند الشافعية.

(2) تفسير ابن كثير: ١ص ٣٣٤، احكام القرآن، للجصاص: ١ص ٦٢٠.

الحالة الثانية:

الكتابة التي تتضمن شهادة الميت والغائب[1] ونحوهما على آخر:

إذا كتب الشاهد شهادته في ورقة ثم مات، أو غاب غيبة بعيدة أو أصبح مجهول الإقامة، فهل تجوز الشهادة على شهادته المكتوبة؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:

أن الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت أو الشاهد الذي يتعذر حضوره عند القاضي لعلة جائزة.

ذهب إلى ذلك المالكية في المشهور عندهم وأحمد في قول[2]، لأن كتابة الشهادة كالنطق بها، وكما تجوز الشهادة على الشهادة المنطوقة، فكذلك تجوز الشهادة على الشهادة المكتوبة، ولأن الكتابة تدل على المشهود به كدلالة اللفظ لأن الشاهد يحصل له العلم بالكتابة.

ويشترط في ذلك أن لا يكون في الكتابة ريبة من مَحوٍ أو كَشطٍ، وأن الشاهد الكاتب استمر على عدالته إلى موته، وأنه كان يعرف المشهود عليه معرفة كاملة، كما يشترط ان يكون الخط المشهود عليه، موجوداً في مجلس الحكم، وأن يكون الشاهد من أهل اليقظة والفطنة والمعرفة التامة بالخطوط، وحسن تمييزها، ولا يشترط إدراك الشهود لصاحب الخط لإمكان معرفة الخط بالخبرة والتجربة[3].

وتجوز الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت في المال وما يؤول إلى المال، أما

---

(١) وتقدر الغيبة عند المالكية والحنفية بمسافة القصر أو ما ينال فيه الشاهد مشقة، وقيل غير ذلك، (انظر القول المرتضى: ق ١٦٣أ، شرح الخرشي: ٧ص ٢٠٦، الشرح الكبير: ٤ ص ١٩٤، البحر الرائق: ٧ ص ٧٢).

(٢) تبصرة الحكام: ١ص ٣٤٩، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٦٣، ٣٦٦، فتح العلى المالك: ٢ص ٢٩٠، ٣١٢ تاريخ قضاة الأندلس: ص ٢٠٥، التاج والإكليل، المواق: ٦ ص ١٨٨، على هامش مواهب الجليل، حاشية العدوى وشرح الخرشي: ٧ص ٢٠٦، حاشية الأمير على المجموع: ٢ص ٣٣٥، حاشية حجازي على المجموع: ٢ ص ٣٣٦، مختصر الفتاوى المصرية: ص ٦٠١.

(٣) تبصرة الحكام: ١ص ٣٥٩، ٤٢٥، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٩٣، تبصرة القضاة: ص ٤٢، المجموع: ٢ص ٣٣٦، شرح الخرشي: ٧ص ٢٠٧، حاشية حجازي على المجموع: ٢ ص ٣٣٥، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٠٠، فتح العلى المالك: ١ص ٤٠٢.

غير المال فلا يشهد على خطه وعليه الفتوى عند المالكية، وقال الشيخ خليل والخرشي تجوز الشهادة على خط الغائب والميت في الحقوق المالية وغيرها كالطلاق والعتق ونحوهما، وعلق العدوي بأن هذا خلاف الراجح، وأنه يقبل في المال وما يؤول الى مال فقط لأن الكتابة ضعيفة(١).

نقل ابن فرحون عن ابن عات قال: الخط عندنا شخص قائم، ومثال ماثل، تقع العين عليه ويميزه العقل كما يميز سائر الأشخاص والصور، فالشهادة على الخط جائزة، وكذلك حكى الشيخ أبو اسحاق في كتابه عن مالك وغيره من اصحابه أن الخط شخص يميزه العقل كما يميز الأشخاص مع جواز الاشتباه فيها فلذلك تجوز، ويؤيد ذلك اعتبار الشبه في القافة وإلحاق النسب بسبب الشبه(٢).

القول الثاني:

أن الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت غير جائزة، لأن الشاهد يشهد بما يعلم عن طريق السمع والمعاينة، والكتابةليست واحد منهما، ذهب إلى ذلك الجمهور والإباضية(٣).

الحالة الثالثة: الكتابة التي تتضمن اقرار الكاتب، أي الشهادة على خط المقر، وذلك بأن يكتب الشخص بيده أو يأمر آخر بكتابة ما في ذمته لآخر، أو أن عنده لفلان كذا، فإذا كتب الشخص إقراره أمام الشهود وعلموا بكتابته، أو إذا أمر الكاتب أن يكتب ما في ذمته لآخر، أو كتب ما عليه في ورقة ثم قرأها أمام الناس: فيجوز للشهود في هذه الحالات الشهادة على كتابة إقراره ، لأن كتابته إقرار منه، ولأن الكتابة تعبير عن إرادته، ولأن الشاهد يشهد بما يسمع أو يرى، ومن المرئيات الكتابة، أما إذا لم يحضر الشهود كتابة الإقرار ولا إملاءه على الكاتب فلا تجوز لهم الشهادة، ، لأنهم لا علم لهم بما في الكتاب إذا لم يقرأه عليهم(٤).

قال المواق: الشهادة على خط المقر جائزة، وقد أجمعوا أن الخط رسم يدرك بحاسة البصر،والبصر يميز الخطين والشخصين مع جواز اشتباه ذلك فلما جوزوها في الشخص مع جواز الاشتباه فيه جازت في الخط(٥).

---

(١) القول المرتضى: ق١٦٣أ، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ص ٢٠٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤ص ١٩٣، مواهب الجليل، ٦ص ١٨٨، ١٨٩، التاج والإكليل: ٦ ص ١٨٨.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٥٩، ٤٢٥.

(٣) شرح النيل: ٦ص ٥٧٨.

(٤) مواهب الجليل، الحطاب : ٦ ص ١٨٧، وما بعدها، منح الجليل، ٤ص ٢٦١، البحر الرائق: ٧ص ٦٨، المبسوط: ١٨ ص١٧٣، ١٧٥، تكملة رد المحتار: ٧ ص ٨٨، رسالة في العمل بالخطوط: ص ١٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٦٢، مغنى المحتاج: ٤ ص ٣٩٩، الوجيز: ٢ص ١٤٦.

(٥) التاج والإكليل ، له: ٦ص ١٨٧.

فإذا انكر المقر بعد ذلك وقام الشاهدان على خطه بأداء الشهادة قضي عليه، وألزم المقر به، ويعتبر كثبوت إقراره ، ولا يعتبر إنكاره بعد ذلك لأن القلم أحد اللسانين، والشهادة على الخط كالشهادة على اللفظ.

وتجوز الشهادة على خط المقر في جميع الحقوق المالية وما يؤول إلى المال، وفي الزواج والطلاق والوصية والوقف[1].

قال ابن مفلح: «والشهادة على الخط أضعف من الشهادة على الصوت، ولكن جوازه قوي أقوى من منعه»[2].

قال النُباهي: وإن قال لفلان «عندي أو قبلي بخط يده قضي عليه لأنه خرج مخرج الإقرار بالحقوق[3].

* * *

(١) حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢٠٧، حاشية الدسوقي: ٤ ص ١٩٣، تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٥٩، مواهب الجليل: ٦ ص ١٨٨، ١٨٩ منح الجليل: ٤ ص ٢٦٢، المبسوط: ١٨ ص ١٧٣.
(٢) رسالة في العمل بالخطوط: ص ١٥.
(٣) تاريخ قضاة الأندلس: ص ١٩٨.

الفرع الثاني
في
كتابة الحقوق والديون من الأفراد

ذكر الفقهاء بعض حالات الكتابة التي تصدر من الأفراد العاديين وأقروا فيها قوة الإثبات، وصحة الاعتماد عليها، واعتبروها وسيلة لإثبات ما ورد فيها، من غير إشهاد عليها، وبدون توثيق أو تسجيل لدى المحاكم أو لدى الدوائر الرسمية، ودون تكليف من كاتب القاضي أو موظف آخر بالكتابة، ونذكر من هذه الحالات: دفاتر البياع والصراف والسمسار، وخط المورث، وإرسال الرسائل.

أولاً - دفاتر البياع والصراف والسمسار:

قرر عامة علماء الحنفية عدم الاعتماد على الخط، لإمكان التشابه، واحتمال التزوير والتجربة والتسلية واللعب بالكتابة، واستثنوا من هذا دفتر البياع أو الصراف أو السمسار، واعتبروا ما دون فيه من الديون عليه حجة يعمل بها وحدها دون حاجة إلى انضمام شيء آخر معها، ولا يشترط فيها أن تكون معنونة، بل يكفي كتابتها حسب العرف الجاري[1].

واستندوا في مشروعيتها على العرف والعادة، فإن التجار لا يكتبون في دفاترهم إلا مالهم وما عليهم، ويستبعد جداً أن يكتب التاجر في دفتره للتسلية أو التجربة أو الهزل، فانتفاء الشبهة مضمون فيه، وقد جرت عادة التجار بكتابة شؤون تجارتهم، وتسجيلها في دفتر خاص، فما وجد في دفاترهم يكون حجة عليهم ويجب العمل بما فيه، دفعاً للمشقة في إحضار الخصوم وكتابة الإيصالات وصيانة لحقوق العباد.

وتقتصر حجية هذه الدفاتر على إثبات الحقوق والديون التي تترتب في ذمتهم إلى

---

(١) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٦، الفتاوى الهندية: ٤ ص ١٦٦، رد المحتار: ٥ ص ٤٣٧، ٦٠١، تكملة رد المحتار: ٧ ص ٨٩، البحر الرائق: ٧ص ٤، الدر المنتقى ٢ص ١٩٢، نشر العرف: ابن عابدين: ص ٤١، الحموي على الأشباه: جـ١ص ٣٣٨، مجمع الضمانات: ص ٣٧٣.

الآخرين، أما حقوقهم وديونهم على الناس فلا يحتج عليهم بالدفتر، لأنه لا يقبل من المدعي تقديم الدليل الذي كتبه وأعده بنفسه، ولأنه لو نطق بحقه على آخر لفظاً صريحاً فلا يستحق بمجرده، لما ورد في الحديث الشريف«لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماءَ رجال وأموالَهم، ولكنْ البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[1].

وتشمل حجية الدفاتر ما يرسله التجار إلى شركائهم وأمنائهم في البلاد لتعذر الإشهاد في مثله، فيكتفون بالمكتوب في كتاب أو دفتر يجعلونه فيمابينهم حجة عند تحقق الخط او الختم، وتكون هذه الحجية أيضاً للإيصالات التي يكتبها من له عند آخر أمانة أو له عليه دين فيقر فيه بوصول ذلك إليه، ويختمه بختمه المعروف خصوصاً بين الأعيان والأمراء الذين لا يتمكن من الإشهاد عليهم[2].

وقد صرح الحنفية أن حجيةَ هذه الدفاتر تقوم على العرف الشائع بين التجار، والعادة الجارية بينهم، وقد أفتى علماء بلخ باعتبار الدفاتر حجة في الإثبات، وأيد جمهور الفقهاء هذه الفتوى[3]، لانتشار الكتابة واستعمالها في جميع شؤون الحياة اليومية، وأن التجار استخدموا الدفاتر لتسجيل أعمالهم التجارية وضبط معاملاتهم الكثيرة، وتدوين الحقوق التي لهم وعليهم، من كتابة الدين وقبضه، وتسليم الودائع والبضائع والقروض، وأصبحت هذه العادة شائعة بين التجار بل أصبحت حاجة ملحة في أعمالهم، وجزءاً مهماً في تجارتهم، وعرفاً ثابتاً في معاملاتهم يؤمن مصالحهم وييسر شؤونهم، فاعتبر الفقهاء الكتابة في دفتر البياع والصراف والسمسار حجة عليهم في إثبات الحقوق.

قال ابن عابدين: والعمل في الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا لمجرد الخط، وهذا مستثنى من ترك العمل بالخط[4].

وهذا الحكم مقرر عند المالكية لأن كتاب التاجر في دفتره هو إقرار منه بالحق المكتوب فيه فيلزم التاجر به، بشرط أن تكون الكتابة بخطه وإلا فلا تعتبر حجة عليه[5].

---

(١) حديث صحيح متفق عليه، اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: ٢ص ١٩٢، وسبق تخريجه في صفحة ٤٣.

(٢) نشر العرف: ص ٤٣.

(٣) الفتاوى الهندية: ٤ ص ١٦٧، العرف والعادة في رأي الفقهاء: ص ١٢٠.

(٤) رد المحتار، له: ٤ص ٤١٣، جـ ٥ ص ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٦٨، نشر العرف، له: ص ٤٢.

(٥) فتح العلى المالك، الشيخ عليش: ٢ ص ٣١١.

وإذا أنكر التاجر الحق المدّون في دفتره فلا يقبل إنكاره، سواء أكان معترفاً بخطه وكتابته أم كان منكراً له وقامت البينة على صحة خطه.

والخلاصة فإن دفاتر التجار تعتبر حجة أمام القضاء، ووسيلة من وسائل الإثبات على ما يكتبه التجار بأيديهم، لأن التاجر لا يكتب على سبيل التجربة والهزل، وإذا لم يعمل بالدفاتر لزم ذلك ضياع أموال الناس، فإن أغلب معاملاتهم لا يحضرها الشهود، واحتمال أن التاجر قد دفع المال وأبقى الكتابة في الدفتر نادر وبعيد جداً، ولا يقع إلا ممن عادته الإهمال.

ونقل ابن عابدين عن العيني قوله : « ولأن البناء على العادة الظاهرة واجب »[1].

فالعرف القائم على مصالح الناس، بشرط ألا يخالف نصاً أو إجماعاً، واجب الاعتبار في التشريع والقضاء، ويعد دليلاً من الأدلة الشرعية، التي اعتمدها جمهور الفقهاء وإن لم يعدوه دليلاً مستقلاً، وإنما يقوم على مراعاة المصالح المرسلة [2].

ثانياً ـ خط المورث :

ذهب الشافعية والحنابلة والحنفية والإباضية[3] إلى أن الوارث إذا وجد كتابة بدين، بالإقرار به أوالإبراءعنه أو باستيفائه، سواء كان في دفتره أو في ورقة خاصة فيعتمد على هذه الكتابة، وتعتبر حجة فيما ورد فيها، وتكون بمثابة إقرار من المورث فيما عليه، ولكن لا يعمل بها فيما له فلا تعتبر حجة على غيره، إلا أنه يجوز للوارث أن يعتمد على هذا الخط إذا وثق من خط مورثه، ويدعي الحق على المدين ويحلف على البت اعتماداً على خط مورثه، وكذلك يعمل بخط المورث على كيس أو أمانة أنها لفلان[4]. وأهم من كل ذلك كتابة الوصية عند الحنابلة.

---

(١) رد المحتار : ٥ ص ٤٣٦، وتتمة كلامه : فعلى هذا إذا قال البياع وجدت في يادكاري (دفتري) بخطي، أوكتبت في يادكاري بيدي أن لفلان على ألف درهم كان هذا اقراراً ملزماً إياه.

(٢) انظر : علم أصول الفقه، خلاف: ص ١٠٠، ١٠٢ ط ٧، الوسيط في علم أصول الفقه: ص ٥٢٠، العرف والعادة، الشيخ أحمد فهمي أو سنة : ص ٣٢، ٣٣، ١٩٣.

(٣) رسالة في العمل بالخطوط: ص ٦، ٩، كشاف القناع: ٤ص ٢١٥، مختصر الفتاوى المصرية ص ٦٠١، مغني المحتاج ع ص ٣٩٩، الوجيز: الغزالي: ٢ص ١٤٦، حاشية ابن عابدين :٥ ص ٤٣٧، شرح النيل: ١ ص ٥٧٣، المغنى: ٩ص ٧٦، الفتاوى الهندية: ٤ص ١٦٧، نشر العرف، ابن عابدين: ص ٤١.

(٤) أضاف الخطيب الشربيني الشافعي أن لفظ « مورث » ليس بقيد بل يشمل خط مكاتبه ومأذونه، وخط معامله في القراض، وشريكه في التجارة عملاً بالظن المؤكد،
(انظر : مغنى المحتاج، له : ٤ ص ٣٩٩).

ويظهر من الاعتماد على خط المورث أن الفقهاء اعتبروا الخط المجرد كافياً في إثبات ما ورد فيه، مع أن هذا الخط صدر من شخص عادي لا يقوم بوظيفة معينة، وإنما يكتب وصية بما عليه من ديون، ويسجل ما قبض من أموال أو ما استوفاه من غرمائه، فهذه الكتابة تعتبر حجة عليه، وكل ما يشترط فيها أن يعرف خط الكاتب .

قال إسحاق بن إبراهيم : قلتُ لأحمد : الرجل يموت ويوجد له وصية تحت رأسه من غير أن يكون أشهد عليها، أو أعلم بها أحداً، هل يجوز إنفاذ ما فيها ؟ قال : إن كان عرف خطه، وكان مشهور الخط فإنه ينفذ ما فيها[1] .

ووافق المالكية الجمهور في ذلك إلا في الوصية بشروط، فقد أجازوا الاعتماد على خط المورث بتوسع كما سبق في شهادة الشاهد الميت وفي الاعتماد على دفتر البياع والسمسار والصراف بعد الموت، ولكنهم منعوا العمل بخط المورث في الوصية إذا لم يشهد عليها حتى مات، ولو شهدت بينة على خطه[2]. وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الإشهاد على الوصية وعدمه[3] .

ثالثاً ـ الـــرســـائـــل :

إن القائلين بجواز الكتابة مطلقاً والمانعين لها اتفقوا على حجية الرسائل في الإثبات بين الغائبين سواء أشهد عليها أم لم يشهد.

وقد بحث الفقهاء صحة التصرف بالكتابة وأفاضوا في جوازها بين الغائبين، وصرحوا بالقاعدة المشهورة «الكتاب بين الغائبين كالخطاب بين الحاضرين »، «وأن الكتاب كالخطاب في التعاقد»، فإذا أرسل شخص إلى آخر رسالة وكتب له فيها بطريقة مستبينة مألوفة أن لك في ذمتي كذا، أو ضمنت لك كذ، أو أرسل إلى زوجته بالطلاق، أو طلب الزواج والعقد من امرأة كتابة، أو كتب وكالة لآخر أو هبة، ففي جميع هذه الصور وغيرها تعتبر الرسالة حجة عليه سواء أشهد أم لم يشهد، فإذا حضر الشهود أثناء كتابة الرسالة فيشهدون على كتابته وخطه أو على ما في رسالته، ولو لم يشهدهم، وكذلك إذا أقر بخطه وتوقيعه وختمه، كانت الكتابة دليلاً لحاملها يمكن بواسطتها إثبات حقه أمام القضاء[4] .

---

(١) الطرق الحكمية : ص ٢٠٦ .

(٢) تبصرة الحكام : ١ ص ٣٦٣، ٣٦٤، مواهب الجليل: ٦ ص ١٨٨ .

(٣) انظر : شرح النووي على صحيح مسلم : ١١ ص ٧٦ .

(٤) البحر الرائق: ٧ ص ٦٩، التاج والاكليل: ٦ ص ١٨٧، مواهب الجليل : ٦ ص ١٨٨، المبسوط: ١٨ =

وحجية الرسائل شاملة لجميع الحقوق والواجبات ما عدا الحدود والقصاص، فيثبت فيها المال، وما يؤول إلى المال، وكذلك الزواج والطلاق والوكالة والهبة والوصية والوقف وغيرها[1].

واستندوا جميعاً إلى العادة والعرف لدفع المشقة ولأجل المحافظة على حقوق الناس، فقد جرت العادة بين الناس ألا يكتبوا رسائلهم بالطريقة العادية إلا لاظهار ما عليهم من حقوق وواجبات، ولأن المسلم يميل بفطرته إلى الخير، ومأمور بقول الحق والإقرار به، رغم حبه للمال وطمعه في جمعه واقتنائه، فإذا كتب الرسالة حمل مضمونها عليه بدليل العرف .

ونستخلص من هذا العرض أن الكتابة التي تتضمن شهادة، والكتابة لتي تتضمن حقوقاً وديواناً قال بها فريق من الفقهاء، اعتماداً على مشروعية الخط والكتابة، ومنعها آخرون حتى يتذكر صاحبها ما ورد فيها، باعتبار أن العبرة لذاكرته، وأن الكتابة لمجرد التذكر، وهذه الكتابة بأنواعها يقوم بها شخص عادي، أشهد أو لم يشهد، ولم يوّثق كتابته عند قاضٍ أو كاتب أو موظف عادي، فتكون الكتابة بذاتها حجة للقضاء ودليلاً في الإثبات.

* * *

= ص ١٧٣، ١٧٤، الفتاوى الهندية: ٤ ص ١٦٦. وقال الحنفية : إن الفارق بين الرسالة والصك أن الرسالة لا يشترك فيها طلب الإشهاد.

(١) قال ابن فرحون : لو كتب رسالة لرجل غائب أن لك على كذا لزمه، فإن جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه، ويلزمه أيضاً كل ما فيه من الطلاق وغيره خلا الحدود، (تبصرة الحكام : ٢ص ٤٠).

الفـــرع الثالـــث
فـــي
صكـــوك العقـــود

الصَكُ هو الورقة التي تُدّون فيها التصرفات والعقود بين الأطراف مع التوقيع والإشهاد، ويكتب الصك عادة عند إنشاء العقد بين الأطراف وذلك لتوثيق العقد أو التصرف، مع ذكر الشروط التي يشترطها الأطراف وبيان الثمن والأجل والأوصاف .

وهذه العملية تُسمى عند الفقهاء بعلم الوثائق[1]، وهو من أجل العلوم قدراً، وأعلاها أناقة، وهو فرع من فروع الفقه من حيث كون ترتيب معانيه موافقاً لقوانين الشرع ويسميه الفقهاء أيضاً علم الشروط .

وتسمى الوثيقة حجة شرعية أو صكاً أو محضراً أو سجلاً، ويطلق على الوثيقة أيضاً الإشهاد الشرعي، والغرض من التسجيل في نظام القضاء الإسلامي هو حفظ الحقوق الناتجة عن التصرفات والإقرارات ونحوها، وميزته مقصورة على المتعاقدين وورثتهما فإذا أنكر أحدهما الحق الذي لزمه بموجب السند المسجل شهد عليه السجل بذلك الحق، ولا يصح أن يحتج المتعاقدان على غيرهما بالعقد المسجل، فلا يصح أن يتمسك المشتري الثاني الذي سجل عقده ضد المشتري الأول الذي لم يسجل إلا في تسجيل الوقف فإنه يعتبر حجة على الغير [2] .

قال البهوتي في «كشاف القناع»: ولا يجوز للقاضي منع الفقهاء من عقد العقود وكتابة الحجج أي الإشهادات وما يتعلق بأمور الشرع مما أباحه الله ورسوله، إذا كان الكاتب فقيهاً عالماً بأمور الشرع وشروط العقد. . . في الزواج والبيع والإجارة والإقرار[3] .

---

(١) والتوثيق: علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به، (انظر : مذكرات التوثيق، الفاضل: ص ١، مجموع الافادة، التواني : ص ٣)

(٢) التوثيق، الفاضل: ٦١.

(٣) كشاف القناع : ٤ ص ١٨٨.

وفائدة الصك التحرز عن العقود الفاسدة ورفع الارتياب بين الأطراف، وقطع المنازعة، لأن الكتاب يصير حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، ويصون الأموال عن الضياع، ويحفظ الحقوق لأصحابها فيدفع الضرر عن صاحبه وعن غيره، والكتابة تساعد على إقامة الشهادة وانتفاء الشك للشاهد وصاحب الحق، وقد أمر الله تعالى به، وبين فوائده بقوله تعالى : ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ، وأَقْوَمُ للشَّهَادَةِ، وأَدْنَى أَلَّا ترْتَابُوا ﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢ .

وكتابة الصك إما أن يتم من الأطراف كأحد أطراف العقد أو الموصي، وإما أن يقوم به كاتب بالعدل يستعين به أصحاب الشأن[١] .

فإذا كتب شخص صكاً بعقد بيع أو قرض أو هبة أو وصية وأشهد على ذلك شاهدين بأن كتبه بين أيديهم أو قرأه عليهم، أو أملاه على آخر أمامهم، وثبت الكتاب أمام القاضي بالشهادة عليه أو بإقرار صاحبه، فلا خلاف في أنه يعتبر حجة لصاحب الحق في إثبات حقه، ولا يقبل إنكار المدين بعد ذلك، ويعتبر الثابت بالكتاب دليلاً ملزماً، فإذا أنكر الحق بإدعاء الإبراء أو القضاء والاستيفاء فإما أن يثبت هذا الإدعاء أو يحلف الدائن بعدم الإبراء أو الاستيفاء .

الإثبات بالكتابة في القانون :

الأدلة الكتابية أهم دليل في القانون، واعتبر المشرع الكتابة أقوى الأدلة وأكثرها استعمالاً، ووضعها في المكان الأسمى، والدرجة التي لا ينافسها فيها غيرها، وجعل الكتابة هي الأصل في الإثبات، فيجوز الإثبات بها في جميع الحالات والمنازعات، كما أوجب الكتابة دون غيرها في إثبات بعض الحقوق، وفضلها على الوسائل الأخرى عند التعارض، لأنها تعدّ مقدماً عند نشوء التصرف وقبل قيام النزاع فهي أقرب الى الحقيقة والواقع من غيرها، وجعلها ملزمة للقاضي، ما لم ينكرها الخصم أويدعي تزويرها، بخلاف البينة والقرائن التي ترك قوتها إلى تقدير القاضي وقناعته[٢] .

ولم يعلم خلاف بين علماء القانون في مشروعية الكتابة واعتبارها حجة يجب الأخذ بها في الإثبات ، فقد أولتها جميع القوانين حق الصدارة في الإثبات والدراسة والتبويب والتقسيم

---

(١) المبسوط: ١٨ ص ١٧٢، ١٧٥، تكملة ابن عابدين: ٧ ص ٨٨، ٨٩، الفتاوى الهندية: ٤ ص ١٦٧ .

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري ص ١٢ ف ١٣، الاثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٧٢، موجز أصول الاثبات، مرقس: ص ٣٣، ٣٥، نظرية الاثبات، المؤمن : ٢ ص ٦، رسالة الأثبات، نشأت: ١ ص ٦٧ ف ٥٣.

وخاصة في العصر الحديث بعد انتشار الكتابة والعلوم في أرجاء المعمورة، واتخاذ الكتابة وسيلة دائمة في المعاملات ومختلف شؤون الحياة .

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على مشروعية الإثبات بالكتابة، فذكرت (المادة ١٧٣٦) مشروعية العمل بالخط والختم إذا سلم من التزوير دون حاجة إلى إثبات آخر، وصرحت (المادة ١٧٣٧) بقبول البراءات السلطانية والدفاتر الرسمية، ونصت (المادة ١٧٣٨) على العمل بسجلات المحاكم إذا ضبطت من الفساد والحيلة، كما نصت (المادة ١٦٠٦) على كون الإقرار بالكتابة يشبه الإقرار باللسان، وتناولت (المادتان ١٦٠٨، ١٦٠٩) القيود في دفاتر التجار والأسناد الموقعة باعتبارهما وسيلتين للإثبات[١] .

وفي لائحة المحاكم الشرعية في مصر اعتبرت الكتابة في الإثبات منذ سنة ١٨٥٦ وفي اللوائح المتعاقبة بعد ذلك، وآخرها اللائحة الشرعية لعام ١٩٣١ فذكرت الأدلة الكتابية في (المادة ١٣٠) وما بعدها، وقد ألغيت جميعها، وأحيل القضاة للعمل بقانون المرافعات سابقاً وقانون الإثبات الجديد حديثاً ولم يبق من هذه المواد إلا (المادة ١٣٧) المتعلقة بدعوى الوقف أو الإقرار به[٢].

وبحث قانون الإثبات المصري الجديد الأدلة الكتابية واجراءاتها في المواد (١٠ - ٥٩)، وقانون البينات السوري بحثها في المواد من (٤ - ٥١) وتناولا الأدلة الكتابية وأنواعها وطلب تقديم الأوراق والأسناد الموجودة تحت يد الخصم والتثبت من صحة الدليل وإنكار الخط أو التوقيع أو الخاتم أو بصمة الإصبع وادعاء التزوير .

أنواع الأدلة الكتابية :

تنقسم الأدلة الكتابية في قانون الإثبات المصري إلى قسمين الأوراق أو المحررات الرسمية (المادة ١٠ وما بعدها) والمحررات العرفية (المادة ١٤ وما بعدها) وتنقسم المحررات العرفية إلى قسمين محررات موقعة ومعدة للإثبات (المادة ١٦) وأوراق غير معدة للإثبات وغير موقعة[٣].

أما القانون السوري فقد قسمها إلى ثلاثة أقسام[٤] وهي :

---

(١) مرآة المجلة، يوسف آصاف: ٢ص ٤٦١ .

(٢) مجموعة قوانين الأحوال الشخصية، ملحق العدد التاسع، السنة ٤٨ من مجلة المحاماة.

(٣) الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٧٧، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٣٤، أصول القانون، السنهوري، وأبو ستيت: ص ٤١٥ .

(٤) أصول المحاكمات، أنطاكي: ص ٤٨٥، ٥٠٩.

القسم الأول : الأسناد الرسمية :

وهي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصه ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشأن[1].

ويظهر من المادة شروط السند الرسمي وهي:

أولاً : صدوره من موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ثانياً : أن يكون السند مما يدخل في اختصاصه وسلطته.

ثالثاً : أن يراعى فيه الأوضاع المقررة لكتابة الورقة مثل اللغة العربية والأسماء والتواريخ والشهود .

والمحررات الرسمية على أنواع[2] وهي :

أ ـ الأوراق العمومية أو الأوراق السياسية وهي التي تصدر عن الدولة بصفتها التشريعية والسياسية والتنفيذية كالقوانين والمعاهدات والقرارات الجمهورية .

ب ـ الأوراق الإدارية : وهي الصادرة عن المصالح العمومية كالقرارات الصادرة من الوزراء والمحافظين وأوراق الميلاد والوفاة وحوالات البريد والشهادات الدراسية .

جـ ـ الأوراق المدنية وهي الصادرة من أولي الشأن على يد مأمور بتحريرها ويدون فيها عقود أو اتفاقات أو أعمال قانونية كعقود الزواج والهبة والرهن والحوالة .

د ـ الأوراق القضائية التي تحررها السلطات القضائية وأعوانها وتتعلق بالخصومات أو المحاضر أو تقارير الخبراء والانذارات ومحاضر العرض وايداع .

القسم الثاني : الأسناد العادية :

وهي التي تشتمل على توقيع من صدرت عنه أو على خاتمة أو بصمة أصبعه وليست لها صفة السند الرسمي. ويشترط في هذه الأوراق العادية أن تكون مكتوبة، وأن تكون موقعة من الشخص المنسوبة إليه وتشمل الأسناد والرسائل والبرقيات، أما إذا كانت الورقة العادية محررة بخط الشخص نفسه دون توقيع فيمكن عدها مبدأ ثبوت بالكتابة[3].

---

(١) المادة ١٠ مصري، المادة ٥ ف ١ سوري، الإثبات، الصدة ص ٧٧.

(٢) قانون الإثبات، شرح وتعليق محمد عبد الرحيم عنبر: ص ٤٣، موجز أصول الإثبات، مرقس ص ٣٤، الإثبات، الصدة: ص ٨٠، وتسمى أداة الإثبات محرراً وورقة كما جرى تسميته بالعقد الرسمي، وأطلق القانون السوري عليه، اسم السند، وقد انتقد الدكتور مرقس تسميته سنداً لأن السند يطلق على سبب الحق ومصدره، وحذر شراح القانون من تسميته عقداً رسمياً لتمييزه عن العمل القانوني، (مرقس : ص ٣٣).

(٣) موجز أصول الإثبات : ص ٥٧ ، هامش ٢.

القسم الثالث : الأوراق غير الموقعة : وتشمل :

أ ـ دفاتر التجار ب ـ الدفاتر والأوراق المنزلية جـ ـ التأشير على السند بما فيه براءة ذمة المدين .

حجية الأدلة الكتابية :

تعتبر الأدلة الكتابية حجة في الإثبات ولكنها ليست قطعية الدلالة[1]، فيجوز إثبات عكسها، أما بادعاء التزوير أو إنكار الكتابة، كما تختلف حجيتها من نوع إلى آخر، فأقواها الأسناد الرسمية وأدناها الأوراق المنزلية وتتدرج في قوة الإثبات كما يلي :

١ ـ الأسناد الرسمية :

حجة على الناس كافة بما دون فيها من الأمور التي حررها الموظف الرسمي بنفسه، ولا تقبل إثبات العكس إلا بإدعاء التزوير، فإن سجل ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات فيعتبر حجة حتى يقوم الدليل على خلافه بدون الطعن بالتزوير، والأسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما ورد فيها ولو لم يوقع عليها[2].

٢ ـ الأسناد العادية :

تكون الأسناد العادية حجة على من وقعها أو ختمها أو بصمها باسمه، ما لم ينكر خطه أو توقيعهأو ختمه أو بصمته، وعلى الآخر إثباته، عن طريق تحقيق الخطوط[3]، فإذا أقر بالسند العادي فهو حجة عليه بما ورد فيه، ويعتبر سكوته إقراراً ضمنياً، وكذلك إذا ناقش موضوع السند العادي لا يقبل منه بعد ذلك إنكاره لأنه يعتبر بمثابة المقر به.

وهذه الحجية لا يسري تاريخها على غير صاحبها إلا إذا كانت ذات تاريخ ثابت، لكن وقائعها تعتبر حجة على الغير (وهم الخلف العام والخلف الخاص والدائن)[4] .

والفرق بين الأوراق الرسمية والعادية أن الأولى تصدر من موظف عام، محل ثقة خاصة ترجح احتمال صدقة، والثانية تصدر من شخص عادي .

---

(١) موجز أصول الإثبات، مرقس : ص ٣٥.

(٢) المادة ١١ مصري، المادة ٦ سوري، وانظر، مرقس، ص ٤٤، ٤٧، الصدة: ص ٨٩.

(٣) المادة ١٤ مصري، المادة ١٠ سوري، مرقس ص ٦٢، الصدة: ص ١١٤.

(٤) يقول الدكتور الصدة: إن الوقائع الواردة في السند العادي حجة على الجميع، أما تاريخ السند الوارد فيه فلا يكون حجة إلا على الأطراف وليس له حجة على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ، ويقول: ويكون للرسائل نفس حجية =

٣ ـ دفاتر التجار:

تكون حجة ملزمة للقاضي فيما بين التجار إذا كانت إجبارية ومنتظمة[١]، أما الدفاتر غير الإجبارية أو غير المنتظمة، أو الدفاتر المنتظمة الإجبارية على غير التجار، فليس لها حجة إلزامية، وإنما تخضع إلى تقدير القاضي[٢] وقناعته بها، فلا شك أن هذه الدفاتر تكون حجة على صاحبها، ولكن حجيتها ليست إلزامية، كما أن ما دوّن فيها ليس حجة على الغير، إنما هي حجة على صاحبها ولا يجوز تجزئتها، لأنها تؤخذ ككل أو ترد ككل (المادة ١٥ سوري).

وتكون دفاتر التجار المنتظمة حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته إذا كان الخلاف بينه وبين تاجر آخر فقط، وكانت مطابقة لدفاتر التاجر الآخر المنتظمة أو كان ليس له دفاتر منتظمة[٣].

٤ ـ الدفاتر والأوراق المنزلية :

تكون حجة على صاحبها إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً، أو ذكر فيها صراحة أن ما دونه فيها تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته[٤]، وسبب حجيتها ـ ولو لم تكن موقعة ـ أنها بخط شخص على أوراق يحتفظ بها بنفسه فهي بمثابة إقرار .

٥ ـ التأشير على سند الدين الذي يستفاد منه براءة ذمة لمدين يعتبر حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير مؤرخاً أو موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته، أو كتب الدائن بخطه دون توقيع بما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في الوصل ولو كان في يد المدين[٥].

ما يجوز إثباته بالكتابة :

اعتبر المشرع القانوني الكتابة أقوى الأدلة، وقدمها على جميع وسائل الإثبات، ولذلك يجوز الإثبات بالكتابة في جميع الحقوق والمعاملات مهما كانت صفتها أو قيمتها .

وقد فضّل المشرع الكتابة عن غيرها في الإثبات، فأجاز الإثبات بها في بعض الحالات

= السندات العادية، (الإثبات في المواد المدنية: ص ١٢٤، ١٢٦، ١٦٧).

(١) مرقس: ص ٩٩، الصدة: ص ١٧٤.

(٢) مرقس: ص ١٠٢.

(٣) موجز أصول الإثبات: ص ١٠٠، الصدة: ص ١٧٨.

(٤) مرقس: ص ١٠٥، الصدة : ص ١٨٢.

(٥) مرقس: ص ١٠٨، الصدة ص ١٩٠.

التي لا يقبل فيها غيرها، ويعتبر الإثبات بالكتابة واجبة في هذه الحالات وهي :

١ ـ وجوب الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي جاوزت قيمتها عشرين جنيهاً مصرياً، أو مائة ليرة سورية أو كانت غير مقدرة القيمة[١]. ويستثنى من هذه القاعدة مسائل وهي :

أ ـ إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فلا تجب الكتابة، ويجوز الإثبات بالشهادة .

ب ـ وجود مانع أدبي أو مادي من الحصول على دليل كتابي كالقرابة والولاية والرئاسة .

جـ ـ ضياع السند الكتابي بقوة قاهرة .

د ـ المعاملات التجارية فيجوز إثباتها بكافة الطرق ولو زادت قيمتها على عشرين جنيهاً[٢]، أو مائة ليرة سورية، وذلك لطبيعة الأعمال التجارية، وتسهيل التبادل معه.

٢ ـ الحالات التي يوجد فيها إثبات بالكتابة فلا يجوز إثبات ما يخالفها إلا بالكتابة ولو كانت أقل من عشرين جنيهاً[٣].

٣ ـ الحالات التي نص القانون على وجوب إثباتها بالكتابة[٤] وأهمها في القانون المدني عقد الشركة وعقد الصلح وعقد المقاولة فيما يتعلق بزيادة أجرة المقاول وعقد الكفالة وعقد إنشاء ملكية الأسرة، وفي قانون التجارة الشركات التجارية وعقد التأمين البحري وعقد ايجار السفينة وغيرها، ويضاف إلى هذه الحالات التصرفات الشكلية التي اشترط القانون في انعقادها تحرير ورقة بها كالهبة والوقف والوصية والرهن التأميني وبيع السفينة .

المقارنـــة :

يتبين من الدراسة السابقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وجوه الاتفاق والتشابه بينهما ، فنلاحظ أن الفقهاء أجازوا كثيراً من حالات الإثبات بالكتابة ، وهذه الحالات تنقسم الى قسمين :

القسم الأول :

ما يصدر عن الدولة أو الموظفين الذين تعهد الدولة إليهم بعض أعمالهم مثل كتاب

---

(١) الإثبات في المواد المدنية، الصدة ص ١٩٨.

(٢) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٩٩ ، ٢٧٥.

(٣) الإثبات، الصدة: ص ٢١٤.

(٤) الإثبات، الصدة: ص ٧٤ وما بعدها، ١٩٧.

القاضي والبراءات السلطانية والأوامر الحكومية وديوان القضاة وسجلاتهم ، وهذه الأنواع تتوفر فيها صفات وشروط الأوراق الرسمية في القانون وهي : ـ

١ ـ صادرة من موظف رسمي .

٢ ـ محررة في حدود اختصاصه .

٣ ـ مدونة حسب الأوصاف والأشكال المقررة شرعاً والمعروفة بعلم الشروط أو التوثيق . وهذا القسم يقابله في القانون الوضعي الأوراق السياسية والإدارية والأوراق القضائية .

أما الأوراق الرسمية المدنية التي يحررها موظف رسمي فإن الشريعة الإسلامية أمرت باتخاذ الكاتب العدل لكتابة المداينات ولكنها تختلف عن القانون من ناحيتين :

١ ـ أن الكتابة ليس لها صفة الإلزام عند الجمهور ، فهي للندب والإرشاد ، وقال فريق من الفقهاء والمفسرين إن الكتابة واجبة .

٢ ـ أن الكاتب الذي يكتب بين الناس ليس له صفة رسمية كالموظف العام [١] ، ولذلك دخلت المحررات المدنية في قسم المحررات الرسمية في القانون ، وبقيت عند الفقهاء في القسم الثاني .

القسم الثاني :

الكتابة الصادرة من الأفراد العاديين ، وتتجلى هذه الكتابة في الشهادة على الخط ، ودفاتر السمسار والصراف والبياع ، وكتابة المقر ، وكتابة المورث وكتابة الصكوك ، وقد قبلها الفقهاء في الإثبات إذا خلت من التزوير والتغيير ويقابلها في القانون الأسناد العادية ودفاتر التجار والأوراق الخصوصية .

والفرق بين القانون والشريعة من الناحية التنظيمية فيما يأتي :

١ ـ إن القانون صنف أنواع المحررات والأدلة الكتابية ، وبين صفات وشروط كل نوع ، كما بين حجيته في الإثبات ، وقوته الإلزامية على القاضي ، وعلى الأطراف ، وعلى الغير ، وفرق بين المعلومات المدونة فيه .

بينما كان الفقهاء يجيزون الإثبات بالكتابة في جزئيات صغيرة متناثرة ، فصرح فقهاء الحنفية في قبول دفتر السمسار والصراف والبياع ، واعتباره حجة بناء على العرف ، كما

---

(١) الموجز في التوثيق ، الشورى ص ٧ .

صرحوا بقبول البراءات السلطانية والأوامر السلطانية والحكومية الأخرى ، واعتبار الرسائل والصكوك وخط المورث وغيره .

٢ ـ إن القانون نظم أحكام التسجيل والتوثيق سواء في الدوائر القضائية وفي الأجهزة المدنية ، وصدر قانون التوثيق مع بيان جهات التوثيق واختصاصها وشروط العمل فيها ، ورتب على ذلك قبول الأوراق الرسمية الصادرة عنها ، وجعله من اختصاص ولي الأمر في تنظيم الأمور وإصدار الأحكام التي تحقق مصالح الناس ، وتسهل أعمالهم وتكفل النظام لهم بما لا يخالف قواعد الشرع .

وإذا تدبرنا الآية الكريمة في سورة البقرة ﴿ وليَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتبٌ بالعَدْلِ ، ولا يَأْبَ كاتِبٌ أنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلّمَهُ اللهُ فلْيَكْتُبْ . . . ﴾ ثم قال جل وعلا ﴿ ولا يُضَارَ كَاتِبٌ ولا شَهِيدٌ﴾ نجد أن الله تعالى أمر باتخاذ الكاتب ، وشرط فيه العدالة ، وأمره بعدم الامتناع عن كتابة الديون والمعاملات بين الناس ، وأن تكون كتابته بما يرضي الله تعالى ، وأن لا يضر صاحب الحق أو المدين بالزيادة أو النقص [1] ، فهذه الآية صريحة في تنظيم الكتابة والسجلات ، ولا يوجد مانع من تعيين موظف مختص يكتب للناس معاملاتهم ويسجل لهم ديونهم وحقوقهم ، فيؤتمن على السجلات ويسأل عن الأخطاء وبذلك يقوم نظام التوثيق والتسجيل ، وهذا يشبه الكاتب العدل الذي أوجب الفقهاء على القاضي تعيينه لكتابة المحاضر والسجلات في مجلس القاضي .

٣ ـ الشريعة الإسلامية سبقت القوانين العالمية في التساهل في إثبات المواد التجارية ، وسهلت الأمر على التجار ، ولم تطلب منهم كتابة تجارتهم ، وتركت لهم الخيار في تسييرها ، والحرية في التصرف فيها ، توسعة من الله تعالى عليهم ، ورحمة بهم لئلا يضيق عليهم [2] ، قال تعالى﴿ إلا أنْ تَكُون تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَها بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ ألا تَكْتُبوها﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢ .

وقد تساهلت القوانين في إثبات التصرفات التجارية ، وسمحت بإثباتها بجميع طرق الإثبات بالكتابة والشهادة والقرائن واليمين ، ولم تقيدها بحد أو نصاب .

(١) أحكام القرآن للجصاص : ج ١ ص ٥٧٥ ، ٦٢١ .

(٢) أحكام القرآن ، الجصاص : ١ ص ٦٢٠ .

الفصل الخامس
في
الإثبات بالقرائن

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول
في
تعريف القرائن

القرائن لغة :

جمع قرينة ، وهي الأمر الدال على الشي ء من غير الاستعمال فيه بل بمجرد المقارنة والمصاحبة ، أو هي أمر يشير إلى المقصود [1] .

القرائن اصطلاحاً :

عرف الفقهاء القرينة بمعنى الأمارة ، وهي ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول

---

(١) القرينة مأخوذة من المقارنة فهي فعيلة بمعنى المفاعلة ، والقرينة مؤنث القرين ، ويقال قرنت الشي ء بالشي ء وصلته به ، واقترن الشي ء بغيره صاحبه ، وقارنته قِراناً صاحبته ، والقَرين الصاحب ، وهي قسمان حالية ومقالية ، فالحالية مثل أن تقول للمسافر « في كنف الله » فإن في العبارة حذفاً ويدل عليه تجهزه المصاحب للسفر وهو القرينة الحالية ، ومثال المقالية أن تقول « رأيت أسداً يخطب » فإن المراد بالأسد رجل شجاع ، ويدل على إرادة ذلك لفظ « يخطب » فهو قرينة مقالية ، وقد يقال لفظية ومعنوية ، (انظر : كشاف اصطلاحات الفنون : ٢ ص ١٢٢٨ ، لسان العرب : ٣ ص ٣٣٦ ، القاموس المحيط : ٤ ص ٢٥٨ ، الصحاح : ٦ ص ٢١٨٢ ، أساس البلاغة : ص ٧٦٢ ، مختار الصحاح : ص ٥٣٣ ، مصباح المنير : ٢ ص ٦٨٦) .

كالغيم بالنسبة إلى المطر فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر [1] .

وهذا تعريف بالمرادف ، ولم يعرفوها تعريفاً كاملاً ، واكتفوا بعطف التفسير أو المرادف فيقولون « القرينة والأمارة والعلامة » والسبب أنهم لم يفردوها في البحث،أو بسبب وضوحها وعدم الخفاء فيها ، ويفهم من كلامهم أن القرائن هي أمارات معلومة تدل على أمور مجهولة ، وهو ما أشار إليه أهل العربية .

ولكن المُحْدثين عرفوها بتعريفات كثيرة نذكر أهمها :

١ ـ جاء في مجلة الأحكام العدلية في (المادة ١٧٤١) أن : « القرينة القاطعة هي الأمارة البالغة حد اليقين» .

٢ ـ وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله : « القرينة : كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه ، وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة [2]» .

٣ ـ وعرفها السيد فتح الله زيد بأنها : « هي الأمارة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال »[3] .

٤ ـ وعرفها الجرجاني كالتعريف اللغوي فقال : « القرينة في الاصطلاح أمر يشير إلى المطلوب »[4] .

ونختار تعريف الاستاذ الزرقا وهو :

القرينة هي كل أمارة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه .

شروط القرينة :

ويشترط في القرينة التي يجوز الاعتماد عليها ما يلي :

١ ـ أن يوجد أمر ظاهر ومعروف وثابت ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال منه لوجود صفات وعلامات فيه ، ولتوفر الأمارات عليه ، والأمارة هي العلامة ، واصطلاحاً هي التي يلزم

---

(١) التعريفات ، الجرجاني : ص ١١٧ .
(٢) المدخل الفقهي العام : ٢ ص ٩١٤ .
(٣) حجية القرائن ، له : ص ٨ .
(٤) التعريفات ، له : ص ١١٧ .

من العلم بها الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة للمطر ، وتفرق الأمارة عن العلامة أن ما لا ينفصل عن الشي ء كوجود الألف واللام على الاسم فهو علامة ، والأمارة تنفك وتنفصل عن الشي ء كالغيم بالنسبة للمطر (١) .

فالوقائع المادية والتصرفات البشرية تتألف من أمور ظاهرة ثابتة ، وتنطوي على أمور باطنة يستدل عليها بالأمارات المصاحبة لها .

٢ ـ أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر الثابت والقرينة التي أخذت منه في عملية الاستنباط والاستنتاج ، وذلك باستخراج المعاني من النصوص والوقائع بالتأمل والتفكير الناشى ء عن فرط الذهن وقوة القريحة ، وهذه الصلة بين القرينة وبين الأمر المصاحب لها تختلف من حالة إلى أخرى ، ولكن يشترط أن تكون العلاقة قوية بينهما ، وتقوم على أساس سليم ومنطق قويم ، ولا تعتمد على مجرد الوهم والخيال أو الصلة الوهمية الضعيفة ، لأن المهم أن تكون عند الإنسان علماً في الدعوى يكاد يماثل العلم الحاصل من الشهود وغيرهم ، وهذا يحصل بالتأكد من قوة المصاحبة والمقارنة (٢) .

وبناء على قوة هذه الرابطة وضعفها تنقسم القرائن إلى قسمين : قرائن قوية وقرائن ضعيفة ، لأن دلالة القرائن على مدلولاتها تتفاوت في القوة والضعف تفاوتاً كبيراً فقد تصل في القوة إلى درجة القطع ، وتكون القرينة قاطعة ـ كما جاء في تعريف المجلة ـ وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال (٣) .

ونستبعد القرائن الضعيفة من طرق الاثبات فلا تقبل في القضاء ، ونقتصر في الاثبات على القرائن القوية التي تفيد ظناً قوياً واحتمالاً راجحاً ، بحيث يتحقق لدينا أن دليل الشي ء في الأمور الباطنة يقوم مقامه ، كما عبرت المجلة العدلية م / ٦٨ ، فالأمور الباطنة هي الحقائق الخفية التي يتعذر أو يتعسر الاطلاع عليها مع تأثيرها في الأحكام ، والشارع لا يكلف بالبحث عن حقيقتها في الواقع ، لأنه تكليف بما لا يستطاع ، ولذلك يكتفى بدلائلها ، وتعتبر الدلائل قائمة مقام هذه الأمور ، وترتبط الأحكام بها وجوداً وعدماً ، كاللفظ الدال على الإرادة الحقيقية

---

(١) قال التهانوي : العلامة هي ما يكون علماً على الشي ء من غير أن يتعلق به وجود ولا وجوب ، (كشاف اصطلاحات الفنون : ٢ ص ١٠٥٣ ، ج ١ ص ٧٢) ، وانظر التعريفات : ص ٢٤ .

(٢) الأصول القضائية ، قراعة : ص ٢٧٥ .

(٣) المدخل الفقهي العام : ٢ ص ٩١٥ ، نظرية الإثبات الجنائي الإسلامي ، بهنسي : ص ١٩٢ ط ٢ ، من طرق الإثبات ، الدكتور البهى : ص ٧٣ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٢٤ ، مذكرة في السياسة الشرعية ، عبد العال عطوة : ص ١٣٣ مط الأزهر ١٣٧٢ ـ ١٩٥٣ .

والرضا في العقود ، واستعمال الة القتل دليل على قصد القتل .

وقوة القرينة وضعفها أمر نسبي تختلف فيه الأنظار ، فقد يعتبر بعض الفقهاء القرينة قوية ، وتكفي في الاستدلال وترجح على غيرها من القرائن الواهية ، ويخالفهم آخرون ويعتبرون نفس القرينة ضعيفة واهية لا يناط بها الاستنباط ، ولا يستخرج منها الدليل في الإثبات ونضرب مثالاً لذلك في متاع البيت (١) .

اختلاف الزوجين في متاع البيت :

اذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، وادعى كل منهما أن المتاع ملكه ، ولم يستطع احضار البينة والدليل على صحة قوله فما هو الحكم ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول :

أن متاع البيت الذي يصلح للرجال كالعمامة والكتب والسيف يعطى للزوج ، والمتاع الذي يصلح للنساء كالحلي والثياب يعطى للزوجة ، للقرينة القائمة على العرف والعادة في صلاحية كل نوع لصاحبه ، وأنه لا عبرة لليد الحسية فيها .

ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والإمامية في الأظهر والاباضية (٢) .

ثم اختلفوا في المتاع الذي يصلح للرجال والنساء معاً كالآنية والذهب والفضة والعقار والأثاث ، فقال المالكية والحنفية (٣) : يقضى به للرجال ، لأن البيت بيت الرجل في العادة ، والمرأة تحت يده ، واليد قرينة ودلالة من دلالات الظاهر على المالك ، وقال الإمام أحمد بن

---

(١) متاع البيت هو كل ما ينتفع به في بيت الزوجية من أثاث وملابس وأدوات وأوان وغيرها ، (انظر : الأحكام الشرعية ، شعبان : ص ٣٠٩) .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٦٣ ، ج ٧ ص ٤٧٨ ، البدائع : ٦ ص ٢٥٣ ، مجمع الانهر : ٢ ص ٢٦٨ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ٣١٢ ، معين الحكام : ص ١٢٦ ، المجلة ، المادة ١٧٧١ ، الهداية وشروحها : ٦ ص ٢٠٩ ، الفروق : ٣ ص ١٥٠ ف ١٦٠ ، تبصرة الحكام : ٢ ص ٥٧ ، ١١٧ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٢٤ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٢٥ ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، منلا خسرو : ٢ ص ٣٤٢ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠١ ، المختصر النافع : ص ٢٨٥ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٢٩ ، وقارن مع أصول الإثبات في الفقه الجعفري ، لمحمد جواد مغنية ، فإنه ينكر الصلاحية ويعتبر اليد هي الأصل : ص ١٢٩ وما بعدها .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٦٣ ، الهداية وتكملة فتح القدير : ٦ ص ٢٠٩ .

حنبل وابن القاسم من المالكية والإمامية وعثمان البتى وعبد الله بن الحسن والحسن بن زيد وزفرفي أحد قوليه : أن ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد اليمين لاشتراكهما في اليد (١) .

ولا عبرة لاحتمال أن يملك كل منهما ما يصلح للآخر لأنه نادر ، والنادر لا حكم له ، والظاهر الأول وهو الغالب مع اجتماع اليد والصلاحية .

هذا إذا كان الزوجان على قيد الحياة ، أما بعد وفاة أحدهما فالحكم كالسابق عند المالكية ، وقال الإمام أبو حنيفة بخلاف صاحبيه المتاع الصالح للرجال والنساء يكون للحي منهما لاستمرار يده وعدم بقاء يد الآخر (٢) .

وإعمال القرينة العرفية في اليد والصلاحية إذا لم يكن أحدهما صانعاً أو تاجراً في النوع الصالح للآخر ، وإلا تعارضت القرينتان أو تعارض الظاهران ولا بد من رجح آخر .

القول الثاني :

أن متاع البيت يقسم بين الزوجين نصفين سواء أكان مما يصلح للرجال أم مما يصلح للنساء أم مما يصلح لهما ، لظاهر اليد منهما ، لأن البيت بأيديهما ، واشتراكهما في اليد يمنع الترجيح بالعرف وللتمسك بالحديث الشريف : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وبما أنه لا يوجد بينة فالحكم بظاهر اليد ، والصلاحية لا تبطل أثر اليد ، وخاصة عند احتمال أن يملك كل منهما ما يصلح للآخر .

ذهب إلى ذلك الشافعية والظاهرية وبعض الإمامية وروى عن سفيان الثوري والقاسم بن معاذ بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود وشريك وزفرفي أحدقوليه (٣) .

فاليد قرينة على الملك باتفاق ، وبها تمسك أصحاب القول الثاني ، والصلاحية قرينة عرفية يشهد لها شاهد الحال والعرف والعادة ، وقد تعارض ظاهر الحال المستفاد من العادة الغالبة مع اليد ، فقدم الجمهور الأولى لدلالة شاهد الحال والظاهر واعتبروا هذه القرينة قوية

---

(١) الافصاح : ص ٤٤١ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٢٠ ، المغنى : ٩ ص ٣٢٠ ، المختصر النافع ص ٢٨٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٦٤ ، تبيين الحقائق : ٤ص٣١٢.

(٣) الحاوي : ١٣ ق ٨٣ أ ، المهذب : ٢ ص ٢١٨ ، الأشباه والنظائر ، السبكي : ق ٨ ب ، السنن الكبرى : ١٠ ص ٢٦٩ ، القواعد في الفروع الزركشي : ق ٢٠١ ب (نمرة ٢٣٠ أصول) قواعد الأحكام : ٢ ص ٥٦ ، مختصر المزنى : ٥ ص ٢٦٦ ، المحلى : ج ٩ ص ٤٢٤ ، شرائع الإسلام : ٢ ص ٢٢٩ .

في الدلالة على صاحب الحق في التنازع في متاع البيت ، بينما حافظ الشافعية ومن معهم على قرينة اليد ، ولم يعتبروا قرينة الصلاحية قوية في الدلالة (١) .

والنسبة بين القرينة ومدلولاتها قد تكون عقلية وقد تكون عرفية ، وبناء عليه تنقسم القرائن إلى قرائن عقلية وقرائن عرفية .

فالقرائن العقلية هي التي تكون النسبة بينهما وبين مدلولاتها ثابتة يستنتجها العقل دائماً ، كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة ، ووجود الجراح في جسم الميت دلالة على قتله بآلة حادة .

والقرائن العرفية هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولاتها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً ، وتتبدل بتبديلها كمن حلف ألا يأكل لحماً فأكل سمكاً ، فلا يحنث ، لأن العرف لا يطلق اللحم على السمك ، ومن يتعاقد مع آخر على شراء سلعة في سوق داخلي ويتفقان على تحديد الثمن ، فيكون الثمن بعملة البلد المستعملة فيه ، لأن العرف بين الناس بالتعامل فيها ، ومثل قبول الهدية من الصبيان ، واعتبار قولهم في الاذن بالدخول مع أن عبارة الصغير لا تعتبر في الشرع ، ولكنّ تعارف الناس على ذلك يجعل كلامهم مقبولاً ، فهو قرينة على إذن الولي بذلك ، وكشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى فإنها قرينة على قصد الأضحية ، ويشترط فيها الخلو من العيوب المانعة من جواز ذبحها وإلا ردت إلى صاحبها (٢) .

أنواع القرائن :

تتنوع القرائن إلى أنواع كثيرة باعتبارات شتى ، فتنقسم القرائن بحسب قوتها وضعفها إلى ثلاثة أنواع :

الأول : أن تكون دليلاً قوياً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر ، فهي بينة نهائية ، ويطلق عليها القرينة القاطعة ، كما لو خرج رجل من دار وهو مرتبك ، ومضطرب وخائف وفي يده سكين ، ثم وجد في الدار حالاً قتيل يتشخبط في دمه ، وأنه حديث القتل ، فهذه الحالة قرينة

---

(١) في هذه المسألة تسعة آراء للفقهاء لا مجال لذكرها ، انظر البحر الرائق : ٧ ص ٢٢٦ ، الحاوي : ١٣ ق ٨٣ أ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٦٤ ، المحلى : ٩ ص ٤٢٤ .

(٢) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام : ٢ ص ١٣٩ ، الطرق الحكمية : ص ١٠٨ ، المدخل الفقهي العام : ٢ ص ٩١٥ .

قاطعةعلى القتل عند جماعة من الفقهاء[1]، بينما اعتبرها آخرون قرينة قوية على اللوث وتوجيه أيمان القسامة[2]، ومثل ذلك القيافة في النسب، والخلوة في استحقاق المهر عند الحنفية والحنابلة، وعلامة الإسلام أو شارة الكفر على الركاز، ووطء المرأة التي زفت الى العريس ليلة العرس وغير ذلك.

الثاني : أن تكون دليلاً مرجحاً لما معها ، ومؤكدة ومقوية له ، كالوصف الصحيح في تنازع المؤجر والمستأجر في كنز في وسط الدار ، فكلاهما صاحب يد ، والوصف رجح أحدهما ، والصلاحية في الاستعمال عند تنازع الزوجين في متاع البيت ، فكلاهما صاحب يد ، ويرجح قول كل منهما فيما يصلح له ، وذلك جميع الحالات التي اعتبر الشارع فيها قول صاحب القول لقرينة مصاحبة يراها الشارع أو الفقيه ، كالشفقة في الوصاية ، والأمانة في الوديع [3] .

الثالث : أن تكون دليلاً مرجوحاً فلا تقوى على الاستدلال بها ، وهي مجرد احتمال وشك فلا يعول عليها في الإثبات ، وتستبعد في مجال القضاء ، كاليد إذا قارنها دليل أو قرينة أقوى من اليد في حالة من يحمل عمامة وعلى رأسه عمامة ، وآخر يعدو وراءه حاسر الرأس ولا عادة له في ذلك ، فتقدم هذه القرينة على يد الخاطف ، وكذلك اليد مع الشهادة تصبح ضعيفة ، والنكول مع الشهادة . ومن هذا النوع الحدس الضعيف ، والظن المرجوح ، والأمارة البعيدة وغير ذلك مما يستبعد عند النظر في الدعوى .

وتنقسم القرائن بحسب مصدر القرينة إلى ثلاثة أنواع [4] :

الأول : قرائن نصية : ورد عليها نص من الكتاب أو السنة وجعلها الشارع أمارة على شيء معين مثل الدم قرينة على القتل في قصة يوسف ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ سورة يوسف ١٨ ، ومثل شق الثوب قرينة على المباشرة ﴿ إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ

---

(١) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية : ص ٨٣ ـ ٨٤ .

(٢) الأم للإمام الشافعي ٦ص ٧٩.

(٣) تبصرة الحكام : ١ ص ٣١١ ، ٣١٢ ، الطرق الحكمية : ص ٢١ .

(٤) تنقسم القرائن في القانون إلى قسمين قضائية وهي التي لم ينص عليها القانون ، وتمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى ليقتنع بأن لها دلالة معينة ، وقرائن قانونية وهي التي ينص عليها القانون وتغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة من طرق الإثبات ، وهذا التقسيم للقرائن لم يذكر الفقهاء له مثيلاً ، ولكن إذا تأملنا الوقائع والحقوق التي تثبت في الشريعة بالقرائن وتدل عليها الأمارات والعلامات نرى أن الشريعة الغراء ليست بعيدة عن هذا التقسيم ، وتقبله في مجال التصنيف والتبويب (انظر : المدخل الفقهي العام : ٢ ص ٩١٨ ، من طرق الاثبات ، الدكتور البهي : ص ١٢٠، طرق الاثبات الشرعية : ص ٩٤) .

وهُوَ مِنَ الكَاذِبِينَ ، وإنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَادِقِينَ ﴾ سورة يوسف الآيتان ٢٦ ، ٢٧ . ومثل العلامات التي أقامها الله تعالى للاهتداء بها في قوله تعالى : ﴿ وعَلاَمَاتٍ وبالنَجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾ سورة النحل ، ١٦ ، ومثل الفراش أمارة وقرينة على نسبة الولد إلى الزوج ، ومثل الشبه في القافة ، واللوث في القسامة ، والصمات في البكر قرينة على رضائها ، ووضع العلامات التي تدل على المؤمن أو تميز المنافق والكافر من غيرهما ، ويمكن تسمية هذا النوع القرائن الشرعية لنص الشارع عليها .

الثاني : قرائن فقهية : فقد استخرج الفقهاء بعض القرائن ، وجعلوها أدلة على أمور أخرى ، وكذلك استنبط القضاة كثيراً من هذه القرائن ، واستدلوا بها في الدعاوى ، وسجلوها في كتب الفقه والمؤلفات الخاصة ، ويمكن ضمها إلى القرائن الشرعية السابقة ، باعتبار أن القاضي يلتزم بالحكم بموجبها ما لم يكن مجتهداً مطلقاً ، ويطلق على مجموع النوعين القرائن الشرعية والفقهية وهي التي ورد فيها نص شرعي أو نص فقهي يلتزمه القاضي .

الثالث : قرائن قضائية : وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء ، ومعرفة الأحكام الشرعية التي تكّون لديهم ملكة يستطيعون لها الاستدلال وإقامة القرائن في القضايا ومواضع الخلاف ، ويلاحظون العلامات ويستخرجون الأمارات من ظروف كل دعوى عن طريق الفراسة والفطنة والذكاء ويصلون إلى معرفة الحق ، وتمييز الطيب من الخبيث والأمثلة على ذلك كثيرة في هذا المضمار ، ولكن يجب إحاطتها بالحيطة والحذر وعدم التعويل عليها إلا ضمن القواعد والضوابط المقبولة ، ويمكن تسميتها بالقرائن القضائية أو الاجتهادية ، وسوف نضرب أمثلة لكل نوع فيما بعد .

تعريف القرينة في القانون :

لم يعرف القانون المصري أو القانون السوري القرائن بخلاف المشرع الفرنسي فقد عرفها القانون المدني الفرنسي في (المادة ١٣٤٩) بقوله :

هي النتائج التي يستخصها القانون أو القاضي من واقعة معروفة إلى واقعة غير معروفة .

وعرفها الدكتور الصدة : القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول [1] .

---

(١) الإثبات في المواد المدنية ، له : ص ٢٨٣ .

وعرفها الدكتور مرقس بقوله : هي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت (١) .

أنواع القرينة في القانون :

ونوع يستنبطه المشرع نفسه بما يغلب وقوعه عملاً في طائفة معينة من الحالات ، فيبنى عليه قاعدة عامة ينص عليها في صيغة مجردة ، وهي القرائن القانونية ، وهي ليست أدلة بمعنى الكلمة ، وإنما تتضمن إعفاء مؤقتاً أو نهائياً من عبء الإثبات ، ويجمع بين النوعين أنهما يستندان على فكرة الاحتمال والترجيح (٢) ، ونفصل القول في كل نوع على حدة .

القرائن القضائية :

عرفها قانون البينات السوري بأنها القرائن التي لم ينص عليها القانون ، وأمكن القاضي أن يستخلصها من ظروف الدعوى ، وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضي استنباط هذه القرائن .

فهي أمر يستنبطه القاضي من أمور أخرى ثابتة لديه في دعوى معينة فيعتبر هذا الأمر ثابتاً من طريق الاستنباط ، فهي إذن دليل غير مباشر يتطلب ثبوت بعض الوقائع للاستدلال بها ، وتعتمد على ذكاء وفطنة القضاة ، وتقوم القرائن القضائية على عنصرين :

الأول : مادي ويتكون من الوقائع التي يتحقق القاضي من ثبوتها ليفسرها ، ويستنبط منها الأدلة على ما يريد إثباته .

الثاني : معنوي وهو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي ومرجعه فطنة القاضي وذكاؤه . وبما أن القاضي غير معصوم من هذه الناحية بل معرض للخطأ في الاستنباط ، فإن قيمة القرائن أقل من غيرها ، وتعتبر بمثابة الشهادة في الإثبات وهي دون

---

(١) موجز أصول الإثبات ، له : ص ١٧٠ ، انظر كتاب مبادىء الإجراءات الجنائية ، رؤوف عبيد : ص ٥٨٧ ط ٥ عام ١٩٦٤ .

(٢) قانون الإثبات المصري ، شرح وتعليق محمد عبد الرحيم عنبر : ص ١٤٢ ، الإثبات ، الصدة ص ٢٨٣ .

الكتابة والإقرار واليمين [1] . ويصح إثبات ما يخالفها بكافة الطرق ولو كانت بقرينة في قوتها ومساوية لها أو أقوى منها . والمرجع في ذلك اقتناع القاضي بالقرينة ، واستنباط ما يراه أجدر بالاهتمام والتقديم ، ولذا نصت (المادة ١٠٠) من قانون الاثبات المصري على ما يلي : « يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون » .

والقرائن القضائية لا تقع تحت حصر لأنها وليدة الظروف والحوادث واستنتاج الدعاوى والوقائع وهي مختلفة ومتباينة ، وهي ذات أهمية في الإثبات من الناحية العملية لتعذر الإثبات المباشر في أغلب الحالات .

القرائن القانونية :

هي التي ينص عليها القانون والتي تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات [2] ، ويهدف القانون من النص على القرائن القانونية تحقيق مصلحة عامة كما هو الحال في حجية الأمر المقضي به، أو حماية مصلحة خاصة يرعاها القانون مثل حقوق الورثة في تصرف المريض . والقرائن القانونية نوعان :

١ ـ القرائن القانونية المطلقة أو القاطعة : وهي التي لا يجوز إثبات عكسها مبدئياً بوسائل الإثبات العادية كالكتابة والشهود ، ولكن يجوز إثبات عكسها بالإقرار القضائي أو اليمين . والأصل أن تكون القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ما لم ينص القانون على خلافه .

٢ ـ القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة : وهي التي تعفي من الإثبات بالنسبة للشخص الذي وضعت لمصلحته ، ولكن يحق للخصم إثبات عكسها [3] .

والقرائن القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات أي تعفي من يتمسك بها من عبء الإثبات .

الفرق بين القرائن القانونية والقرائن القضائية :

١ ـ القرينة القانونية تتميز بوجود نص صريح في القانون ، وأنها لا تتقيد بقيمة المدعى ،

---

(١) الإثبات في المواد المدنية ، الصدة : ص ٢٨٥ ، موجز أصول الإثبات : ص ١٧٠ ، المقارنات التشريعية : ج ٣ ص ٢١ ، أصول المحاكمات ، أنطاكي : ص ٥٩٨ .

(٢) المادة ٩٩ من قانون الإثبات المصري ، المادة ٨٩ من قانون البينات السوري . وانظر : أصول المحاكمات ، أنطاكي : ص ٥٨٢ ، موجز أصول الإثبات : ص ١٧٧ .

(٣) أصول المحاكمات ، أنطاكي : ص ٥٩٧ .

ويعفى صاحبها من الإثبات ، وتؤدى إلى بطلان بعض العقود التي نص عليها القانون ، أو منع سماع الدعوى ، وأن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس وغير القاطعة تقبل ذلك .

٢ ـ أما القرائن القضائية فهي ليست مسطورة في القانون وإنما يستخلصها القاضي من ملابسات القضية وظروفها ، وهي أضعف من القانونية ، فلا يجوز الإثبات بها إلا فيما يجوز الإثبات فيه بالبينة ، ولا يمنع الخصم من إقامة أدلة على نفيها أو اضعافها .

القرائن الطبيعية :

وهناك نوع آخر من القرائن لم ينص عليها القانون [١] ، ويلتزم بها القاضي دون اجتهاد منه أو استنباط وهي القرائن الطبيعية التي توحي بها الطبيعة وتدل عليها ، وهي قاطعة وملزمة للقاضي وليست قضائية ولا قانونية ، فإذا ثبت وجود شخص في يوم معين فيستفاد أنه كان موجوداً قبل هذا اليوم بقرينة قاطعة ، لأن الطبيعة البشرية تمنع أن يوجد الإنسان حياً بعد موته ، وكذا لو مضى على ولادة شخص زمان طويل لا يعيش الشخص لمثله كثلاثة قرون فهذا قرينة على موته قطعاً .

ويضاف إلى ذلك القرائن المادية وهي أدلة ملموسة تدرك باللمس أو بالنظر ، وتكون في مكان الحادثة أو في منزل المتهم أو في أية جهة أخرى ، مثل البصمات وآثار الأقدام والبقع الدموية والمنوية والأوراق الممزقة أو المحروقة إذا جمعت وعرف مضمونها ، وهذه القرائن ذات أهمية كبرى في التحقيق الجنائي [١] ، وقد ذكر الفقهاء مثيلاً لها في وجود المسروقات عند المتهم .

* * *

(١) من طرق الإثبات ، الدكتور البهى : ص ١١٩ .

(٢) البوليس والكشف عن الجريمة اليوم : ص ٧٢ وما بعدها .

المبحث الثاني
في
مشروعية القرائن

مقدمة :

البينة هي كل ما يبين الحق ويظهره ، وأهم البينات : الشهادة والإقرار واليمين والكتابة ، فإذا لم تتوفر إحدى هذه البينات المباشرة فيمكن اللجوء إلى وسيلة أخرى غير مباشرة يستنبطها الفقيه أو القاضي أو ينص عليها الشارع، ويجعلها علامة ودليلاً على الحق ومرشداً إليه، وهي القرائن القوية أو الأمارات الظاهرة، فالقرائن تقوم مقام الوسائل الأخرى إذا فقدت في الدعوى[1].

وإذا بحثنا في بطون الفقه الإسلامي الزاخر وجدنا كثيراً من الأحكام تعتمد على القرائن ، سواء في ذلك الأحكام العامة ، أو وسائل الإثبات فيما تعتمد عليه من أسس وضوابط وأحكام ، وذلك في مختلف المذاهب .

فالأحكام الفقهية الاجتهادية القائمة على العرف والعادة في تحقيق مصالح الناس تعتمد مباشرة على ترجيح احتمال على آخر ، لقيام صلة وعلاقة تؤيده ، مثل تعارف الناس في نقد الثمن بالعملة الرائجة ، ووجوب مهر المثل إذا لم يذكر مهر في العقد ، وتقسيم المهر إلى معجل ومؤجل بحسب العرف .

ووسائل الإثبات نفسها تعتمد على القرائن ، فالشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ، ونرجح احتمال الصدق فيه لقرينة ظاهرة وهي أن الشاهد لا يجر بها نفعاً لنفسه مباشرة ، وأنه مدفوع بموجب عقيدته بأداء الشهادة الصحيحة ، والإقرار خبر أيضاً ويرجح احتمال صدقه الذي يقرب من اليقين أنه إخبار من نفسه على نفسه لآخر ، مع حب الإنسان للمال ، وطمعه في الاكتساب ، والعدالة التي تعتبر شرطاً في الشهادة يكتفي فيها بالعدالة الظاهرة ـ كما يقول

---

(١) الإسلام عقيدة وشريعة ، الشيخ محمود شلتوت : ص ٢١١ ـ ٢١٢ ط ١٣٧٩ ـ ١٩٥٩ .

الإمام أبو حنيفة ـ لأنها ثابتة للمسلم ما لم يظهر فيه مطعن لقوله تعالى : ﴿ وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُم أُمَّةً وَسَطاً ﴾ سورة البقرة ١٤٣ ، أي عَدْلاً ، ولقول عمر رضى الله عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض » (١) .

والشهادة لا تجوز إلا بعد علم الشاهد بالمعاينة أو السماع ، ومع ذلك يجوز للشاهد أن يشهد على ضرر الزوجين أو على إعسار المدين بما يظهر له من الصحبة وقرائن الصبر على الضرر (٢) .

والفقهاء لم يذكروا القرينة مع وسائل الإثبات إلا قليلاً ، ولم يخصصوا لها باباً مستقلاً ، ولكنهم ذكروها عرضاً في كثير من الأبواب والفصول والأحكام ، و استندوا إليها في القضاء والحكم دون استثناء ، فالفقهاء مجمعون على الأخذ بالقرائن في الجملة ويختلفون في التفصيل (٣) .

فمنهم من ذكرها صراحة واعتبرها وسيلة في الإثبات ، ومنهم من ذكر القرائن في مجال الاحتجاج والترجيح في أبواب كثيرة وحالات جمّة ، ولم يربط بينها ، أو يستخرج قاعدة عامة ، فيحكم مثلاً بناء على اليد أو ظاهر الحال أو العرف والعادة أو الأمارة الظاهرة أو العلامة ، وأن بعض الفقهاء يعلل الأحكام والأقضية بأحد هذه الدلالات القوية ، ثم ينكر الاستدلال بالقرائن أو الاعتماد عليها ، ولعل السبب في عدم تصريح الفقهاء بالقرائن هو الاحتياط والتحرز وسد الذرائع ، لأن استعمال القرائن يحتاج إلى صفاء الذهن وحدة الفكر ، ورجحان العقل وزيادة التقوى والصلاح والإخلاص ، وإلا انحرف بها صاحبها وأصبحت أداة للظلم ووسيلة للاضطهاد والتعسف .

مشروعية القضاء بالقرائن :

اختلف الفقهاء في مشروعية الإثبات بالقرائن على قولين :

---

(١) يقول ابن العربي في قوله تعالى : ﴿ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ الرضا معنى يكون في النفس بما يظهر إليها من الأمارات عليه ، وبما يقوم من الدلائل المبينة له . . . وهذا دليل على جواز الاجتهاد والاستدلال بالأمارات والعلامات على ما خفى من المعاني والأحكام ، (انظر : أحكام القرآن ، له : ١ ص ٢٥٤ ، أعلام الموقعين : ١ ص ٨٥) .

(٢) المجموع وحاشية حجازى عليه : ٢ ص ٣٢٨ .

(٣) قال الشيخ محمود شلتوت : ومما ينبغي المسارعة إليه في هذا المقام أن الناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء ، وأن أوسع المذاهب في الأخذ بها مذهبا المالكية والحنابلة ، ثم الشافعية ثم الحنفية ، (الإسلام عقيدة وشريعة ، له : ص ٤٦٩ ، مذكرة في السياسة الشرعية ، عبد العال عطوة : ص ١٣٤) .

القول الأول :

جواز القضاء بالقرائن ، وقال به صراحة ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة ، وبدر الدين ابن الغرس والزيلعي وابن عابدين والطرابلسي من الحنفية ، وابن فرحون وابن جزى ء وعبد المنعم بن الفرس من المالكية ، ومحمد أطفيش من الاباضية ، وقال بها دلالة أغلبية الفقهاء في كتبهم ، كما صرح بها ابن القاسم العنسي اليماني الزيدي ، أما بقية الفقهاء فلم يتعرضوا للقرائن بالاثبات أو النفي إطلاقاً ، وبعد البحث والتدقيق نجد أنهم استخرجوا قرائن كثيرة ، واستنبطوا علامات جمّة على الوقائع والأحداث ، وذكروها في كتبهم ، وأقاموا كثيراً من الأمارات ، وعللوا بها الأحكام [1] .

القول الثاني :

منع القضاء بالقرائن ، وصرح به الخير الرملي وابن نجيم وصاحب تكلمة رد المحتار على الدر المختار [2] .

الأدلة :

أدلة المجوزين : استدل القائلون بمشروعية القضاء بالقرائن بالكتاب والسنة .

فأما الكتاب :

فأولاً : قوله تعالى في قصة يوسف : ﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾ سورة يوسف الآية ١٨ .

وجه الدلالة :

أن إخوة يوسف جعلوا الدم على القميص علامة على صدقهم بأكل الذئب ليوسف ، وهذه قرينة ، ولكن عارضتها قرينة أخرى أقوى منها وأظهر دلالة وتكذب الأولى ، وهي أن القميص كان سالماً ، فاستدل يعقوب عليه السلام من سلامة القميص على كذبهم ودلّل على أخذه بالقرينة الثانية ورد الأولى بما روى عنه أنه قال : « متى كان الذئب حليماً ، يأكل

---

(١) تبصرة الحكام : ١ ص ٢٠٢ ، الطرق الحكمية : ص ٩٧ ، ٢١٢ ، التاج المذهب : ٤ ص ١١٤ حاشية ، معين الحكام : ص ١٦١ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٣٥٤ ، شرح النيل : ٧ ص ٥٤٨ ، وسوف نرى آراء الفقهاء ومراجعهم في الجزئيات والأمارات الخاصة .

(٢) تكملة رد المحتار : ٧ ص ٤٣٧ وما بعدها ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٠٥ .

يوسف ، ولا يخرق قميصه » قال تعالى : على لسان يعقوب : ﴿ بل سوّلت لكُم أنفُسُكم أمراً فصبرٌ جميلٌ والله المُستعان على ما تَصِفُون ﴾ سورة يوسف الآية ١٨ .

فالآية دليل على مشروعية القرائن وجواز الاعتماد عليها في القضاء ، وهذه القرينة قطعية في تكذيب ادعاء بأكل الذئب (١) .

قال القرطبي : قال علماؤنا رحمهم الله : لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم ، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها ، وهي سلامة القميص من التنييب ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ، ويسلم القميص من التخريب (٢) ، وقال أيضاً : استدل الفقهاء بهذه الآية في أعمال الأمارات في مسائل الفقه ، كالقسامه وغيرها ، وأجمعوا على أن يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص ، وهكذا يجب على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات اذا تعارضت ، فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح وهي قوة التهمة ولا خلاف بالحكم بها (٣) .

ثانياً : قوله تعالى في قصة يوسف أيضاً : ﴿ وشَهِدَ شاهدمِنْ أَهْلِهَا إنْ كَانَ قَمِيصهُ قُدّ من قُبُلٍ فصدقتْ وهُوَ مِنَ الكَاذِبينَ ۞ وإنْ كانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فكَذَبَتْ وهُوَ مِنَ الصَادِقينَ ۞ فلمَّا رأى قميصَه قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قال: إنَّه مِنْ كَيْدكُنَّ إنَّ كَيْدَكُنَّ عظيمٌ ﴾(٤) .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى جعل شق الثوب قرينة ودليلاً على صدق أحد المتنازعين ، وأن الزوج توصل من ذلك إلى تصديق يوسف وتكذيب زوجته ، وقد جعل الله تعالى شق القميص أمارة وسبباً للحكم بذلك ، وهذا دليل على مشروعية القرائن ، والاستناد في الحكم على الأمارات ، وسمى قوله شهادة ، لأنه أدى مؤداها في إثبات قول يوسف وإبطال قولها (٥) .

---

(١) تبصرة الحكام نقلاً عن ابن الفرس : ١ ص ٢٠٢ ، ج ٢ ص ١١١ ، تفسير ابن كثير : ٢ ص ٤٧١ ، تفسير الكشاف : ٢ ص ٣٠٨ ، تفسير الطبي : ١٢ ص ١٦٣ .

(٢) تفسير القرطبي : ٩ ص ١٤٩ .

(٣) المرجع السابق : ٩ ص ١٥٠ .

(٤) سورة يوسف ، الآيات ٢٦ ـ ٢٨ .

(٥) تفسير ابن كثير : ٢ ص ٤٧٥ ، تفسير القرطبي : ٩ ص ١٧٢ ، تفسير الطبري : ج ١٢ ص ١٩٥ ـ ١٩٦ ، الطرق الحكمية : ص ٦ ، تفسير الكشاف ، الزمخشري : ج ٢ ص ٣١٤ ،

ونقل ابن فرحون في (تبصرة الحكام : ٢ ص ١١٢) عن ابن الفرس أنه قال : « هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارت والعلامات فيما لا تحضره البينات » .

ويعترض على الاستدلال بالآيتين بأنه شرع من قبلنا فلا يكون شرعاً لنا .

والجواب عنه أن علماء الأصول قرروا أن شرع من قبلنا يكون شرعاً لنا إذا ورد في شريعتنا ما يؤيده ويدعمه ، وقد ورد في القرآن الكريم والسنة الشريفة العمل بالقرائن في كثير من المناسبات [1] .

ثالثاً : قال الله تعالى : ﴿ وعَلَامَاتٍ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾ سورة النحل ، الآية ١٦ .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى جعل العلامات وأمارات الطرق دليلاً ومرشداً إلى اهتداء الناس في مساربهم وطرقهم ، وهذه العلامات هي معالم الطرق بالنهار كما قال ابن عباس ، وقال غيره : إن العلامات هي الجبال أو الأنهار أو الرياح أو النجوم يهتدى بها ، فهذه الأمارات أمور مادية قائمة بذاتها ومع ذلك فإنها تعتبر سبيلاً ومنهجاً للاستدلال بها على أمور أخرى في السير والسفر ، وهذا في مجال تعداد نعم الله تعالى على عباده [2] ، فالعلامات هي التي يستدل بها الناس في النهار من جبل ومنهل وريح وشم التراب ، والنجوم هي التي يهتدون بها ليلاً في البحر والبر ، والله تعالى نصب العلامات لتدل عليه ، فقال تعالى : ﴿ وأَلْقَى فِي الأَرْضِ رَوَاسِيَ أَنْ تَمِيدَ بِكُمْ وأَنْهاراً وسُبُلاً لَعَلَكُمْ تَهْتَدُونَ ، وعَلَامَاتٍ وبالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾ سورة النحل ، الآيتان ١٥ ، ١٦ .

السنة :

١ ـ أخرج الجماعة عن عائشة أنَّ رسول الله ﷺ قال في الحديث المشهور « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » [3] .

---

(١) علم أصول الفقه ، خلاف : ص ١٠٥ ، قارن كتاب الاحكام في أصول الأحكام ، الآمدي : ٣ ص ١٩٠ .

(٢) تفسير القرطبي : ١٠ ص ٩٢، تفسير أبي السعود: ٢ص ٨ط دار الطباعة المصرية، تفسير الطبري : ١٤ ص ٩٢، تفسير الكشاف: ٢ص ٤٠٤.

(٣)، روى عن طريق بضعة وعشرين صحابياً ، (انظر : صحيح البخاري مع فتح الباري : ١٢ ص ٢٥ ، ٤٣ ، ١٠٧ ط محمد ، حاشية السندي ٤ ص ١١٤ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٠ ص ٣٧ ، سنن النسائي مع زهر الربى : ٦ ص ١٤٦ ، ١٨٠ ، سنن أبي داود : ١ ص ٥٢٨ ط الحلبي ، جامع الترمذي : ٦ ص ٣١٠ ، مسند أحمد ، تحقيق أحمد شاكر : ١٢ ص ٢٥١ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٤٦) ، وهذا الحديث بمفرده رواه الجماعة إلا أبا داود عن أبي هريرة ونصه في حديث سعد بن أبي وقاص رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة ، (انظر : نيل الاوطار : ٦ ص ٣١٣ ، بدائع المنن: ٢ ص ٣١٩ ، احكام الأحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص ٢٢٠ ط السنة المحمدية ، الازهار المتناثرة =

وجه الدلالة :

الفراش قرينة على المخالطة المشروعة ، وإنزال ماء الزوج في رحم زوجته ، وتكوين الجنين منه ، فيكون الولد للزوج ، ويثبت نسبه منه ، لأن الغالب أن الفراش لا يكون إلا بالزواج الصحيح والمخالطة المشروعة ، فأقيمت القرينة على الغالب من الأحوال ، فالفراش قرينة ، والرسول ﷺ حكم بثبوتِ النسب به ، فالعمل بالقرينة مشروعٌ وجائز في ثبوت الأحكام .

وهذه القرينة ليست قاطعة ، وإنما هي من قبيل الظن ، ولما كانت تتعلق بنظام المجتمع البشري وإثبات الأنساب التي يحرص الشارع الحكيم على صحتها وسلامتها واتصالها وحفظها فقد أوصد باب التشكك في النسب ، وجعله فوق الأهواء والنزوات ، وأقام الحد على من يطعن بالنسب ، وإن النسب الحقيقي يقوم على أساس حدث طبيعي وهو تكوين الولد من الزوجة والزوج بعد الوطء ، والوطء يقع في غاية التستر والتكتم عن الناس ، وعلوق الماء في الرحم ، وتكوين الجنين لا يمكن الاطلاع عليه نهائياً ، وإنما يعرف تكوين الجنين من المرأة بالولادة ، وهو سبب شرعي منضبط في نسبة الولد إلى الأم ، وأناط النسب من الزوج بقرينة تدل على هذا التخلق وهو الفراش الصحيح ؛ لأن الغالب أن المرأة تحافظ على عرض زوجها فلا تكون فراشاً لغيره ، ولا يمكن إثبات ما يخالف هذه القرينة إلا عندما يفقد الأمل في بقاء الحياة الزوجية وتفقد الثقة بين الزوجين ، ويتعذر الإصلاح بينهما ، ويضطران إلى هدم البناء العائلي كلية ، وذلك عن طريق الملاعنة التي تعتبر الوسيلة لإنكار النسب ونفي الولد وإثبات اتهام الرجل لزوجته بالزنا[1] .

= في الاحاديث المتواترة ، السيوطي : ص ٣٢ .

والفراش عند العرب يعبر به عن الزوج وعن المرأة ، والأكثر اطلاقة على المرأة ، قال ابن دقيق العيد معنى الولد للفراش تابع للفراش أو محكوم به للفراش ، (فتح الباري : ١٢ ص ٢٨) ، والمرأة تصير فراشاً بمجرد عقد النكاح ونقلوا فيه الاجماع ، وشرطوا امكان الوطء بعده مع الخلاف في الامكان الفعلي أو العقلي ، (شرح النووي على مسلم : ١٠ ص ٣٨) ، والفراش هو افتراش المرأة بمسوغ شرعي أي الدخول بوط ء صحيح أو وط ء الشبهة ، (انظر : أصول الإثبات الجعفري : ص ١٦٩ ، معالم السنن : ٣ ص ١٨٠ .

(١) نيل الاوطار : ٦ ص ٣١٣ ، الطرق الحكمية : ص ٢٢٧ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٣٠ ، المقارنات التشريعية : ٣ ص ٢٣ ، المبسوط : ١٧ ص ١٦١ ، ١٦٢ ، الاحوال الشخصية ، محمد حسيني حنفي : ص ١٢ ، الوجيز ، الغزالي : ٢ ص ١٦٢ ، شرح المحلي على المنهاج : ٣ ص ١٦ ، أصول الاثبات الجعفري : ص ١٦٩ .

ونريد أن ننبه ـ بمناسبة حديث النسب ـ إلى بدعة خطيرة ، وتصرف جاهلي ظهر في عصرنا الحاضر ، وهو أن بعض الأفراد الذين حرموا من نعمة البنوة يقصدون دار الايتام ويختارون أحد الأطفال الذين ترعاهم الدار لفقد والدهم وعدم المعيل أو المنفق عليهم ، ويتخذونه ابنا رسميا ويسجلونه في سجلات الأحوال المدنية ، رغم ثبوت نسبة الأصلي ، =

إليه » [1].

وجـــه الـــدلالـــة :

أن معرفة الوعاء والرباط والعدد دليل على صحة قول مدعى اللقطة ووصف اللقطة قرينة مصاحبة وملازمة لها تقوم مقام البينة، وهذا دليل على مشروعية القضاء بالقرائن.

واعترض عليه بأن الأوصاف تتشابه فلا تتعين لمعرفة الحق، فلا بد من البينة [2].

والجواب عنه أن الفقهاء جميعاً قالوا بهذه القرينة، وأنها حجة، وانما الخلاف في قوتها هل هي ملزمة للملتقط فيجبر على الأداء أم لا يجبر عليها ؟

قال المالكية والحنابلة [3] : يجبر الملتقط على دفع اللقطة الى واصفها استدلالاً بهذا

= ويعتبرونه ولدا لهم، فإلى هؤلاء نسوق الآية الكريمة: ﴿ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ، واللهُ يَقُولُ الحَقَّ وهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ، ادْعُوهُمْ لآبائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللهِ، فإنْ لَمْ تَعْلَمُوا آباءَهُمْ فإخْوانُكم في الدِينِ ومَوَالِيكُمْ﴾ سورة الاحزاب الآيتان ٤، ٥ ونذكر بالحديث الصحيح في البخاري ومسلم: «من ادعى الى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام (فتح الباري: جـ ١٢ ص ٤٤) ولفظ مسلم «ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمُه إلا كفر، ومن ادعى ماليس له فليس منا، وليتبوأ مقعدَه من النار»(مختصر صحيح مسلم: ١ ص ١٩، جامع الترمذي: ٦ ص ٣١١، احكام الأحكام، ابن دقيق العيد: ص ٢٢٤، ط السنة المحمدية)، كما نذكر بالآية الكريمة: ﴿لِلّهِ مُلْكُ السَّمواتِ والأَرْضِ يَخْلُقُ ما يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إنَاثاً ويَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ الذكُورَ، أو يُزَوِجُهم ذُكْرَاناوإنَاثاً، ويَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيما، إنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ سورة الشورى، ٤٩ ـ ٥٠، كما ننبه السلطات المسؤولة إلى فداحة هذا الأمر، وأنها مسؤولة عن إقرار هذا العمل الجاهلي الذي حرمه الإسلام، وأبطله منذ أربعة عشر قرنا، ويتنافى مع الشرف والعرض وحفظ الأنساب والأعراض، وكان الأولى بالدولة أن تطبق الأحكام الشرعية في النفقة أو تستمر في الإنفاق عليهم من مال الدولة أو تعطيهم لمن يرعاهم دون تغيير النسب، وكان الأولى بالناس أن يرعوا هؤلاء اليتامى ويحسنوا إليهم ابتغاء وجه الله وقصد مرضاته، مع الحفاظ بالنسب الحقيقي لهم.

(١) صحيح البخاري مع السندي: ٢ ص ٤٢، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ ص ٢١، ٢٥، سنن أبي داود: ١ ص ٢٦٠، سنن الترمذي بشرح ابن العربي: ٦ ص ١٣٨، الأم الشافعي: ٧ ص ٢٠٩، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨٣٨، الوكاء: الخيط الذي يُشد به الوعاء، وعِفاصُها: هو الوعاء تكون فيه اللقطة جلدا كان أو غيره.

(٢) الحاوي: ٩ ص ١٨ ب، معين الحكام: ص ١٢٩، قواعد الأحكام: ٢ ص ١٣٨، صحيح مسلم: ١٢ ص ٢٢.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٣، جـ ٢ ص ١٠٤، ١١٣، ١١٧، الطرق الحكمية: ص ١٠، ٩٨، ٢١٥، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٩، منح الجليل: ٤ ص ١١٧، مواهب الجليل: ٦ ص ٧٠.

الحديث، ولأن كل امارة غلب بها في الشرع صدق المدعي جاز أن توجب قبول قوله، والوصف بينة ظاهرة، قال أحمد رحمه الله: أصح شيء في هذا الباب هذا الحديث[1].

وقال الحنفية والشافعية[2] : إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن ووقع في نفس الملتقط أنه صادق فيجوز له اعطاؤه اللقطة ولا يجبر على ذلك الا ببينة، لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط بصفتها، ولا يعطى المدعي بمجرد دعواه، وإن صفة اللقطة من تمام الدعوى فلا تعتبر بينة للمدعي، وأن الحديث الشريف يتعلق بمعرفة العفاص والوكاء للملتقط حتى لا تختلط بما له أو يحمل الحديث على الجواز وليس على الوجوب .

وصرح الماوردي بحمل الحديث على الجواز، وهو المطلوب في دلالة الوصف على مشروعية القرائن، وأن الرواية الثانية بمعرفة الوعاء والرباط مع الاستفادة من اللقطة واستعمالها ليس الا لدفع اللقطة لواصفها إذا حضر، والحديث رتب الدفع والأداء على الوصف الكامل بها، فالحديث صريح باعتماد القرائن، وقد عمل الحنفية بالعلامة والوصف في دعوى اللقيط فمن ذكر علامة في بدن اللقيط دون الآخر فوافقت دعوته العلامة، فصاحبها أولى به لرجحان دعواه بالعلامة، قال الكاساني معللاً ذلك: لأن الشرع ورد بالترجيح في الجملة »[3] وقاسوه على الركاز أكثر من الأعيان الأخرى[4].

٣ ـ أخرج البخاري ومسلم وأحمد عن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن ابني عفراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر فقال رسول الله ﷺ : هل مسحتما سيفيكما ؟ فقالا : لا، فقال: أرياني سيفيكما، فلما نظر إليهما قال: هذا قتله وقضى له بسلبه، وفي رواية: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، والرجلان معاذ بن عمرو بن الجموح، ومعاذ بن عفراء»[5].

وجـــه الـــدلالـــة :

ان النبي ﷺ قضى بينهما بالسلب اعتماداً على أثر الدم على السيف وأثر الدم قرينة من

---

(١) صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: ٦ ص ١٣٨.

(٢) الحاوي: ٩ ق ١٨أ، معين الحكام: ص ١٣٠.

(٣) البدائع ،له: ٦ ص ٤٥٣.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٢١٤.

(٥) صحيح البخاري بحاشية السندي ٢ص ١٢٩، صحيح مسلم: ١٢ص ٦١-٦٢، نيل الأوطار: ٧ص٢٨٤.

القرائن، وهذا يدل على مشروعية القضاء بالقرائن[1]، وهو حديث صحيح لا مجال للطعن فيه.

٤ ـ أخرج البخاري وأبو داود عن ابن عمر رضي الله عنهما قال أتى رسول الله ﷺ أهل خيبر على أن يجلوا منها، ولهم ما حملت ركابهم، ولرسول الله ﷺ الصفراء والبيضاء والحَلَقَةُ (وهي السلاح) ، وقال لهم رسول الله ﷺ : وبرئت منكم ذمةُ الله وذمةُ رسوله إن كتمتموني شيئاً، فغيبّوا مَسْكا فيه مال وحلي ليحيى بن أخطب، كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير، فقال رسول الله ﷺ لعم حيي بن أخطب : ما فعل مَسك حُيي الذي جاء به من النضير ؟ قال أذهبته النفقات والحروب، قال العهد قريب والمال أكثر من ذلك، فدفعه رسول الله ﷺ إلى الزبير فمسه بعذاب، فقال قد رأيت حييا يطوف في خربة ها هنا، فذهبوا فطافوا به فوجدوا المسك في الخربة[2].

وجـه الـدلالـة:

أن النبي ﷺ حكم بالقرينة وهي قرب العهد وكثرة المال على كذب الشخص وعدم تصديقه في نفاذ المال، وهذا دليل على مشروعية القضاء بالقرائن والاعتماد على شواهد الحال والأمارات الظاهرة[3].

٥ ـ روى أبو داود وابن ماجه عن جابر بن عبد الله، قال : أردت السفر إلى خيبر فأتيت النبي ﷺ فقلت له : إني أريد الخروج إلى خيبر ، فقال : إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإذا طلب منك آية فضع يدك على ترقوته[4].

وجـه الـدلالـة :

أن وضع اليد على الترقوة قرينة وأمارة، والرسولُ ﷺ اعتمد عليها في الدفع[5]، فالاعتماد على القرائن والأمارات مشروع وتعتبر بينة في الحكم، وإلا لما فعلها رسول الله ﷺ.

٦ ـ أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله

---

(١) تبصرة الحكام: ٢ص ٢١٤.

(٢) سنن أبي داود: ٢ ص ١٤١ ط الحلبي، معالم السنن: ٤ ص ٢٣٥.

(٣) الطرق الحكمية: ص ٧ وما بعدها، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٤.

(٤) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٨٢ ط الحلبي .

(٥) الطرق الحكمية : ص ١٢.

ﷺ قال: «لا تُنكح الأيّمُ حتى تُستأمر، ولا تُنكح البكرُ حتى تُستأذن، قالوا: يا رسول الله، فكيف إذنها؟ قال أن تسكت » وفي رواية عند مسلم والنسائي عن ابن عباس: «الأيّم أحقُّ بنفسها من وليها والبكر تُستأذن، وإذنها صماتُها »[1].

وجـــه الـــدلالة:

أن رسول الله ﷺ جعل صمات البكر دليلاً على الرضا، والصمات أو السكوت قرينة، ولذلك يجوز الاعتماد على القرائن.

قال ابن فرحون في هذا الحديث: «وهذا من أقوى الأدلة في الحكم بالقرائن »[2].

٧ - روى الإمام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والبيهقي عن أبي موسى رضي الله عنه أن رجلين اختصما في دابة وليس لواحد منهما بينة، فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين[3].

وجـــه الـــدلالة :

أن الرسول ﷺ حكم بالدابة لهما لوجود اليد منهما، واليد قرينة وعلامة على الملك، فجعلها النبي ﷺ بينهما لاستوائهما في الملك واليد، وذلك أن المدعيين لا يستحقان الدابة بمجرد الدعوى للحديث الشريف «لو يُعطى الناس بدعواهم » وإنما كانت لهما يد عليها، وهذا ما قاله الخطابي: «يشبه أن يكون البعير أو الدابة كانت في أيديهما[4]» فالقرينة حجة في الإثبات، وهذا يدل على مشروعية القرينة .

وهناك أمثلة كثيرة جداً تدل على مشروعية القرائن والعمل بها في السنة النبوية وأهمها الاعتماد على الشبه في القيافة في إثبات النسب، والعلامات التي صرح بها النبي الكريم التي

---

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٣ ص ١٦٣، مختصر صحيح مسلم: ١ ص ٢٠٩ رقم ٨٠٢، ٨٠٣، سنن أبي داود: ١ ص ٣٢٧، سنن النسائي : ٦ ص ٦٩، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٢٤٠، سنن ابن ماجه: ١ ص ٦٠١، احكام الأحكام: ٢ ص ١٩٠ قال ابن دقيق العيد: وفي الحديث دليل على أن إذن البكر سكوتها.

(٢) تبصرة الحكام، له: ٢ ص ١١٤، ١١٧، وانظر قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام: ٢ ص ١٣٧.

(٣) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٨ ط الحلبي، سنن النسائي : ٨ ص ٢١٧، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٨٠، السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٥٥، سبل السلام: ٤ ص ١٣٣، ولفظ الحديث: ادعيا بعيراً أو دابة .

(٤) معالم السنن: ٥ ص ٢٣١ مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري وتهذيب ابن قيم الجوزية، مطبعة السنة المحمدية .

تميز المؤمن وتوصم المنافق فقال : « إذا رأيتم الشابَ يرتاد المساجد فاشهدوا له بالإيمان »[1] وقال «آيةُ المنافق ثلاث : إذا حدّث كذب، وإذا أؤتمن خان وإذا عاهد غدر» وفي رواية «وإذا خاصم فجر »[2].

فجعل النبي ﷺ ارتياد المساجد أمارة على الإيمان، وأجاز لنا الشهادة له بذلك، وبين صفات المنافقين التي يعرفون بها، والتي تجانب الإيمان ولا تجتمع معه.

فهذه الأحاديث الصحيحة كافية في الاستدلال على مشروعية الإثبات بالقرائن، وأنها حجة في القضاء .

أدلـــة المـــانعيـــن:

استدل القائلون بعدم مشروعية القضاء بالقرائن بالسنة والمعقول ـ

١ ـ أخرج ابن ماجه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: لو كنتُ راجما أحداً بغير بينة لرجمتُ فُلانةَ، فقد ظهر منها الريبةُ في مَنطِقِها وهَيأتِها ومن يدخل عليها »[3].

وجـــه الـــدلالـــة :

لو جاز العمل بالقرائن لأقام النبي ﷺ الحد على المرأة بما ثبت لديه من أمارات وقوع الزنا منها، ولكنه لم يعمل بها، فلا يعمل بالقرائن[4].

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأنا لا نسلم أن الرسول ﷺ لم يحكم على المرأة لعدم جواز العمل بالقرينة، بل لم يحكم عليها لأن القرائن فيها شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

---

(١) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه وابن خزيمة وابن حبان والحاكم والنسائي والبيهقي عن أبي سعيد، وقال الترمذي: حسن غريب، (انظر: جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٧ ص ٣٦٦، سنن ابن ماجه: ١ ص ٢٦٣، الفتح الكبير: ١ ص١١٤٠، أسنى المطالب: ص ٣٠، ذخائر المواريث: ٣ ص ١٧٩.) .

(٢) رواه البخاري ومسلم والنسائي، انظر: صحيح البخاري مع حاشية السندي: ١ ص ١٠، مختصر صحيح مسلم: ١ ص ١٥ رقم ٢٧، سنن النسائي : ٨ص ١٠٢.

(٣) سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨٥٥، وجاء في الزوائد: اسناده صحيح ورجا له ثقات، (انظر نيل الأوطار: ٧ ص ١٠٩) . ، وقد ورد معناه في البخاري ومسلم ومسند أحمد عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ لا عن بين العجلاني وامرأته، فقال شدّاد بن المهاد: هي المرأة التي قال رسول الله ﷺ: لو كنتُ راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها ؟ قال : لا، تلك امرأة كانت قد أعلنت في الإسلام، (فتح الباري ١٢ ص ٢٨ ط محمد، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠ ص ١٣٠).

(٤) من طرق الإثبات، الدكتور البهي: ص ٨٠.

والحديث حجة عليهم، لأن النبي ﷺ صرح بأنه لا يرجم بغير بينة، والقرائن بينة، ولكن هذه القرائن والأمارات التي ظهرت منها ليست قوية الدلالة بحيث يثبت بها الحكم بالحد، ولو سلمنا منع العمل بالقرينة في الحدود فلا يقاس عليها غيرها من الحقوق الأخرى[1].

٢ ـ المعقول: ان القرائن ليست مضطردة الدلالة ولا منضبطة فلا يثبت بها حكم، وقد تبدو القرائن قوية ثم يعتريها الضعف[2].

ويعترض عليه بأن القضاء بالقرائن يقتصر على القرائن القوية التي لا يشك في قوتها ودلالتها على المقصود، ولذلك نص الفقهاء على رد الدعوى إذا كان ظاهر الحال يكذبها، أو كان الواقع يكذبها، كمن يقر بنسب لمجهول أكبر منه سنا، ومن يعترف بقتل شخص، وهو على قيد الحياة، أو اعترف بقطع يد آخر، مع أن يده سليمة.

وأما طروء الضعف عليها فإن العبرة بقوة القرينة وقت القضاء بها، ولا ينظر أو ينقض الحكم إذا تغيرت قوة القرائن، كما لا ينقض الحكم بعد صدوره برجوع الشهود مثلاً، واعترافهم بشهادة الزور عليهم، أو برجوع المقر عن إقراره في حقوق العباد، أو بإنكار الكتابة.

فوسائل الإثبات كلها ليست قطعية الدلالة وإنما هي ظنية تفيد ترجيح جانب الصدق على الكذب، والواقع قد يكون العكس، ولذلك فليست القرائن فريدة في هذا المجال، ويلاحظ أن أقوى الأدلة الشرعية وهي الإقرار والشهادة يطرأ عليهما الضعف، ويعتورهما الشك، فقد يقع الإقرار تحت رغبة أو رهبة، وقد يشهد الشهود زوراً، ولا يطلع أحد على ذلك، ويظهر من شهادتهم الصحة والسلامة والصدق ثم تسفر الحقيقة عن كذبهم، فاحتمال الضعف في القرائن ليس خاصاً بها، وهذا الاحتمال في القرائن القاطعة لا يزيد عما يعتري الشهادة والإقرار[3].

٣ ـ إن القرائن تقوم على الظن والتخمين، والظن ليس دليلاً، وإن القرآن الكريم ندّد باتباع الظن فقال تعالى: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إلا الظَّنَّ ومَا تَهْوَى الأَنْفُسُ﴾ سورة النجم الآية ٢٣، وقال تعالى: ﴿وإنَّ الظنَّ لا يُغْنِي مِنَ الحَقِّ شَيْئاً﴾ سورة النجم، الآية ٢٨، وقال تعالى ﴿يَظُنُّونَ باللهِ ظَنَّ الجَاهِلِيَّةِ﴾ سورة آل عمران، الآية ١٥٤، وقال تعالى ﴿ما لَهُم بِهِ مِنْ عِلْمٍ إلا اتبَاعَ الظَّنِّ﴾ سورة النساء، الآية ١٥٧، وقال رسول الله ﷺ: «إياكم والظن فإن الظن أكذبُ

---

(١) ذهب الحنابلة والمالكية إلى العمل بالقرائن في الحدود، وأن المرأة ترجم بالحبل، وأن الشارب يحد بالرائحة والقيء، وقد روي الأول عن عمر، والثاني عن عمر وعثمان رضي الله عنهما.

(٢) مقارنة المذاهب في الفقه، الشيخ شلتوت والسايس: ص ١٤٠، الأصول القضائية: ص ٢٧٥.

(٣) طرق الإثبات الشرعية: ص ٥٣٨، وقال ابن القيم: «وكان الظن المستفاد من ذلك لا يقتصر عن الظن المستفاد من شهادة البينة واحتمال الغلط وعداوة الشهود، (أعلام الموقعين: ٣ ص ٩).

الحديث »[1].

واعترض عليه بأن الظن نوعان: قوي وضعيف، والمنهي عنه هو الظن الضعيف الذي لا يعتمد على أسس ودلائل، ويكون واهي الصلة والمصاحبة، أو أن الظن المنهي عنه وهو الظن في العقائد، والعقيدة لا تثبت بالظن بالاتفاق. أو المراد بالظن الوارد في الحديث وهو النهي عن سوء الظن وتحقيقه أو الشك الذي يعرض للمرء في الشيء فيحققه ويحكم به كما قال الخطابي وابن الأثير[2].

قال العز بن عبد السلام: «وإنما عُمِل بالظنون في موارد الشرع ومصادره لأن كذب الظنون نادر وصدقها غالب، .... ثم قال: إن اليقين مستعار للظنّ المعتبر شرعاً، وإن النهي في الآية ليس عن كل ظن، وإنما نهى عن بعضه، وهو أن يبني على الظن ما لا يجوز بناؤه عليه كالحكم في السرقة والزنا وقطع الطريق وقتل الناس من غير حجة شرعية بل للاستناد إلى الظن، والحديث: إياكم واتباع بعضَ الظن، وإنما قدر ذلك لإجماع المسلمين على وجوب اتباع الظن فيما ذكرنا »[3].

ويظهر أن أدلة منع القضاء بالقرائن ضعيفة لا تعتمد على أساس، ولا تثبت أمام النقد.

الـــرأي الراجـــح :

يبدو من عرض الأدلة ترجيح أدلة القول الأول لصحتها وقوتها في إثبات مشروعية القرائن، وأن النصوص في القرآن الكريم والسنة الصحيحة أثبتت العمل بالقرائن والأمارات الظاهرة.

فالقرائن وسيلة من وسائل الإثبات لا يخلو منها كتاب من كتب الفقه، ولا يبعدها فقيه واحد، وإن أنكرها أحد الفقهاء فسرعان ما يذكر الأحكام الفقهية في مذهبه القائمة على القرائن والأمارات والعلامات، والأمثلة على ذلك أكثر من أن تحصى.

فالشافعية كلهم يقولون بالقافة، وهي تعتمد على الشبه، ويعملون بجذوع الشجر ومَعَاقد اللَبِنِ في الجدران، وهي قرينة عرفية على الملك، ويقولون بها في أثاث البيت بين المستأجر

---

(١) رواه مالك وأحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة، (انظر: صحيح البخاري مع السندي: ٤ ص ٤٢، ١١١، صحيح مسلم: ١٦ ص ١١٨، سنن أبي داود: ٢ ص ٥٧٧ ط الحلبي، الفتح الكبير: ١ ص ٤٩٠، المسند للإمام أحمد بن حنبل: ١٤ ص ٢٤٦ رقم ٧٨٤٥، تحقيق أحمد محمد شاكر، الموطأ: ص ٥٦٦).

(٢) معالم السنن، للخطابي: ٧ ص ٢٣٣، النهاية، لابن الأثير: ٣ ص ١٦٢.

(٣) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام: ٢ ص ٦٠، ٦١، ٦٢.

ورب الدار، ويقولون باللوث في القسامة، وباليد على الملك الظاهر، قال العز بن عبد السلام: «تنزل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها »[1].

والحنفية يقولون بالقرينة في النكول، وفي متاع البيت بين الزوجين، وفي أثاث البيت بين المكري والمكتري، وبمعاقد اللبن والقُمُط في الجدران، وفي القسامة. قال ابن نجيم في البحر: «اعلم أن أصحابنا عملوا بالظاهر في مسائل منها مسألة اختلافهما في متاع البيت »[2].

ولذلك فكل أمارة يمكن استنباطها من واقعة مع قوة المقارنة والمصاحبة بينهما يمكن الاعتماد عليها في القضاء، واعتبارها وسيلة في الإثبات، وهذا يختلف باختلاف العصور والأعراف والعادات والتقدم العلمي، وقد ظهر في العصر الحديث قرائن وامارات واضحة وقوية في الإثبات مثل البصمات، وتحليل الدم والتقاط الصور وتسجيل الصوت، لكن مع التحرز والتثبت من المشرفين على استخراج هذه القرائن، فإنها بمقدار ما تعتبر اليوم تقدماً علمياً، واكتشافاً عظيماً بمقدار ما يمكن تزويرها والتلاعب فيها بطرق فنية وعلمية مبتكرة، وبأساليب شيطانية خبيثة، فالصورة التي تدل على واقعة معينة كالولادة والاتلاف وغيرهما يمكن أن تزور فتؤخذ صورة بريئة ويلصق معها ما يدل على حادثة لا علاقة ولا صلة لصاحب الصورة بها .

فالقرائن التي يعتمد عليها الفقهاء غير محصورة ولذلك تتعدد وتتكرر بحسب العرف والعادة والعصر والتقدم العلمي.

ولا ينكر أحد فائدة القرائن وأهميتها في القضاء لشدة الحاجة إليها عند فقدان الدليل أو عند التشكك في الدليل المقدم، كما أنها نافعة في الوصول إلى الحقيقة وانصاف المظلوم، فيجب الاعتماد على القرائن والأمارات والحكم بموجبها لتحقيق العدل، وإلا تعطلت الأحكام وضاعت الحقوق، إما لفقدان الدليل المباشر فيها، وإما لقدرة المعتدي على التمسك بظواهر الأمور.

وإن البينة في الشريعة هي كل ما يبين الحق ويظهره دون قصره على وسيلة دون أخرى وإن الشارع الحنيف يهدف إلى اقامة العدل ومنع الظلم ورد الحقوق إلى أصحابها بأية وسيلة صحيحة، سواء أكانت مباشرة أم غير مباشرة، وإن المتأمل في اللغة يجد استعمال المجاز

---

(١) قواعد الأحكام، له: ٢ ص ١٢٦ .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: ٧ ص ٢٢٧ .

القائم على القرينة، وإن خطابات الناس ومعاملاتهم تعتمد على القرائن العرفية، ولا تقتصر على الأسلوب الصريح والمباشر، لأن استعمال القرائن مألوف ومعروف، وكثيرا ما يسكت الأطراف عن بعض الجزئيات والتفاصيل اعتمادا على العرف والقرينة.

ونشير هنا الى أن الشارع الحنيف جعل دم الحيض أمارة على براءة الرحم وخلوه من الحمل، ورتب عليه أحكاما تتعلق بانتهاء العدة ومنع الرجعة وجواز العقد عليها من آخر، واليوم يعتبر فحص الدم من أهم الوسائل في التحقيق الجنائي لمعرفة الجاني أو القاتل، وإمكان تمييز الدم من غيره، ومعرفته هل هو من إنسان أو من حيوان، ومعرفة مدة إراقته، وهل فيه تسمم أم لا، وغير ذلك من المعلومات التي يتوصل إليها باستخدام الاساليب العلمية والتجارب في التحليل واستعمال المواد الكيميائية[1].

قال ابن القيم: «فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار مرتباً عليها الأحكام، ثم قال: ولم يزل حذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، وقال ابن القيم أيضاً: والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده والقرائن الحالية والمقالية أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه، وقال أيضاً: «فمن أهدر الأمارات والعلامات في الشرع بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام وضيع كثيراً من الحقوق»[2].

وقال حسن صديق خان: «فمن أنكر من أهل العلم العمل بالقرائن فقد ذهل عن أقوال أهل العلم جميعاً، فضلاً عما ورد عن الشرع من القضايا الجزئية»[3].

وقال ابن القاسم اليماني الزيدي: «وهذا الحكم كاف في ابتناء الحكم، لأن ذلك من قبيل القرائن والأمارات التي ورد الشرع باعتبارها حفظاً للحقوق، لأنا إذا لم نأخذ بهذا الاختيار، هدرت الدماء، وهتكت الأعراض وانتهكت الحرم»[4].

وكثير من الوقائع لا يمكن إثباتها بالشهادة أو الإقرار أو الكتابة، فإذا لم نسمح للقاضي باستنباط القرائن والاعتماد على الأمارات والعلامات المصاحبة للحق والدالة عليه ضاع

---

(١) الطب الشرعي البيطري، د. شكري حسين كامل: ص ١٨٩، ١٩٢، مذكرات لعام ١٩٦٨ لطلاب كلية الطب البيطري.

(٢) الطرق الحكمية، له: ص١٢، ٤، ١٠٠.

(٣) ظفر اللاضى، له: ص ٥٧.

(٤) التاج المذهب، له: ٤ص ١١٣ حاشية.

الحق، مع أن الشارع حريص على حفظ الحقوق وإثباتها لأصحابها[1]، والقضاء بالقرائن يتفق مع غرض الشارع من إقامة العدل بين الناس، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وإخلاء العالم من الفساد.

قال ابن القيم: «فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثمَّ شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له[2].

ونقل ابن فرحون عن ابن الفرس عن القاضي اسماعيل: أن العمل بالحكم بالقرائن في مثل اختلاف الزوجين غير مخالف لقوله ﷺ: «البينةُ على المدعي واليمين على من أنكر» لأنه ﷺ لم يرد بهذا الحديث إلا الموضع الذي يمكن فيه البينة فمتى وجدت القرائن التي تقوم مقام البينة عمل بها[3].

حكمة مشروعيتها:

قد يتبادر إلى الذهن أنه لا حاجة إلى القرائن، وأن اليمين تقوم مقامها ـ عند عدم البينة ـ باعتبارهما أدلة احتياطية، وأن الإثبات يقتصر على تقديم البينة من المدعي، فإن عجز عنها توجهت اليمين على المدعى عليه، ولكن لنتصور أن المدعي عجز عن إقامة الشهادة، ولم يقر المدعى عليه بالحق، ولا دليل عليه، والمدعي واثق من حقه، والمدعى عليه ظالم بإنكاره وجحوده، ويصر على الباطل، ويجحد الحق ويتيه طرباً لفقدان الأدلة، ويبدو عليه الصلف والظلم والبطلان، ويبادر إلى الأيمان الكاذبة ولا يبالي، وإن كل الدلائل والأمارات والظنون تدل على صدق الأول وكذب الثاني، فهل يترك القاضي الحق هباء ويقر الظالم على ظلمه؟.

إن نظرة واحدة على تاريخ القضاة ـ سواء كانوا من الطبقة الأولى في الذكاء والفطنة والعلم كعمر وعلي وشريح وإياس وكعب بن سوار، أو كانوا من الطبقة الوسطى ـ تدل على أنهم لا يدعون أمثال هؤلاء على بطلانهم، ويلجئون إلى شتى الوسائل للإيقاع بهم والوصول إلى الحقيقة إما عن طريق الاتهام أو التهديد أو الترغيب حتى يرد الحق إلى صاحبه، وهذا يؤكد

(١) مقارنه المذاهب في الفقه: ص١٠٤، قواعد الأحكام: ١ص٤.
(٢) الطرق الحكمية: ص١٤.
(٣) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ١ص ٢٠٢.

ضرورة القضاء بالقرائن وفائدتها في الإثبات، وأن اليمين لا تغني عنها لكثرة من يبادر إلى الحلف ويتبرع بالأيمان على الباطل، وأكل أموال الناس وهضم حقوقهم.

وإن القرائن المأخوذة من ظاهر الحال وغيره لا تعارض الأدلة الأخرى، لأنها استنتاج من القاضي يستخلصها لتبرير حكم قد يعوزه الدليل.

مشروعية القرائن في القانون:

وتناول قانون الإثبات المصري القرائن القانونية في(المادة ٦٦)، والقرائن القضائية في(المادة ١٠٠) منه، وذكر قانون البينات السوري القرينة القانونية في(المواد ٨٩، ٩٠، ٩١) والقرائن القضائية في(المادة ٩٢) منه.

ويبدو أن القانون اتفق مع الشريعة في مشروعية القرائن بالجملة، وخالفها في التفاصيل والجزئيات، فالشريعة ذكرت بعض القرائن كالقسامة والقيافة والفراش للنسب وإقرار المريض مرض الموت عند بعض الفقهاء، بينما عدد القانون قرائن قانونية أخرى تقوم على المصلحة العامة والنظام العام، كقرينة حجية الأمر المحكوم فيه، أو بناء على مصالح الناس فيعفى صاحبها من الإثبات وينقله إلى الطرف الآخر.

أما القرائن القضائية فهي متماثلة في أساسها لأنها تعتمد على فطنة القاضي وقوة ذكائه وسلامة فكره، واستقامة منطقة، باستخلاص الأدلة من أمور أخرى.

وقد أقر الشرع اليهودي القرائن فجاء في(المادة ٢٦٣) منه: قد اتخذ الشرع من بعض الأفعال والأحوال قرائن يجب العمل بها قضاء واتخاذها دليلاً في الحكم عند وجودها حتى يقوم البرهان على خلافها، وضرب لذلك أمثلة في(المواد ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦). ونصت (المادة ٢٦٨) على أن القرائن الأخرى غير مذكورة في القانون، ويستنتجها القضاة من تلقاء أنفسهم لموافقتها الصواب عقلاً[1].

(١) المقارنات والمقابلات، صبري ص ٢٠١ وما بعدها.

المبحث الثالث
في
حكم القرائن

وهو الأثر الذي يترتب على وجود القرينة في الإثبات من حيث دلالتها على الحقيقة وإلزام القاضي بها والاعتماد عليها، ومرتبتها بين طرق الإثبات الأخرى.

وحكم القرائن مختلف بحسب أنواعها:

١ـ فالقرائن التي نص عليها الشارع يجب على القاضي الحكم بموجبها، وتطبيق الحكم الشرعي الثابت بها، بغض النظر عن أساس هذا الحكم والباعث لتشريعه، ولا يسوغ للقاضي مطلقاً الخروج على هذا النوع من القرائن، فإذا ثبت عند القاضي صحة عقد الزواج بين الرجل والمرأة، وأنها كانت فراشاً صحيحاً له ثم جاءت بولد، فادعى الزوج إنكار الولد فلا يسمع قوله، ويحكم القاضي قطعاً بثبوت النسب منه، لما ورد في الحديث الشريف: الولد للفراش وللعاهر الحجر[1]. ولو أقرت الزوجة بعدم تخلق الولد منه، وأنه من الزنا، وأن الولد من آخر، فلا يقبل قولها، ويبقى النسب ثابتاً من الزوج، لأن المخالطة غير المشروعة كالزنا لا يترتب عليها أثر شرعي، وإنما يستحق صاحبها العقوبة والإهانة، وهو المقصود بالحديث السابق«وللعاهر الحجر» وهذه القرينة الشرعية بإثبات النسب بناء على الفراش الصحيح لا يمكن إثبات عكسها بأية وسيلة من وسائل الإثبات، وليس لها إلا طريق شرعي واحد وهو الملاعنة التي تؤدي إلى التفريق بين الزوجين، ومن ثم ينفى نسب الولد إما بمجرد اللعان وإما بنفي الزوج بعد اللعان على اختلاف المذاهب[2].

---

(١) حديث صحيح، انظر تخريجه في الصفحة رقم ٥٠٣.

(٢) انظر فتح الباري: ٩ ص ٣٧٩ وما بعدها، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان: ص ٦١٩، ٥٨٩، ٦٠٥ ط ١٩٦٨/١٩٦٩، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠ ص ١٢٧، أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والنسائي ومالك عن ابن عمر قال: لا عن رسول الله ﷺ بين رجل وامرأته وفرق بينهما، وألحق الولد بالأم، (سنن النسائي: ٦ص ١٧٨، صحيح البخاري مع السندي: ٤ص١١٤، الموطأ: ص ٣٥٠، سنن أبي داود: ١ص٥٢٤ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ص٣٩٠، سنن ابن ماجه: ١ص٦٦٩).

٢ـ وكذلك القرائن القطعية التي نص عليها الفقهاء إذا ثبتت عند القاضي فيلزم الحكم بموجبها، لأن القرينة القاطعة التي تبلغ حد اليقين توجد عند القاضي علماً كافياً بالواقعة بحيث تصبح في حيز العيان والمشاهدة، وتكون القرينة وحدها بينة نهائية وكافية للقضاء، والمثال على ذلك كما نصت مجلة الأحكام العدلية في (المادة ١٧٤١) إذا خرج أحد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار ورؤى فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت إلى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور ربما قتل نفسه[١]، وقد اعتبر كثير من الفقهاء هذه القرينة حجةودليلاً في إثبات القتل ووجوب القصاص، واعتبر فريق آخر أنها لوث يوجب القسامة بمفهومها الشرعي.

وإذا ثبت اللوث أمام القاضي سواء كان بشاهد واحد أو بأثر الدم أو القتل أو بقول المقتول قبل لفظ أنفاسه الأخيرة أو بوجود عداوة بين المقتول وأهل البلد أو غير ذلك، فيعتبر اللوث قرينة قوية قاطعة على قتل الشخص ويتوجب على أهل المحلة دعوى القسامة.

وإذا زفت المرأة إلى الرجل ليلة العرس فهي قرينة قاطعة على أنها زوجته، ويحل للزوج الوطء والدخول بها، حتى يثبت العكس بالإقرار أو الشهود أو اليمين.

وإذا وجدت الوثيقة بيد المطلوب وهو يدعي أنه دفع ما فيها وقبضها من المدعي، فالقول قوله، لأن العادة أن الوثيقة لا ترجع إلى المطلوب إلا بعد دفع ما فيها[٢].

وهذه القرائن بنوعيها الثابتة بنص شرعي، أو الثابتة بنص فقهي، تعتبر حكماً شرعياً يلتزم القاضي بتطبيق النصوص الشرعية أولاً، ويلتزم بالقضاء بنصوص مذهبه ثانياً ما لم يكن مجتهداً، أو بتطبيق المذهب الذي عينه له ولي الأمر المسلم.

وهذه القرائن تعفي أصحابها من الإثبات، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس إما بطرق خاصة أو بطرق الإثبات الشرعية، فالمرأة تكتفي بإثبات الفراش مثلاً ليثبت النسب من الزوج ما لم ينف الولد بالملاعنة، ويكفي إثبات اللوث لتجب القسامة، ويكفي درك الشبه للقائف ليصدر حكمه بإلحاق النسب، ويكفي المدين إظهار الوثيقة بيده ليثبت أنه دفع الدين، وعلى الدائن أن يثبت العكس كضياع السند منه أو تسليمه بدون دفع الدين.

٣ـ أما القرائن القضائية التي تعتمد على اجتهاد القاضي واستنتاجه فإنها تعتبر دليلاً في الإثبات متى اقتنع بها القاضي، وغلب على ظنه صحتها، وهذه القرينة يترجح فيها جانب

---

(١) مرآة المجلة: ٢ص ٤٦٦.

(٢) تبصرة الحكام: ٢ص٦٣، ١١٧.

الصدق من أحد المدعيين مع يمينه أحياناً، وبدون يمينه أحياناً أخرى، ما لم يثبت خلافها بطريق أقوى منها، فتعتبر هذه القرائن مرجحات لجانب على آخر.

والقرائن المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الأطراف تتوقف على مدى قناعة القاضي بها في دلالتها على الحق الذي يريد الوصول إليه أو في ترجيحها على قرائن ودلالات أخرى، ونضرب لذلك أمثلة.

(١) أخرج البخاري ومسلم واللفظ له والنسائي وأحمد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ «قال بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت هذه لصاحبتها إنما ذهب بابنك أنت، وقالت الأخرى إنما ذهب بابنك، فتحا كما إلى داود ؛ فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما، فقالت الصغرى لا، يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى، قال أبو هريرة: والله إن سمعت بالسكين قط إلا يومئذٍ ماكنا نقول إلا المدية»[١].

قال النووي رحمه الله: «ولم يكن مراده أن يقطعه حقيقة وإنما أراد اختبار شفقتهما لتتميز له الأم، فلما تميزت بما ذكرت عرفها»[٢]، فقد فهم سليمان وفطن إلى أن موافقة الكبرى على شقه دليل على كذب عاطفتها وكذب ادعائها، وأن رفض الصغرى شقه، وتنازلها عن حقها في الولد دليل وقرينة على صدقها وصدق عاطفتها، وأن هذه العاطفة قرينة على كون الولد لها، فحكم سليمان بالولد إلى الصغرى، قال تعالى: «فَفَهَّمْناها سُليمانَ ،وكلا آتينا حُكماً وعِلماً» سورة الأنبياء» الآية ٧٩.

(٢) وإذا تنازع اثنان كتاباً أو داراً ولا بينة لواحد منهما، فإن القاضي يحكم بالدار لمن هي في يده، ويسمى عند الحنفية قضاء ترك، باعتبار أن اليد تعتبر قرينة على الملك بحسب الظاهر.

(٣) وإن مظاهر الغنى وبناء القصور من الموظفين والولاة والأمراء دليل على خيانتهم وارتشائهم إذا لم يعرف لثرائهم مصدر آخر، فيجوز عزلهم ومصادرة أملاكهم حتى يثبتوا مصدراً آخر، كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه، وقال كلمته المنشودة: «أبت الدراهم إلا أن ترفع رأسها» فظهور الأموال الطائلة قرينة على الارتشاء وغيرها.

---

(١) صحيح البخاري مع السندي: ٢ص ١٦٣، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ص١٨، سنن النسائي: ٨ص ٢٠٦، تفسير ابن كثير: ٣ص ١٨٦، فتح الباري: ١٢ص ١٥.

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢ص ١٨.

وهذا النوع من القرائن يعتبر مرجحات أو لية تقدح في ذهن القاضي ويستخلصها بتأمله وفكره ، فإذا اثبت عكسها بقرينة أقوى منها أو بدليل راجح عنها، بطل حكم القرينة الأولى، وحكم القاضي بموجب الثانية.

القرينة وسيلة احتياطية:

القاضي لا يلجأ إلى القرائن واستنباط الأحوال والحوادث إلا عندما يفقد الأدلة والحجج الظاهرة أمامه، أو تكون الأدلة المقدمة لديه غير مقنعة أو غير كافية ، فيضطر القاضي إلى البحث عن وسيلة للإثبات وإحقاق الحق وإقامة العدل فيلجأ إلى الاستنباط والاستدلال للوصول إلى الحق، ولذلك كانت القرينة وسيلة للإثبات احتياطية عند فقد الأدلة الأخرى[1]، فإذا حضر الدعوى شاهدان عدلان أو شاهد عدل وامرأتان عدلان، أو شاهد ويمين، أو أقر المدعى عليه أو وجد دليل كتابي صحيح، فلا مجال لاستنباط القرائن أو الاعتماد عليها، ولكن هذا لا يمنع من استخدام القرائن بشكل عام في تقدير العدالة وصدق الشهود، وسلامة الإقرار وغير ذلك تحقيقاً لقوله تعالى﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ وكذا وجوب تطبيق القرائن الشرعية التي تمنع بعض البينات، وتكون القرينة نفسها- التي نص عليها الشارع أو استنبطها القاضي- مبطلة للدليل الشرعي كشهادة القريب لقريبه، فإن القرابة قرينة على التهمة ومحاباة القريب غالباً، فلا تقبل شهادته لمنع التهمة أو جر المنافع، وقد تمنع القرينة سماع الدعوى كما إذا ادعى فقير معوز على رجل معروف بكثرة المال أنه اقترض منه مالاً ينفقه على عياله، فإن قرينة الغنى واليسر في المدعى عليه تكذب الدعوى فلا تقبل لأن قرائن الأحوال تكذبها، وكذلك إذا وضع شخص يده على عقار وحازه حيازة تامة مع التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات مدة طويلة، وله جار يراه كل هذه المدة دون اعتراض ثم يدعيه لنفسه، وليس بينهما قرابة ولا شركة، ولا يوجد مانع يمنعه من المطالبة في السابق فترد دعواه ، لأن قرينة ظاهر الحال تكذبه.

ويختلف الفقهاء في الحالة التي تعتبر فيه وسائل الإثبات المباشرة مفقودة، ومدى الحاجة في الاستناد إلى القرائن وتقديمها على ظاهر الحال أو الأصل، ونضرب مثالاً لذلك في نفقة الزوجة.

---

(١) قارن مع كتاب : (من طرق الإثبات للدكتور البهي، ص ١٠٦) فقد اعتبر مشروعية القرائن والعمل بها سواء وجد غيرها من البينات أم لم يوجد، والواقع أن القرائن الشرعية أو الفقهية ثابتة بنص الشرع أو بنص فقهي فتعتبر في قوة الأحكام الشرعية، ولا مجال للاستنباط والاجتهاد في مورد النص، وأما القرائن القضائية فلا يلجأ إليها القاضي إلا عند الضرورة وفقد الأدلة الأخرى حقيقة أو تقديراً، وهذا في القرينة التي يعتمد عليها القاضي في الحكم وإثبات المحكوم به، أما ممارسة القرائن فتصح في تقدير وقبول نفس الأدلة كالعدالة في الشهادة وصحة الإقرار.

نفقة الزوجة:

إذا ادعت المرأة على زوجها أنه لم ينفق عليها في مدة سابقة، وهي تسكن معه وتقيم في بيته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يقبل قولها ولا دعواها لتكذيب العرف وشاهد الحال والقرائن لها، لأن الزوجة التي تسكن مع زوجها يقوم بالانفاق عليها غالباً.

ذهب إلى ذلك الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل.

القول الثاني: أنه يقبل قولها ودعواها، ويحكم لها بقولها بالنفقة، لأن الأصل عدم دفع النفقة، فيستصحب الأصل حتى يثبت الزوج القيام عليها بالانفاق أو دفعه لها النفقة.

ذهب إلى ذلك الإمام الشافعي.

فالمالكية والحنابلة رجحوا ظاهر الحال والأمارات المستنبطة من الصحبة والعشرة وإدخال الطعام إلى البيت، والإمام الشافعي تمسك بالأصل في ذلك[1].

القرينة دليل غير مباشر:

القرينة دليل غير مباشر في الإثبات، لأن الحق يثبت بها بالاسنتاج والاستنباط من غيرها، كوجود سند الدين مع المدين يدل على دفع الدين للدائن، ووضع اليد على العين يدل على ملكية صاحب اليد لها، ولذلك ينبغي للقاضي ألا يبعد في الاستنباط عما يظهر من الحوادث ولا يتوغل في الاستنتاج المفرط.

قال ابن القيم: «وإن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد»[2].

وتلعب القرائن دوراً كبيراً في ترجيح الأدلة والبينات عند التعارض فإذا تعارض ظاهران أو علامتان أو بينتان فإن القرينة ترجح إحداها على الأخرى، قال ابن العربي: وعلى الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فماترجح منها قضى بجانب الترجيح وهو قوة التهمة،

---

(١) تبصرة الحكام: ١ص ٣١٢، د٢/ ٦٠، ١١٨، قال المحلى في شرح منهاج الطالبين: «ولو أكلت معه كالعادة سقطت نفقتها في الأصح، لاكتفاء الزوجات به في الاعصار والأمصار وجريان الناس عليه فيها، والثاني لا تسقط لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره، (جـ٤ص٧٢).

(٢) الطرق الحكمية: ص ١٠٨، وانظر قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام: ٢ص ١٣٩ المدخل الفقهي العام: ٢ص ٩١٥.

ولا خلاف في الحكم بها[1].

حجية القرائن في القانون:

يختلف أثر القرينة في القانون بحسب أنواع القرائن أيضاً.

١ـ القرينة القانونية:

إذا نص القانون على قرينة قانونية وتمسك بها صاحبها، فإنها تعفيه من الإثبات ويجب على القاضي الحكم بمقتضاها باعتبارها نصاً قانونياً مجرداً وهو قوة ملزمة، ولكن القانون أقر القرينة القانونية بناء على الغالب من الأحوال، ولذلك فقد تتخلف القرينة في بعض الحالات، وتقصر عن مطابقة الحقيقة والواقع، ولذا سمح القانون بإثبات عكسها إلا إذا كان إمكان عدم مطابقتها للواقع نادراً وقليلاً، فجعل بعض القرائن قطعية لا يجوز إثبات عكسها بنص القانون، وبناء عليه تقسم القرائن القانونية إلى قسمين:

أـ القرائن القانونية التي لا يجوز إثبات عكسها، وهي التي يرتب عليها القانون بطلان بعض التصرفات مثل بيع المتنازع فيه إلى أحد القضاة او المحامين أو كتاب المحاكم، أو يترتب عليها منع سماع الدعوى، ومثل الأمر المحكوم به أو التقادم فلا يثبت عكسه إلا بالإقرار أو اليمين[2].

ب ـ القرائن القانونية غير القاطعة التي يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات كالشهادة والإقرار واليمين والكتابة مثل الوفاء في قرينة براءة ذمة المدين بالتقادم البسيط، وقد نص القانون على توجيه اليمين على المدين بالوفاء فقرن بين التقادم وبين اليمين.

والقرينة القانونية إعفاء استثنائي من عبء الإثبات، ونقله إلى الطرف الآخر، فلا بد من وجود نص عليها، ولا يجوز القياس عليها، ولا يتوسع في تفسيرها[3] والأصل أن تكون القرائن القانونية بسيطة تقبل إثبات العكس ما لم يرد نص يمنع ذلك.

---

(١) تهذيب الفروق: ٤ص ١٦٧.

(٢) موجز أصول الإثبات، مرقس ص ١٨٩، ١٩١، قارن الإثبات، الصدة ص ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٩ فإنه ينفي وجود قرائن قانونية قاطعة.

(٣) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، أصول القانون، السنهوري: ص ٤١٧، الإثبات، الصدة: ص ٣٠١، ٣٠٥.

٢- القرائن القضائية:

وهي التي استنبطها القاضي من وقائع أخرى، وبما أن القاضي معرض للخطأ في الاستنباط والاستدلال فإن القرائن الاجتهادية ليس لها قيمة إثباتية مطلقة، ونظر إليها المشرع جهة، سواء كانت متعلقة بطرفي النزاع أو بأحدهما أو متعلقة بأجنبي ولها صلة بالوقائع المراد إثباتها، كما يمكنه أن يستند إلى وقائع لم تقدم في الدعوى وإنما سبق تقديمها في دعاوى أخرى، ومن جهة أخرى فإن دلالة الوقائع الثابتة، ولو قدمها الخصم، لا تلزم القاضي في الاستنباط منها على ما لم يثبت، ولا الاعتماد عليها، ولا عبرة لتعدد القرائن عنده، وإنما المهم في كل ذلك القرينة التي تكوّن عند القاضي الإقناع الكافي في واقعة[٢].

والقرائن القضائية ليست ذات دلالة قاطعة، ويجوز للخصم أن يرفضها بكافة الطرق، ولكن تبقى العبرة في درجة اقتناع القاضي فيما عرض عليه، وتظهر أهمية القرائن القضائية من الناحية العملية في تنوعها وعدم حصرها وسلطة القاضي الواسعة فيها، رغم أنها دليل غير مباشر وغير ملزم[٣].

المقارنة:

١- يتفق القانون مع الشريعة في الفكرة العامة في حكم القرائن، وأن بعض القرائن لا يمكن إثبات ما يخالفها إلا بطرق خاصة منصوص عليها شرعاً أو قانوناً.

٢- توجيه اليمين مع القرينة غير القطعية في الشريعة والقانون، باعتبار أن هذه القرائن تقوم على الغالب من الأحوال، وكذلك يحتاط في القضاء بها، فتقوى بتوجيه اليمين على من يستفيد منها.

---

(١) مرقس، المرجع السابق: ص ١٧٢.

(٢) الإثبات، الدكتور الصدة ص ٢٨٧، ٢٨٨.

(٣) موجز أصول الإثبات، مرقس ص ١٧٤ - ١٧٥، الإثبات، الصدة: ص ٢٨٥، مبادىء الإجراءات الجنائية في القانون المصري، الدكتور رؤوف عبيد: ص ٥٨٨ ط٥.

٣ـ الأساس في القرائن القضائية يرجع إلى القاضي في ذكائه، وحدة تفكيره وسلامة رأيه، وقوة نظره، ودقة تأمله ثم في قناعته بإحدى القرائن دون الأخرى، وترجيح جانب على آخر.

٤ـ القرائن القضائية أدلة غير مباشرة، كما أنها أدلة احتياطية مع فروق دقيقة بين الشريعة والقانون في ذلك.

* * *

المبحث الرابع
في
حالات القضاء بالقرائن، ما يجوز فيها وما لا يجوز

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية الإثبات بالقرائن على ثبوت الحقوق المالية بها، ثم اختلفوا في الحقوق غير المالية، فبعض الفقهاء يعمل بالقرائن في جميع الحقوق، وبعضهم الآخر يقصر العمل بالقرائن في حالات دون أخرى، ونبدأ باعطاء فكرة مختصرة وسريعة عن دور القرائن في الحدود والقصاص، ثم ننتقل إلى العمل بالقرائن في المعاملات المالية والأحوال الشخصية، مع تفصيل لبعض القرائن وبيان اختلاف الفقهاء فيها وذلك في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول
في
إثبات الحدود بالقرائن

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن إثبات الحدود بالقرائن جائز.

ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة وبعض الإمامية[1].

فقالوا بإثبات حد الزنا بالحبل من المرأة غير المتزوجة إذا كانت مقيمة وغير غريبة، وليس

(١) تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٤، ١١٨، رسالة القيرواني: ص ١٠٣، منح الجليل: ٤ ص ٤٩٦: التاج والاكليل: ٦ ص ٢٩٤، الطرق الحكمية: ص ٦، ٩٩ السياسة الشرعية، ابن تيمية: ص ١٠٣ ط أنصار السنة، أعلام الموقعين: ٣ ص ٩ شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٥٢، وقال فيه: هذا لوث ظاهر لا يستبعد ثبوت الحد بمثله شرعا.

ورجمت رسول الله ﷺ ورجمنا بعده، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل: والله ما نجد الرجم في كتاب الله تعالى فيضل بترك فريضة أنزلها الله تعالى، والرجم في كتاب الله حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف[1].

واستدلوا أيضا بما أخرج أبو داود والنسائي والترمذي من علقمة بن وائل عن أبيه أن امرأة خرجت على عهد النبي ﷺ تريد الصلاة فتلقاها رجل فتجلّلها، فقضى حاجته منها، فصاحت وانطلق فمر عليها رجل، فقالت إن ذاك فعل بي كذا وكذا، ومرت عصابة من المهاجرين فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا فأخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع عليها فأتوها به، فقالت نعم هو هذا، فأتوا به النبي ﷺ فلما أمر به قام صاحبها الذي وقع عليها فقال يا رسول الله أنا صاحبها فقال لها «اذهبي فقد غفر الله لك، وقال للرجل قولا حسنا، قال أبو داود: يعني الرجل المأخوذ، وقال للرجل الذي وقع عليها ارجموه، وقال: لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم[2].

قال ابن القيم فهذا دليل على اعتبار القرائن والأخذ بشواهد الأحوال في التهم، وهو ما عليه فقهاء المدينة [3].

وقال المالكية والحنابلة وبعض الإمامية[4] بإثبات حد الخمر على من وجد منه رائحة الخمر أو ثبت عليه أنه قاء الخمر اعتمادا على القرينة، فإن الرائحة قرينة على الشرب، وإن قيء الخمر دليل على شربها كما قال عثمان رضي الله عنه: وهل قاء الخمر إلا بعد أن شربها[5].

---

(١) صحيح البخاري مع السندي: ٤ ص ١٢١، سنن أبي داود: ٢ ص ٤٥٧ ط الحلبي، نيل الأوطار: ٧ ص ١١١، صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص١٩٢، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي: ٤ ص ٧٠٠، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨٥٣، تيسير الوصول: ٢ ص ٢، اللؤلؤ والمرجان: ٢ ص ١٨٦.

(٢) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٢٤، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي: ٥ ص ١٧، تيسير الوصول: ٢ ص ٤.

(٣) أعلام الموقعين: ٣ ص ٩.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٦، ٩٩ اعلام الموقعين: ٣ ص ٢١، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٤، ١١٨، جـ ١ ص ٣٤٥، منح الجليل: ٤ ص ٥٥١ ـ ٥٥٢، التاج والاكليل: ٦ ص ٣١٧، المختصر النافع ص ٣٠٠، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٥٢، المغني مع الشرح الكبير: ١٠ ص ٣٣١، السياسة الشرعية، ابن تيمية: ص ١٠٨.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ ص ٢١٦، نيل الأوطار: ٧ ص ١٤٦.

وهذا مروى عن سيدنا عمر وعثمان وابن مسعود[1].

وقال الإمامية والحنابلة بحد السرقة إذا وجدت المسروقات عند المتهم، فإنه يحد لأن المسروقات قرينة دالة على السرقة، وقال ابن القيم: إنها أقوى من البينة والإقرار[2].

وقال المالكية يثبت إخراج المسروق من الحرز بالإقرار أو بقرائن الأحوال، كما إذا أخرج النصاب من حرزه على مرات إذا لم يمكن إخراجه دفعة واحدة، فالقرينة تدل على أنه يريد سرقة النصاب، واضطر لإخراجه على مرات[3].

القول الثاني: أن إثبات الحدود بالقرائن غير جائز.

ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة في قول[4].

لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ولما روى ابن ماجه عن الرسول ﷺ أنه قال: لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت فلانة فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيأتها ومن يدخل عليها[5]، وفي الأثر «ادرؤا الحدود بالشبهات» وهذا ما تطمئن له النفس وتقبله مبادىء الشريعة، اخرج الترمذي والحاكم والبيهقي أن رسول الله ﷺ قال: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم لمسلم مخرجا فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة»[6].

* * *

(١) نيل الاوطار: ٧ ص ١٥٧، أعلام الموقعين: ٣ ص ٩، الفروق: ٤ ص ٥٥، تبصرة الحكام ١ ص ٢٠٥.

(٢) أعلام الموقعين: ٣ ص ٩، الطرق الحكمية: ص٧، المختصر النافع: ص ٣٠٢.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤ ص ٣٣٥.

(٤) الحاوي: ٩ ق ١٨ ب، شرح المحلي على المنهاج: ٣ ص ٢٠٤، فتح القدير: ٤ ص ١٨٤.

(٥) سبق تخريجه في صفحة ٥٠٩.

(٦) جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٦٨٨، المستدرك: ٤ ص ٣٨٣، التلخيص الحبير: ٤ ص ٥٦، قال الحاكم: هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه، وتعقبه الذهبي فقال: قال النسائي: يزيد بن زياد شامي متروك، وقال الترمذي: يزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث.

المطلب الثاني
في
إثبات القصاص بالقرائن

اتفق جماهير الفقهاء على مشروعية القرائن في القصاص في باب القسامة، واختلفوا فيما عدا ذلك على قولين:

القول الأول: أن إثبات القصاص بالقرائن جائز.

فقال ابن فرحون بجواز العمل بالقرائن في وجوب القصاص، وذكر قصة الرجل الذي وجد مقتولا في دار وقد خرج رجل خائفا مضطربا وفي يده سكين، فهي قرينة قاطعة على قتله على ما ذهب إليه ابن الغرس وابن عابدين من الحنفية ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية، وقال به ابن فرحون من المالكية وابن القيم من الحنابلة كما سبق بيانه، وهو اختيار المتأخرين من الزيدية[1].

وعمل الحنفية بالنكول في الدماء مع الاختلاف فيما بينهم[2] فالإمام أبو حنيفة أثبت القصاص بالنكول فيما دون النفس، وأوجب الصاحبان به الأرش في النفس أو ما دونها، والقضاء بالنكول عبارة عن القضاء بالقرائن، لأن الناكل إما أن يكون باذلا وإما مقرا، ولولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن النفس، وهو أخذ بظاهر الحال وترجيحه على البراءة الأصلية.

القول الثاني: أن إثبات القصاص بالقرائن غير جائز:

ذهب إلى ذلك الجمهور، ومنعوا إثبات الدماء بالقرائن إلا في القسامة للاحتياط في موضوع الدماء وازهاق النفوس، ولأن الخطأ بالعفو خير من الخطأ بالعقوبة. ولقياس الدماء

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٦، التاج المذهب: ٣ ص ١١٣، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية: ص ٨٣، منح الجليل: ٤ ص ٣٥٠ وما بعدها.

(٢) تكملة فتح القدير: ٨ ص ٣٨٩، من طرق الاثبات، الدكتور البهي: ص ٩٧.

على الحدود بالدرء بالشبهة فلا تثبت بالقرائن. ونكتفي بهذا العرض السريع دون مناقشة الأدلة والآراء في موضوع الحدود والقصاص لكونهماخارجين عن موضوع الرسالة، وإنما ذكرنا أحكام القرينة فيهما لاستكمال الصورة في العمل بالقرائن[1]، ونفصل القول في القسامة خاصة لأنها تعتبر من الأدلة على مشروعية القرائن في الشريعة لأنها تعتمد على الشبهة واللوث.

القسامة:

تعريفها: القسامة من أقسم يُقسم أي حلف ،وقد تطلق على نفس الجماعة الذين يحلفون الأيمان.

وفي الاصطلاح الشرعي: هي الأيمان التي يقسم بها أولياء المقتول على استحقاق صاحبهم،أو المتهمون على نفي القتل.

والقسامة تعتمد على القرائن والشبهة ولذلك نتعرض لبيان بعض أحكامها التي توضح ذلك، وخاصة أن بعض الفقهاء قالوا باللوث في الأموال، قال ابن رشد: أجمع جمهور القائلين بها أنها لا تجب إلا بالشبهة... وهي الشبهة التي تغلب على ظن الحكام أن المدعي محق لقيام تلك الشبهة واختلفوا فيها، ما هي [2].

مشروعيتها: اختلف الفقهاء في مشروعية القسامة على قولين:

القول الأول:

أن القسامة مشروعة وهو مذهب الجمهور، فالقسامة مشروعة إذا وجد القتيل ولم يعلم قاتله ولم تقم بينه ،وكانت في الجاهلية فأقرها الإسلام،قال ابن يونس: كانت في الجاهلية فأقرها الشرع، وأصلها الكتاب والسنة، واجماع الأئمة لا إجماع الأمة[3]،والكتاب قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾سورة الاسراء، الآية ٣٣، وهذا السلطان للولي بينه النبيﷺ بالقسامة، وقد أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة والبيهقي وأحمد عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه قال: انطلق عبد الله بن سهل ومحيّصة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذٍ صلح، فافترقا، فأتى محيّصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشخبط في دمه قتيلاً، فدفنه ثم قدم المدينة، فانطلق عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود إلى

(١) راجع تفصيل ذلك في كتاب «من طرق الإثبات»: ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٤٢٧.

(٣) الذخيرة، القرافي: ٥ ق ٢٣٩ ب، وانظر المحلي، ابن حزم: ١١ ص ٧٩، تحفة الفقهاء: ٣ ص ١٦٨.

النبيﷺ فذهب عبد الرحمن يتكلم، فقال: كبّر، كبّر، وهو أحدث القوم، فسكت فتكلما، قال: أتحلفون وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم، فقالوا: كيف نحلف ولم نشهد ولم نر؟ قال فتبرئكم يهود بخمسين يمينا، فقالوا كيف نأخذ أيمان قوم كفار؟ فعقله النبيﷺ من عنده، وروى مسلم والنسائي: أن النبي ﷺ أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية وقضى بها بين ناس من الأنصار في قتيل ادعوه على يهود خيبر[1].

القول الثاني:

أن القسامة غير مشروعة، لأنها مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها، لعدم الحلف إلا على ما علمه قطعا، أو شاهده حسا، وأن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وإن الاحاديث في القسامة تلطفٌ من الرسولﷺلحكم جاهلي.

رُوي ذلك عن بعض التابعين كسالم بن عبد الله وابن عُلَيَّة وعمر بن عبد العزيز وأبو قلابة وغيرهم[2].

واعترض عليهم الجمهور بأنها سنة منفردة ومخصصة للأصول السابقة، وأنها أصل قائم بذاته عن الرسولﷺ، وأن اقرار الرسول ﷺ لها هو شرع وليست عملا جاهليا.

أصحاب اليمين وعدد الأيمان

اختلف الفقهاء القائلون بمشروعيتها في المكلف بالأيمان وفي عددها على أقوال، فقال الحنفية والزيدية إن اليمين على المدعى عليه[3]، وهو المتهم بالقتل وقبيلته، فإن حلفوا حكم عليهم بالدية، وقال الجمهور إن اليمين على المدعيين وهم أولياء المقتول للحديث السابق[4]، ولأن اللوث قرينة قوية ترجح جانب المدعيين واليمين شرعت على أقوى

---

(١) صحيح البخاري مع السندي: ٤ ص ١٢٩، صحيح مسلم بشرح النووي: ١١ص ١٤٦، ١٥٢، سنن النسائي: ٨ ص ٥، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٤٧، صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: جـ٦ ص ١٩٢، السنن الكبرى: ٨ ص ١١٧، احكام الاحكام: ٢ ص ٢٣٨، نيل الأوطار: ٧ ص ٣٧، الموطأ: ص ٥٤٧، بدائع المنن: ٢ ص ٢٥٦.

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٤٢٢، صحيح البخاري مع السندي ٤ ص ١٢٩، فتح الباري: ١٢ ص ٢٠٠ محمد.

(٣)مجمع الأنهر: ٢ ص ٦٧٨، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٨٦، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٧٥، البحر الزخار: ٥ ص ٢٩٥، التاج المذهب: ٤ص ٣٤٦.

(٤) الأم: ٦ ص ٧٨، مختصر المزني: ٥ ص ١٤٧، الطرق الحكمية: ص ٧، ١١، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٢١، المهذب: ٢ ص ٣١٩، وقال الشيرازي: فإن لم يكن لوث فاليمين على المدعي عليه لأن الاصل براءة الذمة وعدم =

المدعيين، وهي أن يحلف خمسون رجلا من البالغين العاقلين وقال الإباضية [1] تكون اليمين على أهل المحلة ولو كان رجلا واحداً أو امرأة واحدة فتكرر الأيمان عليها ويدفع الرجل الدية من ماله، وعن المرأة عاقلتها، وخالف الإمامية[2] في عدد الأيمان فقالوا هي خمسون في العمد وخمسة وعشرون في الخطأ ،وستة في الأعضاء التي ديتها دية النفس.

موجب القسامة:

اختلف الفقهاء في موجب القسامة ،فقال المالكية والحنابلة بالقود والقتل في العمد، والدية في الخطأ، ولا قسامة في الأطراف ولا في الجراح، وقال الشافعية والحنفية والإمامية والزيدية والظاهرية والإباضية بالدية في القسامة[3].

ونظرا لارتباط القسامة بالقرائن ،وأن الجامع بينهما هو اللوث ولذلك نعرفه ونبين اختلاف الفقهاء في تعريفه وحقيقته.

اللوث في القسامة:

اختلف الفقهاء في السبب الموجب للقسامة على قولين:

القول الأول: أن السبب الموجب للقسامة هو وجود القتيل وعليه أثر القتل إذا لم يعلم قاتله.

ذهب إلى ذلك الحنفية والزيدية.

القول الثاني: أن السبب الموجب للقسامة هو وجود اللوث.

ذهب إلى ذلك للجمهور.

والواقع أن هذا خلاف في اللفظ والاصطلاح، وإلا فان اللوث قرينة على القتل، ووجود القتيل قرينة على القتل ،فما هو اللوث؟

= القتل، (المهذب: ٢ ص ٣٢٠)، وانظر: المختصر النافع: ص ٣١٣، الروضة البهية: ٢ ص ٤٠٩، شرح النيل: ٨ ص ١٢٤.

(١) شرح النيل: ٨ ص ١٢٤.

(٢) المختصر النافع: ص ٣١٣.

(٣) المراجع السابقة في هامش ٣ ، ٤ في الصفحة السابقة

اللوث: لغة من التلوث وهو التلطخ بالدم[1]، واللوث في الاصطلاح أمارة تغلب في الظن صدق مدعي القتل أو هو أن يوجد معنى يغلب معه على الظن صدق المدعي، وتفصيل ذلك كما يلي:

قال الإمام مالك: السبب المعتبر في القسامة أن يقول القتيل دمي عند فلان عمداً، أو يقوم شاهد واحد بذلك، مع الخلاف عند المالكية في اشتراط عدالته وفي عدد النساء فيه [2].

وقال الإمام الشافعي: السبب الموجب للقسامة هو اللوث وهو أن يرى القتيل في قرية أو محلة بينه وبينهم عداوة ظاهرة؛ أو أن يدخل نفر على دار فيتفرقون عن قتيل، والازدحام كالطواف ودخول الكعبة أو وجود القتيل في صحراء، وبقربه رجل معه سلاح، والدم على سلاحه، أو ثوبه، أو قتال بين الطائفتين من المسلمين، أو أن يشهد شاهد عدل أن فلاناً قتل فلاناً[3].

وقال أحمد: لا يحكم باللوث إلا أن يكون بين المقتول والمدعى عليه لوث وهو العداوة الظاهرة أو لطخ دم أو بسبب بيّن، أو تهمة على المدعى يفعل مثلها، أو شهادة فساق وصبيان ونساء بالقتل، أو رجل عدل أو أن يدخل قوم دارا ويتفرقون عن قتيل، أما دعوى القتيل: قتلني فلان فليس بلوث[4].

وقال الإمامية: ولا تثبت القسامة إلا مع اللوث وهو أمارة يغلب معها على الظن بصدق المدعي، كوجود القتيل في دار قوم أو محلتهم أو قريتهم أو وجود أي سلاح ملطخ بالدم عند القتيل، ويشترط العداوة في القرية إذا كان يطرقها غير أهلها، وشهادة العدل الواحد، لا الصبي والفساق والكافر، ويجوز بجماعة من النساء دون جماعة الصبيان[5].

وقال ابن حزم: والقسامة سواء وجد المقتول في مسجد أو داره نفسه أو في المسجد الجامع أو في السوق[6].

ويلاحظ أن جميع صور اللوث السابقة التي ذكرها الفقهاء هي أمارات وعلامات على

---

(١) المصباح المنير ٢ ص ٧٦٩، النهاية لابن الأثير: ٤ ص ٢٧٥.

(٢) الذخيرة: ٥ ق ٢٤٢أ، القول المرتضى: ق ١٣ أ، ١٠٠ أ، تهذيب الفروق: جـ ٤ ص ١٥٤ تبصرة الحكام: ١ ص ٢٨٧، ٢٩٥، ٣١٥ - ٣١٦، جـ ٢ص ١١٣، ١١٧.

(٣) المهذب: ٢ ص ٣١٠، مختصر المزني: ٥ ص ١٤٧، الأم: ٦ ص ٧٨.

(٤) الافصاح: ٢ ص ٣٤٢.

(٥) المختصر النافع: ص ٣١٢، الروضة البهية: ٢ ص ٤٠٩.

(٦) المحلى: ١١ ص ٨٥، ٨٩.

القتل، وهذا هو المعنى الحقيقي للوث، لذلك قال الأزهري: اللوث هي البينة الضعيفة غير الكاملة[1]، ولكن الدماء يحتاط بها ويجب الحفاظ عليها وعدم إهدارها قبل التأكد والتثبت، ولذلك شرعت القسامة، ومن محاسنها خطر الدماء وصيانتها عن الإهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص عند الجمهور والاكتفاء بالدية، وفائدتها تعظيم شأن الدماء في الإسلام بألا يهدر دم ظلما دون معرفة قاتله، أو يُهدر دم المتهم بمجرد الشبهة أو الشك كما تبعث القسامةُ روح اليقظة الجماعية في الحفاظ على الأمن والسلامة، فإن قصرت الجماعة في ذلك وجب عليها تحمل المسؤولية باليمين أو الدية.

ويرى المالكية وابن القيم من الحنابلة بقبول اللوث في الأموال، كما إذا أغار قوم على بيت رجل وأخذوا ما فيه، والناس ينظرون إليهم فالقول قول المنتهب عند ابن القاسم وابن الماجشون، وقول المنهوب منه عند مطرف وابن كنانة وابن حبيب وابن تيمية[2].

ويستفاد من القسامة قبول خبر الواحد إذا اقترن به قرينة تؤيده وتُقويه كالشاهد على القتل... وفي الأموال بالأولى.

---

(١) المصباح المنير: ٧ ص ٧٦٩.

(٢) الطرق الحكمية: ص ٦، ١٩١، تبصرة الحكام: ٢ ص ٩١.

المطلب الثالث
في
الإثبات بالقرائن فيما عدا الحدود والقصاص

تستعمل القرائن في إثبات المعاملات المالية والأحوال الشخصية سواء ما يتعلق بحق الله تعالى كالنسب والوقف أو ما يتعلق بحقوق العباد في عقد الزواج وألفاظ الطلاق وفي البيوع والتبرعات، وفي مختلف التصرفات.

والإثبات بالقرائن في حقوق الله تعالى للحرص عليها والحفاظ على بقائها لأنها تتعلق بنظام المجتمع، وتؤثر في كيانه أكثر من حقوق العباد، ولا يعترض على ذلك بأن حقوق الله تعالى تُبنى على المسامحة والستر وعدم المطالبة، لأن حقوق الله تعالى التي تبنى على المسامحة هي التي تتصل بالله تعالى وليس لها أثر في الحياة والمجتمع كالتعبد والصدقات، أما حقوق الله تعالى التي تتعلق بالمجتمع فهي حقوق للأفراد والأمة عامة، ونسبت لله تعالى للتكريم والتقديس والأهمية التي تمنع التنازل عنها والتهاون في شأنها أو التلاعب في إقامتها، وإنها بحاجة إلى المحافظة والتطبيق والإثبات أكثر من الحقوق الخاصة.

ويشترط للعمل بالقرائن عدم وجود بينة في إثبات هذه الحقوق، وإن وجدت بينتان متعارضتان فيمكن ترجيح إحداهما على الأخرى بقرينة من القرائن، أو إهمال البينتين والحكم بمجرد القرينة، مع الاختلاف بين المذاهب في حالة تعارض البينات، والحكم بالسقوط والإهمال، أو بأعمال البينتين والقضاء بينهما نصفين[1].

وسبق القول في مشروعية الإثبات بالقرائن أن الفقهاء يعملون بالقرائن ويعللون بها الأحكام دون أن يصرحوا بمشروعيتها، ولذلك لم يضعوا ضابطاً في العمل بها، وتجد المذهب الواحد يستند إلى القرينة في استنباط الحكم أو ترجيح البينة، ويرفض القرائن في حالات

---

(١) راجع الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة: ص ١١٤، فصل فيما يقضي فيه بين الخصمين من الدعاوي عند اقامتهما البينة، وفصل التهاتر: ص ٢٢٦، منه، وانظر: كتاب قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام: ٢ ص ٥٢، وسوف ندرس هذا الموضوع في فصل مستقل وهو تعارض البينات وترجيحها.

لقرينة أخرى، وقد تتفق المذاهب في حالات وتختلف في حالات أخرى، فالفقهاء جميعاً يعملون بالقرائن في الإثبات فيما يتعلق بالمعاملات أو الأحوال الشخصية عندما يفقد الدليل، وعند عدم وجود نص يمنع استعمال القرائن.

١ ـ إذا اختلف راكب الدابة وماسك الزمام في ملكيتها فيحكم بها للراكب لقوة حيازته عليها، وأنها قرينة على الملك وترجيحها على مجرد اليد الدالة على الملك أيضاً إذا لم تثبت قرينة أقوى منها، وبشرط أن نجهل أصل اليد أو نعلم أن أصلها مشروع[١].

٢ ـ الاختلاف في عين في أيدي اثنين، وليس لواحد منهما بينة عليها فتقسم بينهما لقرينة وضع اليد الدالة على الملك، وهذه القرينة ثبتت بنص شرعي، وهو حديث أبي موسى السابق، عندما اختلف اثنان في دابة في أيديهما، فحكم بها بينهما نصفين[٢]، وهو ما أخرج أحمد وأبو داود والنسائي عن أبي موسى رضي الله عنه أن رجلين اختصما في دابة وليس لواحد منهما بينة فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين، قال الخطابي يشبه أن يكون البعير أو الدابة كانت في أيديهما معاً[٣].

٣ ـ الاختلاف في بعير وعليه حمل فيحكم به لصاحب الحمل لأنه ذو اليد الأقوى[٤].

٤ ـ الركاز: إذا كان عليه علامات الكفر وإشارات الجاهلية كان ركازاً ويجرى عليه التخميس، فيجب فيه الخمس لبيت المال، والباقي يملكه من وجده، لأن هذه العلامات والإشارات قرينة على دفنه في الجاهلية، ومن قبل الكفار، وإذا كان عليه علامات المسلمين كالشهادة أو آية قرآنية أو اسم أحد الخلفاء فيجري عليه حكم اللقطة لقرينة واضحة تدل على أنه

(١) قواعد الأحكام، العز: ٢ ص ١٤١، البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٢، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٥، مجمع الأنهر٢ ص ٢٨١، درر الأحكام: ٢ ص ٣٤٩، الفروق ٤ ص ٧٨ ف ٢٤٣.

(٢) درر الحكام: ٢ ص ٣٤٩، قواعد الأحكام: ٢ ص ١٣٩، ١٤٠، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨١، مجلة الأحكام، المادة ١٧٧١، مسند الإمام الشافعي على هامش الأم: ٦ ص ٢٥٣، المختصر النافع: ص ٢٨٤، أصول الإثبات: ص ١١٨.

(٣) انظر: تخريجه في صفحة ٥٠٨.

(٤) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٦.

ملك لأحد المسلمين ثم دفنه أو فقده[1].

٥ ـ أجاز الفقهاء الأكل من الهدي المنحور المشعر بالفلاة لدلالة النحر والإشعار القائمين مقام صريح اللفظ على البذل والإطلاق[2].

٦ ـ إذا وكل شخص آخر ببيع السلعة فيجوز للوكيل قبض ثمنها وإن لم يطلب منه الموكل ذلك لدلالة الحال عليه[3].

٧ ـ اتفق الفقهاء على الحكم بموت المفقود أو الغائب الذي غاب غيبة منقطعة بقرينة موت أقرانه، فالمفقود الذي غاب عن وطنه، وانقطع خبره، وجهل حاله، فلم يعلم مكانه ولم تعرف حياته ولا وفاته، فإذا جاء أولاده وزوجته يطالبون بحقوقهم منه، فإن القاضي يستند إلى موت أقرانه ويجعلها قرينة قاطعة على وفاته فتعتد زوجته، وتوزع تركته، واختلفت الآراء في الوقت، فعند أبي حنيفة هو وقت انقراض أقرانه جميعاً، والغائب من ليس الغالب هلاكه، وينتظر مدة لا يعيش في مثلها حسب اجتهاد الحاكم، وفي قول تسعون سنة، وقضى عمر رضي الله عنه بمضي أربع سنوات وهو رأي عثمان ومذهب المالكية، وعند أحمد يكفي مضي المدة التي يعيش لمثلها، وفي قول حسب اجتهاد المحاكم، وقال الربيع تلميذ الشافعي: لا تتزوج امرأته حتى تتيقن موته[4].

٨ ـ اتفق الفقهاء على أن وجود شخص في دار المسلمين قرينة على علمه بأحكام الشريعة وأنه مؤاخذ بها، فإن ادعى الجهل بأحكام الشريعة فلا يقبل ادعاؤه أو عذره، إلا إذا كان قد أسلم ودخل دار الإسلام من وقت قريب، فيعذر[5]، وهذا ما عليه العمل في القوانين الحديثة، ولذلك قالوا: «الجهل بالقانون لا يعد عذراً» ويعتبر نشر القانون في الجريدة الرسمية «كالوقائع المصرية» قرينة على علم الناس بالقانون.

وإذا وجد لقيط في دار الإسلام يحكم بإسلامه، لقرينة الدار، وإذا وجد ميت في دار

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٢١٤، معين الحكام: ص ١٦٢، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٦، أصول الإثبات، مغنية: ص ١٢٣.

(٢) قواعد الأحكام: ٢ ص ١٣٦، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٦، ١١٧.

(٣) تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٦، الطرق الحكمية: ص ٢٣.

(٤) الأم، الشافعي: ٧ ص ٢١٩، الأحوال الشخصية، أبو زهرة: ص ٤٩٩.

(٥) قواعد الأحكام، العز: ٢ ص ٥٠، الجريمة في الفقه الإسلامي، الشيخ محمد أبو زهرة: ص ٤٨٧، ٤٩٠، ٤٩٤، ٤٩٦، ٤٩٩.

الإسلام يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين بناء على ظاهر الدار أيضاً، فإن وجدت قرينة أقوى منها فتقدم كما إذا وجد على وسط الميت زنار الذميين أو أنه غير مختون مع كبر سنه، فيحكم بكفره فلا يصلى عليه، ولا يدفن في مقابر المسلمين.

٩ ـ إذا ساوم المشتري في سلعة أو شارك آخر مزارعة على أرض أو قام الوكيل ببيع الدار فلا تقبل منهم دعوى الملك بعد المساومة والمزارعة ولا دعوى الشفعة من الوكيل بظاهر الحال، وأن مساومته ومشاركته قرينة على ملكية الآخرين، وتكذيب نفسه، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية «من سعىَ في نَقضِ ماتَمّ من جِهته فسَعْيُه مردودٌ عليه».

١٠ ـ الإذن للمستأجر بإدخال الضيوف والأصحاب والجلوس عنده والمبيت في الدار، وإن لم يذكر في عقد الإيجار الإذن بذلك، اعتماداً على القرينة في الإذن، وكذلك الاعتماد على القرائن المبنية على العرف والعادة في كثير من أحكام العقود التي لم ينص الطرفان عليها عند التعاقد، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

١١ ـ اتفقت المذاهب على جواز وطء المرأة التي تهدى إلى الرجل ليلة الزفاف، وإن لم يشهد لدى الرجل عدلان من الرجال على أن هذه المرأة هي امرأته التي عقد عليها، لأن زفافها شاهد على أنها امرأته لبعد التدليس في ذلك في العادة، واعتبر الفقهاء هذا الحكم قرينة قاطعة، وأمارة ظاهرة جرياً على العادة والعرف المنزل منزلة الشهود عند الزوج[١].

١٢ ـ اتفق الفقهاء على الحكم بالقرائن في الخلاف على الجدار بين الشخصين، ولا بينة لواحد منهما فيحكم بالجدار لمن اتصل ببنائه، أو لمن عرصته إليه، أو لذي التزين، والتجصيص، أو لمن إليه القمط في بيت الخص (وهو الحبل المشدود للبيت) لأنها أمارة الملك في العرف، ولإجازته ﷺ قضاء حذيفة لمن إليه القمط[٢]، وهذه القرائن في الجدار تعتمد على عادة الناس في البناء، وقد يختلف الفقهاء في بعضها لاختلاف عادات عصرهم، كالاختلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه فيها[٣] والآن اختلفت عادات البناء، فتختلف الأحكام حسب العادات في هذا الزمن، لأن كل حكم مبني على عادة يتغير إذا تغيرت العادة، ومنه القاعدة المشهورة «لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة من المختصين، قال الشيرازي: فالقول قول من بني على تربيع داره، لأن الظاهر بنى لداره.

---

(١) قواعد الأحكام: ٢ ص ٥٠، ١٣٦، معين الحكام: ص ١٦١، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٨، جـ٢ ص ١١٥.

(٢) سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٨٥.

(٣) تهذيب الفروق: ٤ ص ١٦٧، البحر الزخار: ٤ ص ٤٠١، المختصر النافع: ص ٢٨٤، بدائع الصنائع: ٦ =

أمثلة من القرائن المختلف فيها:

١ ـ **النكول**: قال الحنفية والحنابلة وآخرون[١] بالقضاء بالنكول اعتماداً على القرينة، فالنكول يحتمل التورع عن اليمين الصادقة والترفع عنها، ويحتمل الامتناع عن اليمين الكاذبة، ويحتمل الامتناع لاشتباه الحال، ومع ذلك يعتبر نكول المدعى عليه دليلاً في الإثبات كالإقرار أو البذل وهو إعراض عن القسم، مع تحقق الثواب في اليمين الصادقة، وصيانة المال من الضياع، ودفع تهمة الكذب عن نفسه، مع خوفه من هلاك النفس والمال في اليمين الكاذبة، فكل هذه الامارات والقرائن تدل على كون النكول حجة عليه.

٢ ـ **مرض الموت**: قال الحنفية وغيرهم بمنع تصرفات المريض مرض الموت في العقود والإقرار وغيرهما[٢]، واعتبرت تصرفاته هبة وتبرعاً ووصية لا تسرى إلا من ثلث المال، اعتماداً على القرينة في قرب أجله واحتمال تفضيل بعض الورثة على بعض، وتعلق حق الورثة بالتركة.

٣ ـ **البيع بالتعاطي**[٣]: وهو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون تلفظ بإيجاب وقبول، فأركان البيع الإيجاب والقبول لفظاً أو كتابة أو إشارة من الأخرس، ولكن إذا كتب البائع على السلعة سعرها وجاء المشتري ودفع الثمن دون كلام فينعقد البيع بالقرينة، لأن عرض السلعة للبيع بالثمن المحدد يعتبر إيجاباً، والدفع من المشتري واستلام المبيع يعتبر

= ص ٢٥٧ وما بعدها، معين الحكام: ص ١٥٨، ١٢٦، وهذا منقول حرفيا عن التبصرة: ٢ ص ٦٣ـ٦٧، ١٢٩، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨٢، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٧٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٧، ١٢٨، الفروق: ٤ ص ١٠٣ ف ٢٣٨، المهذب: ٢ ص ٣١٧، قواعد الأحكام: ٢ ص ١٣٨، درر الحكام: ٢ ص ٣٥٠.

(١) الطرق الحكمية: ص ٧، ١١٦، تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٧، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٠٨، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٢، ٢١٥، القواعد، لابن رجب ص ٢٤٥، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٩، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٥٤، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٠، معين الحكام: ص ٩٥، وانظر: تفصيل ذلك في فصل اليمين السابق (ص ٣٨٩)، مذكرة في السياسة الشرعية، الشيخ عبد العال عطوة: ص ١٣٧.

(٢) تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٨، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٢٤، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٢٨٠، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٤، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٦١٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٩٤، المغني: ٥ ص ١٩٧، وانظر: تفصيل ذلك في فصل الإقرار السابق (ص ٢٩٥).

(٣) تبصرة الحكام: ٢ ص ١٣٧، الطرق الحكمية: ص ٢١، التعبير عن الارادة، سوار: ص ٢٣٢، نهاية المحتاج: ٣ ص ٣٧٥، الفروق: ٣ ص ١٤٣، مغني المحتاج: ٢ ص ٣، المجموع شرح المهذب للنووي: ٩ ص ١٧٠، وما بعدها، وقد بين الخلاف في المعاطاة، فتح القدير: ٥ ص ٧٧، تبيين الحقائق: ٤ ص ٤، نهاية المحتاج: ٣ ص ٤، الاشباه والنظائر، السيوطي: ص ١٠١، قواعد الأحكام: ٢ ص ١٣٧، المغني: ٤ ص ٤، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣، مواهب الجليل، الحطاب: ٤ ص ٢٢٨، بدائع الصنائع: ٥ ص ١٥٨.

قبولاً، واختلف فيها الفقهاء فقال المالكية والحنابلة بصحة المعاطاة وإنها أداة دالة على الرضا، وأجاز الحنفية التعامل في القليل والحقير دون الكثير والغالي، ثم أجاز المتأخرون من الحنفية التعاطي في كل شيء، بينما منع الشافعية والشيعة التعاقد بالتعاطي، واستثنوا الأشياء الخسيسة والقليلة لجريان العرف بها وقلة أهميتها، واعتبار التعاطي دليلاً على الرضا بالمعاوضة كدلالة صريح الألفاظ[1].

وينعقد الايداع بدلالة الحال كمن ترك متاعه بين يدي شخص آخر، والآخر ساكت لم ينهه، ولم يتنصل من حفظه فإنه ينعقد عقد الايداع بينهما[2].

٤ ـ قال الحنفية والمالكية بوجوب كامل المهر بالخلوة[3]، فإذا خلا الرجل بامرأته وأرخى الستر ثم طلق يحكم عليه بالصداق، وإن كان منكراً للوطء، لأن الخلوة بامرأته أول مرة يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل إليها.

أمثلة من القرائن عند كل مذهب:

قال المالكية[4] بالعمل في القرائن في الدماء والحدود والأموال وسائر الحقوق فمن شاهد القتيل وبجواره المتهم فهو لوث، ويقسم الأولياء معه، ويستحقون الدم أو الدية، وثبوت حد الخمر بالرائحة أو القيء وثبوت ضرر الزوجين والإعسار بقرينة الصبر، وفي تداعي الصباغ والعطار في آلة العطر والصبغ لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة، وإن شهدت العادة بأن آلة العطر للعطار وآلة الصبغ للصباغ، وقال بعض المالكية كالحنابلة في الحكم بينهما بحسب العادة، وقالوا بالقرينة في معرفة العفاص والوكاء في اللقطة كما سبق بيانه.

أما الحنابلة[5] فإن كتبهم تزخر بالحكم بالقرائن واعتبارها في الإثبات، كما ذكر ابن

---

(١) قال النووي: صورة المعاطاة التي فيها الخلاف السابق أن يعطيه درهما أو غيره ويأخذ منه شيئاً في مقابلته، ولا يوجد لفظ أو يوجد لفظ من أحدهما دون الآخر، فإذا ظهر ـ والقرينة وجود الرضا من الجانبين ـ حصلت المعاطاة وجرى فيها الخلاف، (المجموع، له: ٩ ص ١٧٢).

(٢) المدخل الفقهي العام: ١ ص ٣٢٢.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ٣١١، درر الحكام: ١ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٤) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٨٧، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٢٨، شرح الخرشي: ٧ ص ١٨٥، وقال ابن فرحون في تبصرة الحكام: ١ ص ١٢٥، فينبغي أن يعتمد الترجيح بالعوائد وظاهر الحال والقرائن، وانظر: أيضاً تبصرة الحكام: ٢ ص ٥٩، الفروق: ٣ ص ١٤٨، تهذيب الفروق: ٣ ص ١٨٥.

(٥) القواعد: ابن رجب: ص ٣٥، ٣٢٤، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٠، المغني: ٩ ص ٣٢٢، الطرق الحكمية: ص ٢١١.

القيم ذلك في «أعلام الموقعين» و«الطرق الحكمية»، فتقبل في التهم وفي الحد برائحة الخمر أو القيء منها، ويثبت الزنا بالحبل، ويقام الحد على المتهم في السرقة إذا وجد المسروق عنده، ولو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المؤجرة فما يتبع الدار في البيع فهو للمؤجر، وما لا يتبع الدار في البيع إذا جرت به العادة كذلك، ومثله تنازعهما في كنز مدفون في الأرض، وإن تنازع صاحب الدار مع الخياط ـ وهما يقيما في دار واحدة ـ تنازعاً في ابرة أو مقص، أو مع القرّاب في قربة فهي للخياط أو للقراب، وإن تنازع المؤجر والمستأجر في رفٍّ مقلوع أو مصراع له شكل منصوب في الدار فهو للمستأجر، وإن اختلف صانعان في آلة، وكان لهما يد عليها حكم بآلة كل صنعة لصاحبها، وإن كان في الدار نجار وعطار فاختلفا فيما فيها حكم بآلة كل صناعة لصاحبها، فآلة العطارين للعطار، وآلة النجارين للنجار.

وقال الحنابلة أيضاً[1] لو تنازع القاضي والجندي رمحاً كان للجندي، ولو تنازع عطار وصباغ مسكاً وصبغاً قدم العطار في العطر، وحكم للصباغ بالصبغ، ويحكم بالعلامة على فخذ الدابة أنها صدقة أو وقف لأنها أمارة ظاهرة، وقد ثبت ذلك في الصحيحين من حديث أنس ابن مالك «فوفاه في يده الميسم يسم إبل الصدقة» وعند أحمد «وهو يسم إبلاً في آذانها» فلولا أن الوسم يميز الصدقة من غيرها، ويشهد لما هو رسم عليه لم يكن لها فائدة.

وقال الحنفية: [2] إن قبض الهبة والصدقة بحضرة المالك مع السكوت يعتبر إذناً بالقبض وإن سكوت البكر أو ضحكها قرينةٌ على الرضا، ووضع اليد والتصرف قرينة على ثبوت الملكية، وقبول التهنئة في ولادة المولود أيام التهنئة المعتادة قرينة على ثبوت النسب، وعلامة الكنز في اعتباره لقطة أو كنزاً، واهملوا الاعتماد على الأوصاف، لأنها تتشابه فليست طريقاً لمعرفة الحق، وعملوا بالقرائن في السفينة المحملة بالدقيق إذا تنازع فيها ملاح وتاجر دقيق، فالسفينة للملاح والدقيق للتاجر، ومنعوا العمل بالقرائن في تنازع إسكافي وعطار في آلات الأساكفة وآلات العطارين، ويقضى به بينهما، ولا ينظر إلى ما صلح لأحدهما، لأنه قد يتخذه لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحاً.

---

(١) المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٠، الطرق الحكمية: ص ٢١١.

(٢) رد المحتار: ٥ ص ٥٦٥، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٣، ٢٥٦، البحر الرائق: ٧ ص ٢٢٦، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٨١، وقارن موسوعة الفقه الإسلامي: ٢ ص ١٦٩، والأصول القضائية، لقراعة: ص ٢٧٥ حيث اعتبروا أن الحنفية لا يقولون بالقرائن في الإثبات، وانظر: تكلمة رد المحتار: ٧ ص ٤٨٣، ٤٨٤، ومن أمثلة الاعتماد على القرينة في الشهادة أن يشهد من رأى شخصاً يجلس مجلس القضاء ويتردد إليه الخصوم أنه قاض، وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه، ويشهد أيضاً على رجل وامرأة يسكنان بيتاً وبينهما انبساط الأزواج أنها عرسه، كما لو رأى عيناً في يد غيره، عملاً بالظاهر، (درر الحكام: ٢ ص ٣٧٥).

وقال صاحب قرة عيون الأخيار تكلمة رد المحتار: يجب أن يطبق على العطار والإسكافي القاعدة السابقة في الظاهر واستصحاب الأصل، وحمل النص في المتن على التنازع بينهما على نوع واحد فقط، ولو اختلف المؤجر والمستأجر في متاع البيت فالقول للمستأجر بيمينه، وإذا اختلف رجل معروف باليسار وصاحب الدار في بدرة (وهي عشرون ألف دينار) في عنق غلام لذي اليسار فالبدرة له، وإذا اختلف صاحب المنزل وكناس في قطيفة(وهي دثار مخمل) على كتفه، فهي لصاحب المنزل، وإذا تنازع خياط في دار إنسان مع صاحب الدار في ثوب فهي لصاحب الدار، لأن يد الخياط صورة، ويد الآخر معنى فتقدم، وفي تنازع اللؤلؤي والدباغ، وهما في حانوت واحد، في لؤلؤة وإهاب، فالظاهر يشهد باللؤلؤة للأول، وبالإهاب للثاني، ويجب مهر المثل في الزواج إذا لم يسم لها مهر في العقد.

واعتمد الشافعية[1] في الحكم والقضاء على القرينة في أكثر من مائة موضع فأخذوا بالقرائن عند اختلاف صاحب الدار مع النجار في القدّوم والمنشار وآلات النجارة، وإن تداعى المكري والمكتري المتاع في الدار المكتراة فالقول قول المكتري، لأن يده ثابتة على ما في الدار، وإن تداعيا سلماً غير مسمر فهي للمكتري، لأنه كالمتاع، وإن تداعيا سلماً مسمرة فهي للمكري لأنه من أجزاء الدار، والرفوف المسمرة للمكري لأنها متصلة بالدار فصارت كأجزائها، ويحمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل، وحملوا التوكيل في البيع على ثمن المثل وغالب نقد البلد، ويحكم في النزاع بين العطار والدباغ بالعطر والصبغ في أيديهما بالنصف ومنعوا القرينة، وكذلك في النزاع بين موسر ومعسر لؤلؤة يحكم فيها بالنصف، لأنه لا يجوز الحكم بالظنون، وحكموا في اختلاف الزوجين في متاع البيت بالنصف بينهما[2].

وقال الإباضية[3]: إذا كان الزوج حائكاً فما أشبه غزله فله، وما أشبه غزلها فلها.

دراسة بعض القرائن بالتفصيل:

وأخيراً نضرب بعض الأمثلة عن القرائن التي اعتمد عليها جماهير الفقهاء وثبتت

---

(١) المهذب: ٢ ص ٢١٨، الحاوي: ١٣ ق ٥٣ أ، قواعد الأحكام: ٢ ص ١٢٦، مختصر المزني: ٥ ص ٢٦٧.

(٢) نعيد إلى الذهن مرة ثانية قول الشيخ الأكبر محمود شلتوت في كتابة (الإسلام عقيدة وشريعة: ص ٤٦٩): «ومما ينبغي المسارعة إليه في هذا المقام أن الناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم والقضاء، وإن أوسع المذاهب في الأخذ بها مذهبا المالكية والحنابلة ثم الشافعية ثم الحنفية».

(٣) شرح النيل: ٦ ص ٦٨٤.

ويتفرس في صفات وأعمال الناس والشبه بينهم، أو يحكم بها الناس وتتجه إليهما النفس في إثبات الملك بالنظر إلى التصرف والحيازة، ونتناول هذه القرائن في ثلاثة فروع وهي القيافة والفراسة والتصرف أو الحيازة.

* * *

الفرع الأول
في
القيافة

تعريفها:

لغة: هي معرفة الآثار، والقائف الذي يعرف الآثار، تقول قِفْتَ أُثْرَه إذا اتبعته مثل قَفَوت أثره، قال ابن الأثير: القائف الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، ويقال هو قائف، وهو أقوف الناس، والقيافة مصدر[1].

واصطلاحاً: هي إلحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم، والقائف هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود[2]، فالقيافة هي معرفة النسب عند الاشتباه بالفراسة والنظر وبما خصه الله تعالى به من علم ذلك، وإلحاق الأنساب بأهلها.

مشروعيتها: اختلف الفقهاء في مشروعية القيافة على قولين:

القول الأول: أن العمل بالقيافة في معرفة النسب مشروع، ويجوز العمل بها في ثبوت النسب والاستلحاق بناء على العلامات والأمارات الظاهرة التي يعرفها القائف.

ذهب إلى ذلك الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، وابن حزم، وهو مروي عن عمر وعلي وابن عباس وأبي موسى وأنس وكعب بن سور وعطاء والزهري وإياس والليث وأبي ثور وإسحاق[3].

---

(١) الصحاح: ٤ ص ١٤١٩، تاج العروس: ٦ ص ٢٢٩، لسان العرب: ٩ ص ٢٩٣، النهاية في غريب الحديث؛ ابن الأثير: ٤ ص ١٢١.

(٢) التعريفات: ص ١١٤، وقال ابن دقيق العيد: القيافة هي اعتبار الأشباه لإلحاق الأنساب، (احكام الأحكام: ٢ ص ٢٣) وقال الأصفهاني: هي الاستدلال بهيئة الإنسان وشكله على نسبه (انظر: بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب؛ للألوسي: ٣ ص ٢١١، مذكرة في السياسة الشرعية، عطوة: ص ١٤٠).

(٣) تبصرة الحكام: ٢ ص ١٠٨، ١١٣، القوانين الفقهية: ص ٤٠٢، الفروق: ٣ ص ١٢٥، جـ ٤ ص ٩٩، شرح المحلى: ٤ ص ٣٤٩، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٨، الحاوي ١٣ ق ٨٣أ، معالم السنن: ٣ ص ١٧٥، الطرق الحكمية: ص ١٠، ٦٦، ٢١٢، ٢١٧، المحلى: ٩ ص ٤٣٥، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٠.

القول الثاني: أن العمل بالقيافة في معرفة النسب غير مشروع، ولا يجوز العمل بها في ثبوت النسب.

ذهب إلى ذلك الحنفية والزيدية والإمامية[1].

فإذا حملت الجارية من ملك رجلين وادعيا الولد فهو ابنهما، ولو ادعى اللقيط رجلان ثبت نسبه منهما، ولو ادعته امرأتان صح نسبه منهما عند أبي حنيفة بخلاف صاحبيه، وقال الإمامية يقرع بينهما ويلحق بمن تعينه القرعة، وقال الزيدية إذا اتفق فراشان للحرة كامرأة المفقود إذا تزوجت ثم حضر المفقود، وكنكاح المعتدة جهلاً، وغلط الأعمى بوطء غير زوجته فيلحق الولد بالممكن من أحدهما.

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل القائلون بمشروعية القيافة بسنة الرسول ﷺ، وعمل الخلفاء الراشدين والصحابة.

١ ـ أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت(واللفظ لمسلم): دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فقال: ياعائشة ألم تري أن مجزّزاً المُدْلجي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيّا رؤوسهما وبدت أقدامُهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض[2].

وجه الدلالة:

أن سرور النبي ﷺ بقول مجزّز تقرير لعمل القافة في الشبه الخاص لأن النبي ﷺ لا يسر إلا بالحق، ولو كان باطلاً لما سرّ به، وهذا دليل واضح وصحيح وصريح على مشروعية القيافة في إلحاق الأنساب[3]، قال الشافعي: ولو لم يكن في القافة إلا هذا الحديث أقنع أن يكون فيه دلالة على أنه علم، ولو لم يكن علما لقال له: لا تقل هذا لأنك إن اصبت في شيء لم آمن

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٤٤، ٢٥٢، البحر الزخار: ٣ ص ١٤٤؛ شرائع الاسلام: ٢ ص٢٣٠.

(٢) صحيح البخاري مع السندي: ٤ ص ١١٦، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠ ص ٤٠، فتح الباري: ٧ ص ٧٠، جـ١٢ ص ٤٧، سنن النسائي: ٦ ص ١٤٨، السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٦٢، التاج الجامع للأصول: ٢ ص ٣٢١، تحفة الأحوذي: ٦ ص ٣٢٧، سبل السلام: ٤ ص ١٣٧، احكام الأحكام: ٢ ص ٢٢١، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢، ابن ماجه ٢٠ ص ٧٨٧. سنن أبي داود ١ص ٣٥٥، صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ٨ص ٢٩٢.

(٣) شرح ابن العربي على صحيح الترمذي: ٨ ص ٢٩٠، المحلى: ٩ ص ٤٣٥، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٦٥، الطرق الحكمية: ص ٢١٧، الحاوي: ١٣ ق ٧٤ أ، احكام الاحكام: ٢ ص ٢٢١.

عليك أن تخطىء في غيره، وقال أيضاً: فلو لم يعتبر قوله لمنعت من المجازفة وهو ﷺ لا يقر على خطأ، ولا يسر إلا بالحق[1].

ويعترض المانعون على ذلك بأن القافة من أمر الجاهلية كالكهانة، ونحوها، وسرور النبي ﷺ لموافقة القافة لحكمه في ثبوت النسب بالفراش ولتكذيب قول المنافقين، وأن نسب أسامة كان ثابتاً فالقافة لا تفيد عند ثبوت النسب، وقال الزيدية هذا الحديث نسخ بحديث «الولد للفراش»[2].

والجواب على ذلك أنها لو كانت من أمور الجاهلية التي لا يقرها الإسلام لما سر بها رسول الله ﷺ، وكان له شأن آخر معها، فالرسول الكريم لا يقر الباطل، ولو كان وسيلة إلى خير أو حق، والغاية لا تبرر الوسيلة في الشريعة، والإسلام حارب الأنصاب مع أنها تؤدي إلى إطعام الفقراء والمساكين، وقد حرّم الرسول ﷺ الكهانة وقال فيها: «من أتى كاهناً فصدقه فقد كفر بما أنزل على محمد»[3].

وأما القول بأنها من أعمال الجاهلية فإن كثيراً من العادات والتقاليد الحسنة التي كانت في الجاهلية أقرها الإسلام، وبعد إقرارها ومجيء الشرع بها لم تبق من أمور الجاهلية بل أصبحت من الشريعة الغراء بقول الرسول ﷺ وفعله وإقراره. والجمهور يقولون بثبوت نسب أسامة بالفراش، وأن القيافة لم تثبت نسبه أولاً، وإنما هي دليل آخر مع دليل الفراش، وسرور النبي ﷺ إنما كان لتعاضد الأدلة وتوافق أمارات النسب، ولو لم يكن دليلاً شرعياً لما برقت أسارير وجهه، وأما ادعاء النسخ فهي دعوى باطلة لا دليل عليها.

قال الخطابي في الحديث: فيه دليل على ثبوت أمر القافة وصحة لقولهم في إلحاق الولد، وذلك أن رسول الله ﷺ لا يظهر السرور إلا بما هو حق عنده، وكان الناس قد ارتابوا بأمر زيد بن حارثة وابنه أسامة وكان زيد أبيض، وجاء أسامة أسود[4].

٢ ـ أخرج مسلم والبيهقي أن عائشة رضي الله عنها سألت النبي ﷺ «أَوَ تَحْلَم المرأة،

---

(١) الحاوي: ١٣ ق ٧٣أ، مختصر المزني: ٥ ص ٢٦٥، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٨.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٤٤، الجوهر النقي: ١٠ ص ٢٦٢ على هامش السنن الكبرى، البحر الزخار: ٣ ص ١٤٢.

(٣) رواه أحمد والحاكم عن أبي هريرة، (انظر: الفتح الكبير: ٣ ص ١٤٦)، وروى مسلم عن النبي ﷺ قال: «من أتى عرّافا فسأله عن شيء لم تقبل صلاته أربعين ليلة» (انظر: مختصر صحيح مسلم: ٢ ص ١٥٣).

(٤) معالم السنن، له: ٣ ص ١٧٥.

فقال ﷺ : فِيمَ يكونُ الشبه؟ أو مما يكون الشبه؟، وقال إن ماء الرجل إذا سبق ماء المرأة كان الشبه له وإذا سبق ماؤها ماءه كان الشبه لها[1].

وجه الدلالة:

ان الرسول ﷺ اعتبر الشبه، عندما بين سبب الشبه، ويلزم منه إقرار الشبه في إلحاق النسب، لأن المني يوجب الشبه فيكون دليل النسب، وهذا هو معتمد القائف في قيافته[2].

٣ ـ أخرج البخاري ومسلم والحاكم والبيهقي وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن أنس ابن مالك قال: إن هلال بن أمية قذف امرأته بشَريكِ بن سَمْحاء، وكان أخا البَرَاء بن مالك لأمه، وكان أول رجل لا عن في الإسلام، قال: فلا عنها، فقال رسول الله : أبعدوها فإن جاءت به أبيض سَبْطا قَضِيء العينين فهو لهلال بن أمية وإن جاءت به أكحل جَعداً حَمْشَ الساقين فهو لشريك بن سمحاء ، قال فأنبئتُ أنها جاءت به أكحل جَعداً حَمش الساقين[3].

وجه الدلالة:

هذا الحديث ظاهر الدلالة على اعتبار القرائن والأخذ بها، فقد جعل النبي ﷺ الشبه في أوصاف معينة وجعلها قرينة على النسب، وأقام حكمه على المرأة على الشبه والأوصاف، والشبه هو عين عمل القافة، لأن القائف يتتبع أثر الشبه، وهذا يشبه تحليل الدم اليوم، فاعتبر النبي ﷺ الشبه وجعله لمشبهه[4].

ويعترض عليه بأن الرسول ﷺ لم يلحقه بمشبهه في الحكم فقد جاء في رواية أبي داود أنه ﷺ قال: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[5].

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ٣ ص ٢٢٢، السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٦٥، وروى أبو داود الطيالسي في مسنده عن ابن عباس في حديث عصابة اليهود التي جاءت سألت النبي ﷺ وفيه: «هل تعلمون أن ماء الرجل غليظ أبيض وأن ماء المرأة رقيق أصفر فأيهما علاكان الولد والشبه بإذن الله، فإن علاماء الرجل ماء المرأة كان ذكرا بإذن الله، وإن علاماء المرأة ماء الرجل كانت أنثى باذن الله، قالوا اللهم نعم. (انظر: منحة المعبود: ٢ ص ١١ حديث ١٩٢٣).

(٢) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٦٦، الطرق الحكمية: ص ٢١٩.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠ ص ١٢٨، فتح الباري: ٩ ص ٣٧٤، صحيح البخاري مع السندي: ٣ ص ١٨٣ سنن ابي داود: ١ ص ٣٥٢، ٣٥٣، السنن الكبرى: ١٠ ص ٥٦٢، المستدرك : ٢ ص ٢٠٢، سنن النسائي: ٦ ص ١٤٠، سنن ابن ماجه: ١ ص ٦٦٨، حمش الساقين: دقيقهما، الجَعد من الشعر: خلاف السَبط، والسبط هو الشعر المسترسل ،قَضِي العينين فاسدهما بكثرة دمع أو حمرة.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٢٢١، من طرق الإثبات، البهي: ص ٧٨.

(٥) سنن أبي داود: ١ ص ٣٥٢، مسند أحمد: ١ ص ٢٣٩ ط أولى.

ويجاب عليه بأن المانع لذلك هو اللعان، وهو المصرح براوية «لولا الأيمان» أي أيمان اللعان، واللعان سبب أقوى من الشبه واعتبار الشبه في النسب إذا لم يعارضه سبب أقوى منه، كما لا يعتبر الشبه مع الفراش، ويلحق النسب بصاحب الفراش مباشرة، ورواية «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» دليل على تعليق العقوبة على عدم وجود أيمان اللعان، وإن عدم إلحاق النسب بشريك لأنه زان، ولم يدع الولد، كما جاء في سنن أبي داود والنسائي[1]، والزاني لا يلحق به نسب.

فالحديثان دليلان على اعتبار الشبه الذي يعتمد عليه القائف، والشبه قرينة وأمارة وعلامة على النسب.

الإجماع:

اشتهر العمل بالقيافة عن عمر وعلي، ولم ينكر عليهما أحد من المسلمين فكان إجماعاً، فقد استدعى عمر رضى الله عنه قائفاً في ولد امرأة وطأها رجلان في طهر، فقال القائف قد اشتركا، وكذلك ورد عن علي رضي الله عنه، ولا يعرف قط من خالف الخليفتين في الحكم بالقافة والعمل بها كما ورد عن كثير من الصحابة والتابعين وتابعي التابعين[2].

وكانت العرب تحكم بالقافة وتفخر بها وتعدها من أشرف علومها، وهي والفراسة من الغرائز الطبيعية التي يعان عليها المجبول، ويعجز عنها المصروف عنها، ويقال إن علوم العرب ثلاثة: السيافة والعيافة والقيافة[3].

المعقول:

إثبات النسب بالقافة يستند إلى رأي راجح وظن غالب وأمارة ظاهرة بقول أهل الخبرة، فقبوله أولى، والعقل يرجح قبول الولد لمن أشبهه الشبه البين، والشارع مُتشوف إلى اتصال الأنساب وحفظها، والنسب فيه حق لله تعالى وحق الولد وحق الأب[1]، وتترتب على النسب

---

(١) سنن أبي داود: ١ ص ٣٥٢، سنن النسائي: ٦ ص ١٤٢.

(٢) الطرق الحكمية: ص ٢١٦، ٢١٧، مختصر المزني: ٥ ص ٢٦٥، الحاوي: ١٣ ق ٧٤أ، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٨.

(٣) يقول جرجي زيدان: «أما العرب فكانوا في الجاهلية يعتقدون أشياء تعد من قبيل الفراسة كالقيافة والسيافة والعيافة، . . . والسيافة هي معرفة مدى عمق الماء الباطن في الارض وذلك بشم رائحة ترابها ورؤية نباتها وحيوانها ومراقبة حركاته، وأما العيافة فهي تتبع آثار الأقدام والأخفاف والحوافر في الطرق التي تتشكل بشكل القدم التي تقع عليها» (علم الفراسة الحديث، له: ص ١٠) والقيافة قسمان قيافة الأثر وهي العيافة وقيافة البشر، (انظر: بلوغ الأرب للألوسي: ٣ ص ٢٦١؛ إحكام الاحكام: ٢ ص ٢٢٣، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٨).

(٤) الطرق الحكمية: ص ٢٢٦، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية، شعبان: ص ٥٨٨.

أحكام كثيرة للأب والابن في الميراث والنفقة والحرمة وغيرها ، فلذلك أجاز الشارع إثباته بطرق كثيرة كالقافة وشهادة النساء كما سبق في فصل الشهادة .

واعترض الحنفية على هذا الاستدلال بأمور :

١ ـ الحكم بالقافة هو استناد على مجرد الشبه والحدس والتخمين[١] .

٢ ـ ويقول الحنفية أيضاً إن وجود الشبه الظاهر بين الأجانب كما في القرائب يمنع اعتماد القافة في النسب ألحقا

ويجاب عليهم بأن وجود الشبه بين الأجانب نادر وشاذ ، والأحكام تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر ، فالنادر لا حكم له لأنه في حكم المعدوم[٢] .

٣ ـ ويقول الحنفية : لو كان الشبه معتبراً لصح الحاق الولد بمن يشبهه ولو أكثر من واحد ، والجمهور لا يقولون به .

والجواب عليه أن الحكم ليس متعلقاً بالشبه الظاهر بين النّاس وإنما يتعلق بشبه خاص يعرفه أهل الخبرة بالقيافة[٣] .

٤ ـ ويقولون : لو اعتبر الشبه لبطلت مشروعية اللعان .

والجواب على ذلك أن القيافة تكون عندما يستوي الفراشان ، واللعان يكون لما يشاهده الزوج من زوجته ، فهما بابان متباينان ، وبناء عليه فلا يصح للزوج أن يعرض ولد زوجته على القافة ، وأن الولد يلحق صاحب الفراش ولو كان من زنا بإقرار الزوج ، أو بإقرارهما أو بقول القافة ، ولا يقطع نسبه عنه إلا باللعان ، فالفرق واضح بين وجود الفراش الصحيح وبين تعدد الفراشين[٤] .

٥ ـ قال الحنفية : لو كانت القيافة علماً لأمكن اكتسابه كالعلوم والصنائع .

والجواب عليه بأنها قوة في النفس لا يمكن اكتسابها كالعين ، ومثل قرض الشعر وغيره من المواهب الفطرية التي تنمو بالدراسة والتجربة والعلم[٥] .

---

(١) بلوغ الارب في معرفة أحوال العرب : ٣ ص ٢٦٢ .

(٢) الطرق الحكمية : ص ٢٢٩ ـ ٢٣٠ .

(٣) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٦٦ .

(٤) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٦٧ ، الحاوي : ١٣ ق ٧٦ ب .

(٥) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٦٤ ، علم الفراسة الحديث ، جرجي زيدان : ص ٢٠ .

٦ ـ قال الحنفية: القيافة من أحكام الجاهلية، وقد نهى القرآن عنها فقال ﴿أفحكم الجاهلية يبغون﴾ سورة المائدة، الآية ٥٠.

والجواب عليه بأن ما ورد في الشرع لا ينسب إلى حكم الجاهلية ولو وافقه كالقسامة وغيرها[١].

أدلة المانعين:

استدل أصحاب القول الثاني على عدم مشروعية القيافة بالسنة والإجماع.

السنة:

١ ـ أخرج البخاري ومسلم ومالك والشافعي وأحمد وأصحاب السنن أن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش»[٢].

فطريق ثبوت النسب هو الفراش لا غير، ويستفاد هذا الاختصاص من الإسناد والتعريف فلا تقبل القيافة في إثبات النسب.

ويعترض عليه بأن المراد من الفراش ليس هو الزوج وإنما المراد كل من يجوز أن يلحق به الولد سواء كان زوجاً في المتزوجة أو غير الزوج عند عدم الزواج فلا حصر في الحديث حتى تخرج القافة[٣].

وعلى فرض التسليم بأن الحديث للحصر فإن حديث عائشة الصحيح يخصص عموم هذا الحديث، والجمع بين النصين الصحيحين أفضل وأولى من العمل بأحدهما وإهمال الآخر[٤]، قال ابن حجر: «واستدل به على أن القائف إنما يعتمد على الشبه إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه، لأن الشارع لم يلتفت هنا إلى الشبه، والتفت إليه في قصة زيد بن حارثة، وكذا لم يحكم بالشبه في قصة الملاعنة، لأنه عارضه حكم أقوى منه وهو مشروعية اللعان، وفيه تخصيص لعموم «الولد للفراش»[٥].

---

(١) الحاوي: ١٣ ق ٧٤ ب.

(٢) انظر: تخريجه في الصفحة رقم ٢٧٥، ٥٠٣.

(٣) الفراش عند الحنفية هو الزوج، والفراش عند الشافعية كل من يجوز أن يلحق به ولدها.

(٤) الحاوي: ١٣ ق ٧٥ أ.

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ١٢ ص ٢٨، باب الولد للفراش، ط محمد.

٢ ـ أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً من فزارة أتى رسول الله ﷺ فقال: إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: فما ألوانها؟ قال: حُمْرٌ، قال: فهل فيها من أَوْرَقَ؟، قال: إن فيها لُورقاء، قال فأنى أتاها ذلك؟ قال عسى أن يكون نَزَعَهَ عِرق، قال وهذا عسى أن يكون نزعة عرق[١].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ أبطل الشبه الذي يعتبره القائف في الحديث واعتبره لاغياً.

واعترض على هذا الاستلال بأن عادة الناس التي فطرهم الله عليها هي اعتياد الشبه[٢]، فإن اختلف الشبه فيثور الشك في القلوب وتظهر الهمسات ويبدو العجب، وهذا الحديث دليل على اعتبار الشبه لا على نفيه[٣]، على أن القيافة ليست باللون فقط، وإنما هي باعتبار شبه خاص، وأوصاف معينة يعرفها القائف، والرجل لم يسأل إلا عن اختلاف اللون، وقوله ﷺ «لعله نَزَعَه عرق» تأكيد للشبه واعتباره، لأنه قال بنزوع العرق الأول، ولذلك فلا حجة للحنفية في هذا الحديث[٤].

الإجماع:

كتب عمر لشريح في رجلين وطئا جارية «هو أبنهما يرثانه ويرثهما» وكان بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً[٥]، وأصل استحقاق النسب بأصل الملك، وقد وجد لكل واحد منهما، وقد ثبت أن رجلين تداعيا ولدا فدعا له عمر رضي الله عنه

---

(١) صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٣ ص ١٨٣، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٠ ص ١٣٣، سنن أبي داود: ١ ص ٣٥٤، سنن النسائي: ٦ ص ١٧٨، سنن ابن ماجه: ١ ص ٦٤٥، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٣٢٦، والأورق هو الذي فيه سواد ليس بصاف ومنه قيل للرماد أورق وللحمامة ورقاء وجمعه وُرْق، والرجل هو ضَمضَم بن قتادة، (انظر: مختصر سنن أبي دادو للمنذري: ٣ ص ١٧٢).

(٢) الطرق الحكمية: ص ٢٢٢.

(٣) أما إذا قام دليل أقوى من الشبه وأرجح فيتقدم عليه كالفراش، فالشبه أضعف بكثير من الفراش الصحيح الذي لا يمكن إثبات عكسه إلا بالملاعنة، فالدليل أو الحجة الأقوى تقدم على الأضعف كما تقدم الشهادة من العدول على مجرد اليد أو البراءة الأصلية.

(٤) قال ابن حجر: هذا الحديث أصل في اعتبار الشبه، وراجع أحكام هذا الحديث في (فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٩ ص ٣٦٦، شرح النووي على مسلم: ١٠ ص ١٣٣، معالم السنن للخطابي: ٣ ص ١٧١).

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٤٤.

القافة فقال: قد اشتركا فيه، فقال عمر: والِ أيهما شئت[1]، وهذايدل على عدم اعتبار القائف في نظر عمر.

ويعترض على ذلك بأن ادعاء النسب منقوض بما ثبت خلافه في السنة، وبما ورد عن عمر وعلي وجماهير المسلمين من القول بالقافة والعمل بها، وأما أثر سيدنا عمر فقد اختلفت الرواية فيه عن عمر، فروى عنه عروة بن الزبير وسليمان بن يسار أنه قال للولد: والِ أيهما شئت، وروى الحسن البصري أنه قضى به لهما يرثانه ويرثهما، وهو للباقي منهما، فالروايتان متعارضتان فوجب سقوطهما[2]، ولو كانت القافة غير مشروعة وأنها من أمر الجاهلية لما طلب عمر القافة أصلاً سواء وافقوه في الرأي أم خالفوه، بل إن هذا الأمر حجة ودليل على مشروعية القافة بعمل عمر، وإنما قال قولته لمّا حصل من الإشكال في الاشتراك في الشبه من الاثنين وقول عمر على فرض صحته ليس صريحاً في رد القائف، ولو كان صريحاً فيقتصر على حالة الإلحاق باثنين، فكأنه أشبه الأمر على القائف، وقد ورد عن عمر رضي الله عنه العمل بالقافة بنص صريح، وأنه كان نفسه قائفاً أيضاً[3].

الرأي الراجح:

نلاحظ من عرض الأدلة ومناقشتها قوة أدلة الجمهور وصحتها في مشروعية القيافة والعمل بموجبها في إثبات النسب، وأن أدلة الحنفية والزيدية والإمامية لا تصل إلى درجة أدلة الجمهور، وأنها ليست صريحة الدلالة على المنع، ولذلك يرجح العمل بالقافة في إثبات النسب، وأن القافة تقوم على اعتبار الشبه والأوصاف في الجسد، وبنى عليها الشارع حكماً شرعياً، مع أنها تعتمد على قرينة الشبه والأمارات، وهذا يؤكد مشروعية القرائن في الإثبات، وهو ما دعانا إلى بحثها بشيء من التفصيل.

والقيافة علم وخبرة وفطانة، وقد تلاشت الآن، ولكن العلم الحديث تمكن من الوصول إلى وسائل جديدة تعتمد على العلم والخبرة أيضاً وتقوم على أساس الأوصاف والتشابه المزدوج، وهو تحليل الدم عند الاختلاف في النسب، فإذا ولدت امرأتان في مستشفى واختلط

---

(١) رواه الشافعي في مسنده على هامش الأم: ٦ ص ٢٥٣، وانظر: التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢، السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٦٣.

(٢) الطرق الحكمية: ص ٢١٨، السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٦٤، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢.

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري: ١٢ ص ٤٦.

الأولاد وتعذر تمييزهما فيمكن عن طريق تحليل الدم من الولد والأم والأب أن يرجح نسب الولد الصحيح، وإذا وضعت امرأتان ومات أحد الولدين دون أن يعرف، وادعت كل منهما الولد الحي فكذلك، ويقتصر دور تحليل الدم على حالات خاصة لا يتعداها لأنه يعتمد أسلوبَ التشابه بين زمر الدم، ويقتصر على نفي التهمة عن النسب لاختلاف زمرة الدم بين الولد والمتهم، وليس في إثبات النسب من الأب.

ويقوم الشبه أيضاً بين السيافة المعروفة عند العرب وهي شم التراب لمعرفة الطريق من جهة واقتفاء الآثار من جهة أخرى بالطرق الحديثة في تتبع الآثار والاستعانة بالكلاب البوليسية، ولكن لا بد من التنبيه إلى أن هذه القرائن ليست قوية الدلالة، ولا تكفي وحدها في الإثبات، وإنما هي قرائن مساعدة فيه.

وإن الشبه المعتمد في القيافة يشبه التشابه في بصمات الأصابع في العصر الحاضر، فاليد مكسوة بخطوط بارزة دقيقة يتخللها فراغ وترسم هذه الخطوط أشكالاً وتعاريج وانحناءات متباينة لا توجد في شخص آخر، وتختلف عن القيافة بأن البصمات تدل على صاحبها فقط، والقيافة تدل على التشابه بين اثنين، ويجمع بينهما قيامهما على الشبه والتماثل[1]، وهذا دليل على قدرة الله تعالى في الخلق أولاً وآخراً، ودليل على معجزة القرآن الكريم حيث قال: ﴿أيحسب الإنسان أن لن نجمع عظامه، بلى قادرين على أن نسوي بنانه﴾[2] قال ابن فرحون: «حكم رسول الله ﷺ وخلفاؤه من بعده بالقافة وجعلها دليلاً على ثبوت النسب، وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات»[3].

وقال البيهقي في القافة: «باب الدليل على أن لغلبة الاشتباه تأثيراً في الإنسان وأن لها حكماً إذا لم يكن ما هو أقوى منها من فراش أو غيره»[4].

الحالات التي يجوز فيها إثبات النسب بالقافة:

اختلف القائلون بمشروعية القافة في مجال العمل بها والأحوال التي يرجع فيها إلى

---

(١) ويمكن التعرف بهذه البصمات على جثث المجهولين، (انظر: كتاب «بين الطب والإسلام» حامد الغوابي: ص ٥٢).

(٢) سورة القيامة، الآيتان ٣ ـ ٤.

(٣) تبصرة الحكام: ٢ ص ١١٣.

(٤) السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٦٥.

القافة عند اختلاف النسب ـ اختلفوا على قولين:

القول الأول:

أن العمل بالقافة مشروع في الإماء فقط، أو في نكاح وملك.

ذهب إلى ذلك المالكية، وقالوا ان القافة لا تكون في نكاحين لأن الحرة لا تكون زوجاً لرجلين في حالة واحدة فلا يصح منها فراشان مستويان، ومثاله في الإماء كما إذا وطىء كلا الشريكين أمة مشتركة بينهما في طهر واحد، وكذا لو نزل ضيف على رجل له أم ولد فولدت أم الولد وولدت زوجة الضيف فاختلطا، أو إذا ولدت جاريته وامرأته واختلط الولدان، ولا تكون القافة في ولدين حرين أو في ولد بين حرين ولا في الأمهات في قول، وفي قول تصح في الأمهات.

ولكن المحققين من المالكية قالوا بجوازهافي النكاح من الحرة.

فقال الدردير: أما في النكاحين فقولان، المذهب جوازها فيهما، ويكفي قائف واحد على المشهور، وقال ابن جزىء يعمل بها في لقيط إذا ادعاه رجلان فأكثر، وفي ولد الأمة المشتركة[1].

القول الثاني:

أن العمل بالقافة مشروع عند التنازع والاشتباه بالولد سواء أكان حراً أم عبداً، وسواء من نكاح أم من ملك يمين، ذهب إلى ذلك الشافعية والظاهرية[2].

فقالوا يعمل بالقافة في حالة الولد الكبير اللقيط إذا شك في اللحاق باثنين، وفي حالة التنازع في صغير بين اثنين سواء أكان لقيطاً أم لا، وفي حالة الولد من الفراش ومن الوطء بشبهة، وحالة اشتراك رجلين في وطء امرأة أحدهما بشبهة والأخر بزوج، لأن كل واحد منهما لو انفرد لكان الولد له فوجب إذا اجتمعا أن يتساويا، ولا يشترط في الأصح كون القائف مُدلجياً، وفي وجه يشترط، ويشترط فيه الذكورة والحرية، ولا يشترط العدد، ويشترط فيه

---

(١) القول المرتضى: ق ١٦١ب وما بعدها، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣ ص ٤١٦، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٦٥، تبصرة الحكام: ٢ ص ١٠٩، القوانين الفقهية: ص ٤٠٢.

(٢) الحاوي: ١٣ ق ٧٦ أ، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٩، الوجيز: ٢ ص ١٦٤، المحلى، ابن حزم. ٩ ص ٤٣٥، الحاوي: ١٣ ق ٧٧ أ، ٧٥ أ، ٧٥ ب، مغني المحتاج: جـ ٢ ص ٤٢٨، باب اللقيط جـ ٣ ص ٣٩١ باب العدد، شرح المحلى على المنهاج: ٤ ص ٣٤٩.

العدالة وعند مالك روايتان[1].

الفرع الثاني
في
الفراسة

تعريفها:

الفِراسة لغة: هي التَثَبُّتُ والنظر[2]، وفي الاصطلاح هي الاستدلال بالأمر الظاهر على الأمور الخفية، وعرفها التهانَوي تعريفاً خاصاً فقال: علم الفراسة علم بقوانين يُعرف بها الأمور الخفية بالنظر في الأمور الظاهرة، وموضوعه العلامات والأمور الظاهرة في بدن الإنسان على ما يخفى[3].

والفراسة كما يقول الألوسي: هي الاستدلال بهيئة الإنسان وأشكاله وألوانه وأقواله على أخلاقه وفضائله ورذائله، وربما يقال هي صناعة صيادة لمعرفة أخلاق الناس وأحوالهم، والفراسة ضربان: ضرب يحصل للإنسان عن خاطر لا يعرف سببه وذلك ضرب من الإلهام... «ينظر بنور الله»، وضرب يكون بصناعة متعلمة وهي معرفة ما بين الألوان والأشكال وما بين

---

(١) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٠، جـ ٢ ص ١٠٨.

(٢) الفراسة من التفرس، وتفرست فيه الخير تعرفته بالظن الصائب، (انظر: المصباح المنير: ٢ ص ٦٣٩، الصحاح: ٢ ص ٩٥٥، لسان العرب: ٦ ص ١٦٠، التعريفات للجرجاني ص ١١٧).

(٣) كشاف اصطرحات الفنون: ٢ ص ١١١٩، وانظر: علم الفراسة، لجرجي زيدان: ص ٨، حيث يقول: الفراسة عند العرب علم من العلوم الطبيعية تعرف به أخلاق الناس الباطنة من النظر في أحوالهم الظاهرة، كالألوان والأشكال والأعضاء، أو هي الاستدلال بالخلق الظاهر على الخلق الباطن، ومن كتب الفراسة عند العرب كتاب السياسة في علم الفراسة لشمس الدين بن أبي طالب الأنصاري (٧٣٧ هـ) وطبع بمصر ١٨٨٢ م، ومنظومة خطية في دار الكتب في علم الفراسة لمحمد بن غرس الدين وكتاب خطي اسمه البهجة الأنسية في الفراسة الإنسانية لمحمد العمري المرصفي، ومختصر في علم الفراسة، وكتاب «في الفراسة والرمل» ورسالة في علم الفراسة من أجل السياسة، (انظر: علم الفراسة الحديث، زيدان: ص ١٢)، ثم قال الفراسة علم صحيح إلى حد محدود (ص ١٦)، وانظر: مفتاح السعادة ومصباح السيادة: ١ ص ٣٥٣، عمر بن الخطاب، للدكتور سليمان الطماوي: ص ٣٤، فقال: الفراسة هي خليط من الذكاء والإلهام.

الأمزجة والأخلاق والأفعال الطبيعية، ومن عرف ذلك كان ذا فهم ثاقب للفراسة[1].

مشروعيتها:

الأصل فيها ما ورد في الحديث الشريف «اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله»[2]، وما ورد عن الرسول ﷺ أنه قال: «إن لله عباداً يعرفون الناس بالتوسم»[3]، وقد مدح الله تعالى الفراسة فقال تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِلْمُتَوَسِّمِينَ﴾ وهم المتفرسون، وقال تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ﴾ وقال تعالى: ﴿تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ﴾. ونفصل الاستدلال بكل ذلك.

أولاً ـ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِلْمُتَوَسِّمِينَ﴾ سورة الحجر الآية ٧٥، أي للمتفرسين، أو المتفكرين أو الناظرين أو المعتبرين.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى جعل أعمال قوم لوط وموقفهم من نبيهم ثم إهلاكهم بالصيحة والحجارة دلائل وعلامات للمتفكرين والناظرين الذين يستنبطون مغزاها ويعتبرون بها، وهذه العلامات هي القرائن التي لاتدرك إلا بالتأمل والتفكير والنظر، قال القرطبي: «المتوسمين» هي استدلال بالأمارات»[4].

ثانياً ـ قال تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ، وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ، وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَعْمَالَكُمْ﴾ سورة محمد، الآية: ٣٠.

---

(١) بلوغ الأرب في أحوال العرب، الألوسي: ٣ ص ٢٦٣.

(٢) رواه البخاري في التاريخ والترمذي عن أبي سعيد، والحكيم الترمذي والطبراني بإسناد حسن وابن عدي في الكامل عن أبي أمامة، (انظر: جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٨ ص٥٥٥، الفتح الكبير: ١ ص ٣٦، أسنى المطالب: في أحاديث مختلفة المراتب: ص ١٨)، قال ابن الأثير في حديث «اتقوا فراسة المؤمن» لها معنيان أحدهما ما دل ظاهر الحديث عليه وهو ما يوقعه الله تعالى في قلوب أوليائه فيعلمون أحوال بعض الناس بنوع من الكرامات وإصابة الظن والحدس، والثاني نوع يتعلم بالدلائل والتجارب والخلق والأخلاق فتعرف به أحوال الناس، (انظر: النهاية في غريب الحديث: ٣ ص ٤٢٨، لسان العرب: ٦ ص ١٦٠).

(٣) رواه الحكيم الترمذي والبزار عن أنس، الفتح الكبير: ١ ص ٤٠٩.

(٤) تفسير القرطبي: ١٠ ص ٤٣، تفسير ابن كثير: ٢ ص ٥٥٥، تفسير الطبري: ١٤ ص ٤٥.

قال القرطبي : بسيماهم أي بعلاماتهم ، قال أنس : ما خفي على النبي ﷺ بعد هذه الآية أحد من المنافقين ، كان يعرفهم بسيماهم .[1].

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ كان يعرف المنافقين بالعلامات ، ويحكم بنفاقهم بالأمارات ، وهذا يدل على مشروعية الوصول إلى الحقيقة والحكم بها عن طريق العلامات والأمارات والقرائن .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى أرشد رسوله إلى معرفة الفقراء المتعففين بالأمارات والعلامات وظاهر الحال .

قال القرطبي : فيه دليل على أن للسيماأثراً في اعتبار من يظهر عليه ذلك حتى إذا رأينا ميتاً في دار الإسلام ، وعليه زنار (وهو مايشده الذمي على وسطه) وهو غير مختون لا يدفن في مقابر المسلمين ، ويقدم ذلك على حكم الدار في قول أكثر العلماء ، فدلت الآية على جواز الصدقة إلى من له ثيات وكسوة وزي في التجمل[2]

فهنا تعارضت قرينتان الأولى حسن المنظر ولبس الثياب التي تدل على غنى صاحبها ، وقرينة أخرى وهي ما يظهر عليهم من أمارات الفقر وعلامات الفاقة ، فتقدم هذه القرينة على الأولى لشدة صلتها بالمدلول ، ولضعف الأولى على مدلولها ، وخاصة أن المسلم يتعفف عن السؤال .

رابعاً ـ قال الله تعالى مخبراً عن صفات المؤمنين التي يعرفون بها : ﴿مُحَمَّدٌ رسولُ اللهِ

---

(١) تفسير القرطبي : ١٦ ص ٢٥٢ ، تفسير ابن كثير : ٤ ص ١٨٠ ، وقال الطبري في (تفسيره : جـ ٢٦ ص ٦٠) : فلتعرفنهم بعلامات النفاق الظاهرة منهم في فحوى كلامهم وظاهر أفعالهم .

(٢) تفسير القرطبي : ٣ ص ٣٤١ ، وانظر : تفسير ابن كثير : ١ ص ٣٢٤ ، تبصرة الحكام عن ابن الفرس : ١ ص ٢٠٢ ، جـ ٢ ص ١١١ ، وقال الطبري في (تفسيره : ٣ ص ٩٧) : تعرفهم يا محمد بسيماهم يعني بعلاماتهم وآثارهم . . وهو التخشع والتواضع أو آثار الحاجة من الفقر ورثاثة الثياب .

والذينَ مَعَهُ أشدَّاء على الكُفار رُحَماءُ بَيْنَهُمْ تَراهُمْ رُكَّعاً سُجداً يبتَغُونَ فضلاً مِنَ اللهِ ورِضْواناً ، سيماهُمْ فِي وُجُوهِهِمْ مِنْ أثرِ السُّجُودِ ذلك مثلهم في التَوْراةِ﴾ سورة الفتح، الآية ٢٩ .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى جعل أثر السجود في الوجه أمارة على الإيمان، وهذا يدل على جواز الاعتماد على القرائن في معرفة مدلولاتها[١].

فالفراسة في حقيقتها القوة الذاتية للقاضي يستطيع بموجبها النظر إلى حقائق الأمور وعدم التوقف على القشور والمظاهر، وهي الفهم الخاص الذي يأخذه القاضي من الوقائع والتصرفات التي تعرض عليه وتقدم أمامه، وهذا المعنى هو الذي يقتضي في القاضي أن يكون حاد الذهن صافي النفس، صائب النظر وافر العقل، عالماً بالأمارات وشواهد الأحوال ، نافذ البصيرة في القرائن، وهذه الصفات نص عليها الفقهاء في اختياره عند التعيين، ليكون القاضي يقظاً ومتنبهاً ودقيق الملاحظة في فهم الخصوم والكشف عن بواطن الأمور ليقيم العدل، ويصل إلى الحق ، فإذا رفعت إليه دعوى تشهد قرائن الأحوال بكذبها، وتنطق قطعاً بافتعالها فلا يسمعها ، بل يردها على صاحبها لأن ظاهرها الكيد والحقد والضغينة، وهو مذهب المالكية والا صطخرى من الشافعية، وقال ابن تيمية بردها والضرب على أيدي أصحابها زجراً لهم وعظة لغيرهم.

قال ابن القيم: الحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده أضاع حقوقاً كثيرة، وقال أيضاً: ولم يزل حُذاق الحكام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً[٢].

---

(١) سيما هم في وجوههم: قال ابن عباس هو السمت الحسن، وقال مجاهد هو التواضع والخشوع وقال بعض السلف: من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار، وقال بعضهم: إن للحسنة نوراً في القلب، وضياء في الوجه وسعة في الرزق ومحبة في قلوب الناس، انظر تفصيل ذلك في: تفسير ابن كثير: ٤ص ٢٠٤، وتفسير الطبري: ٢٦ ص ١١٠وما بعدها)، وروى ابن عساكر عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال«اطلبوا العلم عند حسان الوجوه(الفتح الكبير: ١ ص ١٩٣)، ومن الحكم (عين المرء عنوان قلبه)، قال أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه: وما أسرّ أحد سريرة إلا أبداها الله على صفحات وجهه وفلتات لسانه، وروى الطبراني عن جندب البجلي أن رسول الله ﷺ قال: ﴿ما أسر أحد سريرة إلا كساه الله تعالى جلبابها إن خيراً فخير وإن شراً فشر(انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٣ص٧٩، تفسير ابن كثير: ٤ص١٨٠).

(٢) الطرق الحكمية: ص ٤، ٢٤.

والفراسة هي استدلال بالأمارات وشواهد الحال، وتنشأ عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر، وهي أصدق دليل على اعتبار الشريعة للقرائن القضائية[1]، وإن العمل بالفراسة يمثل جانباً كبيراً من جوانب العمل القضائي، لأنها تعتمد على فهم الواقع وربط الأمور ببعضها والاستدلال منها، ويعبر عنها اليوم بعلم النفس القضائي.

وقد سلك كثير من القضاة هذه الطريق، واستخدموا الفراسة في القضاء ووصلوا إلى نتائج باهرة ذكر ابن القيم وابن فرحون بعضها عن سيدنا عمر وعثمان وعلى وشريح وإياس وكعب بن سور والقاضي أبي حازم والخلفاء والحكام، ومن أراد البحث والتوسع والاطمئنان فليرجع إلى كتابي «الطرق الحكمية» و«تبصرة الحكام»[2].

ولكن يجب الاحتياط والتحرز عند الاستدلال بالفراسة خاصة والقرائن عامة، للبعد عن المزالق، وإمكان تمييز الطيب من الخبيث وإلا أصبحت أداة للظلم، والاستبداد لأن القرينة ظنية وقد تخطىء فيجب الاحتياط ما أمكن[3]، وقد وردت أمثلة في الكتب عن الخطأ في استعمال القرائن أحياناً.

* * *

(١) الطرق الحكمية: ص ١٢، ص ٢٤، تبصرة الحكام: ٢ ص ١٣٠، قارن مع موسوعة الفقه الإسلامي بإشراف الشيخ محمد أبو زهرة: ٢ ص ٢٦٢.

(٢) الطرق الحكمية: ص ٢٤ وما بعدها حتى صفحة ٥٦، تبصرة الحكام: ٢ص. ١٣٠ وما بعدها، نهاية الأرب النويري: ٣ ص ١٤٩.

(٣) طرق الإثبات الشرعية: ص ٥٣٤.

الفرع الثالث
في
التصرف والحيازة

إذا وضع شخص يده على عقار أو منقول بحيث يستطيع التصرف فيه والانتفاع به لكونه في حيازته، فإن وضع اليد يعتبر قرينة على الملك، ويعتمد القاضي على وضع اليد ويحكم بها إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها[1].

واليد تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: يد مبطلة: وهي التي تدل القرائن الظاهرة على بطلانها كيد المتهم بالسرقة على بعض الأموال الكثيرة التي يدعي ملكيتها، وهو معروف بالفقر فلا تعتبر يده، ومثل يد المستأجر على العين المؤجرة، والوديع على الوديعة، ومثل يد العبد أو الأجير على الجواهر والأواني والأمتعة وغيرها فلا تعتبر هذه اليد وسيلة للقضاء، ولا تدل على ملكية صاحبها لما في يده[2].

القسم الثاني: يد محقة: وهي التي تكون على عقار أو منقول لمدة طويلة، فإذا كان الشخص حائزاً لدار مثلاً متصرفاً بها السنوات الطوال بالهدم والبناء والإجارة والعمارة، وينسب ملكيتها إلى نفسه، وجاء إنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها طوال المدة، ولا يعارضها ولا يذكر حقاً له، ولا مانع من مطالبته من سلطان أو غيره من قرابة أو شركة، وجاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه، ويزعم أنهاله ويريد أن يقيم البينة على ذلك فدعواه غير مسموعة أصلاً، لأن القرائن انصبت على كذبها، وتعتبر يد الأول دليلاً على ملكيته ويحكم القاضي له بذلك، والمدة عند الإباضية والمالكية عشر سنوات، وعند الشافعية حسب العرف، وعند الحنفية خمس عشرة سنة[3].

---

(١) مواهب الجليل: ٦ص ١٩٢، مذكرة في السياسة الشرعية، عطوة: ص ١٣٨.

(٢) تحفة المحتاج، الهيتمي: ١٠ ص ٢٦٦، حاشية الجمل: ٥ ص ٣٩٨.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٦، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٦٥، تكملة حاشية ابن عابدين: ٧ ص ٤٨٦، شرح الخرشي: ٧ ص ٢٤٢، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٣٣، التاج والإكليل: ٦ ص ١٩٢، المحلى: ٤ ص ٣٢٩، حاشية الجمل: ٥ ص ٣٩٨، الطرق الحكمية: ص٨٩، الورد البسام في رياض الأحكام: ص ١٧٩، ١٨٠.

ومثل ذلك ترك الدعوى مدة طويلة حددها بعض الحنفية بثلاث وثلاثين سنة، وحددها الأمر السلطاني بخمس عشرة سنة، فإن ترك الحق والدعوى طوال هذه المدة بدون عذر مع التمكن منها يدل على عدم الحق ظاهراً، فطول المدة قرينة على بطلان الحق، وأن اليد محقة عادلة[1].

قال الخرشي: والحيازة يقع فيها القضاء، فإن حاز الأجنبي شيئاً على صاحبه وتصرف فيه ولوبغير هدم وبناء كالإسكان والإجارة مدة عشر سنين، وصاحبه حاضر ساكت طوال المدة، ولا مانع له من القيام، فإن ذلك ينقل الملك عنه، ولا تقبل دعوى الأول ولا بينته، لاستحقاق الحائز له لما ورد في الأثر«من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له.[2]

والتصرف يكون كتصرف الملاك في العقار من سكنى وهدم وبناء وبيع ورهن ولا يكفي التصرف به مرة واحدة، لأنه لا يحصل ظناً دالاً على الملك»[3].

القسم الثالث: يد محتملة لكونها محقة ولكونها مبطلة كاليد على المنقولات واليد المجردة عن التصرفات على العقارات، فهذه اليد قرينة على ملكية صاحبها، وكذا اليد المقترنة بالتصرف لمدة قصيرة، فهي قرينة ضعيفة، لاحتمال كونها في يده إجارة أو عارية أو غصباً أو وديعة أو غير ذلك[4]، فهذه اليد تعتبر من المرجحات الأولية التي توجب على القاضي الحكم بموجبها، إذا لم يوجد دليل أو بينة بعكس ذلك، لأن الغالب أن اليد دليل الملك.

ونختم هذا الفصل بقرينة ينص عليها علماء القانون ويفردونها في البحث وهي كون الأمر المحكوم به قرينة على ثبوت الحق للمحكوم به، وهذا ثابت في الشرع، فإذا تنازع اثنان شيئاً ورفع إلى القاضي وحكم به، فقد اتفق الفقهاء على أن قضاء القاضي لا ينقض في الأمور الاجتهادية، لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، واجتهاد القاضي الثاني لا يقدم على اجتهاد القاضي الأول إلا إذا خالف الحكم نصاً صريحاً أو أمراً مجمعاً عليه فينقض، وفي هذا المعنى قول سيدنا عمر«تلك على ما قضينا، وهذه على ما نقضي» ويفهم من ذلك أن حكم الحاكم قرينة

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين: ٧ص٤٨٥، تبصرة الحكام: ١ص٣١٢، جـ٢ص ١١٩، الطرق الحكمية: ص ١١٤، ١١٥، البحر الرائق: ٧ ص ٢٢٨، المدخل الفقهي العام: ٢ ص ١٠٤٦، التاج والإكليل: ٦ ص ١٩٢.

(٢) شرح الخرشي: ٧ ص ٢٤٢، وانظر الورد البسام في رياض الأحكام: ص ١٨٠ وما بعدها.

(٣) شرح المحلى: ٤ ص ٣٢٩، مواهب الجليل: ٦ص ١٩٢، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٦٧، مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٤٩.

(٤) حاشية العبادى-على تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٦٦.

على الحق، ودلالة عليه، فلا يسوغ نقضه، ولا يقبل تغييره[1].

وقد أخرج النسائي عن أبي بكرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول لا يَقضِيَنّ أحدٌ في قضاء بقضاءين»[2].

المشرع في مختلف القوانين، ولا تعتبر هذه القرائن القانونية وسائل للإثبات إلا بالنص عليها صراحة ولا يجوز القياس عليها، لأن القانون وضعها بخلاف القاعدة لمعان خاصة استثناء، والاستثناء لا يتوسع فيه ويطبق بقدر الضرورة فقط.

أما القرائن القضائية فقد نظر إليها المشرع بحذر وحيطة، وأحاطها بسياج من التدقيق، لأنها تعتمد على استنباط القاضي واجتهاده ونظره إلى الوقائع والاستدلال منها على أمور غامضة، وهذا متروك إلى حكمة القاضي وتقديره، ولذلك فقد وضع المشرع القرائن القضائية في مرتبة الشهادة في الإثبات، وأجاز الإثبات بها فيما يجوز فيه الإثبات بالشهادة، وسبق أن عرفنا أن الإثبات بالشهادة ليس مطلقاً وإنما مقيد بحالات محصورة، وليست ذات خطورة فهي دليل مقيد في حالات محددة[3] وهي:

١ - الوقائع غير التعاقدية كالضرر والإثراء على حساب الغير والعمل غير المشروع.

٢ - التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً مصرياً(المادة ٦٠) قانون الإثبات المصري، أو لا تزيد عن مائة ليرة سورية، (المادة ٥٤ ف١) قانون البينات السوري، وإذا كان التصرف غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته بالشهادة او القرينة.

٣ - ويجوز الإثبات بالشهادة والقرائن فيما يزيد عن المقدار السابق، أو كان غير محدد القيمة، في الحالات التالية:

(أ) إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وهو كل كتابة تصدر من الخصم، ويكون من شأنها أن

---

(١) أصول الإثبات الجعفري: ص ١٩، الأحكام السلطانية، الماوردي: ص ٦٨، التاج والإكليل: ٦ ص ١٣٨.

(٢) سنن النسائي مع شرح السيوطي: ٨ص ٢١٧.

(٣) نصت(المادة ١٠٠) من قانون الإثبات المصري، و(المادة ٩٢ ف ٢) من قانون البينات السوري على ما يلي: «ولا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة.»

تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال(المادة ٥٦ سوري، المادة ٦٢ مصري).

(ب) إذا وجد مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي(المادة ٥٧ سوري، المادة ٦٣ مصري)

(جـ) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب لا يدَ له فيه، وذلك بفقده بقوة قاهرة.

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن قانون العقوبات يعتمد بشكل رئيسي ومباشر على القرائن في إثبات الجنايات والجنح وغيرها ويجعلها في المقام الأول ويطلق للقاضي حريته في الاقتناع بأي دليل كان، والمرجع في كل ذلك إلى تقديره وقناعته، وتعتبر بصمات الأصابع في الدرجة الأولى من الأهمية في الكشف عن الجريمة، وقد ثبت بعد خمسين او ستين سنة في البحث والمقارنة والتقسيم بما لا يدع مجالاً للشك أنه لا يوجد شخصان يتحدان في بصمات الأصابع، وتوجد دائماً خواص كبرى أو صغرى للتمييز بينهما، وإن عدد المجرمين الذين أدينوا بسبب التعرف عليهم بواسطة بصمات الأصابع ازداد تدريجياً سنة بعد سنة، وأصبحت هذه الطريقة هي الوسيلة المثلى التي توثق بها في تسجيل المجرمين، وبصمة الأصابع لا تتغير مدى الحياة وكلما نمت الأصابع نمت عليها حواف البصمات، ولكن شكلها الرئيسي لا يتغير، ويجب أن تشترك ست عشرة خاصية وأكثر للبت في تماثلهما[1].

حجية الشيء المحكوم فيه في القانون:

عندما يعرض النزاع على القاضي، وتقدم البينات والأدلة يصدر حكمه على أحد الطرفين بالحق المتنازع فيه، احتراماً لقدسية القضاء وأحكام القانون فإن القانون يضع حداً لهذه القضية ويفترض أن هذا الحكم حقق العدالة، وأظهر الحقيقة فالحكم قرينة على العدل والحق ومطابقة الواقع من جهة، ويهدف المشرع من جهة أخرى إلى الاستقرار في المعاملات، والتقليل من المنازعات، وقطع الخلاف بين الناس، وإلا استمرت الخصومات بينهم واضطربت معاملاتهم وحياتهم، فيمنع سماع الدعوى في الحق الذي صدر فيه الحكم ويعطى القضية المحكوم فيها حكماً نهائياً له حجية كاملة باعتباره مطابقاً للواقع والحقيقة والعدل بشرط اتحاد المدعي والمدعى عليه واتحاد الموضوع واتحاد سبب الحق[2].

---

(١) البوليس والكشف عن الجريمة اليوم ص ٨٨، ٨٩، مبادىء الإجراءات الجنائية، د. رؤوف عبيد: ص٥٨٨ ط٥.

(٢) نصت (المادة ٩٠ ف١) من قانون البينات السوري أن«الأحكام التي حازت درجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، (الفقرة ٢) لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها.

مقارنة:

بعد عرض الحالات التي تقبل فيها القرائن في الشريعة والقانون نجد أن القرائن الشرعية والفقهية والقرائن القانونية تتفقان في المبدأ وتختلفان في النوع والعدد بناء على الأصول والقواعد والأسس التي تراعى عند النظر اليها.

وأن تقسيم القرائن في القانون إلى قانونية وقضائية وطبيعية لا تمانعه الشريعة وقد وجدت أمثلة في الشريعة لكل نوع من هذه الأنواع ولا ينقصها إلا التسمية والاصطلاح.

وأن القرائن القضائية موجودة في الشريعة والقانون وتعتمد على حرية القاضي في الإثبات، ومدى اجتهاده واستنباطه في استخراج القرائن التي يتوصل بها إلى إثبات الحق بفطنته وذكائه وتأمله وحدة بصره وبعد نظره.

يقول الشيخ الأكبر محمود شلتوت والشيخ محمد علي السايس:

«والأخذ بالقرائن ليس من مبتكرات القوانين الحديثة، وإنما هو شريعة إسلامية، جاء بها كتاب الله وقررته السنة ودرج عليه حكام المسلمين وقضاتهم في جميع العصور، وإن رمي الشريعة بالقصور أو بالجمود ناشيء عن الجهل بها وعدم الاطلاع على كنوزها، نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع، وكل ماأوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته في كتب الفقه الإسلامي لا ينقصه إلا الأسماء الجديدة[1].

ويختلف مجال القرائن بين الشريعة والقانون من ناحيتين:

١ ـ توسع القانون بحجية القرائن في المواد الجنائية، فأطلق للقاضي العنان في ذلك، بخلاف ما هو الحال في الشريعة، فقد اختلف الفقهاء في هذا المجال وقال الجمهور: بمنع العمل بالقرائن في الحدود والقصاص، وأخذ بها فيهما المالكية والحنابلة.

٢ ـ ضيق القانون مجال العمل بالقرائن في النطاق المدني وجعلها بمرتبة الشهادة وجعل الشهادة والقرائن في المرتبة الثانية في الإثبات، أما الشريعة فقد توسعت في هذا المجال وسمحت بالإثبات بالقرائن في جميع المعاملات والأحوال الشخصية ما لم يرد نص يمنع ذلك.

---

(١) مقارنة المذاهب في الفقه، لهما: ص ١٤١، الإسلام عقيدة وشريعة، شلتوت ص ٤٧٠، وانظر أيضاً: من طرق الإثبات، الدكتور البهي ص ١١٩، ١٢١.

الفصل السادس
في
الإثبات بعلم القاضي

يشترط في القاضي قبل الفصل في الدعوى نوعان من العلم: الأول العلم بالأحكام الشرعية وهي أساس تأهيله وإعداده للقضاء[1]، والثاني العلم بحقيقة الواقعة وتفاصيل القضية، وهذا العلم إما أن يكتسبه القاضي بنفسه برؤية القضية أو سماع الأقوال أو معاينة المدعى به والكشف عليه، وإما عن طريق غيره كالشهود وإقرار المدعى عليه وكتابته والقرائن المحيطة به وهو علم ظني، فإذا علم القاضي بحقيقة الحادثة بأن اطلع على واقعة من الوقائع بسماع ألفاظ المقر خارج مجلس القضاء أو سمع ألفاظ الطلاق في البيت أو الشارع أو رأى الإتلاف أو القتل أو ارتكاب الجريمة أو عاين وسمع أطراف التصرف وعملية التعاقد، ثم رفعت إليه الحادثة ليفصل فيها، فهل يعتمد على علمه السابق أم لا بد من الشهادة وغيرها من الطرق والبينات؟ وإذا قيل بالجواز فهل يجوز مطلقاً أم مقيداً في حالات دون أخرى؟ ثم ما هو موقف القانون من القضاء بعلم القاضي؟ نبحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول
في
مشروعية القضاء بعلم القاضي

من المسلم به أن علم القاضي بالحق أو الواقعة يفيد اليقين والعلم، بخلاف الوسائل الأخرى، فإنها تكسبه غلبة الظن، والبينة كل ما يبين الحق ويظهره، فهل يعتبر علم القاضي الذي اكتسبه بنفسه مباشرة وسيلة للإثبات ليعتمد عليها في القضاء أم لا؟.

---

(١) الحاوي، الماوردي: ١٢ق ٥١ب(رقم ٥٠١ فقه شافعي)، طرق القضاء، الشيخ أحمد ابراهيم: ص ٤.

اتفق الفقهاء على جواز الإثبات بعلم القاضي في أربع حالات:

١ ـ اتفق الفقهاء على أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه، ولو مع البينة[١]، فإذا علم بطلاق أو بدين أو بإتلاف أو بقتل ثم قامت البينة على ما يخالف علمه فلا يجوز له القضاء بالبينة قطعاً، وقال بعض الفقهاء بالإجماع عليه لأنه متيقن ببطلان حكمه، والحكم بالباطل حرام فيجب عليه أن يعتزل النظر بالقضية أو يفوض غيره فيها ويكون شاهداً، أو يرفض سماع الدعوى أصلاً[٢]، وقد عنون لذلك البخاري فقال: «باب الشهادة تكون عند الحاكم في زمان ولايته القضاء أو قبل ذلك» وساق قصة شريح: «وقال شريح القاضي، وسأله إنسان الشهادة، فقال ائت الأمير حتى أشهد لك، وقال عكرمة: قال عمر لعبد الرحمن بن عوف: لو رأيت رجلاً على حد سرقة أو زنا وأنت أمير؟ فقال شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال صدقت»[٣].

٢ ـ اتفق جمهور الفقهاء على جواز العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل[٤]، فإذا علم حال الشهود عدالة أو فساداً فيجب عليه أن يعمل بموجب علمه، فيقبل العدل ويسمع شهادته دون أن يأمر بتعديله وتزكيته، ولو طلب الخصم ذلك، ويرد كل طعن فيه أو تجريح إلا إذا بين المجرّح شيئاً جديداً لم يطلع عليه القاضي، فيقدم الجرح، وإذا علم فسق الشاهد وتجريحه فلا يقبل شهادته ولا يسأل عنه، ولا يسمع تعديله ولو طلب الخصم ذلك، وقبول علم القاضي في الجرح والتعديل جائز عند الجمهور لئلا يؤدي إلى التسلسل فيه[٥].

---

(١) مغنى المحتاج: ٤ص ٣٩٨، ٣٩٩، الميزان الكبرى للشعرانى: ٢ص ٢٠٤، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: ٢ ص ٢٠٧ على هامش الميزان، شرح التحرير وحاشية الشرقاوى: ٢ ص ٤٩٥، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٧، القواعد، لابن رجب: ص ١٢٢، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٤٦، القول المرتضى: ق٨٩ ب، (نمرة ٧٢ فقه مالكي) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٤٨، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٨، أصول الإثبات في الفقه الجعفري: ص ١٦٠، التاج والإكليل: ٦ ص ١٤٠، الورد البسام: ص ٢٢، تاريخ قضاة الأندلس: ص ١٩١، قال الأسيوطي: ولا يقضي بغير علمه بالإجماع، جواهر العقود: ٢ ص ٣٦٤.

(٢) خالف في ذلك ابن المواز المالكي وقال: ينظر فيها بعد الانتظار اليسير، (انظر: تبصرة الحكام: ١ص ٢٤٨، ٢٤٩، تاريخ قضاة الأندلس: ص ١٩١).

(٣) صحيح البخاري مع حاشية السندى: ٤ ص ١٦١، التلخيص الحبير: ٢ص ٤٠٧.

(٤) المهذب: ٢ ص ٣٠٤، مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٠٣، الحاوي: ١٢ ق ١٠٠ب، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٩، شرح الخرشي: ٧ ص ١٦٩، المجموع للأمير: ٢ص ٣٢٣، منح الجليل: ٤ ص ١٤٨، الشرح الكبير: ٤ ص ١٥٨، تهذيب الفروق: ٤ ص ٨٤، الفروق ٤ ص ٤٤، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٧، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٨، المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٤٢٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ٢٣، المختصر النافع: ص ٢٨٠، التاج والإكليل: ٦ ص ١٤٠.

(٥) ولم يخالف في ذلك إلا الحنابلة في رواية عندهم فقالوا لا يعمل القاضي بعلمه في الجرح والتعديل خشية التهمة عليه (انظر الطرق الحكمية: ص ١٩٤).

٣ ـ اتفق جمهور الفقهاء على جواز حكم القاضي بعلمه فيما يحدث في مجلس حكمه[١]، فإذا بدرت إساءة من أحد أطراف النزاع نهره القاضي، وإذا تطاول أحدهم بالكلام على القاضي أو على خصمه منعه، ويؤدب من تبين لدده أو كذبه من المتخاصمين، وإذا حَدَثَ ضرب أو جرح في مجلس القضاء حَكَم القاضي على المعتدي، واستند في حكمه على ما سمع، ولا يحتاج إلى بينة، وأما العلم الحاصل للقاضي من الإقرار وجواز الحكم به، فقد مر الاختلاف فيه في فصل الإقرار.

٤ ـ اتفق الفقهاء على جواز الحكم بعلم القاضي في حق الله تعالى حسبة، كمن سمع الطلاق البائن، ثم ادعى الزوجية، فيمنع الزوج من الاتصال بزوجته، ومن سمع وقفية أرض ثم ادعى ملكيتها [٣].

وأخيراً اتفقوا على أن يقضي القاضي بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك خلاف[٤]، وهذا يرجع إلى علمه بالأحكام الشرعية، ومنها طرق الترجيح عند التعارض.

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك في جواز الحكم بعلم القاضي فيما علمه خارج مجلس القضاء، سواء أكان الموضوع حداً أم قصاصاً أم حقاً مالياً أم حقاً غير مالي، وسواء أكان علمه قبل توليه القضاء أم بعده؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن القضاء بعلم القاضي غير جائز مطلقاً مهما كان نوع الحق موضوع الدعوى، وكيفما كان حصول علمه به، ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة والشافعية في قول رجحه الإمام الغزالي، والإمام محمد في رواية، وعليها المتأخرون من الحنفية، والإباضية، وهو مروى عن شريح والشعبي والأوزاعي وإسحاق وأبي عبيد[٥].

---

(١) شرح الخرشي: ٧ ص ١٦٩، شرح المجموع، الأمير: ٢ص ٣١١، حاشية حجازي على المجموع: ٢ص ٣١٣، تهذيب الفروق: ٤ص ٨٩، بداية المجتهد: ٢ص ٢٠٦، كشاف القناع ٤ص ١٩٧، المغني ٩ص ٥٤، المحرر في الفقه ٢ص ٢٠٦، تبصرة الحكام: ٢ص ٢٦، نهاية المحتاج: ٨ص ٢٤٧، شرح النيل: ٦ص ٥٧٧، المبسوط، السرخسي: ١٦ ص ١٠٦، صحيح البخاري: ٩ ص ٨٧ط الشعب، التاج والإكليل، المواق: ٦ص ١١٣، ١٣٢، الورد البسام في رياظ الأحكام: ص ٢٢.

(٢) مغنى المحتاج: ٤ ص ٣٩٩، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٣٨، تاريخ قضاة الأندلس ص ١٩١، الورد البسام: ص ٢٢.

(٣) بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٩، المدخل الفقهي العام: ٢ ص ٩٢٦.

(٤) حاشية حجازي: ٢ ص ٣٢٣، شرح الخرشي: ٧ ص ١٦٩، المجموع، للأمير: ٢ ص ٣٢٣، القوانين =

القول الثاني:

أن القضاء بعلم القاضي جائز مطلقاً، سواء علمه قبل توليه القضاء أم بعده.

ذهب إلى ذلك الشافعية في المشهور عندهم، والإمام ابن حزم، والصاحبان من الحنفية، والزيدية والإمامية ، وأبو ثور وأحمد في رواية(١).

القول الثالث:

التفصيل في ذلك، فيقبل القضاء بعلم القاضي إذا علم به بعد توليه القضاء، وفي مكان ولايته، وكان مستمراً في الحكم منذ علمه حتى عرض الواقعة على القضاء دون أن يفرق بينهما عزل، أي إذا علم القاضي بواقعة في زمان ومكان ولايته فإنه يحكم بعلمه وإلا فلا. ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة والمتقدمون من الحنفية(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل القائلون بعدم جواز القضاء بعلم القاضي مطلقاً بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿والذِينَ يَرْمُونَ المُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بأَربعَة شُهدَاءَ فاجْلدُوهُمْ ثَمَانينَ جَلْدَةً﴾ سورة النور، الآية ٤.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمر بجلد القاذف عند عدم البينة وإن علم صدقه، لأنه أمر بالجلد إذا لم يحضر الشهود(٣).

= الفقهية: ص ٢٩٤، الاستفادة من كتاب الشهادة، رسالة . ٣٨ ق ٢٠٠أ، مجمع الأنهر: ٢ ص ١٦٩، المبسوط: ١٥ ص ١٠٥، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٢٣، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٧، المغني: ٩ ص ٥٣، الإفصاح: ص ٤٣١، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٧، المهذب: ٢ ص ٣٠٤، الحاوي: ١٢ ق ١٠٠ ب، الوجيز: ٢ ص ١٤٥، التاج والإكليل: ٦ ص ١٣٦، تاريخ قضاة الأندلس، النباهي: ص ٧.

(١) الإفصاح: ص ٤٣١، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٠٦ بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٠، المغني: ٩ ص ٥٣، مغني المحتاج: ٤ ص ٣٣٩، الحاوي: ١٢ ق ١٠٠ ب، نهاية المحتاج: ٨ ص ٢٤٧، شرح الأزهار: ٤ ص ٣٢٠، التاج المذهب: ٤ ص ٦٧، البحر الزخار: ٥ ص ١٣٠، أصول الإثبات في الفقه الجعفري: ص ١٥٩، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٠٧.

(٢) الفتاوى الهندية: ٣ ص ٣٣٩، رد المحتار: ٥ ص ٤٢٣، ٣٣٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٨، قرة عيون الأخيار: ٧ ص ٢٢٨، ٤٢٥، حاشية الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٥٣.

وأما السنة :

١ ـ أخرج البخاري ومسلم وأصحاب السنن والبيهقي عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال : «إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحنَ بحجتِه من بعض فأقضي له على نحوٍ مما أسمع منه، فمن قطعتُ له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطعُ له به قطعة من النار»(١).

وجه الدلالة :

أن القضاء يكون بحسب المسموع«بنحوٍ مما اسمع» لا بحسب المعلوم، وأن الرسول ﷺ قضى بذلك، رغم أنه كان يمكنه الاطلاع على أعيان القضايا مفصلاً(٢).

واعترض عليه بأن الحديث لا يدل على منع الحكم بعلم القاضي، وإنما أخبر أنه يحكم على نحو ما يسمع، ولم ينف ما عداه، وخاصة أن الحديث علق العقوبة «أقطع له قطعة من نار» بما «يسمعه»أما ما يعلمه فلا تنطبق عليه، والنص على السماع لا يمنع كون غيره طريقاً للحكم، وهذا الحديث يستدل به للجواز أكثر من المنع، لأن العلم أقوى من السماع، ففحوى الخطاب يقتضي جواز القضاء بالعلم، وإذا جاز الحكم مع احتمال كون الحكم صواباً واحتمال كونه خطأ، فكيف لا يجوز مع القطع بأنه صواب لاستناده إلى علم اليقين(٣).

٢ ـ أخرج مسلم وأبو داود والترمذي وأحمد والبيهقي عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى رسول الله ﷺ ؛ قال الحضرمي يا رسول الله : إن هذا قد غلبني على أرضي ، قد كانت لأبي ، فقال الكندي : هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق ، فقال رسول الله ﷺ للحضرمي ألك بينة؟ قال لا قال فلك يمينه، قال: يا رسول الله، الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه ، وليس يتورع عن شيء فقال : ليس لك إلا ذلك «وفي رواية

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ ص ٤، واللفظ له، صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١٦٣، سنن ابي داود: ٢ ص ٣٧٠ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٦٨، سنن النسائي: ٨ص ٢٠٥، سنن ابن ماجه: ٢ص ٧٧٧، الموطأ: ص ٤٤٨، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٤ ، بدائع السنن: ٢ص ٢٣٣، معالم السنن: ٥ص ٢٠٩، مجمع الزوائد: ٤ص ١٩٨.

(٢) تهذيب الفروق: ٤ ص ٨٤، الفروق : ٤ ص ٤٤، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٧، المغنى: ٩ ص ٥٤ ، شرح النيل: ٦ ص ٥٧٧.

(٣) ظفر اللاضى : ص ٣٣ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢٩ ، سبل السلام : ٤ ص ١٨٠ .

أخرى في قصة الأشعث بن قيس «شاهداك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك»[1].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ طلب منه شاهدين أو اليمين دون أن يذكر علم القاضي، فلو كان مشروعاً لذكره، وهذا يدل على عدم مشروعيته، وإلا لذكره النبي ﷺ في الحديث[2].

واعترض عليه بثلاثة وجوه:

الأول: أن هذا لا ينفي الحكم بعلم القاضي، وإنما ينفي أن يكون له من جهة المدعى عليه شيء غير اليمين، وأن على المدعي البينة، والنص على الشيء لا يمنع ما عداه.

الثاني: أن الرواية الثانية تقول «بينتك» ومن البينة التي لا أبين منها علم الحاكم بصدق قول المدعي وثبوت حقه، فهو من جملة البينة[3].

الثالث: أنه لا يتم الاستدلال به إلا إذا صح أن الرسول ﷺ كان يعلم الحقيقة في هذه الواقعة وقال للمدعي «شاهداك أو يمينه» ولم يرد في النص تصريح بذلك، وظاهر النص يفيد أن الرسول ﷺ لم يعلم عن حقيقتها شيئاً، فلا دلالة فيه، لأن النص على الشيء، لا يلزم منه نفي ماعداه، والحديث لا يفيد الحصر عند الجميع[4].

٣ ـ أخرج أحمد والنسائي وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ بعث أبا جهم بن حذيفة مصدّقاً، فَلاَحَهُ رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجّه، فأتوا النبي ﷺ، فقالوا: القود يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: لكم كذا وكذا، فلم يرضوا، فقال لكم كذا وكذا فلم يرضوا فقال لكم كذا وكذا فرضوا، فقال النبي ﷺ: إني خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم، قالوا: نعم، فخطب فقال: إن هؤلاء الذين أتوني يريدون القود، فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا، أفرضيتم؟ قالوا: لا فهمّ المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يكفوا عنهم فكفوا ثم دعاهم فزادهم...[5] »القصة.

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢ ص ١٥٤، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي: ٤ ص ٥٧٠، نصب الراية: ٤ ص ٩٤، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٦٠، سنن أبي داود، ٢ ص ١٩٨، ٢٨٠ ط الحلبي، نيل الأوطار: ٨ ص ٣١٤، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٤، وسبق تخريجه وتخريج حديث الأشعث في الصفحات: ١١٧ ـ ١٥٢ ـ ٣٢٢.

(٢) المهذب: ٢ ص ٣٠٤، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٧، المغني: ٩ ص ٥٤.

(٣) المحلى: ٩ ص ٤٢٨، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٤، نيل الاوطار: ٨ ص ٣١٤.

(٤) من طرق الاثبات، للدكتور البهي: ص ١٣٦.

(٥) أخرجه الخمسة إلا الترمذي، سنن أبي داود: ٢ ص ٤٨٩ ط الحلبي، سنن النسائي: ٨ ص ٣١، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨٨١، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩٧، ورواه البيهقي في السنن الكبرى: ١٠ ص ١١٤.

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ لم يؤاخذهم بعلمه فيهم ، ولا قضى بذلك عليهم ، وقد علم رضاهم ، وهو واضح بعدم الأخذ بعلمه ﷺ برضاهم الأول، لأنه لم يلزمهم به[1].

واعترض عليه أن الرسول ﷺ كان يودُّ إرضاءهم نهائيا من جهة ، وأنه ليس إلا مجرد وقوع الإخبار من النبي ﷺ بمارضوا به ، فلم يكن هناك مطالب بالحكم عليهم ، ويعزز هذا القصد أن أولياء القتيل جاءوا يطلبون القود ، فأراد الرسول الكريم أن يرضيهم ليكفوا عن طلب القود[2].

٤ ـ أخرج البخاري ومسلم وابن ماجه وأحمد عن جابر قال: أتى رجل بالجعرّانة منصرفه من حنين وفي ثوب بلال فضة ، والنبي ﷺ يقبض منها يعطي الناس فقال رجل: يا محمد اعدل ، فقال ويلك ، ومن يعدل إذا لم أعدل؟ لقد خِبتُ وخَسرتُ إن لم أكن أعدل ، فقال عمر: دعني يا رسول الله أقتل هذا المنافق ، فقال: معاذ الله أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي ، إن هذا وأصحابه يقرؤون القرآن لايجاوز حناجرهم ، يمرقون منه ، كما يمرق السهم من الرّمية»[3].

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ يعلم نفاق الشخص ولم يحكم عليه بنفاقه ، وكذلك كان الرسول ﷺ يعلم كفر المنافقين ولم يحكم فيهم بعلمه ، وهذا دليل على منع القضاء بعلم الحاكم[4].

واعترض عليه بأنا لا نسلم لا نسلم ان الحديث يدل على منع القضاء بعلم القاضي ، وغاية ما يفيده ، هو الامتناع عن القتل لمن كان في الظاهر من المسلمين ، لئلا يقول الناس إن محمدا يقتل أصحابه ، ولم يرد في الشرع جواز قتل المنافقين[5].

٥ ـ قصة هلال وشريك في الصحيحين فقال ﷺ : « إن جاءت به كذا فهو لهلال يعني الزوج ، وإن جاءت به كذا فهو لشَريك بن سَمْحاء يعني المقذوف ، فجاءت به على النعت المكروه ، فقال ﷺ : « لو كنتُ راجما أحدا بغير بينةٍ لرجمتها »[6].

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٥١٠ ، المغني : ٩ ص ٥٤ ، معالم السنن : ٦ ص ٣٣٤ .

(٢) نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٩ .

(٣) صحيح البخاري مع حاشية السندي : ٢ ص ١٣١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٧ ص ١٥٨ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٩٧ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦١ واللفظ له .

(٤) نيل الاوطار : ٨ ص ٢٩٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١١٠ ب ، الطرق الحكمية : ص ٢٠٠ .

(٥) نيل الاوطار : ٨ ص ٢٩٩ .

(٦) سبق تخريجه في صفحة ٥٤٥ .

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ لا يقول إلا حقا، وقد وقع ما قال: فيكون العلم حاصلا له، ومع ذلك ما رجم وعلّل بعدم البينة، فدل على أنه لا يجوز القضاء في الحدود بعلم القاضي[1].

ويعترض على الاستدلال بأنهم خلطوا بين حادثتين، الأول حديث الملاعنة في قصة هلال وشريك، والثاني في امرأة أخرى ظهر منها الفساد وسوء الظن، وقد نص على ذلك البخاري ومسلم، فأخرج في باب: من أظهر الفاحشة واللطخ والتهمة بغير بينة، عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه ذكر المتلاعنين، فقال عبد الله بن شداد: «هي التي قال رسول الله ﷺ فيها «لو كنت راجما أحدا بغير بينة؟ لا، تلك امرأة أعلنت، وفي رواية أخرى عن ابن عباس: فلاعن رسول الله ﷺ بينهما، فقال رجل لابن عباس في المجلس: هي التي قال النبي ﷺ: «لو رجمت أحدا بغير بينة لرجمت هذه» فقال تلك امرأة كانت تظهر في الإسلام السوء [2].

والحديث السابق يفيد أن حالة المرأة وهيأتها قرينة على الزنا وهذا استنباط واستنتاج للقرينة، وليس علما، فالرسول ﷺ لا يعلم زناها[3]، فلا دلالة في الحديث السابق على منع القضاء بعلم القاضي.

٦ - روى البيهقي وغيره أنه قد ثبت عن أبي بكر وعمر وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس ومعاوية المنع من ذلك، ولا يعرف لهم مخالف في الصحابة[4]، وروى أحمد قال: قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: لو وجدت رجلا على حد من حدود الله لم أحده أنا ولم أدع له أحدا حتى يكون معي غيري[5]، وعن عكرمة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف: أرأيت لو رأيت رجلا قتل أو سرق أو زنا؟ قال شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: صدقت[6].

---

(١) الفروق: ٤ ص ٤٤، تهذيب الفروق: ٤ ص ٨٤.

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري: ١٢ ص ١٥٢، وانظر تحقيق ذلك في فصل القرائن ص: ٥٠٩، ٥٤٥.

(٣) من طرق الاثبات، الدكتور البهي: ص ١٣٨.

(٤) نيل الاوطار: ٨ ص ٢٩٧، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٤، الطرق الحكمية: ص ١٩٩، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٧، المغني: ٩ ص ١٥٥.

(٥) نيل الاوطار: ٨ ص ٢٩٧، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٧.

(٦) رواه البخاري معلقا ووصله البيهقي، انظر التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٧، صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١٦١.

وتقاضى إليه نفسان ، فقال أحدهما أنت شاهدي ، قال : ان شئت شهدت ولم أحكم ؛ أو أحكم ولم أشهد[1]، وعن جعفر عن أبيه عن علي رضي الله عنه قال: لا أكون أنا أول الأربعة، وعن الشعبي قال لا أكون شاهدا وقاضيا، وقال شريح: القضاء حجر، فادفع الحجر عنك بعوديك، أي بشاهديك[2].

واعترض على هذه الآثار بأن الاحتجاج بها مختلف فيه، كما ثبت عن هؤلاء الصحابة خلاف ذلك، فروي عنهم القضاء بعلم القاضي.

المعقول:

إن قضاء القاضي بعلمه يجعله في مكان التهمة، فقد يعمد إلى رجل مستور الحال ويحكم عليه بالقذف الذي سمعه، وقد يأتي بشخص آخر مجهول الحال ليقيم عليه حد الزنا لعلمه بذلك، وقد يفرق بين الرجل والمرأة ويحتج أنه سمعه يطلقها، ويقضي على شخص بأداء الدين لآخر ويستند الى ما سمعه منه من الإقرار، والقاضي غير معصوم فيتهم بالقضاء بعلمه وخاصة إذا كان القضاء لصديقه أو قريبه، وكل هذه القضايا ـ ولو كانت على الحق والعدل ـ ولكن انفراد القاضي بها دون بقية الناس يثير الشبهة في قضائه، ويضعه في قفص الاتهام، ويفتح الطريق أمام الطعن فيه ويعرضه إلى القيل والقال[3].

هذا من جهة، ومن جهة أخرىفقد يعمد قضاة السوء إلى إنزال الأحكام الجائرة بخصومهم وأعدائهم، ويجدون موئلا يستندون إليه وهو القضاء بعلمهم فيجورون على عدوهم، ويظلمون من تساورهم نفسهم الحقد عليهم، وهكذا يتخذ القضاة هذا الطريق مطية للظلم والكيد من الخصوم، والانتقام من الأعداء، وهذا ما دعا المتأخرين من المذاهب إلى الافتاء بمنع القضاء بعلم القاضي، لفساد أحوال القضاة عموما[4].

لذلك يمنع القاضي من الحكم بعلمه سدا للذرائع، ومنعا للألاعيب، ولوضع حد للظلم، ونهاية للجور، ووقف الشائعات التي تلصق بالقضاة وقطع التهم التي تكال عليهم، فتسقط هيبتهم، وتقلل من احترامهم، وتسيء إليهم في الحكم وتجعلهم مضغة في ألسنة السوء، ولا شك أن التهمة لها تأثير في الشرع كعدم إرث القاتل لتهمة استعجال موته، ورد

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٠٠ ب ، وروي مثله ابن قيم الجوزية عن شريح، انظر الطرق الحكمية: ص ١٩٦.

(٢) الطرق الحكمية: ص ١٩٦.

(٣) المغني: ٩ ص ٥٥، تاريخ قضاة الاندلس: ص ٨، ١٩١.

(٤) موجبات الاحكام: قطلوبغا: ص ٢٥ ،فتح الباري شرح صحيح البخاري : ١٣ ص ١١٩.

شهادة الأب لتهمة المحاباة.

قال الشيرازي: لو كان علمه كشهادة اثنين لانعقد النكاح به وحده، وهو غير مقبول[1]، والقاضي مندوب للحكم، والشاهد للشهادة، فلا يجوز تغييره، وأن الشهادة مشروعة باثنين فلا يكفي واحد لمخالفة النص.

واعترض على الاستلال بالمعقول بأن التهمة قد تطرأ على الشهادة وغيرها ومع ذلك يجب العمل بها.

وأجاب القرافي على هذا الاعتراض فقال، إن التهمة مع مشاركة الغير أضعف بخلاف ما يستقل به القاضي وحده[2]. وزاد المتأخرون من الحنفية الذين أفتوا بمنع القضاء بعلم القاضي أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشا ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وكفاية، فافتوا بعدم صحة قضاء القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع وإلازعم القضاة العلم بالوقائع زورا، وهذه الفتوى مأخوذة من رواية ابن سماعة عن الإمام محمد[3].

قال ابن نجيم: الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا[4].

قال الكرابيسي: لا يقضي القاضي بما علم لوجود التهمة إذ لا يؤمن على التقي أن تتطرق إليه التهمة[5].

وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه: لولا قضاة السوء لقلتُ إن للحاكم أن يحكم بعلمه[6].

قال قطلوبغا الحنفي: ومشايخنا على هذا لفساد أحوال القضاة عموما إلا من عصمة الله، وذلك الواحد كالعنقاء فلا يفرد على حكم على حدة حتى يطمع واحد منهم أنه هو ويفسد أمر العامة.[7]

---

(١) المهذب، له: ٢ ص ٣٠٤، الحاوي: ١٢ ق ١٠١ب.

(٢) تهذيب الفروق: ٤ ص ١٨٦.

(٣) رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٤٢٣، قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار): ٧ ص ٢٢٨، ٤٢٥، العرف والعادة، أبو سنة: ص ١٢١.

(٤) الاشباه والنظائر، له: ص ٨٨.

(٥) نيل الاوطار: ٨ ص ٢٩٨.

(٦) المرجع السابق: ٨ ص ٢٩٨.

(٧) موجبات الأحكام، له: ص ٢٥.

قال الدردير: ولا يستند في حكمه لعلمه في الحادثة بل لابد من البينة أو الإقرار إلا في التعديل لشاهد أو في الجرح.[1]

قال ابن جزيء: ولا يقضي بعلمه سواء علم ذلك قبل القضاء أو بعده[2].

قال الخرشي: ولا يستند القاضي إلى علمه إلا في التعديل والجرح، فلا بد من البينة على الشيء المحكوم به،ويستعمل الطرق الشرعية المثبتة للحق، سواء كان القاضي مجتهدا أو مقلدا[3].

قال ابن قدامة: ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا في غيره، لافيما علمه قبل الولاية ولا بعدها.[4]

قال الاستاذ الزرقا: «في أصل المذهب الحنفي وغيره أن القاضي يقضي بعلمه الشخصي فيالحوادث أي أن علمه بالوقائع المتنازع فيها يصلح مستندا لقضائه، ويغني المدعي عن إثبات مدعاه بالبينة، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البينة، وفي ذلك أقضية مأثورة عن عمر وغيره، ولكن لوحظ فيما بعد أن القضاة قد غلب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرشا ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقة وعفة وكفاية بل الأكثر تزلفاً الى الولاة وسعيا في استرضائهم والحافا في الطلب، لذلك أفتى المتأخرون بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع بل لابد أن يستندقضاؤه إلى البينات المثبتة في مجلس القضاء[5].

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بجواز القضاء بعلم القاضي مطلقاً بالكتاب والسنة والقياس والمعقول.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِين بالقِسْطِ شُهَدَاءَ لله﴾ سورة النساء، الآية ١٣٥، وقوله تعالى: ﴿يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ لله، شُهَدَاءَ بالقِسْطِ﴾ سورة المائدة، الآية ٨.

---

(١) الشرح الكبير، له: ٤ ص ١٥٨.

(٢) القوانين الفقهية، له: ص ٢٩٤.

(٣) شرح الخرشي: ٧ ص ١٦٨، ١٦٩.

(٤) المغني، له: ٩ ص ٥٣.

(٥) المدخل الفقهي العام: ٢ ص ٩٢٦.

وجه الدلالة

إن الأمر للوجوب بإقامة الشهادة والحكم بالقسط، ومن الحكم بالقسط أن يقضي بالحق الذي يعلمه، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره، ويعرض عن المظلوم فلا ينصره[1].

واعترض عليه بأن الآيتين في الشهود الذين يحضرهم المدعي، فهم مأمورون بالقسط في أداء الشهادة، ولا تتناولان القاضي، ولو كانتا عامتين في الشهود والقضاة فإنهما مخصصتان بالشهود، ويخرج منها القضاة حال القضاء بالآيات الأخرى، والأحاديث الثابتة بتقديم البينة، وإن علم القاضي ليس قسطاً فقط، فقد يكون جوراً وظلماً وتعسفاً، وهذا محرم لا واجب، والحاكم معذور بعدم القضاء لعدم وجود الحجة مع صاحب الحق، ولا يجوز شرعاً الحكم بغير بينة[2].

أما السنة:

فأولاً: أخرج البخاري ومسلم وأبو دادو والبيهقي والنسائي وابن ماجه عن عائشة قالت:

دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك من جُناح؟ فقال رسول الله ﷺ «خُذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك»[3].

وجه الدلالة:

إن الرسول ﷺ يعلم شحّ أبي سفيان وبخله، فصدق امرأته في منعها من النفقة، فحكم عليه بناء على علمه، وهذا يدل على مشروعية الحكم بعلم القاضي[4].

---

(١) المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٤٢٩، البحر الزخار: ٥ ص ١٣٠.

(٢) الفروق: ٤ ص ٤٥، تهذيب الفروق: ٤ ص ٨٥، الطرق الحكمية: ص ١٩٨.

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري: ١٣ ص ١١٨، ١٤٦، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ ص ٦، سنن أبي داود: ٢ ص ٢٦٠ ط الحلبي، صحيح البخاري مع السندي: ٤ ص ١٦٠، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٢، سنن النسائي: ٨ ص ٢١٦، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٦٩

(٤) المغني: ٩ ص ٥٤، البحر الزخار: ٥ ص ١٣٠، قال الخطابي: وفيه جواز أن يحكم الحاكم بعلمه، وذلك أنه لم يكلفها البينة فيما ادعته من ذلك، إذ كان قد علم رسول الله ﷺ ما بينهما من الزوجية، وأنه كان كالمستفيض عندهم بخل أبي سفيان، (معالم السنن: ٥ ص ١٨٤).

واعترض على هذا الاستدلال بأن قصة هند عبارة عن فتيا وليست قضاء، لأن الغالب في أقوال الرسول ﷺ أنها فتيا، لأن الرسول ﷺ مبلغ عن ربه، والدليل على أنها ليست قضاء أن أبا سفيان حاضر في البلد، ولم يستدعه ﷺ ليسمع أقواله، ولا يجوز الحكم على الغائب إذا أمكن حضوره لسماع أقواله وحججه، وإن هنداً لم تسأله الحكم، وإنما سألته عن جواز أخذها وعدم جوازه فيما يترتب عليها من جناح في ذلك، وهذا استفتاء وليس دعوى وحكم[1].

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الأغلب من أحوال النبي ﷺ الحكم والإلزام، فيجب تنزيل لفظه عليه[2].

ثانياً: أخرج أحمد وابن ماجه والبيهقي عن سعد بن الأطول أن أخاه مات وترك ثلثمائة درهم، وترك عيالاً، فأردت أن أنفقها على عياله، فقال لي النبي ﷺ: «إن أخاك محبوس بدينه فاقضه عنه، قلت يا رسول الله: قد قضيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليست لها بينة، قال: أعطها فإنها محقة»، وفي رواية «أعطها فإنها صادقة»[3].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ حكم بعلمه في الحادثة وأمر باعطاء الدين لها وتبين أنها محقة بدون بينة، وهذا دليل على مشروعية القضاء بعلم الحاكم.

واعترض عليه بأن هذه خاصية للرسول ﷺ، لأن منع القضاء هو لأجل التهمة وهي منتفية عن الرسول ﷺ[4]، أو أن الحكم فتيا من الرسول ﷺ لما سأله سعد عن ذلك.

وأجيب عليه بأن ادعاء الخصوصية للسيد الرسول ﷺ تحتاج إلى دليل، ولا دليل، والأصل عدم الخصوصية، وإن ما قضى به بالوحي قد بينه، مثل ما أحل للناس وما حرم عليهم، وأما ما حكم به بين الناس فعلى الظاهر حكم به[5].

---

(١) الفروق: ٤ ص ٤٥، تهذيب الفروق: ٤ ص ٨٥، الإحكام في تمييز الفتاوي من الأحكام، القرافي: ص ٢٧، الطرق الحكمية: ص ١٩٦، الجوهر النقي، ابن التركمان: ١٠ ص ١٤٢ على هامش السنن الكبرى.

(٢) فتح الباري، شرح صحيح البخاري: ١٣ ص ١١٩.

(٣) مسند الإمام أحمد: ٤ ص ١٣٦، جـ ٥ ص ٧ ط أولى، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٢، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨١٣، الفتح الكبير: ١ ص ٢٨٨، ذخائر المواريث: ١ ص ٢٢٧.

(٤) الطرق الحكمية: ص ١٩٧، من طرق الإثبات، البهي: ص ١٣٩.

(٥) الأم، للإمام الشافعي: ٧ ص ٩.

ثالثاً: أخرج البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد والبيهقي عن عائشة قالت: إن فاطمة بنت رسول الله ﷺ أرسلت إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنها تسأله ميراثها من رسول الله ﷺ مما أفاء الله عليه بالمدينة وفَدَك وما بقي من خمس خيبر، فقال أبو بكر رضي الله عنه: إن رسول الله ﷺ قال: «إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقه، إنما يأكل آل محمد في هذا المال»، وإني والله لا أغير شيئاً من صدقة رسول الله ﷺ عن حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله، ولأعملن فيها بماعمل به رسول الله ﷺ، فأبى أبو بكر أن يدفع إلى فاطمة رضي الله عنها منها شيئاً[1].

وجه الدلالة:

أن أبا بكر منع السيدة فاطمة من دعواها ومطالبتها الإرث لأنه يعلم أنه لا حق لها في ذلك، فهذا قضاء بالعلم، وعلمه الخلفاء الراشدون ومن معهم من الصحابة دون اعتراض عليه.

واعترض عليه بأن هذا ليس قضاء بالعلم، وإنما رد أبو بكر الدعوى أصلاً لأنها باطلة، لأنه يعلم عدم استحقاقها قطعاً بالحديث الشريف، فلم يسمع الدعوى، ولم يحكم بموجبها للحديث[2].

رابعاً: أخرج ابن التركمان وابن عبد البر في «التمهيد» عن عروة وعن مجاهد أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً في موضع كذا من مكة، فقال عمر: إني لأعلم الناس بذلك، وربما لعبت أنا وأنت فيه، ونحن غلمان، فإذا قدمت مكة فائتني بأبي سفيان، فقال له عمر: يا أبا سفيان، انهض بنا إلى موضع كذا، فنهض ونظر عمر فقال: يا أبا سفيان، خذ هذا الحجر من هاهنا، فقال والله، لا أفعل، فقال: لتفعلن، فقال: لا أفعل، فعلاه عمر بالدرة، فقال: خذ لا أم لك، وضعه ههنا، فإنك ما علمت قديم الظلم، فأخذ الحجر أبو سفيان فوضعه..... القصة[3].

---

(١) رواه البخاري في مناقب أهل البيت وفي المغازي وفي الفرائض وفي الخمس، انظر: صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ١٢٢، صحيح مسلم بشرح النووي: ١٢ ص ٧٦ واللفظ له، سنن أبي داود: ٢ ص ١٢٨ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٥ ص ٢٣٢، سنن النسائي: ٧ ص ١٢٠، مسند أحمد: ١ ص ٨، ٢٧، ٥٥، تحقيق أحمد شاكر، السنن الكبرى: ١٠ ص ١٤٣.

(٢) الطرق الحكمية: ص ١٩٧.

(٣) الجوهر النقي: ١٠ ص ١٤٣، المغني: ٩ ص ٥٣.

وجه الدلالة:

أن سيدنا عمر حكم على أبي سفيان بعلمه الذي صرح به في موضع النزاع، والزم أبا سفيان قضاءه، وأن علمه اكتسبه قبل ولايته الإمامة والحكم والقضاء، وذلك منذ صباه، فلا يتقيد العلم بوقت الولاية ومكانها.

واعترض عليه بوجهين:

١ ـ بأن حكم عمر من باب إزالة المنكر، وليس حكماً ليحتج به.

وأجيب عليه أن هذه توهم لا دليل عليه.

٢ ـ بأن هذا مذهب صحابي، وهو مختلف في الاحتجاج به، على أنه قد روى خلافه.

خامساً: أخرج أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم عن أبي هريرة قال: «جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ فقال للمدعي: أقم البينة، فلم يقمها، فقال للآخر: احلف، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عنده شيء، فقال رسول الله ﷺ: قد فعلت، ولكن غُفر لك باخلاص لا إله إلا الله، وفي رواية للحاكم، بل هو عندك، ادفع حقه»، وفي رواية «فنزل جبريل عليه السلام على النبي ﷺ فقال: إنه كاذب، إن له عنده حقه، فأمره أن يعطيه»[١].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ قضى بعلمه بعد وقوع اليمين، فبالأولى جواز القضاء بالعلم قبل وقوعه[٢].

ويعترض عليه بأن اليمين ـ كما سبق في فصل اليمين ـ تقطع النزاع وتسقط الحق في الدنيا، وأن أمر الرسول ﷺ للحالف بالدفع إنما هو فتيا منه ﷺ، وخاصة إذا اعتمدنا على رواية نزول جبريل، وأن الأمر هنا للاعتبار الدياني في براءة الذمة، وليس للاعتبار القضائي.

سادساً: كما احتج الشافعية والزيدية والظاهرية[٣] بعدة أحاديث أخرى منها «أن النبي ﷺ قال: «لا يمنع أحدَكم هيبةُ الناس يقول في حق إذا رآه أو سمعه[٤].

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٢، ٣٣٠.

(٢) ظفر اللاضي: ص ٣٣، نيل الأوطار: ٨ ص ٣١٠.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١٠١ أ، البحر الزخار: ٥ ص ١٣٠، المحلى: ٩ ص ٤٢٩.

(٤) رواه أبو داود الطيالسي عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ قال: لا يمنعن أحدَكم مخافةُ الناس أو مهابةُ الناس ـ قال شعبة احدهما ـ أن يتكلم بحق يعلمه، فما زال الأمر ينسى حتى يقصرنا، وقال أيضاً لا يحقرن أحدَكم نفسه أن يرى =

وروى عن عباده بن الصامت أنه قال : « بايَعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة ، وأن لا ننازع الأمر أهله ، وأن نقوم بالحق حيث كنا ، لانخاف في الله لومة لائم[1]»

وروى مسلم وأصحاب السنن وأحمد عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ رأى مُنكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه » [2]

وهذه الأحاديث تطلب قول الحق والعمل به ، وتغيير المنكر ومنع الظلم ، فإذا لم يغير الحاكم ما رأى من منكر وانتظر حتى تأتي البينة على ذلك فقد عصى الله ورسوله ، فيفرض عليه تغييره ، وإلا فهو ظالم .

واعترض ابن القيم وقال : إن الحاكم مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا يتطرق إليه تهمة في تغييره ، وإلا نسب إليه تغيير المعروف بالمنكر [3] .

كما احتج القائلون بمشروعية القضاء بعلم القاضي بحديث خزيمة ، وأن الرسول ﷺ حكم لنفسه بعلمه في ذلك ، فيجوز لغيره بالأولى [4] .

ويعترض عليه أن الرسول صلى الله حكم بالشهادة وليس بعلمه ، بدليل أنه أطلق على خزيمة صاحب الشهادتين ، فكان القضاء مبنياً على الشهادة .

القياس :

أجاز الشارع القضاء بخبر الشاهدين ، وهو يفيد الظن ، وعلم الحاكم بما سمعه أو رآه يفيد القطع واليقين فيجوز أن يحكم بما علمه بالأولى ، فالحكم بعلم الحاكم أقوى من الحكم بغيره ، والحكم بالأقوى أولى [5]

قال ابن حزم : وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه سواء علمه قبل ولايته أو بعدها ،

= أمر الله عليه فيه مقالاً فلا يقول به ، فيلقى الله عز وجل وقد أضاع ذلك فيقول : ما منعك ؟ فيقول : خشيت ، فيقول : فإياي كنت أ حق أن تخشى ،(منحة المعبود : ١ ص ٢٨٨) .

(١) رواه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي ، (انظر : صحيح البخاري بحاشية السندي : ٤ ص ١٦٥ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ ص ٢٢٨ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ ص ٧١٤ ، سنن النسائي : ٧ ص ١٢٤ سنن ابن ماجه : ٢ ص ٩٥٧ ، السنن الكبرى : ١٠ ص ١٥٨) ، وسبق ذكره في صفحة ١٢٤ .

(٢) مختصر صحيح مسلم : ١ ص ١٦ ، سنن أبي داود : ٢ص ٤٣٧ الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٦ ص ٣٩٢ ، سنن النسائي : ٨ص ٩٨ ، سنن ابن ماجه : ١ص ٤٠٦ ، ج ٢ ص ١٣٣٠ ، معالم السنن : ٦ص ١٨٨ .

(٣) الطرق الحكمية ، له : ص ١٩٩ .

(٤) تهذيب الفروق : ٤ ص ٨٦ ، وسبق حديث خزيمه في صفحة ١٤٤ .

(٥) المهذب : ٢ ص ٣٠٤ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٨ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠١ أ ، البدائع : ٧ ص ٧ ، المغنى : ٩ ص ٥٣ ، المبسوط : ١٦ ص ١٠٥ ، العرف والعادة : ص ١٢١ .

وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق[1].

وقالوا : ولما جاز الحكم في الجرح والتعديل بعلمه جاز أن يحكم في غيرهما بعلمه لثبوته بأقوى أسبابه [2].

واعترض المالكية [3] على ذلك : إن العلم أفضل من الظن إلا إذا استلزمه التهمة وفساد منصب القضاء فيرجح الظن في القضاء ، ولذلك شرط الفقهاء ومنهم الشافعية في القاضي أن يكون ظاهر التقوى والورع ، وأن يصرح بمستنده في الحكم خشية التهمة [4] ؛ وإن القياس على الجرح والتعديل قياس مع الفارق ، لأن جواز الحكم بعلمه في الجرح والتعديل هو لمنع التسلسل الحاصل إذا لم يحكم به ، لأنه يحتاج إلى بينة تشهد بالجرح والتعديل ثم الى بينة تعدلها وهكذا ، وهذا ليس حكماً أصلاً [5] .

المعقول :

إن منع القاضي من الحكم بعلمه يستلزم توقف الأحكام أو فسق الحكام ، مثل إذا سمع القاضي رجلاً يطلق زوجته ثلاثاً ثم ينكر الطلاق ، فإن استحلفه ومكنه فسق ، وإن لم يستحلفه وقف الحكم ، فإذا حكم بعلمه سلم من الأمرين ، وكذا إذا رأى رجلاً يقتل آخر ، وقامت البينة على غير القاتل ، وإن العلم قبل الولاية وفي غير مكانها يستوى مع العلم بها بعد الولاية وفي مكانها [6] .

واعترض القرافي المالكي على الفقرة الأولى بأن ترك الحكم عند العجز عنه ليس فسقاً ، وترك الحكم ليس بحكم [7] .

---

(١) المحلى ، ابن حزم : ٩ ص ٤٢٦ .
(٢) الحاوي : ١٢ ق١٠١ أ ، المحلى : ٩ ص ٤٢٩ .
(٣) تهذيب الفروق : ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦ ، كشاف القناع : ٤ ص ١٩٧ ، المغنى : ٩ ص ٥٤ .
(٤) مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٨ ، شرح التحرير وحاشية الشرقاوي : ٢ ص ٤٩٥ .
(٥) كشاف القناع : ٤ ص ١٩٧ ، المغنى : ٩ص ٥٤ .

(٦) المبسوط : ١٦ ص ١٠٥ ، البدائع : ٧ ص ٧ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠١ أ ، وجاء في تهذيب الفروق ٤ ص ١٨٦ : إنه لو لم يحكم بعلمه لفسق في صور منها أن يعلم ولادة امرأة على فراش رجل فتشهد البينة أنها مملوكته ، فإن قبل البينة مكنه من وطئها وهي ابنته وهو فسق وإلا حكم بعلمه وهو المطلوب ومنها أن يعلم قتل زيد لعمرو فتشهد البينة بأن القاتل غيره ، فإن قبلها وقتله قتل البري ء وهو فسق وإلا حكم بعلمه،وهو المطلوب ، ومنها لو سمعه يطلق ثلاثاً . . . .
(٧) تهذيب الفروق : ٤ ص ٨٦ .

أدلة القول الثالث :

وهم القائلون بالتفصيل ، وهو جواز القضاء بعلم القاضي الذي اكتسبه بعد توليه القضاء وفي مكان ولايته ، ومنع القضاء بعلمه الذي اكتسبه قبل توليه القضاء ، أو بعد توليه القضاء ولكن خارج مكان ولايته ، وكذلك يمنع الحكم بالعلم الذي اكتسبه زمان ولايته الأولى قبل عزله وعودته للقضاء ، ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة ، وخالفه في كل ذلك الصاحبان ، وقالا : يجوز له القضاء بعلمه في هذه الحالات كلها .

استدل الإمام على الجواز بأدلة القائلين بالجواز مع تخصيصها بأدلة المنع في حالة علمه قبل توليه القضاء ، أو علمه خارج مكان قضائه ، واستدل على المنع والتفريق بأن علم القاضي قبل ولايته أو خارج مكان الاختصاص يشبه ما يسمعه من الشهود في تلك الصورة ، وهذا السماع لا أثر له ، لأنه لا ولاية له ، أما علمه أثناء قضائه وفي مكانه يشبه ما سمعه من الشهود فيجب عليه القضاء بموجبه ، فعلمه الأول حصل قبل توليه القضاء ، أو بعد توليه ولكن في غير مكان قضائه ، فلا يقضي بعلمه ، ويعتبر كأنه لم يعلم شيئاً ، وأنه حصل على السبب الموجب للشهادة فقط ، وتوليه القضاء بعد ذلك لا يرفع سبب الشهادة إلى العلم الكافي للحكم به ، وإذا علم القاضي في غير مصره، وفي ولايته فهو شاهد لا حاكم ، وعلمه فيها عن طريق الشهادة ، فلو حكم به لحكم بشهادة نفسه ، فصار بمنزلة من قضى بشهادته على غيره ، وأما علمه الثاني فقد حصل في الوقت المكلف فيه بالقضاء ، فأشبه البينة القائمة التي يجوز له الاعتماد عليها والقضاء بموجبها [1] .

ويعترض عليه بأن العلم الذي حصل للقاضي واحد سواء أكان قبل ولايته وفي خارج مكانه أم كان بعد ولايته وفي مكان قضائه ، فالعلم بالحق أو الواقعة لا يختلف ، فإن كان مأموراً بالقضاء بعلمه فيقضي به مطلقاً وإلا يمنع منه مطلقاً .

أساس الخلاف :

ويظهر من استعراض الآراء وأدلتها ومناقشتها عدم وجود نص صريح في جواز القضاء بعلم الحاكم ، أو منعه ، وإنما يعتمد كل مذهب على عموميات مسلمة من الجميع ، كرؤية القاضي للواقعة حقيقة ، فإنها تفيد علماً أقوى من العلم المستفاد من الشهادة أو اليمين أو الاقرار ، ولكن يحتمل أيضاً أن يدعي القاضي العلم وهو غير معصوم من الخطأ ، والأساس

---

(١) المبسوط : ١٦ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ٧ ، معين الحكام : ص ١١٩ .

في الخلاف كما يقول الشوكاني : « إن طرق الإثبات هل هي تعبدية لا يجوز الخروج عنها ولا الزيادة عليها ، أم هي أسباب يتوصل بها الحاكم إلى معرفة المحق من المبطل . . . . فيجوز أن يحكم الحاكم بعلمه ، فإن علم القاضي أقوى من علمه المستفاد من الشاهدين أو اليمين ، وقد أجاز الرسول ﷺ القضاء بالشاهدين مع جواز كون الحكم صواباً أو خطأ ، فكيف لا يجوز مع القطع بأنه صواب » .

ولا يخفى رجحان هذا أو قوته ، لأن الحاكم به قد حكم بالعدل والقسط والحق ، ويؤيد هذا ما ورد في الحديث الشريف : « ألك بينة » والبينة ما يتبين به الأمر ويتضح ، ولا يرد على هذا أنه يستلزم قبول شهادة الواحد والحكم بها ، لأن الشهادة سبب نص عليه الشارع فيجب التوقف على ما ورد فيه وهو الاثنان ، وهنا البحث في سبب آخر من غير جنسها [1] .

القول الراجح :

هذا والناظر في أدلة الأقوال في القضاء بعلم القاضي ومنعه يتبين له أنها لا تنهض حجة على الجواز والمنع أو الجواز في حالة والمنع في أخرى لتعارضها .

وأرى أن الراجح هو القول بمنع الحكم بعلم القاضي ، لاعتبارات تتعلق بتطور الزمان وفساد أهله ، وضعف النفس البشرية ، ورقة الوازع الديني ، وقلة الورع والتقوى ، مع سد الذرائع ودرء الفتنة ، مع ملاحظة الأمور التي سبق ذكرها في مطلع الفصل من عدم الحكم بخلاف علمه ، وإن القضاء المستفاد في مجلس الحكم لا يدخل في مضمون منع الحاكم من الحكم بعلمه ، وتأديب من يظهر الإساءة في مجلس الحكم ، ومنع المحرمات التي علم بها كالبائنة والوقف حسبة لله تعالى ، وغير ذلك .

وقول الشوكاني حق لأن العلم الحاصل بالمشاهدة أقوى من العلم الحاصل بالشهادة والإقرار والنكول ، ولكن المحافظة على أموال الناس وأعراضهم ودمائهم يمنع ذلك ، لأن الحاكم إذا عرف الحق وتنكب عن طريقه وتعمد الظلم فهو آثم جائر ، وهذا من أعظم الذنوب وأكبر الكبائر ، لما ورد في الأثر : « إن أعتى الناس على الله ، وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس عن الله رجل ولاه الله من أمر أمة محمد شيئاً ثم لم يعدل فيهم » [2] .

---

(١) نيل الأوطار : ٨ ص ٣٠٠ .

(٢) تبصرة الحكام : ١ ص ١٤ .

وحيث لا دليل على المشروعية أو المنع فينظر إلى المصلحة العامة في ترجيح أحد الآراء على الآخر ، وتقديم أخف الضررين ، ودفع الضرر الأشد[1] ، ونظراً لتغيير الزمن وخوف التهمة فيرجح منع القضاء بعلم الحاكم بشكل عام ، ويؤكد المنع في الحدود بشكل خاص ، لأنها تدرأ بالشبهات ، ولأن الشارع الحنيف شدّد في إثباتها لمنع الشك والشبهة فيها ، فطلب في الزنا أربعة رجال ، وفي غيره رجلان ولا تقبل فيها شهادة النساء ، وإذا ثبت الحد بالإقرار ثم رجع المقر سقط الحد ، والإقرار سيد الأدلة ، ومع ذلك يعتبر الرجوع عنه شبهة تسقط الحد ، ويلاحظ أن الضرر المترتب على منع القضاء بعلم الحاكم ضرر خاص على المتقاضين فقط ، أما الضرر الناشىء عن إجازته فيقع على الناس جميعاً ، ويصبح كل فرد مهدداً بالحكم عليه من القاضي ، استناداً إلى علمه الشخصي المزعوم ، ولذلك يرتكب الضرر الخاص لرفع الضرر العام ، ويقدم أخف الضررين .

يقول الدكتور أحمد البهي : ولأجل هذا ترجح عندي منع القاضي من القضاء بعلمه رعاية لجانب المصلحة، وارتكاباً لأخف الضررين، واتباعاً للقواعد الشرعية المقررة أن الحكم يتبع المصلحة الراجحة[2].

ويقول الشيخ احمد ابراهيم : وبالجملة فالقواعد الفقهية والرسوم التشريعية يجب أن يلاحظ في وضعها بما هو الواقع من حال الناس ، وما هم عليه من الحالة النفسية ، فيجب الاحتياط في فصل القضاء كي يأمن الناس على نفوسهم وأموالهم وأعراضهم ، وأن يثق كل ذي حق من وصوله إلى حقه . . » وقال أيضاً : « الحقُ أن الاحتياط واجب ومن أعظم مطالب الشريعة الحكيمة العادلة[3] »

وقال الشيخ أبو سنة : أفتى المتأخرون بأن علم القاضي لا يكون طريقاً للقضاء في جميع الحوادث لفساد الزمان فلقد غلب الظلم وكثرت العداوات والأحقاد ، بحيث أصبح القاضي مشكوكاً في صدق دعواه بالحادثة ، متهماً في قضائه بعلمه ، فعملاً بالاحتياط في أمر الدماء والأعراض والأموال عمل المتأخرون بخلاف ظاهر الرواية[4].

والقول بعدم الحكم بعلم القاضي هو الراجح عند الحنابلة وقول للمالكية وهو قول عند الشافعية ، والمعتمد عند المتأخرين من الحنفية ، وعليه الفتوى ، كما نقلنا عن ابن نجيم ،

---

(١) من طرق الاثبات ، البهى : ص ١٤٤ .
(٢) المرجع السابق : ص ١٤٥ .
(٣) طرق الإثبات الشرعية ، له : ص ٢٤ ، ٢٧ .
(٤) العرف والعادة في رأى الفقهاء ، له : ص ١٢١ .

ونقل حسين المؤمن [1] عن الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء الجعفري الإمامي في تعليقه على « تبصرة الحلي » في صفحة ٢٠٦ بالهامش قوله : « والحق أن القضاء لا يناط بالعلم ، لا بالإمام ولا غيره . . . . . والحاصل أن القضاء بمجرد العلم فيه إشكال ، والأدلة في ذلك متعارضة إلا أن أدلة الحصر في الموازين أقوى ، وهو للتهمة أبعد ، وإلى الاحتياط والورع أقرب » وورد مثله في «العروة الوثقي » للسيد الطباطبائي في الجزء الثالث : ص ٢٩ ـ ٣٠ .

قال الربيع [2] : كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء » .

وقال ابن القيم : «وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه لوجب منع قضاة الزمان من ذلك» . وقال المتأخرون من الشافعية : والحكم بالعلم شرط الاجتهاد ، أما قاضي الضرورة (أي عند فقد الاجتهاد) فيمتنع عليه القضاء بعلمه . . . كما افتى به والد الرملي رحمه الله تعالى تبعاً لبعض المتأخرين [4] .

---

(١) نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٢٧ ، ٢٨ .
(٢) مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٩ .
(٣) الطرق الحكمية : ص ١٩٩ .
(٤) فيض الاله المالك شرح عمدة السالك ، عمر بركات : ٢ ص ٣٤٥ .

المبحث الثاني
في
الحقوق التي يجوز فيها القضاء بعلم القاضي

اختلف القائلون بمشروعية القضاء بعلم القاضي فيما يجوز القضاء به على قولين :

القول الأول :

أن القضاء بعلم الحاكم جائز في جميع الحقوق ، فإذا علم بحقيقة الواقعة قضى بها بناء على علمه ، سواء في ذلك الحدود والقصاص والحقوق المالية والعائلية كالنكاح والطلاق والنسب وغيرها .

ذهب إلى ذلك الشافعية في المشهور عنهم ، والظاهرية والإمامية بالنسبة للإمام قولاً واحداً ، وأحد قولين عندهم بالنسبة لغيره ، وأحمد في رواية ، والإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله من الزيدية (١) .

القول الثاني :

أن القضاء بعلم الحاكم جائز في القصاص والمعاملات المالية والأحوال الشخصية وفي حد القذف ، وعدم جوازه في بقية الحدود إلا في السرقة فيقضي بعلمه بالمال فقط لا بالقطع .

ذهب إلى ذلك الحنفية والزيدية وكثير من الشافعية ، وأحمد في رواية والإمامية في قول لغير الإمام ، وقال عمر بن عبد العزيز بمنع القضاء بعلم القاضي في الزنا فقط وبجوازه فيما عدا ذلك ، وقال بعض الشافعية : لا يحكم بعلمه في حقوق الله قولاً واحداً (٢) .

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٠٠ ب ، المحلى : ٩ ص ٤٢٦ ، الافصاح : ص ٤٣١ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٠٦ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٣٠١ ، البحر الزخار : ٥ ص ١٣١ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٠٧ ، المختصر النافع : ص ٢٨٠ .

(٢) الفتاوى الهندية : ٣ ص ٣٣٩ ، المبسوط : ١٦ ص ١٠٦ ، تحفة الفقهاء : ٣ ص ٥٣٦ ، البدائع : ٧ ص ٧ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٩ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٠ ب ، المهذب : ٢ ص ٣٠٤ ، نهاية المحتاج : ٨ ص =

ونعرض في هذا المبحث أدلة الفريقين مع مناقشتها وذلك لاتمام الفائدة دون الخوض في التفصيلات بعد أن ثبت ترجيح عدم جواز الحكم بعلم القاضي في جميع الحقوق ، وبمختلف حالات العلم وخاصة في عصرنا الحاضر .

الأدلة :

أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول على مشروعية القضاء بعلم الحاكم في جميع الحقوق بالأدلة السابقة في المشروعية ، وقالوا : إن هذه الأدلة عامة تشمل الحدود وغيرها ، ولأن العلم الحاصل للقاضي في القصاص والأموال مساو للعلم الحاصل له بالحدود ، والأدلة لم تفصل بين الحقوق المالية والحدود [1] .

أدلة القول الثاني :

استدل الإمام أبو حنيفة والمتقدمون من الحنفية والشافعية وأحمد في رواية والإمامية على جواز القضاء بعلم القاضي في القصاص والأموال والأحوال الشخصية وحد القذف بأدلة مشروعية القضاء بعلم القاضي التي سبق ذكرها ، واستدلوا على منع القضاء بعلم الحاكم في الحدود بما يلي : ـ

أولاً : الحديث المشهور عن النبي ﷺ « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » [2] . وإن علم القاضي يورث شبهة من جهة طعن الناس به ، ومن جهة أخرى فإن الحدود حق لله تعالى لا مطالب لها ، والقاضي نائب عن الله تعالى في استيفاء الحد فكأن القاضي مدع وحاكم في آن واحد ، وهذه شبهة تسقط الحد .

ثانياً ـ أخرج البخاري ومسلم وغيرهما أن رسول الله ﷺ قال : « لو كنتُ راجماً أحداً بغير بينةٍ لرجمت فلانة » [3] .

= ٢٤٧ ، تحفة المحتاج : ١٠ ص ١٤٨ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٠٦ ، معين الحكام : ص ١١٩ ، البحر الزخار : ٥ ص ١٣٠ ، شرح الازهار : ٤ ص ٣٢٠ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٠٧ ، فيض الاله المالك : ٢ ص ٣٤٥ ، ويقول قُطلُوبُغا الحنفي في (موجبات الأحكام : ص ٢٥) : يحكم بعلمه إلا في الحدود والقصاص ، فأدخل القصاص مع الحدود ونقل ابن نجيم عن التهذيب مثله في (الأشباه والنظائر : ص ٩١) وهو خلاف جماهير الحنفية .

(١) البحر الزخار : ٥ ص ١٣١ .

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٥٢٦ .

(٣) سبق تخريجه في صفحة ٥٠٩، ٥٢٦ .

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ علم من المرأة الزنا بالقرائن ، ومع ذلك فلم يحكم عليها ، واعتبر أساس الحكم البينة ، وكأن علمه ليس بينة في الزنا ، وهذا يدل على منع القضاء بالعلم في الزنا ، وتقاس بقية الحدود عليه .

ويعترض عليه أن الحديث الشريف لا يدل على وجود علم الرسول ﷺ بالزنا ، بل الحديث صرح بعكس ذلك ، فقد بين عليه الصلاة والسلام سبب قوله بأنه ظهر منها علامات وقرائن الفاحشة بالدخول عليها وبتصرفها وهيأتها ، وهذه الصفات مجرد قرائن ضعيفة لا تقوى على إثبات الزنا ، ولا تكفي لإقامة الحد ، لأنه يدرأ بالشبهات ، فلا دلالة في الحديث على منع الحكم بعلم القاضي في الزنا ، ولم يعمل بالقرائن كذلك لضعفها وعدم كفايتها في الإثبات هنا .

ومنع العمل بالقرائن في الحديث الآخر عن المرأة التي جاءت بالولد على الوصف المكروه لحصول التلاعن ، وهو سبب شرعي موجب للحكم بعدم الرجم [١] .

ثالثاً ـ ورد في الأثر عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عنده [٢] ، وفي البخاري تعليقاً قال عمر لعبد الرحمن بن عوف : لو رأيت رجلاً على حد؟ قال أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت، ووصله البيهقي[٣] .

ويستثنى من الحدود عند الشافعية على القول بالقضاء بعلم الحاكم في الحدود ـ يستثنى علمه بالردة ، فيحكم بالإسلام ، وكذا يستثنى الإقرار بالحدود في مجلس الحكم ولو سراً [٤] ، أما القصاص وحد القذف وحقوق العباد الأخرى فلا يحتاط في إسقاطها ، ولا تؤثر فيها الشبهة ، ويتعلق بها حق العباد فلا تدخل في المنع [٥] .

رابعاً ـ المعقول : أن الحدود من حقوق الله تعالى ولا مطالب لها ، وليس فيها مدع ،

---

(١) سبق بحثه في صفحة ٥٤٥ .

(٢) رواه أحمد بسند صحيح إلا أن فيه انقطاعاً ، وأخرجه البيهقي من وجه آخر منقطعاً ، (انظر : التلخيص الحبير : ٣ ص ٤٠٧ ، المهذب : ٢ ص ٣٠٤ ، الحاوي : ج ١٢ ق ١٠١ أ البحر الزخار : ٥ ص ١٣٠ ، فيض الاله المالك : ٢ ص ٣٤٥) .

(٣) التلخيص الحبير : ٢ ص ٤٠٧ ، صحيح البخاري مع حاشية السندي : ٤ ص ١٦١ .

(٤) مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٩ ، نهاية المحتاج : ٨ ص ٢٤٧ .

(٥) بدائع الصنائع ، الكاساني : ٧ ص ٧ .

فالحكم فيها بعلم القاضي يورث الشبهة في قضائه ، وتثور حوله التهم فيها ، فيجب على القاضي أن يمتنع عن القضاء بعلمه ، لما ورد في الأثر : « رحم الله امرءاً جب الغيبة عن نفسه » .

ومن جهة أخرى فإن حقوق الله تعالى في الحدود تبنى على المسامحة ، ويندب فيها الستر على عامة المسلمين ، والقاضي أولى من غيره بالستر على أصحاب الحدود ، قال رسول الله ﷺ لهزّال : « هلاّ سَترته بثوبك » وقال : « لو سترته بثوبك لكان أولى »(١) .

وحقوق الله تعالى يتساوى فيها المسلمون ، القاضي وغيره ، وإذا كان غير القاضي لا يستطيع إقامة الحد ، فكذا القاضي إلا في السكران فإنه يعزره (٢).

قال السرخسي : يجوز له أن يقيم الحد في القياس لأنه تيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه . . . وفي الاستحسان لا يقيم عليه الحد ، لما روي عن أبي بكر وعمر ، ولأن الحدود التي هي من خالص حق الله تعالى يستوفيها الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب به من العباد ، فلو اكتفى بعلم نفسه في الإقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور(٣) .

وناقش الشيخ أحمد ابراهيم المتقدمين من الحنفية في دعوى الاحتياط في الحدود والمساواة بين القاضي والشخص العادي فقال : « إن كان الاحتياط لأجل علمه هو فعلمه حاصل بيقين بالنسبة له فلا معنى لهذا الاحتياط ، وإن كان لتهمة في دعواه العلم فهذا كما يحصل في الحدود يحصل في غيرها ، وإن الفرق واضح جداً بين القاضي وغيره في إقامة الحدود ، والإلزام بالحقوق ، فما معنى هذا الكلام المتدافع (٤) .

* * *

---

(١)سبق تخريجه في صفحة ١٢٦ .

(٢) الحاوي : ١٢ ق ١٠١ أ ، نهاية المحتاج : ٨ ص ٢٤٧ ، معين الحكام : ص ١١٩ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٤٣٨ .

(٣) المبسوط : ١٦ ص ١٠٤ .

(٤) طرق الإثبات الشرعية : ص ٢٢ .

المطلب الثالث
في
موقف القانون من علم القاضي

بالرغم من السلطة التقديرية الكبيرة التي خولها القانون للقضاة ، فمنح القاضي سلطة مطلقة في تقدير وسائل الإثبات ، وخوله حرية تكوين القناعة من الوقائع المعروضة عليه ، ولكن القانون قدّر النتائج السيئة التي تنتج عن السماح للقضاة بالحكم بعلمهم ، وما يترتب عليه من مفاسد ومظالم ، وما ينشأ عنه من تحكم باتخاذه وسيلة للكيد والتعسف ، لذلك فقد منع القانون القضاء بعلم الحاكم ، ونص على ذلك صراحة قانون البينات السوري في (المادة الثانية) منه « ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي » .

فلا يجوز للقاضي أن يبني قناعته على ما يكون قد اطلع عليه من وقائع خارج المحكمة وفي غير أطراف النزاع [1] ، أما ما يطلع عليه بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة وما يستنبطه منها من وجوه الحكم فيصح ، لأن علمه فيها حصل بصورة رسمية ، كما أجاز القانون للحاكم أن يحكم على من يخل بحرمة المحكمة .

وعلل الدكتور السنهوري منع القضاء بعلم القاضي فقال « لأن علمه يكون دليلاً ، فيحق للخصوم مناقشته ، وهذا لا يجوز » [2] ، ويقول الدكتور مرقس : « فلا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي ولا بما اشتهر شهرة عامة لانه يشترط أن يكون في وسع الخصم مراجعته وتفنيده ، مثل أن يبني عليه القاضي رأيه » [3] ، وقال الدكتور الصدة : « ليس للقاضي أن يعول على أدلة تحراها بنفسه خارج الجلسة وبعيداً عن الخصوم ، ولا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي في وقائع الدعوى ، إنما ليس من قبيل قضاء القاضي بعلمه

---

(١) أصول المحاكمات ، انطاكي : ص ٤٥٧ ، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري : ص ١٢ ف ١١ ، نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٢٥ .

(٢) الوسيط ، له : ٢ ص ٣٣ ، وانظر : قانون الإثبات المصري شرح وتعليق المحامي محمد عنبر ص ٣١ ، نظام الإثبات ، الدكتور عبد الباسط جميعي : ص ٣٤ ، رسالة الأثبات ، نشأت : ١ ص ٦ .

(٣) موجز أصول الإثبات ، له : ص ٣٢ .

أن يكون ما يحصله قد استقاه من خبرته بها لشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها (١) .

والخلاصة أن علم الحاكم لا يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في عصرنا الحاضر في الشريعة والقانون ، لما يثيره من الشبه والشكوك ، وما يترتب عليه من احتمال المفاسد والجور ، ولكن إذا تنازع اثنان أمام القاضي على عقار مثلاً ، واختلفا في حدوده وأوصافه ورأى القاضي أن المصلحة تقتضي أن يرى محل النزاع لكشف الحقيقة بنفسه ومعاينتها فهل يسري عليه الحكم السابق في علم القاضي ، وهل تعتبر معاينة محل النزاع قضاء بالعلم ؟ هذا ما سنبحثه في الفصل التالي في موضوع المعاينة .

والآن انتهينامن دارسة أهم وسائل الإثبات المعروفة ، وبقي من الوسائل عدة طرق ، وبعض هذه الطرق يلجأ إليها القاضي عند تعارض البينات كالتحالف والقرعة ، وبعضها يستخدمها عند فقد البينات الرئيسية فيلجأ إليها للنظر في القضية كاستصحاب الأصل ووضع اليد ، ورد الخصوم إلى الصلح وقسمة المتنازع فيه ، وهذه الطرق أدلة غير مقصودة ولا مباشرة فهي وسائل إدارية أكثر منها وسائل قضائية ، ولذلك فلا نتعرض لها إلا في مناطها في التعارض والترجيح في الفصل الخامس من الباب الثاني ، وبقي أمامنا وسيلتان للإثبات تعتبران من الأدلة الرئيسية والمباشرة في إثبات الحق ، كما تعتبران من البينات الحقيقية وهما معاينة المتنازع فيه ، والاعتماد على أهل الخبرة وهما موضوع الفصل التالي إن شاء الله تعالى .

* * *

---

(١) الإثبات في المواد المدنية ، له : ص ١٦ .

الفصـــل السابـــع
فـــي
المعاينـــة والخبـــرة

وفيـــه مبحثـــان

المبحـــث الأول
فـــي
المعاينـــة

هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر فيه .

فالمعاينة تختلف عن علم الحاكم بأنها نتيجة مترتبة على رفع الدعوى في شي ء يحتاج إلى رؤ ية ومعاينة لبيان الحقيقة فيه وإدراك الواقع الملموس منه وهي أحد إجراءات الدعوى ، وجزء من سير المحاكمة ، والمعاينة يقوم بها القاضي بصفته قاضياً فكأنه نقل محل القضاء من المحكمة إلى مكان المدعى به ، وجعله مجلساً للقضاء ، فيعتبر القاضي في عمل رسمي ، يمارس وظيفته في الكشف عن المدعى به بحضور الطرفين ، ليشرح كل منهما وجهة نظره وبذلك يستطيع القاضي تكوين قناعته ، ويظهر أمامه الحق جلياً واضحاً ، ويحكم بناء على هذه المعاينة ، والعلم بمحل النزاع بالمعاينة أقوى من طريق الشهادة والكتابة فيه ، لأن المعاينة دليل مباشر ، باشره القاضي بنفسه ، ويختلف عن القضاء بعلم القاضي الذي يكتسبه بنفسه خارج مجلس الحكم ، وبشكل إنفرادي ، وقبل النظر في الدعوى ، فالمعاينة تشبه إلى حد بعيد العلم الذي يحصل عليه القاضي في مجلس القضاء ، مع فارق بينهما ، وهو أن المعاينة تستند إلى رؤ ية أمور مادية لا مجال إلى إنكارها ، ولا تتغير أوصافها .

وقد تكون المعاينة في مجلس القضاء نفسه ، بأن يعاين القاضي المدعى به ، ويقوم بفحصه إذا أمكن إحضاره إلى مجلس القضاء ، ويكون علمه الذي حصل من المعاينة في مجلس القضاء كالعلم في البينة ، وكالعلم في الحلف والإقرار ، وهذا ليس قضاء بعلمه ، وإنما هو قضاء بما ثبت عنده في مجلس القضاء ، كما إذا فحص البضاعة ووجدها تالفه أو فاسدة ، وكما إذا رأى البنت ووجد أن جسمها يتحمل الزواج مثلاً ، فقد نص قانون الأحوال الشخصية على أن أقل سن للزواج عند البنت سبع عشرة سنة ، ويجوز زواجها وهي بنت خمس عشرة سنة إذا كان جسمها يتحمل ذلك ، فيطلب القاضي رؤ يتها ليحكم بصلاحها للزواج أم لا .

وتتحقق المعاينة أيضاً والحكم بها في مسائل الحسبة ، بحيث إذا رأى القاضي منكراً أو شاهد مخالفة للشرع أو أبصر غشا في السوق فإنه يعتمد على معاينته ويحكم بموجبها .

والمعاينة وإن لم يعقد الفقهاء لها باباً مع وسائل الإثبات ، لكنهم ذكروا بعض الحالات التي تحتاج إلى المعاينة في أبواب الفقه المتفرقة ، ويجب على القاضي أن ينتقل إلى معاينتها ، أو أن يرسل نائبه أو أمينه للنظر فيها ، ونقل صفة المدعى به إلى القاضي ليصدر الحكم فيها [1] .

والقاضي بالخيار إما أن يذهب بنفسه ، وإما أن يستحلف غيره ، ويبعث خليفة عنه للرؤ ية والمشاهدة ، فإذا كان المدعى به من المنقولات التي لا يمكن نقلها إلى مجلس القضاء الا بمؤ ونة وكلفة ، أو كان من العقارات الثابتة فإن القاضي ينتقل إلى مكان وجودها لمعاينتها وكشف ادعاء المدعي فيها ، أما إذا كان المدعى به من المنقولات التي يمكن إحضارها بدون كلفة ولا مؤ ونة فإن القاضي يعاينها في مجلس القضاء ، ولا يعتبر ذلك حكماً بعلمه مثل معاينة العيب في المبيع ، وتلف البضاعة ، وغير ذلك .

ومثال القسم الأول :

إذا حكم على الزوج بتهيئة البيت المناسب للزوجة (البيت الشرعي أو بيت الطاعة) ثم ادعت المرأة بأن البيت الذي أعده لسكناها غير صالح ، فالقاضي يذهب بنفسه ليطلع على البيت ، ويحكم بعد معاينته بالمناسبة وعدمها .

---

(١) درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، منلا خسرو : ٢ ص ٣٣٠ ، البحر الرائق : ٧ ص ١٩٦ ، أصول الإثبات في الفقه الجعفري ، محمد جواد مغنيّة : ص ١٦٢ ، مجمع الأنهر : ٢ ص ٢٥١ ، القوانين الفقهية ، ابن جزىء : ص ٣٠٥ ، الفقه الاسلامي في أسلوبه الجديد : ٢ ص ٥١٠ .

وهذا يدل على مشروعية المعاينة باتفاق الفقهاء ، ويؤيد ذلك قصة أبي سفيان ورجل من بني مخزوم عندما تحاكما إلى سيدنا عمر ، فقد أخرج ابن التركمان في « الجوهر النقي » وابن عبد البر في « التمهيد » عن عروة وعن مجاهد أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب أنه ظلمه حدا في موضع كذا وكذا من مكة ، فقال عمر : إني لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيها ، ونحن غلمان ، فإذا قدمت مكة فائتني بأبي سفيان ، فقال له عمر : يا أبا سفيان ، انهض بنا إلى موضع كذا فنهض ، ونظر عمر ، فقال يا أبا سفيان ، خذ هذا الحجر من ههنا ، خذه لا أم لك ، وضعه ههنا ، فإنك ما علمت قديم ظلم . . . . فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه . . . [1] .

فلو لم تكن المعاينة مشروعة ، لما ذهب سيدنا عمر إلى ذلك .

قال الإمام السرخسي في « المبسوط » : « وللقاضي أن يلزمه بمعاينة سبب ذلك ، لأن معاينة السبب أقوى في إفادة العلم من إقرار المقر به ، وهذا إذا رأى ذلك في مصره الذي هو قاض فيه ، فأما إذا كان رأى ذلك قبل أن يتقلد القضاء ثم استقضى فليس له أن يقضيَ بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : له أن يقضي بعلمه في ذلك ، لأن علمه بمعاينة السبب لا يختلف بما بعد أن يستقضي وقبله ، وهو أقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود ، فإن معاينة السبب تفيد علم اليقين ، وشهادة الشهود لا تفيده ذلك » [2] .

المعاينة في القانون :

بحث القانون المعاينة كوسيلة في الإثبات ، وأجاز للمحكمة حق اللجوء إلى المعاينة من نفسها أو بطلب الخصوم ، والمعاينة من أهم الأدلة في الوسائل المادية ، لأنها تمكن المحكمة من معاينة محل النزاع بنفسها ، وتكون اعتقادها عن المدعى به لاستخلاص الحكم فيه ، وقد تكون المعاينة في بعض الأحوال الدليل القاطع الوحيد في الدعوى [3] .

ونظمت لائحة المحاكم الشرعية مسائل المعاينة في المواد (٢٠٧ - ٢١٠) بعنوان

---

(١) الجوهر النقي : ١٠ ص ١٤٣ ، المغنى : ٩ ص ٥٣ .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ١٠٥ ، وانظر تحفة الفقهاء : ٣ ص ٥٣٦ ، معين الحكم : ص ١١٩ ، وبيان أن علم القاضي يكون بالمعاينة والإقرار ، والفرق أن علم القاضي بذلك يكون صدفة وبغير قصد الحكم به ، أما المعاينة كوسيلة للإثبات ، فإنها تكون مقصودة لذاتها من إجل الاطلاع وحصول العلم والقضاء به .

(٣) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، الدكتور رمزي سيف : ص ٥٠٤ ط ٧ سنة ١٩٦٧ ، الإثبات ، الصدة : ص ٦٦ ، موجز أصول الإثبات ، مرقص : ص ٢٨ ، قانون الإثبات بشرح وتعليق عنبر : ص ١٨٠ .

« انتقال المحكمة لمحل النزاع ، وكيف تنتقل المحكمة إلى محل النزاع أو تندب عنها أحد القضاة لمعاينته وكتابة محضر فيه » .

كما نظمها قانون الاثبات المصري في المواد (١٣١ ـ ١٣٤) وقانون البينات السوري في المواد (١٣٤ ـ ١٣٧) وتتضمن مواد المعاينة في القانونين حق المحكمة في أن تقرر إجراء المعاينة من نفسها أو بطلب الخصوم ، إما بجلب المتنازع فيه إلى المحكمة ، أو الانتقال إليه أو بندب أحد قضاتها لهذه الغاية أو إنابة المحكمة التي يقع المتنازع فيه بمنطقتها لتيسير الأمر عليها ، كما شرحت هذه المواد الإجراءات الخاصة للمحكمة في تقرير اللجوء إلى المعاينة ، وكيفية الندب إلى ذلك ، وتبليغ الخصوم ، ووجوب كتابة المحضر في الانتقال إلى المعاينة ، وإثبات الأوصاف التي ظهرت في المعاينة ، والنتائج التي وصلت إليها المعاينة تحت طائلة البطلان ، وإن تقرير المعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم على المحكمة أن تقول كلمتها فيه [1] .

وأجاز القانون المصري في (المادة ١٣٣) رفع دعوى أصلية إلى القضاء المستعجل بطلب المعاينة إذا كان المدعي يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء .

وفي بعض الحالات الفنية الدقيقة يصعب على القاضي معرفة الحقيقة فيستعين بأهل الفن والخبرة والتجربة فهل تعتبر معاينة أهل الخبرة مثل معاينة القاضي ؟ هذا ما سأبحثه في المبحث التالي ان شاء الله تعالى .

* * *

---

(١) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات ، الدكتور أحمد أبو الوفا : ج ٢ ص ١٢٣١ ط ١٩٦٩ ، المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري : ص ٨١ ف ١٨٧ .

المبحث الثاني
في
الخبرة

تعريف الخبرة :

الخبرة لغة : هي الاختبار ، وهو العلم بالشي ء على حقيقته ، والخبير العالم [1] .

واصطلاحاً : هي الإخبار عن حقيقة الشي ء المتنازع فيه بطلب من القاضي ، فالأخبار جنسٌ في التعريف يتناول الإخبار عن حقيقة المتنازع فيه ، وغير المتنازع فيه ، والإخبار بالشهادة والرواية والإقرار ، والإخبار ظاهراً وحقيقة .

وقوله : « عن حقيقة الشي ء » يخرج الإخبار عن الأمور بشكل ظاهري .

وقوله : «المتنازع فيه » يخرج الإخبار الذي يقوم به أحد الخبراء لشخص معين ، في مصلحة معينة .

وقوله : « بطلب من القاضي » يخرج الإخبار عن حقيقة الشي ء دون طلب من القاضي .

فإن الخبرة عامة تتقدم في جميع المجالات العلمية والعملية ، ولا يهمنا من ذلك إلا الخبرة التي تقدم عن أمر متنازع فيه أمام القضاء لاختلاف الخصوم فيه ، وادعاء كل منهما الحق لجانبه ، فيطلب القاضي ممن يثق بهم ويعتمد عليهم في معرفة حقيقة الأمر بتجرد ، وتقديمه إلى القاضي دون تحيز لأحد أطراف النزاع ، فإذاقدَّم أحد الخصوم خبرة من نفسه فلا تقبل منه .

وقول الخبير هو إخبار يحتمل الصدق والكذب ، ولكن خبره يعتمد على معرفة حقيقة الشي ء وفحصٍ كنهه نتيجة لتجاربه واختصاصه في ذلك وممارسته وقيامه بهذا العمل ولذلك فلا يشترط فيه العدد ، وقال بعض الفقهاء لا يشترط فيه العدالة أو الذكورة .

---

(١) الخبر بالتحريك واحد الأخبار ، وأخبرته بكذا بمعنى ، والاستخبار السؤال عن الخبر ، وكذلك التخبر ، والخبر : النبأ ، وهما مترادفان ، وخبرت الأمر علمته ، وخبرت الأمر أخبره إذا عرفتهُ على حقيقته ، والخابر المختبر المجبر ، ورجل خابر وخبير : عالم بالخبر ، (انظر : الصحاح ، الجوهري : ٢ ص ٦٤٢ ، تاج العروس ، الزبيدي : ٣ ص ١٦٦ ، لسان العرب : ٤ ص ٢٢٧ ، المصباح المنير : ١ ص ٢٢٢) .

مشروعية الخبرة :

نلاحظ في الفصول السابقة أن الفقهاء ذكروا كثيراً من الأحكام التي يجب الرجوع فيها إلى أصحاب الاختصاص والخبرة في مختلف فروع الفقه ، فإذا اختلف شخصان في نسب ثالث رجعوا إلى قول القائف ، وعند الاختلاف في عيب المبيع يرجع إلى أهل الخبرة في تحديد العيب ، وهل هو قديم أم جديد ، وفي ادعاء التزوير في الخطوط والكتابة نلجأ إلى أهل الخبرة في مضاهاة الخطوط ونقبل قول القاسم والخارص في الثمار ، ونقبل قول الأطباء في الجنون والعته في دعوى الحجر عليهما ، وهكذا في معظم أبواب الفقه فإن الأمور الفنية والخاصة التي لا يستطيع القاضي معرفة حقيقتها بناء على اطلاعه وثقافته الخاصة ، لأن أحوال الكون لا يمكن لإنسان أن يلم بها ، وإنما يتخصص في كل فرع منها فريق من الناس يدرسون حالاته ، ويعرفون خباياه ، ويطلعون على تفصيلاته ، سواء في ذلك أحوال الانسان ، وأعراض الحيوان ، وصفات الأشياء ، وتكوين العمران ، فإذا حصل في هذه الأمور الخاصة خلاف بين شخصين ، وأراد القاضي الوصول إلى حقيقة فيها فإنه يستعين بأهل الخبرة وأصحاب التجربة في ذلك ، ويأخذ برأيهم ، ويكون رأي الخبير هو الوسيلة في الإثبات ، في النسب والعيب والصحة والمرض والجروح والضرر وغيرها ، كما أن أعمال الخبير تكون هي المستند في الدعوى .

والأصل في كل ذلك قوله تعالى : ﴿ فاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كنتم لا تَعْلَمُونَ[1] ﴾ سورة الأنبياء ، الآية٧ .

فالخبرة والعمل بمقتضى ما يراه الخبراء مشروع باتفاق الفقهاء وهم - وإن لم يعقدوا لها باباً مستقلاً - ففروعهم في أبواب الفقه المختلفة تدل صراحة على مشروعيتها واعتبارها في الإثبات والحكم بموجبها .

ولتوضيح ذلك نذكر بعض الفروع المتفرقة في أبواب الفقه .

---

(١) اختلف المفسرون في تأويل هذه الآية ، فقال أبو السعود في (تفسيره : ٢ ص ١٦) : أهل الذكر أي أهل الكتاب ، أو علماء الأخبار ، أو كل من يذكر بعلم وتحقيق ليعلموكم ذلك ، وقال الطبري (١٤ ص ١٠٨) ؛ أهل الذكر : وهم الذين قرأوا الكتب من قبلكم التوراة والانجيل وغير ذلك من كتب الله التي أنزلها على عباده ، وقال القرطبي (١٠ ص ١٠٨) : أهل الذكر يعني مؤمني أهل الكتاب ، وقال ابن عباس : أهل الذكر أهل القرآن ، وقيل أهل العلم ، والمعنى متقارب ، وقال ابن كثير : أي أهل العلم من الامم كاليهود والنصارى وسائر الطوائف ، (ج ٤ ص ١٧٤) . والراجح أن المقصود أهل العلم في كل فن من الفنون كما قال ابن عباس ، وإنما خصص المفسرون هنا أهل العلم بأهل الكتاب ، لأن الموضوع يتعلق بالكتب والرسل السابقين ، والعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب .

١ ـ الرد بالعيب:

إذا ابتاع شخص من آخر دابة أو دارا ثم ظهر عيب في المبيع لم يذكره البائع، ولم يسبق للمشتري رؤيته، وكان العيب يؤثر في رضاء المشتري، ويخل بقيمة المبيع، فأراد المشتري رده، فأنكر البائع العيب ورفض رد المبيع، فترافعا إلى القضاء، فيجب على القاضي الرجوع الى أهل الخبرة والاختصاص للنظر في العيب الخفي، وتحديد فيما إذا كان قديما فيحكم القاضي للمشتري برد المبيع، أم كان حديثا فترد الدعوى ويثبت البيع، ويكفي في الخبرة الواحد، والاثنان أولى للاحتياط، ويجوز الرجوع إلى النساء، لأنه يجوز من المرأة الخبر والفتيا[١]. وقال ابن فرحون: ونجيز شهادة أهل المعرفة في اختلاف المتبايعين في صفة المبيع[٢].

٢ ـ عيوب الزواج:

إذا تزوج شخص بامرأة بكر على مهر معين وتبين أنها ثيب، وطلب من القاضي التفريق والحكم على المرأة للتغرير به، وأنكرت المرأة ذلك، فتعرض على القابلة أو الطبيب لبيان حقيقة الأمر، والفصل فيه بناء على نتيجة الفحص، وكذلك الحال إذا ادعى الزوج القَرْن والرَتَق وغيرهما في الزوجة[٣]، وكذا إذا طلبت المرأة التفريق لوجود علة في الزوج كالعنة والجَّب وغيرها[٤]، فإن القاضي يؤجل الزوج سنة كاملة لتمكينه من الاتصال بزوجته، خلال فصول السنة المختلفة، فإذا أصرت الزوجة على دعواها بعد ذلكَ، فإنها تعرض على أهل الخبرة في ذلك، فإن قالوا لا تزال بكرا فرق القاضي بينهما[٥].

٣ ـ يرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه، ويرجع الى أهل المعرفة من النساء في قياس الجرح وقدره إذا كان مما تجوز فيه شهادة

---

(١) تبصرة الحكام: ٢ ص ٦٤، مرآة المجلة: ٢ ص ٤٨١، الورد البسام: ص ٣٥، أصول الإثبات في الفقه الجعفري: ص ١٥١، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٥، ٢٨٨.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٥، والعيب هو كل ما يخرج عما تقتضيه الخلقة التي عليها أغلب أفراد النوع الواحد، (أصول الاثبات: ص ١٥٢).

(٣) القَرْن بسكون الراء شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء، ويقال له: العَفَلة، وفي حديث علي «اذا تزوج المرأة وبها قرن فان شاء امسك وان شاء طلق» والرَتَق قطعة من اللحم تمنع الوطء، والأول عظم، (انظر: النهاية في غريب الحديث، ابن الاثير: ٤ ص ٥٤).

(٤) العنة عدم القدرة على الجماع مع وجود الآلة، أما الجب فهو قطع العضو.

(٥) أصول الإثبات الجعفري: ص ٢٣٦، تبصرة الحكام: ٢ ص ٢٧٩، المختصر النافع: ص ٢٨٨.

٥ ـ ويرجع إلى أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات وعيوب الثياب[٣].

٦ ـ يرجع الى أهل المعرفة بالجوائح وما ينقص من الثمار، ولمعرفة مالا يتكرر سببه أو ما يتكرر في التنازع بين الخارج وذي اليد، قال ابن نجيم في «البحر الرائق»: فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة[٤].

٧ ـ ويرجع إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره في الطرقات وأنواع ذلك[٥].

٨ ـ ويقبل قول الخارص الواحد فيما يخرصه عند مالك، ويقبل قول الملاح في القِبلة إذا خفيت أدلتها، وكان عدلا دريا في السير في البحر، وكذلك كل من كانت صناعته في الصحراء وهو عدل ، وكذا خبر الواحد في دخول الأوقات[٦].

٩ ـ قال الشيخ أبو بكر الطرطوشي يقلد الواحد في رؤ ية هلال رمضان إن أراد به علم التاريخ لأنه خبر، ويجب أن يقبل من المرأة والعبد، فإن تعلق به فرض مثل صوم رمضان أو الفطر منه فلا بد من اثنين عدلين لأنه من باب الشهادة[٧].

وما قبل فيه قول الشخص الواحد فإنه من قبيل الإخبار الذي يقبل، لما تحف به من القرائن التي تجعل سبيله الخبرة، قال أبو الوليد الباجي: احتج أصحابنا بأن رسول الله ﷺ دفع السلب إلى أبي قتادة بقول واحد دون يمين فدل على أنه يقبل فيه الواحد، وإن كان كذلك فيكون طريقة الخبر لا الشهادة[٨].

---

(١) تبصرة الحكام ص ٧٩، الطرق الحكمية: ص ١٢٨، كشاف القناع: ٤ ص ٢٦٨، الفروق : ٤ ص ٥٥.

(٢) تبصرة الحكام: ٢ ص ٧٩.

(٣) تبصرة الحكام: ٢ ص ٧٩، جـ ١ ص ٢٨٩، قواعد الأحكام، العز: ٢ ص ٥٠، ١٣٧.

(٤) تبصرة الحكام: ٢ ص ٧٩، البحر الرائق: ٧ ص ٣٤٤، قواعد الأحكام: ٢ ص ١٣٨.

(٥) تبصرة الحكام: ٢ ص ٧٩.

(٦) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٠، جـ ٢ ص ٢٧٩، قواعد الأحكام، العز : ٢ ص ٥٠، ١٣٨.

(٧) تبصرة الحكام: ٢ ص ٨٠.

(٨) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٣، وسبق تخريج حديث أبي قتادة في صفحة ١٤٧.

قال العز بن عبد السلام: الاعتماد على قول المقوّمين العارفين بالصفات النفسية الموجبة لارتفاع القيمة، وبالصفات الخسيسة الموجبة لانحطاط القيمة، لغلبة الإصابة على تقويمهم، وكذلك الاعتماد على قول الخارصين لغلبة إصابتهم في ذلك، حتى لا يكادون يخطئون[1].

ويمكن أن يدخل في أهل الخبرة الترجمان في الترجمة، والمعدل والمجرح في الجرح والتعديل، فإذا لم يعرف القاضي لسان الخصم، رجع القاضي إلى الترجمان لنقل كلام الخصم، والترجمة نوع من الخبرة والعلم بكلام اللسانين، وإن اختلف الفقهاء في عدد الترجمان، فقال الشافعية يشترط تعددهم بما يثبت به الحق المدعى به[2].

ويعتبر من الخبرة جميع الكشوف والإجراءات العلمية التي يقوم بها اخصائيون في معرفة حقائق الأشياء المتنازع فيها، وأهم هذه الأمور الطب الشرعي.

ويراد به العمليات التي يقوم بها اخصائيون لتحليل الدماء وفحص البصمات والكتابات والملابس لمعرفة أصحابها وفحص الحرائق لمعرفة أسبابها، والقنابل لمعرفة مصدرها، بل حتى فحص التراب والحجارة مما يمكن أن يترك أثراً، وقد أقيمت المعامل والمعاهد لهذا الطب في العالم، ونستطيع أن نجد له أمثلة في التاريخ الإسلامي، فالإمام علي كرم الله وجهه، ميز بياض البيض عن المني باستعمال الماء الساخن عندما اتهمت امرأة شاباً باغتصابها[3].

أهمية الخبرة والحاجة اليها:

ويتبين مما تقدم أهمية الخبرة وفائدتها في الأمور الفنية التي تحتاج إلى خبرة وعلم وتجربة خارجة عن اختصاص القضاة، فيلجئون إلى الخبراء للاستعانة بخبرتهم في بيان حقيقة الأمر المتنازع فيه.

وإن تقدم العلوم، وتفرع الأبحاث، وزيادة التخصص، وتقسيم العمل في جميع فروعه يؤكد الحاجة إلى الخبرة وفائدتها وأهميتها، فإن القضاة بأشد الحاجة إلى أهل الخبرة والاختصاص في جميع الامور اليومية إذا أرادوا الوصول إلى حقائق الأمور، فيطلبون الاستعانة بذوي الاختصاص في النواحي العملية والتطبيقية، وفي مجال العمران والتقدم وأعمال الدولة

---

(١) قواعد الأحكام، له: ٢ ص ١٣٧.

(٢) فيض الإله لمالك؛ بركات: ٢ ص ٢٤٦.

(٣) أصول الإثبات في الفقه الجعفري: ص ١٦٥.

والظواهر العلمية.

والخبير يبين حقيقة الشيء بعد التجارب والأبحاث العلمية التي استغرقت سنوات كثيرة في حياته ، بحيث يزول معه العامل الشخصي تقريبا، وبذلك يكون رأي الخبير هو الخبرة ذاتها، ولا ينظر إلى التكوين الشخصي له، وخاصة إذا كانت الخبرة معتمدة على الالآت العلمية والطرق المادية، والقوانين الثابتة، والظواهر المسلمة، ويقدم رأيه بناء على النظر والاستدلال[1].

ويشترط في الخبير أن يكون من أهل المعرفة فعلا في صنعته ومهنته واختصاصه الذي يُسأل فيه، ولا يشترط فيه غير ذلك عند المالكية الذين قالوا يصح من الرجل والمرأة والمسلم والكافر والفاسق، ولا يشترط فيه العدد، فيجوز الرجوع إلى خبير واحد أو أكثر، لأنه يشبه الشهادة من جهة، لأنه إلزام لمعين، ويشبه الرواية من جهة ثانية لأن حكمه ينفذ[2].

وإنما يشترط العدد أو العدالة عند المالكية إذا تعلق بالاخبار حد من الحدود كتقويم المسروق، أو تعلق به عبادة كالهلال في رمضان فيشترط اثنان عدلان لأنه من باب الشهادة[3].

وكذلك قال الحنابلة يقبل قول الواحد، والاثنان أولى[4]، فيقبل قول طبيب واحد في الجروح والأمراض وقول بيطار في الدواب وغيرها ، وتقبل شهادة امرأة واحدة عدل فيما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والبكارة والثيبوبة والحيض والولادة والرضاع والاستهلال ونحوه وكذا جراحة وغيرها في حمام وعرس ونحوهما مما لا يحضره الرجال ، والأحوط اثنتان خروجا من الخلاف، وتعتبر شهادة المرأة في هذه الحالات من قبيل إبداء الخبرة فيما يختص بها[5].

ونقل محمد جواد في الفقه الجعفري قوله: لا ينبغي الإشكال في الرجوع إلى أهل الخبرة والاعتماد على قولهم، ولا يشترط فيهم التعدد ولا العدالة بل ولا الإسلام كما هي الحال

---

(١) البوليس والكشف عن الجريمة اليوم: ص ٧٧، الفروق: ٤ ص ٥٥.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٠، ٢٨٥، ٢٨٧.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٩٠.

(٤) الطرق الحكمية: ص ١٢٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢٦٨.

(٥) كشاف القناع: ٤ ص ٢٧١، ونرى أن كل شهادة أجازها الفقهاء بدون نصاب فهي من قبيل الخبرة، كالقابلة وغيرها.

في الشهادة لأن الشهادة تكون عن حسٍ أما أهل الخبرة فقولهم عن رأي وحدس[1].

وإذا تعدد الخبراء ثم اختلفوا في ذلك أو اختلف المقومان أو اختلف القائفان، فإما أن تسقط أقوالهما أو أن يقضى بأعدلهما أو يعين خبير ثالث ليعمل بقوله[2].

الخبرة في القانون:

الخبراء طائفة من أعوان القضاة لهم معلومات فنية خاصة يحتاج إليها القضاة، ولذا يستعين القضاة برأيهم إذا اقتضى تحقيق الدعوى الإلمام بمعلومات لاتشملها معارف القاضي كالطب والزراعة والهندسة والمحاسبة والكيمياء والخطوط[3].

والخبرة وسيلة هامة في القانون، فنص عليها قانون الإثبات المصري في المواد (١٣٥ ـ ١٦٢) ، وذكرها قانون البينات السوري في المواد (١٣٨ ـ ١٥٧) وبيّنا حق المحكمة في انتداب الخبراء عندما تحتاج الدعوى إلى خبرة فنية ،ليس للقاضي دراية فيها بمقتضي معلوماته العامة والخاصة كالمسائل التي يستلزم الفصل فيها استيعاب نقط فنية لا يتمكن القاضي من الإلمام بها، ولا يندب الخبراء في القضايا القليلة القيمة أو التافهة ولا الاستعانة بالخبراء في المسائل القانونية لأن المفروض علم القاضي بها، وكفايته كفاية مكنته من شغل وظيفته.

والأصل في أن الاستعانة بالخبراء أمر اختياري للقاضي حسب تقديره، وللمحكمة مطلق الحق في تقدير ما أدلى به الخبير من آراء ، فلها أن تأخذ برأيه ونتيجة بحثه وتقريره ولها أن ترفضه، فالنص ليس ملزما بطلب ندب الخبير إلا في الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك[4] ، ورأي الخبير لا يقيد المحكمة ولها أن تحكم بما يخالفه لأنها تقضي بما تقتنع به وترتاح إليه [5] ولكن على المحكمة أن تناقش الخبير ولو بنى حكمه على اعتبارات مقبولة ومعقوله، كما أن لها أن تأخذ بنتيجته وتذكر أسباباً مغايرة له، ولها أن تأخذ ببعض التقرير دون بعض[6].

---

(١) أصول الإثبات في الفقه الجعفري: ص ١٦٥ هامش ٢.

(٢) تبصرة الحكام: ٢ ص ٧٧.

(٣) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الدكتور رمزي سيف: ص ٥٨٣ ط ٧ /١٩٦٧.

(٤) التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات، الدكتور أحمد أبو الوفا: جـ ٢ ص ١٢٣٨، ١٢٣٩ط ١ لعام ١٩٦٩، المذكرة الايضاحية ص ٨٢ ف ١٨٨، الوسيط، رمزي سيف ص ٥٨٣.

(٥) المادة ١٥٦، مصري ، والمادة ١٥٥ سوري.

(٦) الدكتور أبو الوفا، المرجع السابق: جـ ٢ ص ١٢٥٦.

والمفروض أن يكون الخبراء محل ثقة في الصدق والأمانة والكفاءة الفنية[1]، ويكون تعيين الخبراء إما باتفاق الخصوم وإما بتعيين المحكمة من القائمة المعدَّة في وزارة العدل، أو من خارجها عند اللزوم.

وقد أسهب كل من القانونيين

بندب الخبراءوتعيينهم وردهم وترك حرية الاختيار إلى الخصوم وإلا عينتهم المحكمة، وكيفية القيام بعملهم، وتحديد المواعيد والأوقات والأماكن للقيام بالخبرة التي يكفل سرعة إنجازها، ووجوب تسجيل محضر فيها وتقديمه موقعا إلى المحكمة، ويتضمن النتائج الفنية التي توصل إليها الخبراء في دراسة الموضوع ورأيهم فيها، كما بيّن القانونان طريقة تقدير المصروفات، ودفع التأمين عند طلب الخبرة، وجواب الخبير في قبول العمل أو امتناعه عنه، وتحديد بدء عمله ودعوة الخصوم أمامه تحت طائلة البطلان وسماع أقوال الخصوم وملاحظاتهم وأقوال من يحضرونهم معهم أو غيرهم من الأشخاص.

وإلى هنا ينتهي الكلام على وسائل الإثبات، وقد أفردنا كل وسيلة بفصل خاص، درسنا فيه التعريف والمشروعية والحكم والحالات التي يجوز الإثبات في كل وسيلة، ويبقى علينا دراسة الأحكام العامة والقواعد المشتركة التي تعم وسائل الإثبات كلها، وتضبط الإثبات القضائي، وهذا موضوع الباب الثاني من الرسالة.

* * *

---

(١) موجز أصول الإثبات، مرقس ص ٢٨.

الباب الثاني
في
أحكام الإثبات العامة

تناولت في هذا الباب دراسة الأحكام العامة في الإثبات، وهذه الأحكام إما أن تشمل جميع وسائل الإثبات، وإما أن تشمل غالبية هذه الوسائل، وإما أن تقتصر على بعضها دون بعض، ونستخلص من مجموع هذه الأحكام قواعد مشتركة في الإثبات الشرعي، وضوابط عامة، وهي نتاج دراسة وبحث طويلين في كتب الفقه التي تتناول الأحكام التفصيلية، وتبحث في الجزئيات والفروع، وهذه الأحكام موزعة على أبواب الفقه، فسعيت إلى لم شملها، وتقعيد أحكامها لتكوين نظرية عامة في الإثبات الشرعي ، وذلك في خمسة فصول.

= = = =

الفصل الأول
في
الإثبات بين الإطلاق والتقييد[1]

نبحث هذا الفصل عن مدى حرية الإثبات وتقييده في استخدام وسائله في القضاء وتحقيق الوقائع وإثبات الحقوق.

والكلام عن ذلك يتضمن أربع نقاط: الأولى: عن حصر طرق الإثبات، وهل هي مقيدة بعدد محصور أم مطلقة؟ وما هو الضابط في ذلك؟

النقطة الثانية أثر وسائل الإثبات على القاضي وموقف القاضي منها ودوره فيها.

النقطة الثالثة: أثر نظام الإثبات على الخصوم، وهل هم ملزمون به فيتقيدون بالقيود التي وضعها الشارع كالعدد والعدالة وغيرهما أم يحق لهم الخروج عليها في سبيل الوصول إلى الغاية منها؟ وهل يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها؟ وبعبارة ثانية هل نظام الإثبات من النظام العام أم لا؟

النقطة الرابعة: تقسيم وسائل الإثبات وتصنيفها إلى أصناف.

وسوف نتناول هذه النقاط في أربعة مباحث.

---

(١) المطلق هو اللفظ الدال على مدلول شائع في جنسه مثل رأيت رجلاً، والمقيد يطلق باعتبارين، الأول: ما كان من الألفاظ الدال على مدلول معين كزيد وعمرو، والثاني: ما كان من الألفاظ دالاً على وصف مدلوله المطلق، بصفة زائدة عليه، كدينار مصري، ودرهم مكي، وتقييد المطلق بأن يكون موصوفاً بصفة أو مشروطاً بشرط أو مغياً بغاية، أو محدوداً بعدد، (انظر الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي: ٢ص١٦٢ ط صبيح، علم أصول الفقه، خلاف: ص ١٧٩، قال ابن فرحون في(تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٢) الإقرار المقيد إما أن يكون مقيداً بالمحل أو بالعلم أو بالغاية أو بالخيار أو بالشرط أو بالاستثناء أو على جهة الشكر، ويفهم منه أن التقييد يكون بأساليب متعددة.

المبحث الأول
في
حصر وسائل الإثبات

الإثبات اسم جنس يشمل جميع أنواع الإثبات القضائي والتاريخي والعلمي وقد قيدنا بحثنا سابقاً بالإثبات القضائي، والإثبات القضائي يحتمل أن يتم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ويحتمل أن يقيد بعدد معين ينص عليه الشارع، فهل وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية مطلقة أم مقيدة؟.

اختلف الفقهاء في حصر وسائل الإثبات على قولين:

القول الأول: أن طرق الإثبات محصورة في العدد الذي ورد به نص شرعي صراحة او استنباطاً.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.

القول الثاني: أن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين بل تشمل كل ما يمكن أن يثبت به الحق ويطمئن به القاضي، ويلزم الحكم بموجبه.

ذهب إلى ذلك ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون وغيرهم.

الأدلة:

أدلة الجمهور: نص جمهور الفقهاء في جميع المذاهب الإسلامية على أن وسائل الإثبات محصورة في عدد من الطرق، والقاضي مقيد بها ولا يصح له الخروج عنها، وعلى الخصوم التقيد بها أيضاً، ولم يذكروا دليلاً على هذا الحصر والتقييد، وإنما تؤخذ أدلتهم من الاختلاف في قبول بعض الوسائل دون بعض ، وهي من الكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: النصوص من الكتاب والسنة:

قال الله تعالى: ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُم فإن لَمْ يَكُونا رَجُلينِ فَرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ﴾

سورة البقرة، الآية ٢٨٢، وقال تعالى: ﴿وأَشهِدُوا ذَوَي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ سورة الطلاق الآية ٢، وقال تعالى: ﴿ولْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بالعَدْلِ﴾سورة البقرة، الآية ٢٨٢، وقال رسول الله ﷺ: «البينةُ على المدعي، واليمين على من أنكر» كما وردت النصوص بأدلة أخرى كالقسامة عند الجميع والقيافة والقرعة وسائر القرائن عند بعض الفقهاء، وقال تعالى: ﴿كُونوا قَوّامِينَ بالقِسطِ شُهداءَ لله ولو على أَنْفُسِكم﴾ سورة النساء، الآية ١٣٥، والشهادة على النفس إقرار، والإقرار إلزام الشخص نفسه بما ادعاه، فهذه النصوص أمر في الإشهاد في المداينات والمعاملات والنكاح وغيرها، وهي تدل على طلب البينة والإقرار واليمين والكتابة عند الإثبات أمام القضاء، وكذا القرائن والقسامة، فيجب الوقوف عند هذه النصوص وعدم مجاورتها.

واعترض ابن القيم على الاستدلال بهده الآيات بأنها للحفظ والضبط، فيقول[1]:

«إن الله تعالى أمر بالشهادة في الكتاب الكريم لحفظ الحقوق وتوثيقها، وطرق الحفظ شيء، والإثبات شيء آخر، وحصر طرق الحفظ في شاهدين وشاهد وامرأتين أو غير ذلك لا يعني أن طرق الإثبات محصورة فيها دون غيرها أو مقيدة بالعدد المذكور أو الصفة المذكورة، كما أنه لا يدل على أن الحاكم لا يحكم بأقل من ذلك بدليل أن النبي ﷺ حكم بالشاهد واليمين ولم يرد لها ذكر في القرآن الكريم، وحكم بالشاهد الواحد وبالقرائن وغيرها ولم يرد لها ذكر في القرآن، مما يدل على أن ذكر طرق الحفظ في القرآن الكريم لا يوجب حصر طرق الحكم والإثبات فيها، كما حكم الرسول ﷺ بقول المرضعة وبالنكول وبرد اليمين وكلها لم تذكر في القرآن الكريم».

ويقول ابن القيم في«أعلام الموقعين»[2]: «فالطرق التي يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التي أرشد الله صاحب الحق إلى أن يحفظ حقه، ثم يقول: إن الله سبحانه وتعالى أمر بما يحفظ به الحق فلا يحتاج معه إلى يمين صاحبه وهو الكتاب والشهود، لئلا يجحد الحق أو ينسى، . . . ولا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك ما يدل على الحق لم يقبل إلا هذه الطريق التي أمره أن يحفظ حقه بها».

---

(١) الطرق الحكمية، له: ص ٦٧ باختصار.

(٢) أعلام الموقعين: جـ١ص ٩٦.

ويقول ابن القيم أيضاً:[1]: ليس في القرآن ما يقتضي أنه لا يحكم إلا بشاهدين أو بشاهد وامرأتين فإن الله سبحانه إنما أمر بذلك أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب، ولم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به، فضلاً أن يكون قد أمرهم أن لا يقضوا إلا بذلك، ولهذا يحكم الحاكم بالنكول، واليمين المردودة، والمرأة الواحدة، والنساء المنفردات لا رجل معهن، وبمعاقد القُمط[2]، ووجوه الآجر وغير ذلك من طرق الحكم التي لم تذكر في القرآن. . . : وطرق الحكم شيء وطرق حفظ الحقوق شيء آخر، وليس بينهما تلازم ، فتحفظ الحقوق بما لا يحكم به الحاكم مما يعلم صاحب الحق أنه يحفظ به حقه، ويحكم الحاكم بما لا يحفظ به صاحب الحق حقه ولا خطر على باله من نكول ورد يمين وشاهد ويمين مما أراه الله تعالى لنبيه ﷺ فقال تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيكَ الكِتَابَ بالحَقِ لتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ﴾ سورة النساء، الآية ١٠٥، وكذلك يحكم الحاكم بالقرعة والقافة والقسامة وشاهد الحال في متاع الزوجين.

ويقول أيضاً[3]: ولم يذكر(القرآن الكريم) الشاهد واليمين ولا النكول ولا الرد ولا شهادة المرأة الواحدة، ولا المرأتين ولا الأربع نسوة، وهو سبحانه لم يذكر ما يحكم به الحاكم، وإنما أرشد إلى ما يحفظ به الحق، وطرق الحكم أوسع من الطرق التي يحفظ بها الحقوق.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية[4]: القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، وإنما ذكر هذين النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. . ، كل هذا نصيحة وإرشاد لما يحفظون به حقوقهم، وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء، فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين، والشاهد والمرأتين، فيحكم بالنكول واليمين المردودة ولا ذكر لهما في القرآن. . . ويحكم بالشاهد واليمين. . . ،

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٩٦ ، ١٣٥.

(٢) أخرج ابن ماجه في سننه: أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خص بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى للذين يليهم القمط(حبل يشد به الأخصاص) ، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره فقال: أصبت وأحسنت. ونقل فؤاد عبد الباقي عن الزوائد للبوصيري وشرح ابن ماجه للسندى أن في سنده مجهول ومتروك. (سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٨٥).

(٣) الطرق الحكمية: ص ١٦١.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٧١ ، ٧٢.

ويحكم بالقرعة بكتاب الله وسنة رسوله الصريحة الصحيحة، ويحكم بالقافة في السنة. . .، ويحكم بالقسامة بالسنة الصريحة الصحيحة. . . ، ويحكم بشاهد الحال إذا تداعى الزوجان أو الصانعان. . . ، ووجوه الآجر في الحائط، وهذا كله ليس في القرآن ولا حكم به رسول الله ﷺ ولا أحداً من أصحابه.

ويجاب عليه بأن هذه النصوص من القرآن والسنة تفيد التوثيق والإثبات معاً، لأن التوثيق هو تمهيد وإعداد للدليل مقدماً، فإذا حصل التداعي قدمت هذه الأدلة الموثقة لإثبات الحق المتنازع فيه.

ويدفع الجواب بأننا لو سلمنا أنها للإثبات فليس فيها ما يدل على الحصر دون ما عداها.

ثانياً: المعقول:

احتج الجمهور على حصر طرق الإثبات بالمعقول، فقالوا : يقتضي نظام القضاء أن يكون الإثبات مقيداً بوسائل معينة تطمئن إليها النفوس وإلا تعرضت أموالهم وأرواحهم للضياع والإتلاف بين أيدي القضاة الظالمين، استناداً إلى أمارة ضعيفة وغيرها من القرائن الواهية، كما يمكن فتح الباب أمام أصحاب الدعاوى الباطلة الذين يتلاعبون بالحقوق، وينصبون على أموال الناس(١).

فالوسائل محددة ومحصورة ولا يجوز القياس عليها، وإن اختلفوا في تحديد عددها(٢)

---

(١) طرق الإثبات الشرعية، أحمد ابراهيم: ص ٩.

(٢) اتفق الفقهاء على ثلاث وسائل وهي اليمين والشهادة والإقرار، ثم اختلفوا فيما وراء ذلك وتضاربت أقوالهم في حصرها وضبطها ، فاقتصر فريق على الطرق الثلاث السابقة وعدّ بعضهم النكول بدل اليمين، وقال آخرون : إنها خمس وقال فريق إنها ست أو سبع أو بضع عشرة طريقاً أو أكثر من ذلك.

وهذه الأنواع الفرعية بعضها متفق عليه، وأكثرها مُختلف فيه، وانفرد كل مذهب بطرق خاصة فقال الشافعية بالقيافة والشاهد واليمين، وقال الحنفية بالنكول وشهادة المرأة الواحدة، وقال الحنابلة بالنكول وشهادة المرأة الواحدة، وشهادة الرجل الواحد، وشهادة ثلاثة رجال، وقال المالكية بشهادة الصبيان في الجراح، وشهادة المرأتين في شؤون النساء، وشهادة المرأتين مع اليمين في الأموال.

ولنستعرض بعض نصوصهم وأقوالهم:

قال ابن عابدين: والحجة هي إما البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به﴿انظر: رد المحتار، له: ٥ص ٣٥٤).

وقال ايضاً: فبلغت طرق القضاء ثلا ثابينة وإقرار ونكول، وعدّها في الأشباه سبعابينة وإقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح والسابع قرينة قاطعة، كأن ظهر من دار خالية إنسان خائف بسكين متلوث بدم فدخلوا فوراً فرأوا مذبوحاً لحينه، أخذ به، إذ لا يمتري أحد أنه قاتله(انظر : رد المحتار: ٥ ص ٥٥٠، والأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٨). =

أدلة القول الثاني:

استدل ابن القيم وابن تيمية وابن فرحون على مذهبهم بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والمعقول.

فمن الكتاب: قوله تعالى﴿يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا إنْ جَاءكُمْ فَاسِقٌ بنبأ فتبينوا﴾ سورة الحجرات ، الآية: ٦.

وجه الدلالة:

أن الله تعالى أمر بالتبين والتثبت في شهادة الفاسق، ولم يأمر برد شهادته، ولا ببطلان أقواله، فإذا كان قوله صحيحاً، وشهادته سليمة فيجب قبولها والقضاء بها، وإذا قبلنا شهادة الفاسق بعد التثبت والتبيين إذا قامت شواهد الصدق على خبره فشهادة غير الفاسق أولى بالقبول، لأن قصد الشريعة أن لا ترد حقاً ولا تكذب دليلاً، ولا تبطل أمارة صحيحة توصل إلى الغاية المقصودة من القضاء، ويقبل كل وسيلة للإثبات ولو لم ينص عليها شارع[1].

واعترض عليه بأن الآية الكريمة أمرت بالتثبت وهو إعراض عن خبر الفاسق للسؤ ال عن عدالته وصدقه، ويدل على ذلك سبب نزول الآية وهو أن النبي ﷺ بعث الوليد بن عقبة بن أبي معيط مصدِّقاً إلى بنى المصطلق، فلما أبصروه أقبلوا نحوه، فهَابَهُم، فرجع إلى النبي(ﷺ) فأخبره أنهم ارتدوا عن الإسلام فبعث نبي الله ﷺ خالد بن الوليد وأمره ان يتثبت ولا

= قال القرافي: والحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة، الشاهدان، والشاهد ان واليمين، والأربعة، والشاهد واليمين، والمرأتان واليمين، والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يميناً في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه، والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان وشواهدها، واليد، فهذه الحجاج التي يقضي بها الحاكم وما عداها لا يقضي به عندنا وفيها شبهات واختلاف بين العلماء،(انظر: الفروق، له: ٤ ص ٨٣، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٦)، وقال ابن رشد: والقضاء يكون بأربع بالشهادة واليمين وبالنكول وبالإقرار بما تركب من هذه(بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠١)، وانظر: الأبواب والفصول: ق ١٥٣ ب.

وقال ابن جزيء: وإنما يحكم بحجة ظاهرة وهي سبعة أشياء وما يتركب منها وهي اعتراف أو شهادة أو يمين أو نكول أو حوز في دعوى الملك أو لوث مع القسامة في الدماء، أو معرفة العفاص والوكاء في اللقطة، ولا يقضي بعلمه(القوانين الفقهية: ص ٢٩٤).

وقال محمد جواد مغنية: والطرق التي يمكن الاعتماد عليها للإثبات في مقام النزاع والتخاصم هي: الإقرار والكتابة والقرائن والبينة واليد والعرف والاستفاضة والعلم واليمن(أصول الإثبات الجعفري: ص ٣٠) وانظر: المختصر النافع: ص ٢٨١.

(١) الطرق الحكمية: ص ٢٤.

يعجل، . . . فالاستدلال في غير محل النزاع، يقول القرطبي وسُميّ الوليد فاسقاً أي كاذباً لـ قال ابن زيد ومقاتل وسهل بن عبد الله: الفاسق: الكذاب، وعرفه الماوردى فقال: هو في الشرع حقيقة فيمن كان مسخوط الدين والطريقة لخروجه عن الاعتدال، فلا يقبل خبر الفاسق الكاذب، ولا يصح الاستدلال بالآية، وقال القرطبي: ومن ثبت فسقه بطل قوله في الأخبار إجماعاً، وقال أيضاً: في الآية دليل على قبول خبر الواحد إذا كان عدلاً . . . وقد استثنى الإجماع من جملة ذلك ما يتعلق بالدعوى والجحود وإثبات حق مقصود على الغير[1].

السنة:

روى البخاري ومسلم وأصحاب السنن أن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعي»[2] وقال للمدعي: «بينتك أو يمينه»[3].

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ طلب البينة في إثبات الحقوق والدعاوى، فعلى المدعي أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا صدقه بطريق من الطرق حكم له، والبينة في اللغة والشرع اسم لما يبين الحق ويظهره وهي تارة تكون بشهود أربعة أو ثلاثة أو اثنين أو بشاهد واحد أو امرأة واحدة أو نكول أو يمين أو خمسين يمينا أو أربعة أيمان أو شاهد الحال، ولفظ بينة مطلق يشمل جميع البينات ولم يقيد بنوع دون آخر[4].

واستأجر رسول الله ﷺ في سفر الهجرة دليلاً مشركا على دين قومه، وقد أمنه رسول الله ﷺ ودفع إليه راحلته، وقبل أخباره، وأرشده على الطريق الموصل إلى المدينة، وحكم رسول الله ﷺ بقول شاهد واحد في قصة أبي قتادة، وحكم بشهادة خزيمة، وقضى بقول المرأة المرضعة، وقضى رسول الله ﷺ بموجب اللوث، وجعل معرفة العفاص والوكاء قائما مقام البينة، وحكم بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب، واعتمد على الأثر في السيف في قصة ابني عفراء لما تَدَاعيا قتل أبي جهل، وكذلك في قصة قتل ابن أبي الحقيق، وحكم عمر رضي

---

(١) أحكام القرآن، القرطبي: ١٦ ص ٣١٢، الحاوي، للماوردى: ١٣ ق ١ب، وانظر: تفسير ابن كثير: ٤ ص ٢٠٩، الحاوي: ١٢ ق ٥٨أ، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٥، المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٤٢٩، تفسير الطبري: ٢٦ ص ١٢٣، الكشاف: ٣ ص ٥٥٩.

(٢) متفق عليه، المحرر في الحديث، ابن قدامة: ص ٢٠٢، عقود الجواهر المنيفة: ٢ ص ٥٨، وقد سبق تخريجه في صفحة ٣٤.

(٣) متفق عليه، المحرر في الحديث: ص ٢٠٢، وسبق تخريجه في صفحة ٣٢٢.

(٤) الطرق الحكمية: ص ٢٤، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٢، أعلام الموقعين: ١ ص ٩٠.

الله عنه برجم المرأة إذا ظهر بها حمل وليس لها زوج وجعل ذلك يقوم مقام البينة في أنها زانية وكذلك إذا قاء الخمر[1].

فلا يجوز لحاكم ولا وال رد الحق بعد ما تبين وظهرت أمارته بقول أحد الناس مهما كان ولو كافرا.

وهذه الأدلة، وان اختلف الفقهاء فيها، وكثر الكلام والجدل والخلاف حولها كما سبق، ولكنها تدل في مجموعها على عدم حصر طرق الإثبات في عدد معين لا نحيد عنه، لأن القصد ظهور الحق وبيانه إذا دلت الأمارات والقرائن وظواهر الحال على ثبوت الواقعة أو اقترنت هذه الأمارات والقرائن مع الشاهد فيقبل.

المعقول:

يقول ابن القيم[2]: إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به السماوات والأرض، فإذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه.

والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق: أن **مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط**، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، ليست مخالفة له.

ويقول أيضا[3]: والمقصود أن الشريعة لا ترد حقا ولا تكذب دليلا، ولا تبطل أمارة صحيحة، وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبيين في خبر الفاسق، ولم يأمر برده جملة، . . ثم يقول: فلا يجوز لحاكم ولا وال رد الحق بعد ما تبين، وظهرت أماراته بقول أحد من الناس. فإن طرق الاثبات معللة بظهور الحق، ويقاس عليها كل ما يستجد أو يحدث أمام القضاء.

الرأي المختار:

يظهر مما سبق أن الجمهور لا حجة لهم من القرآن الكريم، ولا دليل لهم من السنة الصحيحة على حصر طرق الإثبات، فالرسول الكريم لم يقتصر في أقواله وفي قضائه وحكمه على

---

(١) الطرق الحكمية: ص ٢٤، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٣.

(٢) الطرق الحكمية: ص ١٤.

(٣) الطرق الحكمية: ص ٢٤، وانظر أعلام الموقعين: ١ ص ٩٦ - ٩٧.

الوسائل التي وردت في القرآن الكريم وذلك باتفاق المذاهب، كما أن الوسائل والطرق التى سلكها الرسول ﷺ لا دليل فيها على الحصر بعدد معين لا يجوز الخروج عنه، ولذلك نجد الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والأئمة المجتهدين قبلوا عدة طرق، واستخدموا عدة وسائل في القضاء والإثبات ولم يرد فيها حديث، مما يؤكد أيضا أن طرق الإثبات ليست محدودة العدد، ولكن من الجدير بالذكر أن الدليل العقلي الذي أورده الجمهور له مكانته الكبرى، ويتفق مع مقاصد الشرعية الغراء، ويسير مع قواعدها العامة، وأدلتها الواضحة، فيجب أن يعلم الخصوم والقاضي بطرق الإثبات العامة، ويجب ألا يترك الحبل على غاربه دون قيد ولا شرط في طرق الإثبات وشروطها، ولا يجوز ترك الباب مفتوحا لدعاة السوء وقضاة الجور وغير ذلك، فيجب بيان هذه الطرق وتحديدها تحديدا عاما، مع التزام الشروط والقيود التي ورد بها نص صحيح، سدا للذرائع وتحقيقا للمصالح.

وإذا كنا نسلم لابن القيم مناقشته للجمهور في الاستدلال بالآيات، وأن ماورد في القرآن الكريم عبارة عن قصد التوثيق والحفظ، وأن حفظ الحقوق شيء وإثباتها أمام القاضي شيء آخر، وإن الله تعالى أمر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين فلا يعني ذلك أن الله تعالى يحدد الإثبات أمام القاضي بهما، ويمنع كل حجة أخرى، فالقرآن الكريم لم يحصر طرق الإثبات بعدد، ولم يحددها بأدلة معينة لاتفاق الجميع على قبول غيرها مما ثبت بالسنة أو استنبطه الأئمة بالاجتهاد، ولكن لا نسلم لابن القيم إطلاقه في قبول أي دليل يقدم، أو الاقتناع بأية أمارة تظهر، أو التحرر من القيود والشروط والصفات التي وردت بها النصوص كالعدد في الشهادة والعدالة في الشهود، والذكورة في بعض الحالات، لأنها تعارض النصوص الثابتة فلا يقبل الشاهد الواحد في الإثبات لمعارضته الآيات الكريمة التي اطردت على ذكر النصاب في الشهادة فقال تعالى ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ . . . فَرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ﴾﴿وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ﴾وقد بين الرسول الكريم نصاب الشهادة في القضاء، وأنه نفس نصاب الحفظ والتوثيق فكانت السنة مبينة لشرط العدد في الإثبات والحفظ معا، قال رسول الله ﷺ للمدعي: «شاهداك أو يمينه»[1] والواقعة هنا ليست للتوثيق والحفظ بل هي في الإثبات والحكم، وقال أغلب الفقهاء والمحدثون؛ إن قبول شهادة خزيمة في إنكار الأعرابي بيع الدابة، كانت خصوصية وأن الأصل في الشهادة اثنان، صرح بعضهم أن شهادته مقام شهادتين.

وإذا جاز قبول الشاهد الواحد فلا تبقى لخزيمة خصوصية في ذلك وكانت شهادته في إثبات الواقعة وليس في حفظها، وهكذا سار الصحابة الكرام في طلب الشاهدين للحكم، وما

(١) حديث متفق عليه، المحرر في الحديث: ٢٠٢ وسبق تخريجه في صفحة: ٣٢٥.

ثبت من أحاديث القضاء بشاهد واحد فليس ذلك قضاء بشهادته، وإنما بقرائن الأحوال التي أحاطت بالشهادة أو بالأمارات التي أظهرت الواقعة وجعلت الحاكم يقنع بالشاهد والقرائن المحيطة به، ولذلك قال أبو داود بقبول شهادة الشاهد الواحد إذا علم صدقه، وعلى هذا الاساس تخرج قصة أبي قتادة في السلب وغيرها من الحالات، ويمكن حمل شهادة خزيمة على هذا الأساس أيضا، مع أن الراجح اعتبارها خصوصية له[1].

ويجب اشتراط العدالة كذلك وعدم إهمالها، وقال الجمهور إنها من حق الله تعالى فلا تقبل شهادة الفاسق، ولا يجوز الاتفاق بين الخصوم على قبول شهادة الفاسق، ولا يقبل الحاكم شهادته ولو شهد بالحق، كما سنرى ذلك في المبحث الثالث من هذا الفصل. ويظهر أن الخلاف بين الجمهور وبين ابن تيمية وابن القيم في حصر طرق الاثبات في عدد معين وعدم حصره خلاف لفظي، فلو نظر الجمهور بما نظر إليه ابن تيمية وابن القيم لما قالوا بالحصر، ولو نظر ابن تيمية وابن القيم إلى ما نظر إليه الجمهور لقالا بالحصر، لأن الجمهور لا يمنعون أية وسيلة يثبت بها الحق ويتأكد منها القاضي وتلزمه الحكم بها، لأن كل ما يظهر من الوسائل غير المذكورة فيما قرره الفقهاء وكانت تثبت الحق وتظهره، وتوجب على القاضي الحكم بها فلا خلاف باعتبارها وسيلة شرعية في الإثبات، غير أن ابن القيم يعتبرها وسيلة جديدة مستقلة، والجمهور يعتبرونها داخلة تحت ما ذكر من الوسائل والقواعد الكلية لطرق الإثبات، وخصوصا القرائن التي يدخل تحتها القيافة والعيافة والفراسة.

ولذلك لا بد من الجمع بين الرأيين بما يلي:

١ ـ لا يمكن حصر طرق الاثبات بالإقرار واليمين والشهادة، بحجة ورود النص القرآني بها دون غيرها، ولا نقتصر عليها لوجود نصوص أخرى وأدلة عملية من حياة الرسول الكريم على قبول القرائن والأمارات والكتابة والمعاينة، ويظهر أن القرآن الكريم والسنة الشريفة لم تقصرا إثبات الحق على طريق واحد، وأمر معين فإذا لم يأت به المدعي ضاع حقه وخسر

---

(١) قال محمد مرتضى الحسيني: بيان أن الخبر الدال على أن الحاكم إذا علم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به فروى الامام أبو حنيفة.. عن خزيمة بن ثابت.. قال فجعل رسول الله ﷺ شهادته شهادة رجلين، وفي رواية أخرى: بلفظ فجعل شهادة خزيمة شهادة رجلين.. وأخرجه أبو داود وابن خزيمة في صحيحه والنسائي، وفي مسند أحمد... فجعل النبي ﷺ شهادة خزيمة شهادة رجلين، ورواه الدارقطني وعبد الرزاق وأبو بكر بن أبي شيبة وأبو يعلى في مسنده وأبو نعيم وابن عساكر في التاريخ، وعند البخاري من حديث زيد بن ثابت قال فوجدتها (يعني الآيتين لقد جاءكم رسول) مع خزيمة الذي جعل النبي ﷺ شهادته بشهادتين، وفي لفظ عن زيد وكان خزيمة يدعي ذا الشهادتين، ولأبي يعلى عن أنس افتخر الحيان الأوس الخزرج فقالت الأوس: ومنا من جعل النبي ﷺ شهادته شهادة رجلين،... فلم يكن في الإسلام من تجوز شهادته بشهادة رجلين غير خزيمة (انظر: عقود الجواهر المنيفة في أدلة أبي جنيفة: ٢ ص ٥٣ ـ ٥٦).

دعواه، وإلاّ أدى ذلك إلى التضييق على الناس في القضاء، والحجر على حرية القاضي واهدار الدعاوي التي لم يتح لها الإثبات بالطرق المعينة مع أنه من المسلم به أنه لا حرج في الشرع، قال تعالى: ﴿وما جَعَلَ عَلَيْكُمْ في الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ وأن الشريعة تحقق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

٢ ـ لا يمكن أن تبقى طرق الإثبات مطلقة وغير محصورة، وتتبع هوى الخصوم وحرية القاضي، لما يؤدي ذلك من الفوضى، ويفتح مجال التلاعب والتزوير، وضياع أوقات القضاء، واستمرار المشاحنات وإتاحة الفرصة لقضاة الظلم والجور بادعاء الإثبات وتأسيسه على الخيال والشكوك والأمارات الواهية، ولو ترك كل مدع يقيم دليله باجتهاده لعم الاضطراب وطال النزاع، فعنيت الشرائع بتنظيم طرق إثبات الحقوق وحصرها في دائرة معينة لا يتعداها القاضي.

لذلك يجب بيان الضوابط والحدود والأنواع التي تقبل مع بيان قيمة كل منها، وكيفية تقديمه، والاستفادة منه، لسد الذرائع، ولإعلام أصحاب الحقوق عن الطريق التي يحفظون بها حقوقهم أولا، وطرق الإثبات أمام القضاء عند التنازع ثانيا، امتثالا لقول الله تعالى: ﴿وما كُنّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾، سورة الاسراء، الآية ١٥.

وتحديد طرق الإثبات تجعل أصحاب الحق على بينة ومعرفة واطلاع فيما يجب عليهم القيام به، وبما يلزمهم التمسك فيه أو إحضاره عند نشوء الحق ضمانا من الجحود والإنكار.

تحديد طرق الاثبات:

وبناء على ما سبق يمكن حصر طرق الإثبات بالأصناف التالية، وكل صنف يتضمن عدة وسائل، كما قد تتركب وسيلة من صنفين فتلحق بأحدهما كالشاهد واليمين، والقسامة وغيرها.

١ ـ **الشهادة**: وهي على مراتب وأنواع: شهادة أربعة رجال، شهادة رجلين، شهادة رجل وامرأتين وهذه متفق عليها، واختلف في أنواع أخرى وهي شهادة الرجل واليمين، شهادة المرأتين واليمين، شهادة المرأة الواحدة، شهادة المرأتين فقط شهادة الرجل الواحد.

٢ ـ الإقرار، ويشمل: الإقرار الصريح، الإقرار الضمني، الإقرار باللفظ، الإقرار بالكتابة، الإقرار بالإشارة.

٣ ـ اليمين، وفيه أنواع: يمين المدعى عليه واليمين المردودة، واليمين المؤكدة أو المتممة أو الاستظهار، والقسامة وأيمان اللعان.

٤ ـ الكتابة وفيها فروع منها: خط المورث، خط الشاهد، كتاب القاضي إلى القاضي، سجلات القضاء ، دواوين الدولة، الصك أو الحجة وغير ذلك.

٥ ـ القرائن: ويندرج تحتها أنواع كثيرة منها: القيافة، والفراسة، واللوث في القسامة، ودلالة الحال أو ظاهر الحال، والصلاحية ، والعرف والعادة.

٦ - المعاينة والخبرة: وتشمل معاينة القاضي أو نائبه أو خليفته، وخبرة المختصين في كل علم أو فرع من فروع الحياة ويدخل فيها شهادة الطبيب، والبيطار، والمقوم للمتلفات، والخارص، وشهادة القابلة، ورؤية الهلال وغيرها مما يحتاج إلى مزيد علم ومعرفة وخبرة وتجربة في ناحية من نواحي الحياة والعلم بحيث لا يستطيع القاضي أو الإنسان العادي معرفتها بمجرد معلوماته العامة.

٧ ـ علم القاضي.

أساس الاختلاف وضابط الحصر:

ومرجع الخلاف هو، كما يقول الشوكاني،[1] أن نقرر هل طرق الاثبات التي وردت في القرآن الكريم أحكام تعبدية[2] لا مجال للعقل فيها، وقد تعبدنا الله بها ولا يسوغ للحاكم إلا القضاء بها، والوقوف عندها والتقيد بها، ولا يقبل غيرها من الوسائل ولو كانت صحيحة وقوية وتؤدي إلى العلم الموجب للحكم، أم أنها غير مقصودة بالذات بل لحصول العلم أو الظن الراجح بها أمام الحاكم، وأن القصد هو إحقاق الحق، وفصل الخصومة والوصول إلى العلم بالواقعة الحقيقية، وأن ما ورد في القرآن الكريم من الشهادة والإقرار واليمين مجرد أسباب للحكم، فاذا توفرت في غيرها هذه الغاية كانت سببا للحكم وصح القضاء بها، وبالأولى اذا توفر العلم اليقيني أو القاطع كالحكم بعلم القاضي والتواتر.

والظاهر أن أحكام القضاء وطرق الإثبات ليست أحكاما تعبدية، ولكنها قابلة للتعليل، وأن العلة فيها إظهار الحق وإثباته، وأنها خاضعة للاجتهاد، وبناء على ذلك تكون وسائل الإثبات غير محصورة في عدد معين وطرق خاصة بل تكون مطلقة وغير محددة، وكل وسيلة

---

(١) نيل الأوطار : له: ٨ ص ٣٠٠.

(٢) الأحكام التعبدية هي الأحكام التي لا مجال للعقل فيها، ولا يبحث عن عللها، وغرضها تقريب العبد من ربه، وجعله يشعر بسلطانه وحده ، فهذه الأحكام لا تعلل ولا يجري فيها القياس، لعدم ادراك علتها، والنصوص المعللة هي التي تتوفر فيها أوصاف وأسباب يتعرف عليها المجتهد، ويقيس عليها إذا توفرت العلة في غيرها. (انظر: مباحث التعليل، للدكتور حمد الكبيسي ص ١٤ ـ ١٥ وهي رسالة دكتوراه في كلية الشريعة والقانون، ١٩٦٩).

تظهر الحق وتكشف عن الواقع يصح الاعتماد عليها في الحكم، والقضاء بموجبها، وإذا حددت وسائل الإثبات في قواعد عامة، وصنفت في ضوابط كلية فإنما يقصد منه التنظيم وسد الذرائع في الحدود التي خولّها الشارع لولى الأمر، يتصرف فيها بما يراه مناسبا للمصلحة العامة[1].

وقد أخذت المحاكم الشرعية برأى جمهور الفقهاء في تحديد طرق الإثبات المعمول بها أمامها، ونصت (المادة ١٢٣) من لائحة المحاكم الشرعية على أن الأدلة الشرعية هي ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة[2].

طرق الاثبات في القانون:

الأصل في الاثبات الاباحة فيحق للمدعي أن يثبت دعواه بجميع الطرق، ويحق للقاضي أن يكوّن قناعته من أي دليل أو أمارة أو اجراء يقدم إليه أو يطلع عليه بنفسه[3]، ثم اقتضت الضرورة تقييد الوسائل بعدد من الطرق وبيان حدود كل طريقة وأثرها على القاضي، ثم حاولوا

---

(١) طريقة القرآن الكريم في عرض الأحكام الشرعية: سلك القرآن الكريم طريقتين في بيان الأحكام الشرعية وهما:

الطريقة الأولى: تفصيلها جزئية في المسائل الثابتة التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، ولا مجال للرأي فيها ولا تخضع للاجتهاد، ويريد الشارع الحافظ عليها، والسير على منوالها وعدم المساس بها، وذلك مثل العقائد والعبادات والحدود وأحكام الزواج والطلاق والمواريث.

الطريقة الثانية: طريقة كلية عامة، ينص الشارع فيها على المبادىء العامة، والقواعد الشاملة، والضوابط الرئيسية، ويترك تفصيلها للاجتهاد والاستنباط بما يتفق مع حسن التطبيق، ويتغير بتغير الزمان والمكان، وذلك مثل أحكام المعاملات ونظام الحكم وأسلوب الإدارة والسياسة الشرعية التي وضع الشارع فيها الأسس التي تقوم عليها، وأناط بالأئمة والمجتهدين أمر التفصيل والتطبيق، قال الله تعالى: ﴿ولو ردوه الى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾ سورة النساء الآية ٨٣.

كما نلاحظ أن الشارع الحكيم لم يتعرض نهائيا لنوع من الأحكام وهي أحكام المراسم والإجراءات التي ترسم وتبين الطريق التي يجب سلوكها في سبيل تطبيق الأحكام الشرعية، وترشد إلى الأشكال التي يجب أن يصدر العمل على وفقها وتسمى اليوم القوانين الشكلية، وهذه القوانين تتصل بسياسة التشريع، وتنظيم تطبيقه، أكثر مماتتصل بالمبادىء العامة والقواعد الشرعية، ولا يمنع الشرع من سن مثل هذه القوانين لأنها تدخل في نطاق سلطة ولي الأمر الذي يتصرف بما يراه الأصلح والأضبط لمصالح العباد، ويراعي فيها ما يتناسب مع كل عصر ومع كل مكان، ويمكن تغييرها وتبديلها، بما يحقق الهدف منها، ويؤمن تطبيق الشريعة، ويكفل تحسين النظام مثل توثيق العقود، وتنظيم القضاء، وإجراءات الدعوى، وتسجيل الأحكام، وطرق تنفيذها، وغير ذلك مما يحقق العدالة، ويؤمن النظام، ويرفع الحرج على المحكومين (انظر: المدخل الفقهي العام: ١ ص ١٨٠).

(٢) من طرف الإثبات، الدكتور أحمد البهي: ص ١٣.

(٣) نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ١٦، طرق الإثبات الشرعية، أحمد ابراهيم: ص ١٠.

الجمع بين الطريقين فنشأ في القانون ثلاثة مذاهب في الإثبات.

مذهب الإثبات المطلق أو الحر:

وهو الذي يقبل أي دليل لإثبات أي حق ، فمن ادعى حقا قبل آخر يمكنه أن يثبت دعواه بأي طريق شاء، وله أن يسلك جميع الوسائل في تقديم البرهان على استحقاقه، وتكوين قناعة القاضي ، كما يحق للقاضي أن يكوّن عقيدته من جميع السبل، وأن يباشر جميع الاجراءات في الوصول إلى الحق، وأن يباشر الإثبات بنفسه، وأن يستنبط الأمارات والقرائن من جميع الأدلة المقدمة اليه والوقائع المعروضة عليه، أو الحوادث التي تقدمت أمامه، والقضايا التي نظر بها، ويكون للقاضي دور إيجابي في الدعوى والتحقيق والإثبات.

وميزة هذا المذهب أنه يتيح أكبر فرصة ممكنة للوصول إلى الحقيقة الواقعية، ويسهل على الخصوم إثبات دعواهم ، ويتيح المجال للقاضي لتطبيق العدالة.

وعيبه أنه يطلق يد الخصوم في محاولة الإثبات بمختلف الأدلة القوية والضعيفة، ويؤدي إلى تضارب الأدلة ، وتهاتر الأقوال والبينات، كما يعرض الحق الى الضياع، والقضاء الى الجور والبطلان، لثقته المطلقة بالقاضي في النزاهة وصحة الاستدلال، مع أنه بشر يحتمل منه الميل والأغراض الخاصة والخطأ في الاستنتاج والاستنباط، والسماح له بالقضاء بعلمه الشخصي، كما يؤدي إلى الاختلاف في التأويل والتقدير من قاضٍ إلى آخر، وإلى التناقض والتضارب من قضية إلى أخرى، بخلاف ما يهدف إليه القضاء من استقرار التعامل.

وقد أخذت جميع الشرائع القديمة بهذا المذهب أثناء تطورها، ولا يزال مطبقا في القانون الألماني والسويسري والانجليزي والاميركي، وفي القوانين الجنائية في جميع البلاد تقريباً[1].

٢ ـ مذهب الإثبات المقيد أو القانوني وهو أن ينص القانون على عدد معين من الأدلة لا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه إلا بها، كما يحدد قوة كل دليل وحجيته، ومدى الاقتناع به، ويلزم القاضي بذلك، كما يعين المجال الذي يقبل به كل دليل.

وميزة هذا المذهب أنه يجعل المتقاضين والقضاة على بينة من الأمر فيعلمون مسبقا

---

(١) الوسيط السنهوري: ٢ ص ٢٨، رسالة الأثبات، نشأت: ٢ ص ١٦، نظام الإثبات، جميعي: ص ٨٢، الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٧ ، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ١٧، موجز أصول الاثبات، مرقس: ص ٢ ، أصول المحاكمات، أنطاكي: ص ٤٥٤.

البينات التي يجوز لهم الاعتماد عليها، ويمنع التخبط والتضارب والتهاتر في بينات الخصوم، ويقضي على التناقض في التأويل، ويقلل من الاختلاف في الأحكام، ويكفل ثبات التعامل، ويضمن عثار القضاة من الخطأ في الاستدلال، ويحد من الأغراض الخاصة، والمقاصد السيئة، والجور الخفي، كما يحقق الثقة والطمأنينة في النفوس.

وعيب هذا المذهب أنه يبعد الشقة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، ويقيد سبيل الخصوم في الإثبات، لاحتمال عدم توفر الأدلة المنصوص عليها، وتضيع الحقوق البسيطة التي يندر توثيقها وإثباتها أو التقيد بها بدليل معين، ويجعل وظيفة القاضي آلية[1].

٣ - المذهب المختلط:

وهو محاولة للجمع بين المذهبين السابقين للحصول على أكبر قدر ممكن من ميزاتهما، واجتناب العيوب فيهما ما أمكن، فينص القانون على عدد معين من الأدلة، ويترك للقاضي حرية التقرير والاقتناع، ويسمح له بدور ايجابي في إجراءات الأدلة والوصول إلى الحقيقة، ويضع عليه المراقبة في الاستدلال والتسبب وغير ذلك عن طريق محكمة النقض، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فيمكن الجمع بين المذهبين السابقين بأن يخصص كل مذهب في مجال، فيعمل بالإثبات المقيد في النطاق المدني، ومذهب الإثبات المطلق في المجال الجنائي بإطلاق، والمسائل التجارية إلى حد كبير.

وميزته أنه ييسر إثبات الحقوق البسيطة، ويؤمن توثيق الحقوق المهمة، ويستعين بخبرة القاضي وتقديره، ولا يطلق يديه فيها، فيرقبه في أهواء النفس ووسوسة الشيطان ويبعده عن الجور، ويجمع بين حياد القاضي، ومبدأ حصر الأدلة وترتيبها.

وأخذ بهذا المذهب الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والايطالي والبلجيكي وتبعها المصري والسوري واللبناني والعراقي، مع تفاوت بين الأنظمة شدة وضيقا، وتفاوت في النظام القانوني في زيادة القيود ونقصها، من مجال إلى آخر، فتبلغ القيود أعلى نسبتها في المدني، وتنخفض في الجنائي، وتتوسط في المواد التجارية، وفي القانون المدني يحدد القانون القوة الثبوتية لبعض الأدلة كالأسناد والإقرار واليمين، ويضع بعض القيود على بعضها الآخر كالشهادة

---

(١) الوسيط: ٢ ص ٢٩؛ رسالة الأثبات: ١ ص ١٦، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ١٧، نظام الإثبات، جميعي: ص ٣ ٨، أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٤٥٥، الإثبات، الصدة ص ٨، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٣.

والقرائن[1].

ولا تنكر الفائدة من تعيين طرق الاثبات، والأهمية من تحديدها، لأن القانون يجعل الطرق التي يلتجيء إليها الأفراد لإثبات حقوقهم ودعواهم معروفة ومعلومة[2].

وينص قانون الاثبات المصري الجديد على الأدلة التالية وهي:

١ ـ الكتابة (المادة ١٠)، ٢ ـ شهادة الشهود (المادة ٦٠)، ٣ ـ القرائن (المادة ٩٩)، ٤ ـ الاقرار أو استجواب الخصم (المادة ١٠٥)، ٥ ـ اليمين (المادة ١١٤)، ٦ ـ المعاينة (المادة ١٣١)، ٧ ـ الخبرة (المادة ١٣٥).

وتعتبر هذه الأدلة منصوص عليها على سبيل الحصر ولا يجوز الإثبات بغيرها.

وعددت (المادة الأولى) من قانون البينات السوري طرق الإثبات بقولها: تقسم البينات إلى: ١ ـ الأدلة الكتابية ٢ ـ الشهادة ـ ٣ ـ القرائن ـ ٤ ـ الإقرار، ٥ ـ اليمين، ٦ المعاينة والخبرة.

وطرق الإثبات عند اليهود كما جاءت في القوانين العبرية هي الإقرار والشهادة والخط واليمين والقرائن[3].

مقارنة:

يظهر من استعراض آراء الفقهاء في عدد طرق الاثبات ومذاهب القانون في الإثبات يظهر التشابه بين المذهب المطلق أو الحر قي القانون مع رأي ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون في ذلك وهو رأي القانونيين اليوم في المجال الجنائي.

كما يظهر التشابه بين المذهب المقيد أو القانوني من جهة ورأي جمهور الفقهاء في تقييد الطرق، وتحديد قيمتها مع فارق جوهري وهو أن الطرق الشرعية ليست محصورة في النصوص، وأن القاضي يتمتع بحرية في الاقتناع بالدليل، وهو يحقق في صحة الدليل، وهذا ما سنعرضه في المبحث القادم، لأنه يظهر أن طرق الإثبات في الفقه الاسلامي والقانون

---

(١) الوسيط: ٢ ص٢٩، موجز أصول الإثبات: مرقس: ص ٤، رسالة الأثبات، نشأت: ١ ص ١٧، أصول المحاكمات: ص ٤٥٥، الإثبات، الصدة: ص ٩، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ١٨.

(٢) الوسيط: ٢ ص ٨٩، ٩٣، نظرية الإثبات، المؤمن: ص ٦٩.

(٣) المقارنات والمقابلات، صبري: ص ١٨٤، ١٩٢، المادة ٢٤٤ من القانون اليهودي.

الوضعي ذات أثر مباشر على وظيفة القاضي ، وهذا يقتضي أن نبين دور القاضي في الإثبات ومركزه أمام الخصوم وموقفه من إجراءات الدعوى أولا ومن الأدلة المعروضة عليه ثانيا.

وتظهر المرونة والعمومية في التشريع الاسلامي، وذلك فإن الوسائل العلمية الحديثة التي تؤكد إثبات الوقائع والحقوق لا تمانع فيها الشريعة الغراء بشرطين:

الأول : أن يكون ثابتة علميا: بحيث يجزم العلماء وأهل الخبرةوالمعرفة بفائدته.

الثاني: ألا يَناقض دليلا شرعيا.

وبذلك تخرج الوسائل الحديثة على الأصول الشرعية، وتدمج في الفقه الاسلامي، شأنها شأن كل جديد وحادث، يجب على الفقهاء والمجتهدين بيان حكم الشريعة فيه، وهذا ما كان يقوم علماء هذه الأمة منذ القديم حتى اليوم.

* * *

المبحث الثاني
في
دور القاضي في الإثبات

القاضي في الشريعة الإسلامية نائب عن الخليفة في إنهاء النزاع، وقطع الخلاف وذلك بتطبيق الأحكام الشرعية، وتنفيذها على الخصوم، والقاضي ممثل الأمة في إحقاق الحق، وإيصاله إلى أصحابه وهو القصد الأكبر من القضاء[1]، قال رسول الله ﷺ: «إن الناس إذا رأوا الظالم ولم يَأخذوا على يديه أوشك أن يَعُمَهم الله بعقاب من عنده[2]، وقال ﷺ: «إنّ الله لا يقدس أمة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه»وفي رواية «كيف تقَدّس أمة لا يؤخذ لضعيفهم من شديدهم»[3].

والقاضي لا يعلم بالحادثة التي يريد الحكم فيها علماً يقينياً إلا بأحد أمرين مشاهدته للحادثة بنفسه، أو إخبار جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب، والواقع أن القاضي لا يطلع على الوقائع إلا نادراً، ولا يتوفر الخبر المتواتر إلا قليلاً جداً، والاختصار عليهما فيه تعطيل لمصالح الناس، ويصبح القاضي أمام اتجاهين:

الأول: الاختصار على الدليل القطعي في الحالتين السابقتين لتحقيق العدل المطلق، ولكنه يؤدي إلى إهمال النظر فيما عداهما، ويترتب عليه ضياع حقوق الناس، واضطراب

---

(١) إحكام الأحكام، ابن دقيق العيد: ٢ ص ٢٢٥، الرسالة ٣٧، ابن نجيم، الحكم بلا تقدم دعوى وخصومة: ق ٧٧ ب.

(٢) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد (انظر: سنن أبي داود: ٢ ص ٤٣٦ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ ص ٣٨٩، سنن ابن ماجه: ٢ ص ١٣٢٧، مسند أحمد: ١ ص ٢، ١٦٨ تحقيق أحمد شاكر) وانظر هذا المعنى في تفسير الآية الكريمة« واتقُوا فِتْنَة لا تُصِيبَنَّ الذينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصة» سورة الأنفال ٢٥، تفسير ابن كثير: ٢ ص ٢٩٩، أحكام القرآن، القرطبي: ٧ ص ٢٩٢، تفسير الطبري: ٩ ص ٢١٨.

(٣) رواه ابن خزيمه وابن ماجه وابن حبان والبيهقي والحاكم والبزار قال البيهقي المرسل أصح، وقال الحاكم الموصول صحيح، (التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٢)ورواه أبو يعلى ورجاله رجال الصحيح، ورواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله ثقات، (مجمع الزوائد: ٤ ص ١٩٧، بدائع المنن: ٢ ص ٢٣١، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٨١٠) ونقل عبد الباقي عن زوائد ابن ماجه للبوصيري قوله: هذا اسناد صحيح، رجاله ثقات.

المعاملات، والفساد في المجتمع.

الثاني: الاكتفاء بالدليل الظني الراجح وعدم اشتراط العلم القطعي، وهذا يؤدي إلى الوقوع في الخطأ عند تطبيق الأحكام على الوقائع، لذلك يجب فيه الاحتياط والتحري والتأكد من صحة الأدلة.

وقد اختارت الشريعة الغراء سلوك الطريق الثاني، لأنه الأوفق والأحسن ويحقق مقاصدها، ويصون مصالح البشر عن الضياع ويرفع عنهم الحرج والضيق﴿وما جعَلَ عَلَيْكُمْ في الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ فأجازت الشريعة القضاء بشهادة اثنين عدلين، وإقرار المدعى عليه أو يمينه مع احتمال كذب الشهود وتضليل المقر وحنث الحالف، ولكن يرجح جانب الصدق فيها على جانب الكذب للاعتبارات السابقة.

القيود المفروضة على القاضي في الإثبات:

١ ـ القاضي مقيد في الإثبات بالطرق التي أقرتها الشريعة سواء ما ورد به نص أو استنبطه الأئمة بالاجتهاد[١]، فإن كان مقلداً فإنه يلتزم بمذهب إمامه، فإذا قضى بخلاف مذهبه ينقض حكمه، فلا يجوز له الحكم بالشاهد واليمين مثلاً عند الحنفية إذا كان حنفياً، كمالا يجوز له القضاء بعلمه لما سبق[٢]، ولا يقضي بالسحر وغيره، وإذا جاز الإثبات بعدة طرق كان القاضي بالخيار في قبول أحدهما، وكان للمدعي أن يثبت حقه بأي دليل كالشاهدين أو الشاهد والمرأتين أو الكتابة.

٢ ـ ويتفرع على ذلك تقييد القاضي بالشروط الشرعية في وسائل الإثبات عامة، وبالعدد والعدالة والصفة بشكل خاص، فلا يقبل في الزنا إلا أربعة شهود، ولا يقبل في غيره من الحدود إلا رجلان، ولا يقبل في أحكام الأبدان إلا رجلان عند الجمهور ورجلان أو رجلٌ وامرتأن عند الحنفية، ويقبل في الأموال رجلٌ وامرأتان أو رجلان باتفاق، وتقبل النساء فيما لا يطلع عليه الرجال وغير ذلك من التفصيلات التي سبق بحثها في فصل الشهادة.

٣ ـ إذا تم الإثبات أمام القاضي بتوفر شروطه وانتفاع موانعه يجب عليه الحكم في الموضوع، والإسراع في فصل النزاع، ولا يجوز تأخير الحكم بعد ثبوت الحق، واستثنى الحنفية وغيرهم من ذلك ثلاثة أمور، فيجوز تأخير الحكم فيها، وهي: الريبة ورجاء الصلح بين

---

(١) تحفة الفقهاء، السمرقندي: ٣ ص ٢٦٣.

(٢) انظر الفصل السادس من الباب الأول في القضاء بعلم القاضي.

الأقارب، وإمهال المدعى عليه لرد الشهادة، فيجوز تأخير الحكم لفترة محددة[1].

قال ابن حزم: ولا يحل التأني في إنفاذ الحكم إذا ظهر وهو قول الشافعي وأبي سليمان وأصحابنا[2].

٤ ـ قال الشافعية والإباضية والزيدية في قول: لا يجوز سماع البينة ولا الحكم بها إلا بمسألة المدعي لأنه حق له فلا يستوفى إلا بأذنه[3]، وهذا القول يقيد القاضي، ويجعل دوره سلبياً أمام الخصوم، ينتظر منهم الأمر والطلب، مع أن رفع الدعوى للقاضي أمارة على الخلاف والنزاع الذي يقضي بسماع البينة، وإذا سمعها فله أن يحكم بها دون انتظار وهذا هو الراجح وهو مذهب الحنفية والمالكية والزيدية في الأصح[4]، لأن رفع الدعوى وإحضار الشهود قرينة على حصول الخلاف والرجوع إلى القاضي ليطلب الإثبات ويفصل في النزاع، والعادة وشواهد الحال كافية فيه، ولأن الواقعة أو الحق، ولو كان يتعلق بالمدعي والمدعى عليه ويختص بهما، فهذا قبل الوصول إلى القضاء، أما وقد رفعوا الأمر إلى القاضي فيجب عليه أن يؤدي مهمته ويقوم بدور فعال في تسيير الدعوى والتحقيق فيها ثم البت في الحق لصاحبه، فضلاً عن أن المالكية يمنحون القاضي حرية العمل في المحكمة، وسلطة التأديب للمسيء، وتوجيه الكلام بين المتخاصمين، وترتيب الكلام وتأكيد وقار المجلس واحترام الشهود.

٥ ـ القاضي مكلف بتطبيق الأحكام الشرعية في الإثبات على الخصوم فلو طلب أحد الخصوم توجيه اليمين إلى خصمه في أمر لا يجوز التحليف فيه كالحدود والحلف على صدق الشهود وتحليف القاضي المنقول أو المعزول على صحة حكمه فلا يجبه إلى طلبه[5].

صور من حرية القاضي في الإثبات ودوره الإيجابي فيه:

١ ـ يجوز للقاضي المسلم أن يناقش الشهود، وأن يسألهم عن كل شيء في الشهادة

---

(١) الهداية وشروحها: ٦ ص ١٧٢، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٥، رد المحتار: ٥ ص ٤٢٣، ٥٥٠، مرآة المجلة: ٢ ص ٥٢٤، الشرح الكبير: ٤ ص ٢٢٦، البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٤، المختصر النافع: ص ٢٨١.

(٢) المحلى: ٩ ص ٤٢٢، وقال أطفيش: فلا يؤخر الحاكم الحكم عليه بعد البينة أو الإقرار ساعة وأن أخره بلا عذر هلك(شرح النيل: ٦ ص ٥٨٠) وانظر تفصيل الموضوع في رسالة الزميل الدكتور محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى: ٢ ص ٦٤٢.

(٣) المهذب: ٢ ص ٣٠٣، الحاوي: ١٢ ق ٩٧ ب، البحر الزخار: ٥ ص ١٣٢، شرح النيل: ٦ص ٥٨٠.

(٤) الدر المختار: ٥ ص ٥٤٨، القول المرتضى: ق ٢٥ ب، البحر الزخار: ٥ ص ١٣٢، الأصول القضائية، الشيخ على قراعة: ص ٣١.

(٥) الدر المختار: ٥ ص ٥٤٩.

وخاصة عند التهمة والشك، فيسأل عن مصدر الشهادة، وعن طريق العلم بها، وكيفية التحمل وعن صفات المشهود به، وعن أوصاف المشهود له والمشهود عليه، كما يحق له أن يفرق الشهود، ويسمع كلاً منهم على حدة، ويطرح عليه بعض الأسئلة ليستوثق من صحة شهادته وكذلك الحال في الكتابة، وكيفيتها والطعن فيها وتزويرها، فإذا اختلف الشهود في الشهادة أو ثبت تزوير الكتابة رد الشهادة أو الكتابة أو الإقرار، ولم يحكم به[1].

٢ ـ اتفق الفقهاء على أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه، فإذا شهد عنده عدلان، والقاضي يعلم خلاف ذلك، فلا يجوز له الحكم بالشهادة، ويرفع الأمر إلى غيره، ويبدي رأيه وشهادته، وهذا يدل على أن القاضي لا يلتزم بالشهادة ولو توفرت شروطها إذا كانت تناقض علمه، ولذا فاقتناع القاضي بالشهادة شرط لأعمالها، والحكم بموجبها وهذا باتفاق المذاهب[2].

٣ ـ القاضي مسؤول عن التأكد من توفر الشروط في وسائل الإثبات، فيتأكد من صحتها، ويتحرى الدقة فيها والضبط، ويسأل عن عدالة الشهود عند الجمهور بدون طلب الخصم خلافاً للحنفية الذين يجعلون العدالة من حق الخصم في حقوق العباد، فلا يسأل القاضي عنها إلا إذا طلبها الخصم، فالقاضي يتأكد من توفر الشروط في الشاهد وانتفاء الموانع فيه، وأنه عدل وصادق القول ويترجح بقوله الصدق على الكذب، وكذلك الحال في شروط الكتابة، وصحة الاحتجاج بها، وشروط الإقرار واليمين والخبرة وجميع وسائل الإثبات، والقاضي هو صاحب الرأي الأخير في قبول الإثبات أو رفضه بعد هذا التحقيق والتأكد من صحته وسلامته أو ثبوت عكسه[3].

وفي القرائن فقد ترك الشارع له أن يستنبطها كيف ما شاء، وترك للقاضي العادل حرية التقصي، فلا يحكم إلا وضميره مطمئن هادىء مستريح من هذا الاستنتاج والبحث[4].

---

(١) المهذب، الشيرازي: ٢ ص ٢٩٧، مختصر المزني: ٥ ص ٢٤٢، الحاوي، الماوردي: ١٢ ق ٥٨ ب، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٠، الطرق الحكمية: ص ٢٤، ٤٩، ٦١، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٦، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد: ص ٥١٢، شرح النيل: ٦ ص ٦٥٧ مكرر، البحر الزخار: ٥ ص ١٨، التاج المذهب: ٤ ص ٧١، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٠٩.

(٢) خالف ابن المواز المالكي جميع الفقهاء وقال: يقضي القاضي بالشهادة لو خالفت علمه، (انظر تبصرة الحكام: ١ ص ٢٤٨).

(٣) يقول الكرابيسي الحنفي: الشهادة ليست موجبة للحق بذاتها، وللقاضي اجتهاد في قبولها ورفضها، (انظر: الفروق، الكرابيس(٥٧٠هـ): ص ٤٢١، مخطوط بدار الكتب فقه حنفي ٢٩٣).

(٤) حجية القرائن: ص ١٦٣.

صور من حياد القاضي:

يجب على القاضي أن يكون حيادياً، فلا ينحاز لأحد الخصوم دون الآخر، وأن يعتبر طرفي الخصومة على قدم المساواة، وأن يتجرد عن كل مصلحة له أو علاقة مع أحدهما، ولذلك نعرض بعض أقوال الفقهاء في الأحكام التالية:

١ ـ يجب على القاضي أن يساوي بين الخصوم في مجلس القضاء في كل شيء، بالجلوس والسلام والنظر والمخاطبة... لما روى أحمد وأبو داود عن عبد الله بن الزبير قال: «قضى رسول الله ﷺ أن الخصمين يقعدان بين يدي الحاكم[١]» وروى أحمد والترمذي وأبو داود عن علي رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ قال: يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء»[٢]، وقال عمر رضي الله عنه في رسالته لأبي موسى: آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك»[٣].

٢ ـ قال بعض الفقهاء[٤]: إذا حضر الخصمان مجلس القضاء فلا يسأل القاضي عن المدعي كيلا يكون باعثاً على الخصومة، وليتحقق الحياد المطلق، وينتظر كلام المدعي منهما، وقال آخرون[٥]: يجوز للقاضي أن يسأل عن المدعي منهما ويطلب منه الكلام وشرح الدعوى، لاحتمال سكوته من مهابة مجلس القضاء أو لجهله بذلك، ولمنع ضياع الوقت، ولأن حضور الخصوم إلى مجلس القضاء قرينة قوية على النزاع القائم بينهما، فلا يكون كلام القاضي باعثاً للخصومة، وهذا هو الراجح.

كما يسأل القاضي المدعي عن البينة، ويعطي الخصم فرصة ابداء رأيه في البينة أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها، أو طلب مناقشة الشهود وغير ذلك.

٣ ـ يمنع القاضي من النظر في دعوى أقاربه، لتأمين حياده تجاه الخصوم، كما لا يحكم

---

(١) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٨٤، سنن أبي داود: ٢ ص ١١٥، مسند أحمد: ٤ ص ٤ ط أولى.

(٢) مسند أحمد: ٢ ص ٨٣، ١٠٦، ١٦٥، ٢٨٩، تحقيق أحمد شاكر، سنن أبي داود: ٢ ص ١١٤، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٦١، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٨٤، المحرر في الحديث: ص ٢٠١.

(٣) أعلام الموقعين، ابن القيم: ١ ص ٨٥، وانظر تبصرة الحكام: ١ ص ٤١، رد المحتار، ابن عابدين: ٥ ص ٢٧٥، كشاف القناع: ٤ ص ١٩٥.

(٤) كشاف القناع: ٤ ص ١٩٥.

(٥) الحاوي: ١٢ ق ٩٧ ب، مواهب الجليل: ٦ ص ١٢٩، تبصرة الحكام: ١ ص ٤٢، مراتب الإجماع ص ٥٢، نظرية الدعوى: ٢ ص ٤٦٥.

بعلمه منعاً لاتهامه وتحيزه، والطعن في حياده.

٤ ـ يقوم القاضي بتنظيم إجراءات الإثبات، فإذا أقام المدعي البينة على خصمه، سأل القاضي المدعى عليه عن رأيه في البينة، وعن رأيه في الشهود، ويحق للمدعى عليه أن ينقض الشهادة ويردها ويطعن فيها إما لقرابة الشاهد أو لفسقه أو لغير ذلك، وإذا طلب المدعي اليمين فإنه يسأل القاضي ذلك، ويقوم القاضي بتوجيه اليمين إلى الخصم، فإذا حلف قبل سؤال القاضي فلا تقبل وتعاد ثانية، وكذا في رد اليمين وفي استجواب الخصم لإقراره. . . .[1]

٥ ـ يمتنع على القاضي تلقين الخصوم والشهود حجة ودليلاً في الدعوى، لضمان حياده، ومنع مساعدته لأحد الخصوم دون الآخر[2].

٦ ـ نص الفقهاء على أن القاضي إذا طلب معاينة المدعى به، أو ندب نائبه أو خليفته إلى ذلك يجب عليه أن يؤدي عمله بحضرة الخصوم، وأن يسمع شهادة الشهود عليه هناك، ليستطيع كلا الخصمين أن يبدي رأيه وتحفظه ونقده أمام خصمه، ثم يشهد القاضي أو النائب على ذلك وينقله إلى المحكمة[3].

هذا: ومن الأمثلة السالفة يظهر لنا صورة القاضي في ظلال التشريع الإسلامي، وهي صورة نسبية لا يمكن أن توصف بالتقييد والجمود كما يحلو لبعض الناس ذكره، ولا يوصف بالقاضي المطلق لأن القاضي إنسان مهما حاول التجرد والنزاهة فلا يعطى الحرية المطلقة لأن الشريعة أقامت الحدود وأقرت الحقوق وألزمت كل فرد بالوقوف عند حده، وعدم مجاوزة حقه، قال الله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

فالقاضي ذو دور هام في القضاء والإثبات، وذو أثر إيجابي في فصل النزاع وقطع الخلاف، ليسود الأمن والسلام والطمأنينة والحياة الرغيدة. ويمكن أن نضع ضابطاً عاماً في دور القاضي وأثره في الإثبات وهو:

القاضي له دور في قبول الإثبات ورفضه والتحقق من صحته أو بطلانه، والتأكد من توفر شروطه الشرعية، فإذا توفرت شروطه وأركانه أصبح القاضي ملزماً بالحكم بموجبه، ولا يصح

---

(١) فيض الإله المالك: ٢ ص ٣٤٤، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب وحاشية البجيرمي عليه: ٤ ص ٣١٥.
(٢) مواهب الجليل، الحطاب: ٦ ص ١٢٨، رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين ٥ ص٢٧٥، نظرية الدعوى: ٢ ص ٤٦٥.
(٣) الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٣، المحلى، ابن حزم: ٩ ص ٣٦٦.

أن يرفض حجة لم يقتنع بها بعد أن تأكد بنفسه من صحتها بتوفر الشروط وانتفاء الموانع[1].

دور القاضي في القانون:

يتناسب دور القاضي في القانون مع مذاهب الإثبات الثلاثة السابقة، المطلق والمقيد والمختلط.

ففي الأول يكون دوره إيجابياً في تسيير الدعوى وجمع الأدلة وتحري الحقيقة، وفي الثاني يلتزم القاضي موقف الحياد من الدعوى ومن الخصوم، ولا يقضي بعلمه الشخصي ولا يتدخل في إجراءات القضاء والإثبات إلا ما يعرض عليه من الأدلة، ويكون دوره سلبياً، وفي الثالث يجمع القاضي بين حياده وبين حصر الأدلة من جهة، ويخول سلطة تقديرية في قبول الأدلة، ومدى الاقتناع فيها من جهة أخرى وذلك لأنه أدنى إلى تحقيق العدالة وأقرب إلى معرفة الحق، مع إلزامه ببعض الطرق كالكتابة واليمين فلا مجال فيها لتقديره وقناعته متى توفرت شروطها ولم يطعن بها الخصم، كما تفرض على القاضي رقابة محكمة النقض فيما يملكه من سلطة تقديرية فيطلب منه تسبيب الأحكام والقرارات[2].

ومع ذلك فالقانون يقيد القاضي في الإثبات بما يلي:

١ ـ لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على وسائل الإثبات التي أجازها القانون، ولا يقبل منه القضاء بعلمه فيما قام به من تحريات أو اطلع عليه خارج المحكمة، لأن المشرع عدد طرق الإثبات وحصرها في ذلك فلا تقبل وسيلة أخرى، ولو اتفق الخصمان على قبولها، فالأصل أن دور القاضي سلبي في إثبات المواد المدنية[3].

٢ ـ قيد القانون نطاق وسائل الإثبات وحدد مجال كل منها، وقيد القاضي بوجوب التزامها حماية لحقوق المتقاضين، فلا يجوز له مجاوزتها، كما لا يجوز للخصم أن يثبت دعواه إلا بالطرق المحددة قانوناً وضمن حدودها وشروطها كالشهادة مثلاً[4].

٣ ـ القاضي يدير إجراءات الدعوى ويناقش الخصوم، ويأمر بالإثبات بالشهادة من تلقاء

---

(١) احكام القران، ابن العربي: ١ ص ٢٥٤.

(٢) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٢، ٣، ٤، الوسيط، السنهوري: ٢ ص ٣٠، الإثبات، الصدة: ص ٩، المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري: ص ٩.

(٣) أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٤٥٧، الإثبات، الصدة: ص ١٣، ١٦، نظام الإثبات جميعي، ص ٨٥.

(٤) أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٤٥٨، الوسيط: ٢ ص ٣٤، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ٢٣.

نفسه إذا رأى صلاحيتها في الإثبات ، وله الحق في توجيه اليمين المتممة متى شاء[1].

٤ ـ من حق الخصوم مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى، وكل دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصم الآخر لمناقشته وبيان رأيه فيه تأييداً أو تفنيداً، ولذا لا يقضي القاضي بعلمه لخضوع هذا الدليل للمناقشة فيصبح القاضي خصمًا وحكمًا وهو غير جائز[2].

٥ ـ أعطى القانون للقاضي حرية واسعة في تقدير قيمة بعض الأدلة التي تقدم إليه كالشهادة واليمين، وألزم الحكم في بعضها الآخر إذا توفرت شروطها القانونية[3].

٦ ـ تقرير مبدأ حياد القاضي في الإثبات، فلا يساعد الخصوم في تقديم الإثبات على حقوقهم، ولكن مبدأ حياد القاضي في الإثبات ليس مطلقاً، فله رفض الإثبات غير المنتج ويقرر إحضار الخصم لاستجوابه، ويوجه اليمين، ويندب الخبراء، ويقرر المعاينة[4].

وعند اليهود نصت(المادة ٤٩) على جواز تفريق الشهود، وأداء شهادتهم على انفراد بحضور الأخصام أو وكلائهم[5].

مقارنة:

قال رسول الله ﷺ: « البينةُ على المدعي واليمين على من أنكر» هذا الحديث قاعدة عامة في الإثبات، ومن ثم عقد الفقهاء بحوثاً طويلة في تكوين الضوابط والقواعد في الإثبات، فإذا رأى ولي الأمر الاختصار على الحديث الشريف، وترك الحرية للقاضي في تطبيقه على المسائل العملية حسب حكمته وبصيرته واجتهاده دون الالتزام بقواعد الفقهاء كان جائزاً بشرط أن يكون القاضي مجتهداً، وله الحرية المطلقة في تقدير الوسائل والتأكد من صحة الإثبات، كما يجوز لولي الأمر الزام القاضي بقواعد الفقهاء والأحكام المذهبية الفروعية، وهذا يظهر لنا مرونة التشريع الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان.

وإن النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء أعطت القاضي حرية كاملة في تقدير الشهادة وغيرها من طرق الإثبات لقبولها والحكم بموجبها وذلك باستيفاء شروطها وحدودها، فإذا

---

(١) رسالة الأثبات، نشأت: ١ ص ٦١، أصول المحاكمات: ص ٦٠، الإثبات، الصدة: ص ١٥، نظرية الإثبات، المؤمن : ص ٢٥، نظام الإثبات: ص ٨٨.

(٢) الوسيط: ٢ ص ٣٢، ٣٥.

(٣) الوسيط: ٢ ص ٣٥، ٩١، نظام الإثبات ص ٨٨، أصول المحاكمات: ص ٥٤٩.

(٤) الوسيط: ٢ ص ٣٠، أصول المحاكمات: ص ٤٦١، الإثبات ، الصدة: ص ٩.

(٥) المقارنات والمقابلات، صبري: ص ٥٤.

توفرت هذه الشروط والحدود كاملة، وتأكدالقاضي بنفسه من ذلك أصبحت ملزمة له لا يستطيع التنكر لها ورفضها، وهذا موقف معتدل وسليم[1]، فالشارع أعطى القاضي الحرية الكاملة ومنحه الثقة في تحقيق صحة الوسائل، وإذا ثبتت صحتها واكتملت عناصرها فلا يسعه إلا القبول والتطبيق، ويكون ملزماً بها، ليضمن الشارع تحقيق العدل، ويمنع زلل القضاة، ويقطع الأطماع والأهواء والشهوات والميول الخاصة، ويحد من الجور والظلم، وإلا فلنتساءل بعد ذلك إذا ثبت للقاضي صحة الشهادة مثلاً، وتأكد من ذلك بنفسه بتوفر الشروط وانتفاع الموانع فما هو المبرر للقاضي إلى رفض الشهادة؟ وأي حق له في هدم ما بناه بنفسه؟ وما هي الحكمة لإعطائه حرية الامتناع والرفض فيما أثبته بنفسه؟ اللهم لا تعليل إلا الهوى والتقليد الأعمى.

وبعد بيان دور القاضي في الشريعة نجد بعض شراح القانون[2] ينعتون القاضي في الإسلام ـ عن جهل وسوء نية في الغالب ـ بأنه يقوم بدور سلبي، وأن الشريعة حددت طرق الإثبات وألزمت القاضي العمل بها، ولم تترك له مجال التحقيق والبحث والتقصي في معرفة الحقائق وأنه مجبور على الحكم بالشهادة ولو كانت باطلة أو يعلم خلافها، وهذا تصوير خاطىء، وفهم سطحي، وتسرع في الحكم لأن القاضي المسلم هو الذي يتحقق بنفسه من الوسائل وصحتها وتوفر شروطها كما سبق أعلاه، وإذا صح كلامهم على قول ابن المواز المالكي، رغم مخالفته لجماهير الأئمة والفقهاء فلا يصح أن يحكم على الشريعة من خلال قول أحد أتباع المذهب.

ويختلف القانون عن الشريعة الإسلامية في هذا المجال اختلافاً جذرياً في الإثبات الجنائي، فالقانون يطلق حرية القاضي إلى أقصى مداها في إثبات الجريمة والتحقيق فيها، وتكوين القناعة من أي مصدر، خلافاً للشريعة الغراء التي أفسحت مجال حرية الإثبات في المعاملات، وقيدته في الجنايات، وجعلت إثبات الحدود والقصاص محدوداً، وأوجبت فيه الدقة والشدة والحزم، ورسمت الطرق فيه، وذلك حفاظاً على الأرواح والأبدان وقطعاً لدابر الشبهات وقد جارى الشريعة في تقييد القاضي في المسائل الجنائية القانون الانكليزي والقانون العراقي.

وإن إعطاء القاضي الحرية المطلقة في إثبات الجنايات، ومنحه الحق المطلق في قبول بعض الوسائل ورفضها كالشهادة والقرائن في المجال المدني، يؤدي إلى أثر سيء

(١) وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على المبدأ الفقهي العام: من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.
(٢) أصول المحاكمات، أنطاكي ص ٩٩، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ١٨، المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري: ص ٩.

ويفتح الطريق للميل والهوى والجور والظلم، يقول الشيخ الزرقا في ذلك: «وهذا تدبير سيء النتائج في حقوق الناس إذا عمل به هكذا على إطلاقه ما لم يكن للحكام طهر الملائكة وحكمة سليمان».

وإذا كانت الشريعة تقيد القاضي بوسائل معينة في الإثبات وتحد من سلطته أحياناً وتجعل دوره سلبياً إلى حد ما مما يؤدي إلى ضياع بعض الحقوق فإنها تعالج ذلك وتضع له الدواء الشافي بحيث يكون القضاء في الإسلام متكاملاً من جميع جوانبه، ونعيد التذكير بأثر الباعث الديني، والمسؤولية الأخروية والوازع الروحي في الإثبات وقد قال الرسول الكريم« فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً بغير حق فإنما أقطع له قطعة من نار»[1] وفي حديث آخر«من أخذ من الأرض شبراً بغير حق خسف به يوم القيامة إلى سبع أراضين»[2].

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن، (انظر المحرر في الحديث: ص ٢٠٢) وسبق تخريجه في صفحة ٤٢.
(٢) رواه البخاري عن ابن عمر، صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٤٥.

المبحث الثالث
في
صلة الإثبات بالنظام العام

تمهيد وتعريف:

يذهب كثير من شراح القانون إلى أن النظام العام فكرة مرنة غير محددة وإنما تتحدد وفقاً للزمان والمكان وتبعاً للمذاهب والنظريات حسب الغرض منها، وقصدها في تقدير المصلحة. والقوانين المتعلقة بالنظام العام هيْ تلك القوانين الملزمة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها لأنها وضعت للمحافظة على المصالح العامة وتنظيم المجتمع وأمنه وسلامته بخلاف القوانين المفسرة أو المكملة.

وعرف الدكتور السنهوري والدكتور أبو ستيت النظام العام بقولهما: هو كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية او اقتصادية أو خُلُقية وهي التي يعبر عنها بقواعد الآداب.[1].

ونجد في الفقه الإسلامي نظيراً لقواعد النظام العام وهو ما يعرف بحق الله تعالى أو حق الشرع أو حق المجتمع، وهو في الشريعة أوسع منه في القانون لأنه يتعلق بالمحرمات والمنهيات في مجالات العقيدة والأخلاق والمعاملات، فهل أحكام الإثبات ووسائله من النظام العام[2]؟

سبق القول في المبحث الأول عند الكلام على عدد الوسائل وحصرها بأن الراجح في وسائل الإثبات أنها ليست محصورة في عدد معين لأنها ليست من الأحكام التعبدية، وليست من حقوق الله تعالى التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على غيرها، ولذلك ذكر الفقهاء عدداً من الوسائل التي لم يرد فيها نص، وإنما أخذوها عن طريق الاستنباط والاجتهاد مثل القضاء ببعض القرائن المبنية على العرف والعادة كمتاع البيت والقضاء باليد وأنواع الكتابة المعروفة وغير ذلك.

---

(١) أصول القانون: لهما: ص ١٦٥ هامش.

(٢) مصادر الحق، السنهوري: ٣ ص ٩٩، نظرية الضرورة الشرعية، الدكتور وهبه الزحيلي: ص ٢٧.

وسواء كانت الوسائل محصورة كما يقول بعض الفقهاء أو غير محصورة كما يقول آخرون، فما هي صلة القواعد التفصيلية في كل وسيلة بالنظام العام؟.

أقامت الشريعة الغراء القيود والحدود والصفات في الإثبات لرعاية حقوق الله تعالى وللحفاظ على مصالح المجتمع، وجعلتها من النظام العام الذي لايصح الخروج عنه، كما وزعت أعمال القضاء وجعلت لكل طرف فيه حقاً، فلا يحق لشخص أن يقوم بعمل يجاوز حده، ويصل إلى حق الآخر إلا بإذنه، فالتحليف حق للمدعي فلا يطلبه القاضي إلا بعد طلب المدعي، وتوجيه اليمين حق للقاضي فلا يحلف الخصم إلا بعد طلب القاضي، والحكم حق للمدعي عند بعض الفقهاء فلا يحكم القاضي إلا بطلب المدعي... وهكذا ويترتب على مخالفة ذلك بطلان التصرف ووجوب إعادته، والشارع الحكيم وضع حدوداً ظاهرة، وضوابط معينة، وإجراءات خاصة في استعمال كل وسيلة، ولا يصح الاحتجاج بها إلا إذا توفرت شروطها الشرعية التي أقامها الشارع لتأمين المصلحة العامة.

وقد اختلفت أنظار الفقهاء في اعتبار القواعد المتعلقة بالإثبات ووسائله وإجراءاته من النظام العام فتكون من حق الله تعالى ولا تقبل إلا بتوفر شروطها وانتفاء موانعها،أم ليست من النظام العام، وإنما هي من حق الأفراد، فإذا اتفقوا على خلافها أو إسقاطها أو التنازع عنها صح الإثبات ولزم القضاء به، اختلفوا على قولين، فيرى جمهور الفقهاء أنها من النظام العام الذي يتعلق بحق الله تعالى، ويرى بعض الفقهاء أنها ليست من النظام العام، ولتوضيح ذلك نضرب أمثلة تتعلق بعبء الإثبات وعدالة الشهود ومجلس القضاء وعدد الشهود وصفتهم.

المثال الأول: عبء الإثبات:

يرى الحنفية أن عبء الإثبات من النظام العام[1]، وأنه من المسلم به أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، كما ورد في الحديث الصحيح، فالقيام بتقديم الأدلة والبراهين يقع على كاهل المدعي، ولا يكلف المدعى عليه بإقامة الحجة على حقه، وهذه قاعدة عامة كلية تتصل بنظام القضاء الذي يتعلق بتنظيم المجتمع فهي من النظام العام، فلا يصح مخالفتها ولا يقبل الاتفاق على خلافها، فإذا اتفق الخصمان مثلاً على أن يحلف المدعي ويستحق فلا يصح، وإذا أراد المدعى عليه أن يقيم البينة فلا تقبل منه، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر[2]،

(١) الدر المختار: ٥ ص ٥٤٩، وسيأتي الكلام مفصلاً على قواعد عبء الإثبات وتوزيعه في الفصل الثاني من هذا الباب.

(٢) المادة ٧٧ من مجلة الأحكام العدلية.

وهي على المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر، ولحديث«البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[1]، والمدعى عليه يدعي ما يتفق مع الظاهر، فلو قبلت بينته لكانت لإثبات الثابت وتأييد الظاهر وهو تحصيل للحاصل لا فائدة منه، فلا تقبل البينة من المدعى عليه مطلقاً.

وقال الجمهور بخلاف ذلك، وأنه يجوز تغيير عبء الإثبات بالاتفاق بين الخصمين فيقيم المدعى عليه البينة على حقه ويحكم له، وتردُ دعوى المدعي ويحق للمدعى عليه أن يردَ اليمين على المدعي فيحلف ويستحق، ويجوز للخصمين أن يتفقا على نقل عبء الإثبات من أحدهما إلى الآخر كما سنرى ذلك في فصل عبء الإثبات.

المثال الثاني: عدالة الشهود:

اختلف الفقهاء في عدالة الشهود، هل هي من حق الخصم أم من حق الله تعالى؟ على قولين:

قال الإمام أبو حنيفة وأحمد في رواية والشافعية في قول والإمام المؤيد بالله من الزيدية: إن العدالة حق للخصم ويكتفى في قبول الشهادة إسلام الشاهد، فإن طعن الخصم في عدالة الشهود وطلب التزكية استجاب الحاكم لطلبه وبحث عن عدالة الشهود وفحص حالتهم وإلا فلا، ويستثنى الحدود فلا يكتفي فيها بمجرد إسلام الشهود بل لا بد من معرفة عدالتهم، لأن الحدود حق الله تعالى، فتطلب العدالة للاحتياط ودفع الشبهة[2].

ونص الحنفية على أن الفاسق إذا شهد، وغلب على ظن الحاكم أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم بشهادته، وقالوا إن العدالة شرط يوجب على القاضي الحكم، ولكنها ليست شرطاً لقبول الشهادة فتجوز من الفاسق[3].

واستدلوا على ذلك بقوله﴿واسْتَشْهِدوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ فلفظ «شَهِيدَيْنِ» مطلق، ولم يقيد بصفة، ولم تشترط الآية العدالة، ولأن الرسول ﷺ قبل شهادة الأعرابي بعد أن سأله«أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله؟ قال: نعم»[4] ولقول عمر رضي الله

---

(١) حديث صحيح وسبق تخرجيه في صفحة ٣٤.

(٢) المهذب: ٢ ص ٢٩٧، الحاوي: ١٢ ق ٥٨ ب، المغنى: ٩ ص ٦٤، الهداية وفتح القدير: ٦ ص ١٣، البحر الرائق: ٧ ص ٦٣، البحر الزخار: ٥ ص ٤٩.

(٣) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢١٠، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٠، الدرر شرح الغرر: ٢ ص ٣٧٢.

(٤) رواه ابو داود والترمذي والحاكم والنسائي وابن ماجه(انظر: سنن أبي داود: ١ ص ٥٤٦ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٣ ص ٣٧٢، سنن النسائي: ٤ ص ١٠٦، سنن ابن ماجه: ١ ص ٥٢٩، المستدرك: ١ ص ٤٢٤).

عنه«المسلمون عدول بعضهم على بعض[1]» ولأن الإسلام كاف في الشهادة فإنه أتم وازع للصدق وأكبر رادع عن الكذب.

وقال جمهور الفقهاء من المذاهب السبعة إن عدالة الشهود من حق الله تعالى، فلا يجوز التنازل عنها أو التساهل فيها، ولا تقبل شهادة الفاسق، ولو رضي به الخصم الآخر، أو اتفق الخصمان على قبول شهادته، وتشترط التزكية لمعرفة عدالة الشهود بدون طلب الخصم،[2] لقوله تعالى: ﴿ وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ سورة الطلاق، الآية٢، وقوله تعالى: ﴿اثْنانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾سورة المائدة، الآية ١٠٦، وقوله تعالى: ﴿ مِمنْ تَرْضُوْنَ مِنَ الشُهَدَاء﴾ سورة البقرة، الآية ٢٨٢، ورضاء الحاكم فرعٌ عن معرفتهم، وقوله تعالى: ﴿ إنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ سورة الحجرات، الآية ٦، والتبين هو بالتثبت بالسؤال والتزكية[3]، ولما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: عند ما شَهدَ عنده اثنان: «لا أعرفكما، ولا يضركما أن لا أعرفكُما، ائتياني بمن يعرفكما[4]»، وأخرج الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تجوز شهادةُ خائنٍ ولا خائنةٍ، ولا زانٍ ولا زانيةٍ ولا ذي غمر على أخيه»وزاد الترمذي: «ولا ظنين في ولاء ولا قرابة»[5]، وأخرج البخاري عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إنّ أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ، وإن الوحي قد انقطع، إنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقربناه، وليس إلينا من سريرته شيء، الله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا سوء لم نأمنه، ولم نصدقه، وإن قال إن سريرته

---

(١) أعلام الموقعين: ١ ص ١١٢.

(٢) المهذب: ٢ ص ٢٩٦، الحاوي: ١٢ ق ٥٨أ، القواعد، الزركشي: ق ٦٤ ب ق ٦٥أ، مخطوط برقم ٢٥ أصول الفقه في دار الكتب، الفروق: ٤ ص ٨٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٥، ٢٠٧، المغنى: ٩ ص ٦٤، ٦٥، التاج والإكليل: ٦ ص ١٤٠، شرح الخرشي ٦ ص ٩٧، حاشية العدوي على الرسالة ٢ ص ٣١٦، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٠٣، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٠٨، المختصر النافع: ص ٢٨٠، شرح النيل: ٦ ص ٦٥٤ مكرر، البحر الزخار: ٥ ص ١٨، التاج المذهب: ٤ ص ٧٠.

(٣) قال القرطبي في(تفسيره ١٦ ص ٣١٣): وفي الآية دليل على فساد من قال إن المسلمين كلهم عدول حتى تثبت الجرحة، لأن الله تعالى أمر بالتثبت قبل القبول، ولا معنى للتثبت بعد إنفاذ الحكم، فإن حكم الحاكم قبل التثبت فقد أصاب المحكوم عليه بجهالة.

(٤) الفروق، القرافى: ٤ ص ٨٤.

(٥) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٥ ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٦ص٥٨٢، سنن ابن ماجه: ٢ص٧٩٢، نيل الأوطار: ٨ص ٣٠١، سبل السلام: ٤ص١٢٧، الغمر: الحقد والعداوة.

حسنة»[1]، والشهادة حق مشترك بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين لقوله تعالى: ﴿ وأَقِيمُوا الشَّهادَةَ للهِ﴾ فلا يجوز للآدمي أن يتنازل أو يتفق مع خصمه بما يخالف حق الله تعالى، فيجب تعديل الشاهد بطلب الله تعالى هنا مثل تعديله في الحدود بطلب الله تعالى هناك، وكما لو طلبه الخصم[2].

ونذكر بعض النصوص الفقهية التي تصرح بذلك.

قال الخطيب الشربيني: «ولا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم، ولا بد من البحث والتعديل، لأن الاستزكاء حق الله تعالى»[3].

وقال الشيرازي: ولو رضي المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته»[4].

وقال الماوردي: «وإذا علم القاضي بفسق الشاهد فيرد شهادته ويحكم بعلمه فيه قولاً واحداً عند الشافعي»[5].

وقال ابن فرحون: «لو شهد عنده من ليس بعدل والقاضي يعلم أنه شهد بحق فلا يحل له أن يجيز الشهادة ولا أن يحكم بها»[6].

وقال البهوتي: «وإن علم فسقهما لم يحكم بشهادتهما لعدم شرط الحكم، وللحاكم العمل بعلمه في عدالتهم وجرحهم»[7].

وقال المرتضى في «البحر الزخار»: «ولو شهد اثنان غير عدلين، ورضي الخصم

---

(١) صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٢ ص ٦٦، سبل السلام: ٤ ص ١٢٧.
(٢) الحاوي، الماوردي: ١٢ ق ١١٢ ب.
(٣) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٠٥.
(٤) لمهذب: ٢ ص ٢٩٧.
(٥) الحاوي: ص ١٢ ق ٥٧ ب.
(٦) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٤٩، ٤٢١، جـ ٢ ص ٢٣، ٢٤.
(٧) كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٥.

بشهادتهما لم يجزالحكم بهما بل بإقراره إن أقر إقرارا صحيحاً»[1].

وقال الحلي: «إن عرف عدالة الشاهدين حكم، فإن عرف فسقهما اطرح، وإن جهل الأمرين فالأصح التوقف حتى يبحث عنهما»[2].

قال ابن حزم: «فإن لم يعرف الحاكم الشهود سأل عنهم... فإن ثبت عنده عدالتهم قضى بهم... وإن جرحوا قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم، وإن جرحوا عنده بعد الحكم بشهادتهم فسخ ما حكم به بشهادتهم لأنه مفترض عليه رد خبر الفاسق وإنفاذ شهادة العدل والتبين فيما لا يدري حتى يدري[3].

المثال الثالث: مجلس القضاء:

يشترط في الإثبات أن يكون في مجلس القضاء فلا تقبل الشهادة أو اليمين خارجه، ولا يعتد بالإقرار خارجه أيضا إلا أن ينقل بشهادة كاملة، وإذا اتفق الخصوم على الحلف عند غير الحاكم بحيث يكون المدعى عليه بريئا فهو باطل، لأن اليمين حق القاضي مع طلب الخصم، ولا عبرة باليمين والنكول عند غير القاضي[4]، وهذا من النظام العام، رغم صحة التحاكم لغير القاضي.

المثال الرابع: عدد الشهود وصفاتهم من النظام العام:

إن القيود العامة التي وضعتها الشريعة في الإثبات تعتبر من النظام العام، ولا يقبل الإثبات بخلافها، فيشترط النصاب في الشهادة، ويختلف ذلك حسب الحق المدعى به، فيشترط أربعة شهود في الزنا[5]، وشاهدان في النكاح والقصاص وسائر أحكام الأبدان، وشاهد وامرأتان في الأموال، ولا تقبل النساء في الحدود والدماء وما يتعلق بالأبدان، وما ليس بمال

---

(١) البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٣.

(٢) المختصر النافع: ص ٢٨٠.

(٣) المحلى: ٩ ص ٤٢٩.

(٤) الدار المختار: ٥ ص ٥٤٨، جامع الفصولين: ١ ص ١٤٣.

(٥) يلحق بالزنا بعض الحالات التي يشترط فيها أربعة شهود كما ذكر القرافي وأهمها: حضور الملاعنة، والشهادة على الإقرار بالزنا، والشهادة على الشهادة به، وكتاب القاضي به، وشهادة الأبداد في النكاح وهي أن ينكح الرجل ابنته البكر من رجل ولم يحضر هما شهود، وإنما عقد النكاح وتفرقا، وقال كل واحد منهما لصاحبه: اشهد من لاقيت، وشهادة السماع في الأحباس (الوقف) عند ابن الماجشون، وشهادة من قطع اللصوص عليهم الطريق، والشهادة في الرضاع عند بعض المالكية، (انظر: تهذيب الفروق: ٤ ص ١٤٠).

كالنكاح والطلاق والوقف، وهذا عند الجمهور، كما سبق في فصل الشهادة[1]، وشروط الشهادة المعتبرة ثلاثة شروط العدد والجنس والعدالة[2]، فإذا خالف القاضي القيود التي ورد بها نص ينقض حكمه قطعا ، مثل قبول النساء في الحدود ، واليمين في الطلاق عند المالكية، والشاهد واليمين عند الحنفية، والشاهد والمرأتين في أحكام البدن وغير ذلك.

الإثبات والنظام العام في القانون:

تنقسم أحكام القانون الى قسمين قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها ولا الاتفاق على الخروج عنها، وهي ما تعرف بالنظام العام، ولا يجوز الصلح عليها ولا الابراء منها، وتتعلق بالمصلحة العامة ونظام المجتمع، وقواعد مفسرة أو مكملة تشرع لبيان الأحكام العامة عند عدم النص على ما يخالفها[3] ، فهل قواعد الإثبات من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام أم من القواعد المفسرة؟ الجواب فيه رأيان:

الرأي الأول:

إنها من النظام العام فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على غيرها، لأن تحديد طرق الإثبات لتنظيم القضاء ، ويقصد منها حسن سير العدالة، وتفرض على الأفراد وليس لهم حرية تغييرها لكونها وثيقة الصلة بالنظام القضائي.

وهذا رأي القضاء البلجيكي وأكثرية فقهاء القانون الفرنسي[4].

الرأي الثاني:

إنها ليست من النظام العام، وهي قواعد مفسرة ومكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها لأن قواعد الإثبات وضعت لمصلحة الأفراد ولا علاقة لها بالنظام العام، فالخصوم احرار في تقديم هذا الدليل أو ذاك من الأدلة التي أباحها القانون وفي نطاقه ، ويجوز للأطراف الاتفاق مسبقا عند إنشاء الواقعة أو بعد ذلك ، قبل رفع الدعوى أو بعدها يجوز أن يتفقوا على تبديل الحق أو

---

(١) انظر صفحة ١٦٨ وما بعدها.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٠٦ ب، طرق الإثبات الشرعية: ص ١٨١.

(٣) أصول القانون، السنهوري وأبو ستيت: ص ١٦٨ هامش.

(٤) نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ٧٠، أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٤٦٧، الإثبات، الدكتور الصدة: ص ٢٠، الوسيط: ٢ ص ٩٤.

تعديله أو الإبراء منه أو إسقاطه، فمن باب أولى أن يتم لهم ذلك في إثباته، ولأن إثبات الحق لا يزيد في الخطر عن الحق ذاته، وما دام صاحب الحق يستطيع النزول عنه فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على كيفية إثباته أمام القضاء[1]؟.

وهذا رأي غالبية القضاء الفرنسي والقضاء المصري، وكذلك القضاء العراقي بشرط الموافقة الصريحة من الخصمين، ولذلك يجوز الاتفاق على قبول الإثبات فيما يزيد عن عشرين جنيها بالشهادة والقرائن.

يقول الدكتور الصدة: إن القواعد التي تتعلق بمحل الإثبات وعبئه وطريقه لا تتصل بالنظام العام فيجوز الاتفاق مقدما على خلافها، ويصح النزول عنها أثناء سير الدعوى، ولا يجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولا يحق للقاضي أن يرفض من تلقاء نفسه مخالفتها»[2].

فإذا اتفق الخصوم على قبول شهادة شخص فيجوز أن يشهدوا غيره[3].

وإذا شهد الشاهد المتفق عليه فلا يلتزم القاضي بشهادته، ولكنه يخضع شهادته إلى تقديره ومدى قناعته.

كما أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم فقط فيمكن تعديلها وجعلها على عاتق أحد الطرفين بدل الآخر باتفاقهما،ويمكن لصاحب الحماية التنازل عنها أثناء سير الدعوى، وقد قررت ذلك محكمة النقض المصرية، وقالت إن قواعد عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها[4]، وكذلك الحال بالنسبة للطرق الموضوعية التي تتعلق ببيان طرق الإثبات والحالات التي يجوز فيها سلوك كل طريق منها، والشروط اللازمة للإثبات وحجية كل دليل كما جاء في القانون السوري والقانون المصري[5].

---

(١) نظرية الإثبات: ١ ص ٧٠ الإثبات، الصدة: ص ٢٠ الوسيط، ٢ ص ٩٥، أصول المحاكمات: ص ٤٦٨، نظرية الإثبات المؤمن: ١ ص ٧١.

(٢) الإثبات في المواد المدنية له: ص ٢١.

(٣) الإثبات، الصدة: ص ٢١، قانون الإثبات شرح وتعليق عنبر ص ١٥.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٦٧/١١/٢١، واجتهاد محكمة التمييز السورية بتاريخ ١٩٥١/٥/٢٢، وانظر: التعليق على قانون الإثبات، الدناصوري وعكاز: ص ٤.

(٥) المادة ٦٠ إثبات مصري، والمادة ٥٤ بينات سوري، وانظر: رسالة الأثبات: ١ ص ٥٧، ٥٨، الإثبات الصدة: ص ٢٠ قانون الإثبات، شرح وتعليق عنبر: ص ١٥.

والهدف من الاتفاق إما للتيسير مثل جواز إثبات ما يزيد عن عشرين جنيها بالشهادة والقرائن، وإما للتشدد مثل وجوب الإثبات بالكتابة في الحالات التي يجيز القانون اثباتها بالشهادة، وإما لنقل عبء الاثبات من المدعي الى المدعى عليه[1]

ورغم هذا الاختلاف في صلة الإثبات بالنظام العام، فالجميع متفقون على كون بعض الطرق والقيود من النظام العام ، وأهمها:

١ ـ لا يجوز طلب اليمين الحاسمة من الوصي أو القيم، لأن اليمين صلح وهو محرم على الوصي أو القيم بدون إذن فيه[2].

٢ ـ ان قواعد الإجراءات الخاصة بالإثبات وهي الأوضاع التي يجب مراعاتها في سلوك كل طريق من طرق الإثبات أمام القاضي تتعلق بالنظام العام، لأنها تتصل بنظام التقاضي وهذا يعتبر من النظام العام[3].

مقارنة:

رغم الاتفاق على وجود مفهوم مشترك للنظام العام وهو حق الله أو حق المجتمع في الشريعة والقواعد الآمرة في القانون، ولكن الشريعة تعتبر بعض أحكام الاثبات من حق الله والمجتمع ولا يجوز للأفراد مخالفتها مثل عبء الاثبات وشرط العدالة، والنصاب في الشهادة ومجلس القضاء في اليمين وغير ذلك، أما في القانون فجميع قواعد الإثبات قواعد مفسرة ومكملة ويحق للأفراد التنازل عنها والاتفاق على مخالفتها او تعديلها إلا في إجراءات الإثبات لأنها تتعلق بنظام القضاء فلا يجوز مخالفتها.

واعتبار قواعد الإثبات في الشريعة من حق المجتمع، وأنه لا يجوز تغييرها ولا مخالفتها، ليس مقصودا لذاته، وإنما للاحتياط وشدة التثبت والاحتراز عن الشبه صونا للحقوق، وحفاظا للأموال والأعراض، ومنعا للدعاوي الباطلة والأقوال المزعومة. ونرى الاختلاف في القيود فلا تقبل الشهادة في الشريعة إلا مع النصاب والعدالة والصفة ، وفي القانون يقبل الشاهد الواحد كيفما كانت صفته وعدالته، وقد اعتبر الفقهاء قواعد الإثبات من النظام العام أو من حق الله تعالى لتعظيم شأنها، وأهميتها في نظام القضاء، ووجوب مراعاتها في الوصول إلى الحق والعدل اللذين تهدف إليهما الشريعة.

---

(١) الوسيط: ٢ ص ٩٦، التقنين المدني المصري، العطيفي: ٢ ص ٤٣٢، أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٥٥١ وما بعدها.

(٢) نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ٧٢.

(٣) الإثبات في المواد المدنية، الصدة : ١٨، المستحدث، أحمد أبو الوفا: ص ٢٨٩.

المبحث الرابع
في
تقسيم وسائل الإثبات

تنقسم وسائل الإثبات في الشريعة تقسيمات كثيرة باعتبارات مختلفة ، نذكر أهم هذه التقسيمات لبيان التشابه والاختلاف فيما بينها ، وقد أشار ابن فرحون إليها ، فقال : والبينات مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها ، والمحتاج إلى إقامتها ، وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتثقيل والتخفيف وإمكان التوثيق وتعذره واختلاف مراتبها في القوة والضعف [1] .

التقسيم الأول :

تقسم وسائل الإثبات بالنسبة للحقوق التي تثبتها إلى قسمين :

القسم الأول : وسائل عامة :

وهي الوسائل التي تقبل في جميع الحقوق والوقائع وهي الشهادة والإقرار والكتابة والمعاينة والخبرة ، فتقبل في الحدود والقصاص والمعاوضات المالية والأحوال الشخصية ، وفي العيوب والجروح وسائر أحكام البدن .

القسم الثاني : وسائل تقبل في بعض الحالات دون بعض كاليمين فلا تقبل في الحدود باتفاق ، ومنع الأمام أبو حنيفة والحنابلة في رواية [2] اليمين في سبعة أشياء أخرى ، وهي النكاح والنسب والمراجعة والفيء في الايلاء ، والعتق والولاء والاستيلاد، وقال الجمهور وهم الشافعية والصاحبان من الحنفية وهو المفتى به عندهم ، والحنابلة في رواية والزيدية والإباضية والإمامية [3] بجواز توجيه اليمين فيها ، وقال المالكية [4] بتوجيه اليمين في جميع

---

(١) تبصرة الحكام ، له : ١ ص ٢٠٤ .

(٢) البحر الرائق : ٧ ص ٢٠٩ ، رد المحتار : ٥ ص ٤٨٥ ـ ٤٩٤ ، المغنى : ٩ ص ٢٣٨ .

(٣) الحاوي : ١٢ ق ١٤٣ أ ، الوجيز للإمام الغزالي : ٢ ص ١٦٠ ، المغني : ٩ ص ٢٣٩ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٥ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٨٦ ، البحر الزخار : ٤ ص ٤٠٤ ، + ج ٥ ص ١٣٣ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢١٤ ، ٢٢٣ .

(٤) حاشية الدسوقي : ٤ ص ٢٢٧ ، شرح الخرشي : ٧ ص ١٦٢ ، ٢١٤ ، حاشية العدوى على الخرشي : ٧ =

الحالات إلا في النكاح لاشتراط إعلانه وإشهاره وإلا كان فيه تهمة ولا يمين فيه ، ومن هذا القسم القرائن فلا تقبل في الحدود والقصاص عند الجمهور ، وبعض أنواع الشهادات تقبل في حالات دون أخرى ، فالشاهد والمرأتان تقبلان في الأموال عند الجمهور ، وفي كل حق عند فريق من الفقهاء ، وشهادة النساء وحدهن تقبل فيما لا يطلع عليه الرجال ، ويطلق عليها الفقهاء مراتب الشهادة ، قال ابن عابدين : وطريق القاضي إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به [1] .

التقسيم الثاني :

وتقسم وسائل الإثبات بالنسبة لثبوت المحل بها إلى وسائل مباشرة ووسائل غير مباشرة وقد ذكر هذا التقسيم الإمام الزركشي [2] ، فقال :

« الحجة التي يستند إليها القاضي في قضائه قسمان : تحقيقية أي يتحقق المقصود منها مباشرة كالإقرار والشاهدين واليمين ، وتقديرية وهي التي تؤول إلى غيرها وهي اليمين المردودة فإنها في تقدير البينة والإقرار والقضاء بعلمه على تقدير البينة » .

التقسيم الثالث :

وتقسم وسائل الإثبات من حيث إلزامها للقاضي إلى وسائل ملزمة ووسائل مقنعة .

فالوسائل الملزمة هي التي حدد الشارع قوتها الثبوتية ، فإذا تمت أمام القاضي وتحققت شروطها وانتفت موانعها وجب الحكم بموجبها وهي الشهادة والإقرار واليمين .

أما الوسائل المقنعة فهي الوسائل التي يترك للقاضي حرية تكوين الاقتناع بها وهي القرائن والمعاينة ، وكذلك الكتابة في القديم باعتبار أنها لم تكن موثقة ولا مضمونة من التزوير ، ولذلك نص الفقهاء على حجية ديوان القاضي وخطه وخط المورث إذا تأكد من صحتها ولم تخرج من تحت يديه ، وكان من عادته أنه لا يكتب إلا حقاً .

التقسيم الرابع :

وتقسم وسائل الإثبات من حيث مدى حجيتها إلى وسائل متعدية ووسائل قاصرة .

= ص ٢١٤ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٩٧ .

(١) رد المحتار : له : ٥ ص ٣٥٤ ، وانظر تفصيل ذلك في فصل الشهادة .

(٢) القواعد في الفروع ، له : ق ٨٤ ب ، (مخطوط رقم ٢٥ أصول فقه في دار الكتب المصرية) .

فالوسائل المتعدية هي التي تكون حجة على الجميع وهي الشهادة والكتابة والقرائن والمعاينة والخبرة .

ووسائل قاصرة وهي التي لا تعتبر حجة إلا على من صدرت منه وهي الإقرار واليمين ، ولذلك وضع الفقهاء القاعدة المشهورة : الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة متعدية .

التقسيم الخامس :

تقسم وسائل الإثبات من حيث حقيقتها إلى وسائل حقيقية ووسائل مجازية .

فالوسائل الحقيقية هي التي تؤكد وتحقق الحق أو الواقعة المتنازع فيها أمام القضاء ليفصل فيها الحاكم وهي الشهادة والكتابة والمعاينة والخبرة .

والوسائل المجازية لا تثبت الحق أو الواقعة وإنما تعفى المدعي من الإثبات أو تنقل الإثبات إلى الطرف الآخر ، ولذا تسمى بالبينة تجوزاً وهي الإقرار واليمين .

تقسيم طرق الإثبات في القانون :

تقسم طرق الإثبات في القانون أيضاً عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة وهي :

١ - تنقسم الأدلة من حيث ما يجوز إثباته بها إلى أدلة مطلقة وأدلة مقيدة [١] فالأدلة المطلقة هي التي تقبل في جميع الوقائع سواء أكانت عقداً أم غيره ، وسواء أكانت قيمتها تزيد عن عشرين جنيهاً أم تقل عن ذلك ، أو غير مقدرة القيمة وهي الكتابة والإقرار واليمين والخبرة والمعاينة .

والأدلة المقيدة هي التي تقبل في إثبات بعض الوقائع دون بعض وهي الشهادة والقرائن فلا يصح الإثبات بهما إلا فيما دون عشرين جنيهاً أو مائة ليرة سورية ولا تقبلان فيما يزيد على ذلك أو في غير مقدرة القيمة .

وقد اعتبر الدكتور سليمان مرقس المعاينة والخبرة من الأدلة المقيدة مع أنهما تصلحان لإثبات جميع الوقائع المادية والتصرفات القانونية مهما كانت القيمة [٢] .

---

(١) الوسيط : ٢ ص ١٠٣ ، رسالة الأثبات ، نشأت : ١ ص ٦٠ ، موجز أصول الإثبات ، مرقس : ص ٣١ ، أصول القانون ، السنهوري وأبو ستيت : ص ٤١٤ ، أصول المحاكمات ، أنطاكي : ص ٤٥٥ .

(٢) موجز أصول الإثبات : مرقس : ص ٣١ ، قارن الوسيط للسنهوري : ٢ ص ١٠٣ هامش .

الأصلية هي التي تقوم بذاتها ، وقد تكفي في الإثبات لوحدها كالكتابة والشهادة واليمين والقرائن والمعاينة والخبرة ، وقد تكون غير كافية ، ولا بد من استكمالها بطرق تكميلية كمبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً ، فهو طريق أصلي ولكنه غير كاف ، ولا بد من استكماله بالشهادة أو القرائن القضائية ، أما القرائن القانونية القاطعة فهي أدلة أصلية كافية ، والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير قاطعة .

والأدلة التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها بل تكون مكملة لأدلة أخرى كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً ، فإنها تكمل مبدأ الإثبات بالكتابة ، وقد تكون البينة والقرائن طرقاً بدلية وأصلية في إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً عند وجود مانع من الكتابة ، واليمين المتممة تكمل جميع طرق الإثبات الأصلية إذا رأى القاضي ذلك ، وكذا اليمين المتممة مع التقادم القصير [٢] .

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعجز عن الإثبات ويحتاج إلى طرق أخرى وهي اليمين الحاسمة والإقرار .

٣ ـ وتقسم الأدلة من حيث قوتها أو حجيتها [٣] إلى أدلة ملزمة للقاضي ، وليس له حرية التقدير والاقتناع بها وهي الكتابة ما دام معترفاً بها والإقرار واليمين الحاسمة ، لأن القانون حدد درجة حجيتها ولم يتركها لتقدير القاضي ، أما الأدلة المقنعة أو غير الملزمة وهي المعاينة والبينة والقرائن القضائية فالقاضي حر في تكوين اقتناعه منها .

وتقسم الأدلة الملزمة إلى أدلة لا تقبل إثبات العكس وهي اليمين والقرائن القانونية القاطعة، وأدلة يجوز إثبات عكسها وهي الكتابة والإقرار والقرائن القانونية البسيطة فيجوز إثبات ما يخالفها بالإنكار والطعن بالتزوير.

٤ ـ وتقسم الأدلة من حيث مدى حجيتها (٤) الى أدلة قاصرة لا تعتبر حجة إلا على من صدرت منه ، وهي اليمين والإقرار مكتوباً كان أو شفاها ، لأنها إعفاء من الإثبات ، وهو

---

(١) رسالة الأثبات : ١ ص ٦١ ، موجز أصول الإثبات : ص ٣٣ .

(٢) رسالة الأثبات : ١ ص ٥٩ ، الوسيط : ٢ ص ١٠٢ .

(٣) الوسيط : ٢ ص ١٠١ ، موجز أصول الإثبات ، مرقس ص ٣٣ ، رسالة الأثبات : ١ ص ٦١ ، أصول المحاكمات : ص ٤٥٥ .

(٤) الوسيط : ٢ ص ١٠٠ ، موجز أصول الإثبات : ص ٣٣ .

مقصور على الخصمين ، وأدلة متعدية تعتبر حجة على الكافة وهي الكتابة المعدة مقدماً والبينة والقرائن .

٥ ـ وتقسم الأدلة من حيث دلالتها على الشي ء المراد إثباته أو من حيث حقيقتها إلى أدلة **مباشرة وأدلة غير مباشرة أو مجازية** [١] .

فالأدلة المباشرة وهي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وهي المعاينة والبينة والكتابة .

والأدلة غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها وهي قرائن الحال ، لأنها تثبت أمراً آخر يستنبط منه المراد ، ويضيف الدكتور السنهوري [٢] أن اليمين والإقرار من الطرق غير المباشرة لأن صحة الواقعة تستخلص من الإقرار بالاستنباط ، لأنه يعفي الخصم من الإثبات فتصبح الواقعة ثابتة بطريق غير مباشر ، واليمين احتكام لذمته فإن حلف اعتبرت صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام ، ويكون الخصم قد أعفاه من الإثبات ، وإن نكل كان بمثابة إقرار يعفى خصمه من الإثبات .

٦ ـ وتقسم الأدلة من حيث إعدادها إلى **أدلة مهيأة وأدلة غير مهيأة** [٣] ، فالمهيأة هي التي أعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه وهي الكتابة وتسمى سنداً لأنها دليل يستند إليه عند قيام المنازعة .

وما عداها يعد طرقاً غير مهيأة مقدماً ، ويهيئها صاحبها وقت قيام النزاع كالشهود والخبرة والمعاينة والقرائن واليمين فإنها تقدم بعد النزاع وفي مجلس القضاء .

والأدلة غير المهيأة مسبقاً يمكن أن تهيأ مسبقاً إذا أعدها صاحب الشأن كالشهادة ، والدليل المهيأ قد يصبح غير مهيأ إذا لم يعد ليكون دليلاً للإثبات مثل دفاتر التجار فقد أعدت لضبط معاملات التجار وتستخدم في الإثبات عرضاً .

وبعد أن عرفنا وسائل الإثبات ، وحصرنا عددها ، وبينا تقسيماتها يقف أمامنا سؤ ال في تحديد المكلف بتقديم الاثبات وإقامة الحجة لإظهار الحق ، وبعبار أخرى من هو المكلف بعب ء الإثبات ؟ هذا ما سنبحثه في الفصل التالي إن شاء الله تعالى .

---

(١) رسالة الأثبات : ٣ ص ٦١ ، موجز أصول الإثبات : ص ٣٣ .

(٢) الوسيط ٢ ص ٩٩ ـ ١٠٠ .

(٣) الوسيط : ٢ ص ١٠٠ ، رسالة الأثبات : ١ ص ٦٠ .

الفصل الثاني
في
عبء الإثبات

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول
في
تعريف عبء الإثبات وأهميته

إذا أردنا أن يكون القضاء صحيحاً وعادلاً فيجب أن يعلم القاضي الحادثة التي يريد الفصل فيها علماً منطبقاً على الواقع، وهذا العلم إما أن يحصل له مباشرة بأن يشاهد الحادثة بنفسه ويحيط بمعرفتها إحاطة كاملة، وإما أن يحصل له عن طريق غيره، بأن يقيم الدليل والبرهان على صحة الواقعة، وعلى صدق الدعوى، بحيث يستطيع أن ينقل صورة عنها إلى مجلس القضاء، ويتكفل بأن يقنع القاضي بذلك ليطلب منه الفصل في الواقعة، والحكم له بالحق المدعى.

ويقف أمام القاضي خصمان كل منهما يدعى الحق وينسبه إلى نفسه، وينازع في ادعاء الآخر فيه، والقاضي يفتقر إلى ما يرجح به جانباً على آخر، وذلك إما بترجيح أصلي، وإما بتقديم الحجة والدليل، وإلا كان ترجيحه بدون مرجح وهو باطل[1]، فأي الخصمين يقع عليه عبء الإثبات؟.

تعريف عبء الإثبات:

(١) قال الزركشي: في التزاحم على الحقوق لا يقدم أحد إلا بمرجح، (القواعد: ق ٥٧ب)

العبء لغة: هو الحمل والثقل من أي شيء كان، والإثبات إقامة الحجة(١)، وعبء الإثبات في الاصطلاح: هو تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والدليل على دعواه.

فإقامة الحجة والدليل من أحد الخصوم هو ما نقصده بعبء الإثبات، وهو تكليف وواجب وحمل يقتضى السعي في تحضيره وبذل الجهد في الحصول عليه، والمشقة في تحمله.

فمن هو المكلف بعبء الإثبات لا طلاع القاضي على الحقيقة وإعلامه بها، وكشف الستار عنها؟ وما هي القواعد المنظمة لذلك؟.

وقبل الإجابة على هذا السؤال نبين أهمية عبء الإثبات والأثر العظيم الذي يترتب على إلقاء العبء على أحد الخصوم دون الآخر.

أهمية عبء الإثبات:

إن معرفة القواعد في عبء الإثبات ذات أهمية عظيمة، لأنه يترتب على تكليف أحد الخصمين بالإثبات حكم ضمني من القاضي بتصديق الطرف الثاني، وترك محل الإثبات في يده، والاكتفاء بقوله، وترجيح جانبه على جانب الأول، فإذا تعذر على المكلف بالإثبات إقامة الحجة على دعواه، أو قدم دليلاً ضعيفاً، أو حجة واهية لا تقوى على إثبات الدعوى، خسر حقه مع احتمال صدقه، وصحة قوله، وترك الحق مع الآخر أو برىء من المدعى به.

ويظهر أثر ذلك خاصة إذا كان الحق المتنازع فيه غير مستقر وإنما في وضع مؤرجح بينهما، أو كان الحق غير ثابت لأحدهما أو كان محل الإثبات صعب المنال، فإن تكليف أحد الطرفين بإثبات حقه هو تهديد له فيه، بحيث إذا عجز عن إقامة البينة أو قصر في تهيئة الدليل المقنع، أو فشل في الإثبات الكافي حكم عليه القاضي، وسلب الحق منه.

وإن القاء عبء الإثبات على أحد الخصمين يؤثر في إجراءات الدعوى، وينير السبيل أمام القاضي في تمييز الخصوم، وطلب البينة على الدعوى التي رفعها أحدهما.

والإثبات واجب ثقيل على صاحبه ولذلك يسمى عبء الإثبات، ويسميه علماء القانون فدية الحق أو جزية الحق.

---

(١) العبء يجمع على أعباء وهي الأحمال والأثقال، وقال الليث العبء كل عمل من غرم أو حمالة، وعبء الأمر هيأه وصنعه، ومنه نقول وعبّأ الإثبات هيأه وجهزه (انظر القاموس المحيط: ١ ص ٢٢ ط ٣، تاج العروس: ١ ص ٩٤ ط ١، لسان العرب: ١ ص ١٨٨، الصحاح: ١ ص ٦٦، مختار الصحاح: ص ٤٠٧).

وعبء الإثبات بالإضافة إلى كونه واجباً فهو حق لصاحبه أيضاً، فإن من يرفع الدعوى ويطالب بالحق من غيره يحق له أن يثبت دعواه ويقيم الدليل عليها ليحكم له بها، كما أن من حقه استجواب الطرف الثاني وطلب اليمين منه.

وكل خصومة تعتمد على طرفين ، وإلقاء عبء الإثبات على أحدهما يقتضي قبل كل شيء معرفة المدعي منهما والمدعى عليه، وهذا موضوع المبحث الثاني.

المبحث الثاني
في
معرفة المدعي والمدعى عليه

إذا حضر الخصوم أمام القاضي وجب عليه أن يعرف من هو المدعي ومن هو المدعى عليه، لما يترتب على ذلك من تكليف أحدهما بالإثبات دون الآخر.

ومعرفة المدعي والمدعى عليه في غاية الأهمية، وتحتاج إلى دقة النظر، واعمال الفكر، والتأمل في حقيقة الحادثة المعروضة، والاستعانة بالقواعد الفقهية في التمييز بينهما، لأن علم القضاء يدور على ذلك، قال سعيد بن المسيب رضي الله عنه:

«أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما»، وفي عبارة أخرى: «من ميز بينهما فقد عرف وجه القضاء»[1].

فمتى تعين المدعي كلف بالإثبات، ولزمه الدليل، ويلتزم المدعى عليه بالصمت، ويكتفي منه بالإنكار مبدئياً، ويفترض فيه البراءة الأصلية، كما يترتب على تمييز المدعي من المدعى عليه حقوق وواجبات أخرى يضعها الشارع على كل منهما، كحق المدعي في الإمهال والتأجيل، دون المدعى عليه، والحكم بتبرئة المدعى عليه إذا لم يثبت المدعي حقه، وغير ذلك من الأحكام التي ذكرها الفقهاء في بطون الكتب[2].

وليس من السهل على القاضي معرفة المدعي والمدعى عليه، فليست العبرة بمن يرفع الدعوى، أو يطالب خصمه بحق، فهذا قد يتوفر في كلا الطرفين، فالعبرة للمعاني، لا للألفاظ والمباني،

---

(١) البهجة في شرح التحفة، التسولي: ١ ص ٢٥، تهذيب الفروق: ٤ ص ١١٨، المقدمات الممهدات، ابن رشد: ٢ ص ٣١٧، القوانين الفقهية، ابن جزيء: ص ٢٩٨، شرح النيل، محمد أطفيش: ٦ ص ٥٤٠.

(٢) قال محمد أطفيش في (شرح النيل: ٦ ص ٥٣٩) والمدعي والمدعى عليه ركنان، وذلك كالطبيب والمريض، فإن الطبيب إذا عرف علة المريض سهل عليه الدواء الموافق له، وإذا جهل العلة لم يهتد إلى الدواء، وقال المرغيناني في (الهداية: ٦ ص ١٣٨): ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وانظر المقدمات الممهدات ٢ ص ٣١٧).

والأساس هو حقيقة الدعوى، وطبيعة مزاعم كل من الخصمين، قال القاضي شريح: وُليتُ القضاء، وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إليَّ فيه، فأول ما ارتفع إليّ خصمان أشكل علي أمرهما، من المدعي؟ ومن المدعى عليه؟[1].

ومما يؤكد أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه ما ورد في الصحاح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول ﷺ قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[2] فوجب معرفة المدعي لنكلفه بالبينة، ومعرفة المدعى عليه لنطلب منه اليمين، وإلا طالبنا أحدهما بما يجب أن يطالب به الآخر، لوجود الاشتباه بينهما، وخالفنا الحديث الشريف، وتطبيق النصوص الشرعية.

أقوال الفقهاء في تمييز المدعي والمدعى عليه:

اجتهد الفقهاء في بيان الفرق بين المدعي والمدعى عليه، ووضعوا القواعد والضوابط في التمييز بينهما، ولكنهم اختلفوا في وضع الحد الفاصل، وتباينت عباراتهم في تعريف كل منهما، وتمييزه عن غيره، وجاء في المذهب الواحد أكثر من تعريف أو قاعدة، ونحن نذكر أهم هذه التعريفات والضوابط التي بينوها مع شرحها والتمثيل لها وبيان ميزاتها.

التعريف الأول:

المدعي: هو من إذا ترك الخصومة ترك، أو هو من لا يجبر على الخصومة إذا تركها.

المدعى عليه: هو من إذا ترك لم يترك، أو هو من يجبر على الخصومة.

وهذا أشهر تعريف عند الحنفية والإمامية[3]، قال المرغيناني وابن نجيم: وهو حد عام صحيح[4]، وقال الشوكاني[5]: إنه أسلم تعريف، وهو قول عند الشافعية ورجحه الماوردي

---

(1) تبصرة الحكام: ١ ص ١٢٤.

(٢) حديث حسن رواه البيهقي وغيره، وبعضه في الصحيحين، وخرجه الاسماعيلي في صحيحه ورواه الشافعي، (انظر جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ابن رجب الحنبلي: ص ٢٧٢، وما بعدها) وسبق تخريجه في صفحة ١٣.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٤، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٢، الدر المنتقى: جـ ٢ ص ٢٥٠، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٩١، التعريفات، الجرجاني: ص ١٤٠، كشاف اصطلاحات الفنون: ١ ص ٥٠٤، قارن معين الحكام ص ٥٢، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٢٢، المختصر النافع: ص ٢٨٣، أصول الإثبات الجعفري: ص ٢٣.

(٤) البحر ارائق: ابن نجيم: ص ١٩٣، الهداية: ٦ ص ١٣٨.

(٥) نيل الأوطار: ٨ ص ٣١٦.

والغزالي[1]، كما رجحه الأمير من المالكية[2].

فالمدعي هو الذي يطلب الحق من غيره ، سواء أكان عيناً أم ديناً، وسواء طلبه ابتداء برفع الدعوى أو انتهاء بالدفع ، فحق الطلب له، ويكون باختياره وحريته، وهو منشىء الخصومة، ولا يمكن لإنسان أن يجبره على طلب حقه من آخر لاحتمال أنه استوفاه منه أوأبرأه، أو أجله، أو أخذه منه بالمقاصة فإذا ترك الخصومة ابتداء أو لم يطلب حقه انتهاء فلا يجبر على ذلك ويترك وشأنه.

أما المدعى عليه فإنه يجبر على الخصومة ليؤدي حق صاحبه إذا ثبت عليه[3]، ولأن الشبهة قامت حول براءة ذمته، وأن التهمة أثيرت حول العين التي في يده،فلا يستطيع أن يترك الخصومة باختياره، ويجبر عليها لأنه أصبح خصماً في النزاع بغير إرادته للدفاع عن نفسه، أو لأداء الحق إلى صاحبه.

وهذا التعريف سليم في ظاهره، ولكنه يعترض عليه في بعض الحالات التي لا ينطبق عليها إلا بشيء من التأويل والتعديل ، نذكر منها حالتين:

١ ـ المودَع يدعي رد الوديعة، ويدعي عدم الضمان، وإذا ترك هذا الادعاء فلا يجبر عليه، فهو مدع بناء على التعريف السابق، مع أنه في الحقيقة مدعى عليه ويجبر على الخصومة، والقول قوله مع يمينه، فعليه اليمين باتفاق، واليمين حجة المدعى عليه بنص الحديث.

٢ ـ إذا قبض رجل من آخر مالاً ثم طلبه الدافع ، فقال الأول إنما قبضتها وفاء لدين لي، وقال الدافع أسلفتها لك، وأنكر الدين، فإن القابض هو الذي يترك وسكوته ويكون مدعياً.

وكذلك فإن الدفع ثابت، والأصل براءة الذمة من الدافع فالدفع يجعل القابض مشغول الذمة ويجبر على الخصومة ويكون مدعى عليه، وصار للقابض صفتان في آن واحد مدع ومدعى عليه[4].

وهذا التعريف إن صح شرعاً فلا يصح قانوناً، لأن المدعي إذا رفع دعواه وحضر الخصم، فليس للمدعي الرجوع عن الدعوى، ويجبر على السير فيها ولا يحق له تركها إلا

(١) الوجيز، الغزالي: ٢ ص ١٥٧، الحاوي: ١٣ ق ٤٣ب، مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٦٤، جواهر العقود، الأسيوطي: ٢ ص ٤٩٦، حاشية البجيرمى: ٤ ص ٣٣٧.

(٢) حاشية الأمير على المجموع: ٢ ص ٣١٦.

(٣) المرافعات الشرعية، محمد زيد الأبياني: ص ٥.

(٤) تبصرة الحكام: ١ ص ١٢٤، البهجة شرح التحفة، التسولى: ١ ص ٢٧، البحر الرائق: ٧ ص ١٩٣.

بموافقة المدعى عليه، لوجود حق للمدعى عليه في بيان الحقيقة، وأن الدعوى تصبح عقداً بين الطرفين، لا يحق لأحدهما فسخه باختياره.

التعريف الثاني:

المدعي من يتمسك بغير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر. وهذا أظهر تعريف عند الشافعية والزيدية[1]، وقول عند الحنفية[2]، والظاهر في اللغة هو الواضح والبين[3]، والمقصود به هنا ما هو بين وواضح للناس إما بموجب أصله، أو لأنه الغالب في الاستعمال أو المتعارف عليه في الحياة، أو المألوف في مجرى الأمور، فمن طالب آخر بدين فهو مدع لأن طلبه يخالف الظاهر وهو عدم الدين، لأن الأصل في الدين براءة الذمة، وتستمر براءة الذمة وتعتبر هي الظاهر حتى يثبت عكسها، ومن نازع عيناً في يد آخر كان صاحب اليد هو المدعى عليه، لأنه يتمسك بالظاهر، وهو أن اليد دليل المالك[4].

وإذا ادعت المرأة الطلاق من زوجها فهي مدعية، لأن قولها يخالف الظاهر والأصل وهو قيام الحياة الزوجية وبقاؤها حتى يثبت ما يزيلها.

واعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع، ومنقوض بالمودَع، فإنه مدعى عليه، ولا يتمسك بالظاهر، لأنه يدعى رد الوديعة وهذا غير ظاهر، لأن دعواه رد الوديعة يعني فراغ ذمته منها، وفراغ الذمة بعد انشغالها ليس بأصل[5].

والجواب على هذا الاعتراض أن المودَع يتمسك بالظاهر والأصل، لأنه يدعي رد الوديعة في الظاهر، ويدعي عدم الضمان في الحقيقة، لأنه يتمسك بالأصل وهو بقاء الأمانة

---

(١) مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٦٤، الإقناع: ٤ ص ٣٢٧، شرح المنهج مع حاشية الجمل: ٥ ص ٤٠٨، شرح المنهاج للمحلى: ٤ص٣٣٦، تحفة المحتاج، الرملى: ١٠ ص ٢٩٢، جواهر العقود: ٢ص ٤٩٦، قال الشيخ زكريا الأنصاري: هذا التعريف هو الأصح، (عماد الرضا في أدب القضا، له: ق ٣أ) وعبر الزيدية بقولهم بأن المدعي من معه أخفى الأمرين(البحر الزخار: ٤ ص ٣٨٦، نهاية المحتاج: ٨ ص ٣٣٩، التاج المذهب ٤ ص ٣، وقال ابن أبي الدم الشافعي: المدعي من يدعي أمراً باطناً خفيا، والمدعى عليه من يدعي أمراً ظاهراً جلياً، أدب القضاء: ص ١٥٠.

(٢) الهداية: ٦ ص ١٣٨، البحر الرائق،: ٧ ص ١٩٣.

(٣) المصباح المنير: ٢ ص ٣٤، المعجم الوسيط: ٢ ص ٥٨٤.

(٤) قال الشافعي رحمه الله أصل معرفة المدعي والمدعى عليه أن ينظر إلى الشيء في يده يدعيه هو وغيره فيجعل المدعي الذي تكلفه البينة، والمدعي عليه الذي الشيء في يده، ولا يحتاج إلى سبب يدل على صدقه بدعواه إلا قوله (الأم: ٦ ص ٢٣٧).

(٥) العناية على الهداية: ٦ ص ١٣٩، تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٩٣.

والأمين مصدق، وهو ظاهر، وليس في ذمته شيء من المال، ودعوى رد الوديعة لا يعني انشغال ذمته، ولكنه ينكر الضمان فقط، كما أن الشارع اعتبره متبرعاً في عمله ومحسناً لأخيه في حفظ الوديعة، فهو يستحق الشكر والثواب، قال تعالى﴿مَاعَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ سورة التوبة، الآية ٩١، ولا يغرم إلا عند إثبات الإهمال أو التعدى، كما أن صاحب الوديعة اعتبره أميناً وثقة في حفظ الأمانة من الأصل، فإن ادعى عليه الضمان وعدم الرد فيكون متناقضاً مع تصرفه، ومخالفاً للأصل المتفق عليه فيما سبق بينهما فلا يقبل إلا ببينة، وكذلك فلا يضمن المودَع إلا بإثبات التعدي، وإن مبادرة المودَع مثلاً برفع الدعوى، وادعاء التلف أو الرد هو من تمام أمانته وكمال إحسانه لاخراج العهدة من ذمته، وأداء الأمانة إلى صاحبها[١]

ويظهر من كلام الشافعية أن قصدهم من الظاهر الأصل والغالب ولذلك قال ابن حجر الهيتمي: والظاهر هو براءة الذمة[٢].

التعريف الثالث:

وهو تعريف الحنابلة بالجمع بين فكرتين أو تعريفين هما المطالبة مع حرية الترك، قال البهوتي: والمدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك، والمدعى عليه المطالب، وإذا سكت عن الجواب لم يترك بل يقال له أجب وإلا جعلتك ناكلاً، وقضيت عليك[٣].

فالمدعي من يتصف بصفتين كونه طالباً وكونه لا يجبر على الخصومة، ويجب توفر الصفتين، وإلا فليس كل طالب مدعياً.

التعريف الرابع:

وعرف الأصحاب من المالكية المدعي والمدعى عليه بعبارتين توضح الثاني منهما الأولى فقالوا في الأولى:

إن المدعي هو أبعد المتداعيين سبباً والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سبباً.

---

(١) راجع الوجيز للغزالي: ٢ ص ١٥٧، أدب القضاء، ابن أبي الدم: ص ١٥٤.

(٢) تحفة المحتاج، شرح المنهاج مع حواشي العلامتين: ١٠ ص ٢٩٣.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢٢٧، وانظر: منتهى الارادات: ٤ ص ٣٠٣، المغنى: ٩ ص ٢٧١، وقال مجد الدين ابن تيمية الحراني (٥٩٠ ـ ٦٥٢هـ): المدعي من إذا سكت ترك، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك، (انظر المحرر في الفقه، له: ٢ ص ٢١٨، ذيل طبقات الحنابلة، لابن رجب: ٢ ص ٢٤٩).

وقالوا في الثانية: ان المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، أي مجرد عنهما، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف.

وهذا تعريف الفقهاء من المالكية وإن اختلفت الألفاظ، وهو تعريف الإباضية أيضاً[1].

فالأصل هو الحالة العادية الثابتة التي لا تحتاج إلى دليل، والعرف هو ـ كما يقول الغزالي ـ ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة.

فالمدعي هو الذي يدعي أمراً يخالف الحالة العادية، والأمور الظاهرة، التي تتفق ومجرى الحياة وتألفها النفوس، ومن الأصول المقررة: أن الأصل في الأمور العارضة العدم، وفي الأمور الأصلية الوجود، ويتفرع عنها: الأصل براءة الذمة، والأصل سلامة المبيع من العيوب وهكذا.

ومن أمثلة ما وافق المدعي عليه الأصل وخالفه المدعي من ادعى على شخص ديناً، أو غصباً، أو جناية، فالأصل عدمها.

ومن أمثلة ما وافق المدعى عليه العرف من ادعى الشراء أو الهبة من حائز للمدعى فيه مدة الحيازة، فا لحائز مدعى عليه لأن جانبه تقوى بالحيازة، وكذا إذا تداعى قاض وجندي رمحاً تحت يدهما أولا يد لأحدهما عليه، فالعرف يوافق الجندي فهو مدعى عليه، والقاضي مدع[2].

والعرف والعادة والشبه والغالب معان متقاربة وأمور معهودة لدى الناس، وقد يكون المعهود بنص شرعي، ولذلك قال بعض المالكية: المدعى عليه من ترجح قوله بمعهود أو أصل[3].

ويعترض على هذا التعريف ادعاء المودع الرد أو التلف، وهو خلاف الظاهر مع أنه مدعى عليه ويصدق بيمينه.

---

(١) الفروق، القرافي: ٤ ص ٧٤، تهذيب الفروق: ٤ ص ١١٨، تبصرة الحكام: ١ ص ١٢٢، مواهب الجليل: ٦ ص ١٢٦، شرح النيل: ٦ ص ٥٤٠، قال أطفيش: المدعى عليه من تقوى قوله بعرف أو أصل، وقال: المدعى عليه من ادعى الأصل (أي الذي كان) والمدعي من ادعى حادثاً.

(٢) البهجة في شرح التحفة، التسولى: ١ ص ٢٥، قواعد الاحكام، العز بن عبد السلام: ٢ ص ٥٦.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ١٢٢، شرح المجموع للامير: ٢ ص ٣١٦، شرح الخرشى: ٧ ص ١٥٤، القوانين الفقهية: ص ٢٩٨، منح الجليل: ٤ ص ١٧١، مواهب الجليل: ٦ ص ١٢٦، الطريقة المرضية، جعيط: ص ٤٤، قال ابن عرفة في حدوده: ص ٤٧٠ « المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة، والمدعى عليه من اقترنت دعواه به » أي المدعي هو أن لا يكون مع دعواه ما يشهد لها عرفاً وهو المرجح.

هذه أهم التعريفات والقواعد في تمييز المدعي والمدعى عليه ، وقد وردت تعريفات كثيرة وضوابط متعددة لا بأس من ذكرها باختصار للاستعانة فيها عند اشتباه الأمور ، وغموض الوقائع ، وهي : -

قال سعيد بن المسيب : المدعي من قال كان ، والمدعى عليه من قال لم يكن [١] .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية [٢] : المدعي هو الطالب والمدعى عليه هو المطلوب (المادة ١٦١٣) ، وهذا رأي ابن عبد البر من المالكية قال [٣] : إذا أشكل عليك المدعي من المدعى عليه فواجب الاعتبار فيه أن ننظر هل هو دافع أو آخذ ، وهل يطلب استحقاق شيء على غيره أو ينفيه ، فالطالب أبداً مدع ، والدافع المنكر مدعى عليه .

وقال بعض الحنفية [٤] : المدعي من يلتمس قبلَ غيره عيناً أو ديناً أو حقاً ، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه .

وقال الإمام محمد رحمه الله في الأصل [٥] : المدعى عليه هو المنكر ، وهذا مأخوذ من الحديث الشريف « البينةُ على المدعي ، واليمين على المدعى عليه ، وفي رواية على من أنكر » فالمدعى عليه فسر بأنه المنكر ، وأيد الزيلعي هذا التعريف وقال [٦] : هذا صحيح غير أن التمييز يحتاج إلى فقه وحدة وذكاء .

وقال آخرون [٧] : المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه من يكون مستحقاً من غير حجة كصاحب اليد .

التعريف المختار :

هذه القواعد والضوابط والتعريفات التي نص عليها الفقهاء ، واجتهدوا فيها هي ضوابط ومعايير ليست جامعة ولا مانعة ، وإنما هي أمارات تنير السبيل أمام القاضي ، ويستعملها بثاقب

---

(١) القوانين الفقهية : ص ٢٩٨ ، تهذيب الفروق : ٤ ص ١١٨ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٤١ .

(٢) مرآة المجلة : ٢ ص ٣٦٩ .

(٣) القول المرتضى ق ١٢ أ ، تهذيب الفروق : ٤ ص ١١٨ .

(٤) تحفة الفقهاء : ٣ ص ٢٤٩ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٤ ، المرافعات الشرعية ، الشيخ محمد خاطر : ص ٥ .

(٥) الهداية وشروحها : ٦ ص ١٤٠ ، البحر الرائق : ٧ ص ١٩٣ .

(٦) تبيين الحقائق ، له : ٤ ص ٢٩١ ، وكذلك صححه قاضي زاده في كتابه (ملتقى الأنهر :٢ ص٢٥٠).

(٧) كشاف اصطلاحات الفنون : ١ ص ٥٠٤ ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة ، محمود حمزة : ص ٢٤٣ ، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية : ص ٦٣ .

نظره ، ليختار بعضها دون بعض وذلك حسب الواقعة ، وموضوع النزاع ، وحالة الأطراف ، وكل من الخصمين يصح أن يعتبر مدعياً من جانب ، ومدعى عليه من زاوية سواء كانت الزاوية كبيرة منفرجة أو صغيرة حادة ، فالمدعى عليه الذي يطالب بالجواب ولا يترك إذا سكت ، ويوافق قوله الظاهر ، هو مدعٍ أيضاً من جانب آخر بطلب دفع التعرض مثلاً ، وحقه في استمرار براءة ذمته ، والحفاظ على حسن سمعته .

ونرى أن تعريف المالكية يلتقي مع تعريف الشافعية ، ونرى ترجيحه لأنه أكثر اطراداً من غيره ، ونقول :

إن المدعي من يدعي خلاف الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر .

شرح التعريف :

إن المدعي هو الذي يخالف قوله ودعواه ظاهر الحال ، وإن المدعى عليه يوافق قوله الظاهر ، والظاهر هو البين الواضح ، ويكون البيان والوضوح في الظاهر على أنواع أربعة :

١ ـ أن يكون الظاهر بحسب الأصل ، فالظاهر في الدين براءة الذمة باعتبار الأصل ، والظاهر في العين أن اليد دليل الملك ، والأصل في الأمور العارضة العدم ، والأصل أن يضاف الحادث الى أقرب أوقاته ، قال ابن حجر الهيتمي الشافعي : الظاهر براءة الذمة [١] .

فإن الأصل في هذه الأمور جعلها ظاهرة وواضحة ومسلماً فيها فمن أراد أن يغير هذا الظاهر فهو المدعي ، ومن وافق قوله هذا الظاهر فهو المدعى عليه .

٢ ـ وقد يكون الظاهر بحسب تعارف الناس ، وتعاملهم به ، بحيث أصبح مقبولاً في أنفسهم ، ومسلماً في عقولهم ، دون حاجة إلى دليل ، فالظاهر في صداق المرأة عند الاختلاف هو مهر المثل وهو ما تعارفه الناس ، والظاهر بالعرف هو ما يعرف بالغالب ، ولذلك قال صاحب تهذيب الفروق[٢] : والعرف والعادة والغالب معان متقاربة وأمور معهودة لدى الناس ، ففي المثال السابق إذا ادعى أحد الزوجين صداقاً يساوي مهر المثل فيصدق قوله وهو مدعى عليه ، ومن يدعي النقص أو الزيادة فإن قوله يخالف الظاهر المعروف ويكون مدعياً ، ويطلب منه البينة على صحة قوله [٣] .

---

(١) شرح المنهاج مع حواشي العلامتين : ١٠ ص ٢٩٣ .

(٢) تهذيب الفروق : ٤ ص ١١٩ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٦٢ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٢٤ ، ص ٣٤٥ ، وهذه احدى الروايتين ، =

٣ - وقد يكون الظاهر ثابتاً عرضاً ، وهو الثابت بالبينة والحجة فإذا ادعى شخص على آخر ديناً ، فاعترف المدعى عليه بالدين ، أصبح الدين ثابتاً بالإقرار ، وكذلك إذا أنكر المدعى عليه الدين فأقام المدعي البينة وظهر الحق ، فقد ثبت الدين وأصبحت الذمة مشغولة ، فإن ادعى المدين الإبراء أو الوفاء فيجب عليه الإثبات ، لأنه يدعي خلاف الظاهر عرضاً بالبينة [١] ، ويكون صاحب الدين الثابت بالإقرار أو الحجة والبرهان مدعى عليه ومستصحباً لحال مشغولية الذمة ، لأن قوله يوافق الظاهر الثابت بهما ، ويكون مدعي الوفاء والابراء مخالفاً للظاهر فهو مدع ، فالمدعي الأول يتمسك هنا باستصحاب الحال ، وما ثبت بحال يبقى على حاله حتى يثبت ما يزيله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت عكسه ، والأصل هنا عمارة الذمة وثبوت شغلها ، فتبقى مشغولة باستصحاب الحال ، ومن يدعي شغل الذمة هو المدعى عليه لموافقة قوله للظاهر الثابت بالاستصحاب ، ويكون مدعي براءة الذمة هنا هو المدعي لأن قوله يخالف الثابت .

٤ - وقد يكون الظاهر معهوداً بنص شرعي ، وهو أن ينص الشارع على حكم شرعي مأخوذ من القرائن أو من أصل معين ، فمن تمسك بهذا الحكم الشرعي فهو مدعى عليه ، لأنه تمسك بظاهر شرعي ، ومن يدعي خلاف ذلك فقوله يخالف الظاهر ويكون مدعياً ، والمثال على ذلك اللعان ، فقد ورد النص على قبول قول الزوج الذي يدعي على زوجته ويتهمها بالفاحشة ، ويرميها بالبهتان فيقبل قوله ، ويصدق بيمينه أربع مرات ، وكذلك الأمين فقد جعل الشارع الأصل فيه الصدق ، ويقبل قوله مع اليمين ، وكذا كل من جعل الشارع القول قوله من ولي أو وصي أو وديع . .

والخلاصة :

أن الظاهر هو المعيار في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وأن المدعي من يخالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر . أي أن المدعى عليه ترجح قوله بالظاهر سواء كان ظاهراً بالأصل أو بالعرض أو بالغالب والعرف أو بالنص .

= والرواية الأخرى بتصديق الزوج مطلقاً لأنه المنكر والغارم ، والأصل براءة الذمة ، (تبيين الحقائق ، الزيلعي : ٤ ص ٢٩١) .

(١) انظر تبيين الحقائق ، الزيلعي : ٤ ص ٢٩١ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٠٣ ، المحلى ، ابن حزم : ٩ ص ٣٧١ ، الطريقة المرضية ، جعيط : ص ٤٤ .

الحكمة من اعتبار الظاهر أساساً في التمييز [1] :

من يُريد إثبات أمر خفي يريد به إزالة أمر جلي [2] .

٢ ـ تنظر الشريعة الغراء إلى الحقوق والوقائع على أنها ثابتة ومستقرة ، وأن هذا الاستقرار والثبات تحقق بمعهود أصلي أو بناء على الغالب من الأحوال أو على تعارف الناس ، كما ترى أن الأصل بين الناس الوفاق والتعاون والتفاهم ، وأما الخلاف والنزاع فأمران طارئان ، وفي ذلك حث على الفضيلة ، والتزام بالحق ، وعدم الاعتداء على حقوق الناس .

٣ ـ نصت مجلة الأحكام في (المادة ٧٧) على أن البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل ، أي أن قول المدعي يخالف الظاهر فيقدم البينة لإثبات خلاف الظاهر ، وأن قول المدعى عليه يوافق الأصل فيكتفى منه باليمين .

٤ ـ الظاهر لفظ يدل على ظهور الأمر مع احتمال عكسه وقبوله للتأويل والتغيير ، وأن الظاهر دليل ضعيف ، فإذا جاء دليل أقوى قدم عليه ، وهذا الظاهر المقبول قد يكون ظهوره لاعتماده على أصل أو عرف . . . ، ولم اعتبر الأصل في التمييز لأنني أرى أن الاعتراف للمدعى عليه بالأصل وإقراره عليه دعم له وتقوية وتثبيت ، فإذا قبلنا الإثبات خلاف الأصل فإن فيه إجحافاً بالأصل ومدلوله .

ونخلص من ذلك إلى أن المدعى عليه أقوى جانباً من المدعي ، وأنه يتمسك بسبب من الأسباب التي ترجح جانبه وهي الأصل أو العرف ، أو الاستصحاب أو النص الشرعي .

فالمدعى عليه هو أقوى الجانبين ، وهذا معنى تعريف المالكية الأول وهو « المدعى

---

(١) الظاهر هو الواضح ، والظاهر عند علماء الأصول هو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص ، (انظر : التعريفات ، الجرجاني : ص ٩٥ ، علم أصول الفقه ، خلاف : ص ١٦٢ ط ٨ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٢ ص ٩٥٧) ، والظاهر : هو ظهور المراد منه سواء كان مسوقاً له أولا ، (انظر : التوضيح على التنقيح : ١ ص ٤٠٨ ط ١ ، مسلم الثبوت : ٢ ص ١١ ط الكردي) ، كما يعرفون الظاهر بأنه ما دل على المعنى دلالة ظنية ، (عيون المسائل ، عبد القادر بن محمد الحسيني الطبري ص ١٢٨ ، تسهيل الوصول : ص ٨٤) .

(٢) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية : ص ٦٣ .

عليه أقوى المتداعيين سبباً ، والمدعي أضعفه » [1] .

ويمكن أن نطلق على هذه الحالات التي تقوي جانب المدعى عليه **بالمرجحات الأولية** ، وتعتبر هذه المرجحات هي الدعائم التي يعتمد عليها القاضي في ترجيح أحد الخصمين على الآخر ، ويكون هو المدعى عليه ، ويحكم على الطرف الثاني بعبء الاثبات .

المرجحات الأولية :

يلجأ الفقهاء والقضاة إلى المرجحات الأولية في ثلاث حالات ، وتكون هذه المرجحات هي المعول الرئيسي في يد القاضي في ذلك .

الحالة الأولى : الرجوع إلى المرجحات الأولية للتمييز بين المدعي والمدعى عليه ، لأن هذه المرجحات عبارة عن ظواهر أولية مسلمة تعتبر حجة للدفع ، فمن تمسك بها أو وافق قوله أحد هذه المرجحات فيكون معتمداً على حجة أولية تدفع عنه ادعاء الآخرين ، ويكون قوله موافقاً للظاهر ، ويسمى مدعى عليه ، ولا يكلف بالإثبات ، ولا يطالب بالحجة على حقه ، ويعتبر قوله صدقاً حتى يثبت عكسه ، ويكون الطرف الثاني الذي يخالف قوله الظاهر مدعياً ويلقى عليه عبء الإثبات ، ولا يسمع قوله ولا ادعاؤه إلا بعد الحجة والدليل والبرهان ، والبينة لإثبات خلاف الظاهر ، وهو الظاهر الضعيف من أصل أو دلالة حال ، والبينة تقام لإثبات خلاف ما تدل عليه المرجحات الأولية ، لأن الظاهر ثابت بنفسه مع احتمال خلافه ، وهذا الاحتمال يحتاج إلى مرجح وهو البينة ، فصاحب الظاهر لا يحتاج إلى سلاح يدفع خصمه ، ولكن يكلف الخصم أن يأتي ببرهان أقوى من حجة الأول ، ليثبت تغير حالة الأصل العامة ، وهذا يوجب إلقاء البينة على المدعي المهاجم ، وليس على المدعى عليه المدافع [2] .

الحالة الثانية :

اعتبر كثير من الفقهاء المرجحات الأولية من الأسباب والعوامل التي يرجح فيها أحد الدليلين على الآخر ، ويقدم بها بينة على أخرى إذا اقترن بالأولى مرجح أولى ، ولذلك قال كثير من الفقهاء وهم الشافعية والمالكية والإمامية في قول بترجيح بينة المدعي لأنه صاحب اليد .

---

(١) حاشية حجازي على المجموع : ٢ ص ٣١٧ .

(٢) المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٦٥ .

فالمرجحات الأولية أسباب لترجيح البينات المتعارضة كما سنرى ذلك في فصل التعارض والترجيح .

الحالة الثالثة :

إذا لم يكن الجمع بين البينات ولا الترجيح فيها ، سقطت البينات ، وأصبحت الدعوى عارية عن الحجج ، وهنا يلجأ القاضي من جديد الى المرجحات الأولية ليعتمد عليها في إنهاء الدعوى أو القضاء بها . كاستصحاب الأصل ، أو ترك المدعى به مع صاحب اليد .

واكمالاً للفائدة نعرف كل سبب من هذه الأسباب التي تؤدي الى ترجيح جانب المدعى عليه .

المرجح الأول : الأصل :

الأصل في اللغة : الأساس الذي يقوم عليه غيره ، أو ما يبتنى عليه غيره [1] .

والأصل عند الفقهاء والأصوليين [2] يطلق على معان أحدهما الدليل ، والثاني القاعدة الكلية والثالث الراجح أي الأولى والأحرى ، والرابع المستصحب .

والمراد به هنا : هو ما أدرك بالعقل والحس [3] ، أي بدون حاجة إلى دليل وبرهان ، أو هو كما قلنا سابقاً : هو الحالة العادية الثابتة التي لا تحتاج إلى دليل ، فمن تمسك بأصل من الأصول فلا يكلف بالإثبات ويقبل قوله مع يمينه ويكون هو المدعى عليه . والأمثلة على ذلك كثيرة :

ـ الأصل في الدين براءة الذمة : فمن ادعى على آخر ديناً فأنكر المطلوب كان المنكر هو المدعى عليه ، ويعتبر قوله بيمينه لموافقته الأصل ، وعلى المدعي أن يثبت الدين ، لأنه خالف الأصل ، لأن الانسان يولد خالياً من الديون والالتزامات ، ويبقى كذلك حتى يثبت شغل ذمته [4] .

---

(١) أصل الشي ء أساسه الذي يقوم عليه ومنشؤه الذي ينبت منه ، وأصل الشي ء أسفله ، وجمعه أصول ، وأصّل الشي ء قتله علماً فعرف أصله ، (انظر : المعجم الوسيط : ١ ص ٢٠ ، الصحاح ، الجوهري : ٤ ص ١٦٢٣ ، لسان العرب : ١١ ص ١٦ ، المصباح المنير : ١ ص ٢٠) .

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون : ١ ص ٨٥ ، وعرفه الزركشي بقوله : هو القاعدة المستمرة بالأصل أو بالاستصحاب (القواعد ، له : ٦١ أ) .

(٣) الإحكام في أصول الأحكام ، ابن حزم الأندلسي : ١ ص ٣٩ .

(٤) المهذب ، الشيرازي : ٢ ص ٣١١ ، البهجة : ١ ص ٢٦ ، المادة ٨ من مجلة الأحكام ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٥٣ ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٢٩ ، أصول الاثبات الجعفري : ص ١٩٦ .

ـ الأصل في الأمور العارضة العدم ، وفي الأمور الأصلية الوجود . ومن فروعها الأصل براءة الذمة ، والأصل سلامة المبيع من العيوب ، فإذا اختلف الشريك والمضارب فأنكر المضارب الربح قبل قوله ، لأن الربح عارض والأصل عدمه ، وإذا ثبت الدين بإقرار أو بينة وادعى الأداء أو الابراء فالقول للدائن لأن الإبراء والأداء عارض بعد الثبوت ، والأصل فيه العدم (١) .

ـ الأصل الصحة والعقل : فمن زعم المرض أو الجنون فهو مدع خلاف الأصل وعليه البينة ، وذلك في الإرث من الطلاق البائن عند القائلين به إذا أنكر الورثة ، وفي إقرار المريض عند من يفرق بينه وبين إقرار الصحة ، وفي التصدق في مرض الموت ، وهل يعتبر من الثلث ؟ وتصرف الشخص بعد الجنون أو قبله فالأصل هو العقل ، ومن يدعي خلافه فعليه البينة وهو مدعٍ .

ـ الأصل في الأعيان والأماكن أنها سالمة من القيود والحقوق المترتبة عليها ، فمن ادعى عيناً في يد آخر فأنكر فعليه البينة لأن اليد والحيازة دليل الملك ، ومن ادعى ارتفاقاً فعليه الإثبات ، لأن الأصل سلامة العقار عن قيود الارتفاق .

ـ الأصل في العقود الصحة : فمن ادعى الفساد فعليه الإثبات ، ويكون القول قول مدعى الصحة مع اليمين ، قال الزركشي : عملاً بالظاهر (٢) .

المرجح الثاني : العرف :

العرف هو ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمة ، فإذا استقر في نفوس الناس وضع معين أو عادة أو تعامل أو ظرف أو لفظ أو عمل ، فإن هذا الاستقرار يولد حالة ظاهرة بين الناس ، يألفون تكررها ، ويستسلمون لمدلولها ومفهومها وظروفها ، وتكون هذه الحالة الظاهرة مرجحاً لمن يتمسك بها ، لأن العرف في الشرع له اعتبار في كثير من المسائل ، وهو من الدعائم التي يستند إليها الفقه في معرفة أسباب الأحكام وترتيب النتائج عليها ، وله سلطان كبير في الاستنباط والاستدلال وتشريع الأحكام كالكبر والصغر والكثرة والقلة في الأقوال والأفعال والأوصاف وفي ثمن المثل في البيع وفي معرفة العيوب والتعدي ومهر المثل والكفاءة في النكاح وتعيين المفروض من المؤنة والكسوة في النفقات ، واستندوا

---

(١) مرآة المجلة : ١ ص ١١ ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٥٧ ، ٥٨ ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٣١

(٢) القواعد ، الزركشي : ق ٢٣ أ ، شرح المحلى : ٢ ص ٢٤١ ، أصول الإثبات الجعفري : ص ٢٠٣ .

إلى العرف في مقادير الحيض والطهر في الصلاة وفي العدد ومدة الحمل في النسب وفي فهم الألفاظ في الأيمان والوقف والوصية والطلاق [1] .

والعادة في هذا الخصوص كالعرف ، وقد عرّفها ابن نجيم في « الأشباه والنظائر » فقال : العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع امتثله .

الحيازة : من حازَ شيئاً مدة تكون الحيازة فيها معتبرة ، والمدعي حاضر وليس له عذر في سكوته ثم يدعي على الحائز ، كان القول قول الحائز مع يمينه ، لأنّ الظاهر والغالب يؤكد جانبه ويقوي حيازته [4] .

اليد : اليد ترجح كون الشي ء لصاحبها ، لأن الظاهر من اليد الملك فيرجح جانب صاحب اليد ، ويصدق بيمينه ويحكم له به ما لم تثبت البينة خلاف ذلك [5] .

وكذا يقبل قول المرأة في الإصابة إذا خلا بها الزوج خلوة اهتداء، ويحكم عليه بالصداق، وإن كان منكراً للوطء، لأن الخلوة بها يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل إليها، والظاهر من الخلوة الإصابة غالباً، والأصح عند الشافعية[6] تصديق المنكر لأن الأصل عدم الاصابة.

وإذا اختلف عطار وصباغ وتداعياً مسكاً وصبغاً فالعطار مدع في الصبغ ، وما ى عليه

---

(١) انظر تفصيل هذا الموضوع بشكل واف في (رسالة العرف والعادة في رأي الفقهاء ، لفضيلة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة : ص ١٢٩ ـ ١٩٣ ، المدخل الفقهي العام : ٢ ص ٨٤٧ ، الطريقة المرضية ، جعيط ص ٥٢) .

(٢) الأشباه والنظائر : ص ٤٦ ، العادة أعم من العرف ، فتشمل العادة الفردية والعامة ، وقد يفرق بينهما باستعمال العادة في الأفعال ، والعرف في الأقوال ، وقيل إنهما مترادفان ، (انظر : كشاف الصطلاحات الفنون : ٢ ص ٩٥٨) ، وانظر : رسالة العرف والعادة ، أبو سنة : ص ١٣ .

(٣) البهجة : ١ ص ٢٧ .

(٤) تبصرة الحكام : ١ ص ٣١٢ ، قال جعيط : ومن الفروع المبنية على العادة القضاء بشهادة الحيازة على الملك إذا توافرت شروط الحيازة وهي وضع اليد على الشي ء المحوز ، ونسبته إليه ، وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه ، وطول المدة ، وعدم المنازعة مع الحضور والمشاهدة وعدم قيام مانع ، (الطريقة المرضية : ص ٤٧) .

(٥) كشاف القناع : ٤ ص ٢٢٨ ، الحاوي ، الماوردي : ١٣ ق ٤٦ أ .

(٦) تبصرة الحكام : ١ ص ٣١١ ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٦٥ .

في المسك ، والصباغ بالعكس ، لأن العرف الظاهر يرجح ذلك لاقتناء كل منهما ما يتعلق بمهنته (١) .

فالعرف يساعد القاضي في معرفة المدعي من المدعى عليه ، وأن الشخص الذي يؤيده العرف مدع ويرجح قوله لقوة جانبه .

يقول الشيخ أبو سنة : يرجح القاضي من يكون القول له من المتداعيين لقوة جانب من يشهد له العرف، لأنه متمسك بالظاهر وما هو الأصل(٢).

فمن شهد له العرف فيكون مدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر والأصل ، ويعتبر القول قوله ، ولا يكلف بالبينة ، فإن أحضر الطرف الآخر بينة حكم به بها ، لأن البينة أقوى من الظاهر والعرف ، فالبينة لإثبات خلاف الظاهر ، وإذا عجز عن إحضار البينة صدق المدعي وترجح جانبه ويحكم له القاضي مع يمينه (٣) ، والأمثلة على ذلك كثيرة جداً منها اختلاف الزوجين في متاع البيت فيرجح قول كل منهما فيما يصلح له عند الجمهور خلافاً للشافعية ، ومنها اختلاف ملاح وتاجر في سفينة فيها دقيق ، واختلاف العطار والدباغ في العطر وآلة الدباغة ، وغير ذلك من الأمثلة التي سبق ذكرها مع الشرح والتوضيح في فصل القرائن .

المرجح الثالث : الاستصحاب :

هو عبارة عن ابقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير (٤) . وهو مرجح في الدفع وإبقاء الحال على ما كان عليه ، ولا يصح حجة للاستحقاق ولذلك فمن ثبت له حق في حالة فيحكم باستمرار هذه الحالة له بناء على ثبوتها في وقت سابق ، لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاؤه ، فهو حجة ظنية شأنه شأن بقية المرجحات التي تقوي جانب المدعى عليه ، حتى يثبت عكس ذلك (٥) .

---

(١) تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٥ .
(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء ، له : ص ١١٧ .
(٣) المصدر السابق : ص ١١٨ ، ١١٩ .

(٤) التعريفات ، الجرجاني : ص ١٣ ، ١٤ ، وقال السيوطي هو استصحاب الماضي إلى الحاضر وأما استصحاب الحاضر إلى الماضي فهو الاستصحاب المقلوب ، (الأشباه ص ٧٦) ، وعرفه ابن بدران بأنه اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال ، أو هو ظن دوام الشيء بناء على ثبوت وجوده قبل ذلك . وهذا الظن حجة عند الاكثرين منهم مالك وأحمد والمزني والصيرفي وإمام الحرمين والغزالي وجماعة من أصحاب الشافعي ، (المدخل إلى مذهب أحمد ، ابن بدران : ص ١٣٣) .

(٥) منهاج الوصول ، البيضاوي : ص ٩٦ ، مختصر ابن الحاجب : ٢ ص ٢١٧ ، أصول الإثبات الجعفري :

فإذا ثبت النكاح والملك والحق في حال سابقة وجب على الحاكم أن يحكم باستصحاب الحال وبقائه على ما كان (١) .

وإذا أثبت المدعي شغل ذمة المدعى عليه بما ادعاه في زمن مضى اعتبرت ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين إلى الآن بحكم الاستصحاب ، لأن الاستصحاب حجة لابقاء الثابت ، ويكون المدين مدعياً في الوفاء والإبراء وغيرهما لأن قوله يخالف الظاهر ، ويكون الدائن مدعى عليه ، ومصدقاً في عدم الوفاء والإبراء ، لأن قوله ترجح بثبوت الدين ، وتبقى الذمة مشغولة استصحاباً لشغلها الثابت فيما مضى (٢) .

وكذلك إذا غاب الرجل عن أهله ووطنه فترة طويلة فإن حياته ثابتة ومستقرة بالاستصحاب في استمرار زوجيته وعدم توزيع إرثه ، ولكنه لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن كحقه في الإرث من غيره .

ولو مات عن ابنين مسلم ونصراني ، فقال كل منهما مات على ديني فإرثه لي ولا بينة ، فيصدق من كان على دينه قبل ذلك مع اليمين ، لأن الأصل بقاء كفره أو إسلامه ، والأ خر يدعى انتقاله عنه ، والأصل عدمه (٣) .

المرجح الرابع : المعهود الشرعي أو الظاهر بالنص (٤) :

وهو ما يعبر عنه الفقهاء بعبارتهم القول لمن ؟ فالشارع الحكيم ينص على حالات خاصة لاعتبارات معينة تتعلق بأصحابها فيقبل قولهم ويفترض صدقهم حتى يثبت عكس ذلك ، وهذه النصوص ترجح جانب من وضعت له ، ويعتبر مدعى عليه ويقبل قوله مع يمينه ، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يكلف بالإثبات .

ونضرب أمثلة لذلك :

= ص ١٩٨ ، رسالة في الاستصحاب ، ابن نجيم ق ٦٩ ب ، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٦٨٣ ، الأشباه ، ابن نجيم : ص ٣٧ ، رد المحتار : ٥ ص ٥٥١ .

(١) الأشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٩٥ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٠٣ .

(٢) طرق القضاء ، أحمد ابراهيم : ص ١٦ ، المهذب : ٢ ص ٣٠٣ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٩١ ، التاج المذهب ٤ ص ٩ ، تبيين الحقائق ، الزيلعي : ٤ ص ٢٩١ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٠١ .

(٣) مغني المحتاج : ٤ ص ٤٨٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٢٢٤ ، الهداية ٥ ص ٥١٥ .

(٤) نلاحظ أن الشارع اعتبر جميع ما ورد في المرجحات الأولية وهي الاصل والعرف والغالب والاستصحاب وقرائن الأحوال ، وإنما أفردت هذا القسم بهذا الاصطلاح لأنه ورد فيه نص خاص بنوعه أو بجنسه .

١ ـ الأمين مصدق ، فيقبل قول الأمناء كالوصي والولي والملتقط والوديع لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت مصالحهم ، ويصعب عليهم حفظها ، لأننا إذا لم نصدق قول الوصي في الرعاية على اليتيم وحملناه مسؤولية الإثبات في الهلاك والإتلاف والرد والإنفاق فقد نرهق كاهله ويمتنع عن قبول الوصاية، كما يمتنع الناس عن رعاية الأيتام، وإذا ادعى المودع رد الوديعة فالقول قوله مع يمينه، وقد ترجح قوله لأن المودع استأمنه، والأمين مصدق[١].

٢ ـ اللعان إذا قذف رجل امرأته واتهمها بالزنا فيقبل قوله مع الأيمان ، ذلك لأن الزوج حريص على حفظ عرضه ، وصيانة شرف زوجته . والغالب أنه لا يقدم على قذف امرأته إلا إذا كان متأكداً من ذلك فيقبل قوله ، ولا يكلف بالإثبات المطلوب من القاذف بإحضار الشهداء [٢] .

والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ والذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إلا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ باللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ سورة النور ، الآية ٦ .

وقد اتفق المفسرون على سبب نزولها وهو أن عويمر العجلاني سأل النبي ﷺ فقال : يا رسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ؟ ان تكلم تكلم بأمر عظيم ، وان سكت سكت على مثل ذلك ، فنزلت الآيات [٣] ، وفي البخاري أيضاً أن هلال بن أمية لما قذف امرأته قال له الرسول ﷺ « البينةُ أوحَدٌ في ظَهرك ، فنزلت الآيات [٤] .

فالقاعدة العامة أن القذف يجب عليه أن يقدم الدليل على القذف بالزنا ، وإلا ثبت عليه حد القذف ، فنزلت الآية التي تعفي الزوج من ذلك ، ويقبل قوله مع الأيمان .

٣ ـ القسامة :

فيرجح قول المدعين المطالبين بالدم ، ويطلب منهم اليمين عند الجمهور خلافاً للحنفية ، والأصل فيها السنة الثابتة « تَحلفون وتَستَحِقون دَم صاحبكم » [٥] وما رواه

---

(١) أحكام الأحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص ٢٩٧ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٦ ، ٣١٢ شرح الخرشي : ٧ ص ١٥٥ ، أصول الاثبات الجعفري : ص ١٩٧ ، القواعد ، ابن رجب ص ٣٣٩ ، التكميل ص ١٢ .

(٢) أعلام الموقعين : ١ ص ١٠١ ، الفروق : ٤ ص ٧٦ ، البهجة ، التسولى : ١ ص ٢٧ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٦ .

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندي : ٣ ص ١٠٦ ، مختصر صحيح مسلم : ١ ص ٢٢٧ ، نيل الاوطار : ٦ ص ٣٠٠ ، سنن النسائي : ٦ ص ١٣٩ ، سنن أبي داود : ١ ص ٥٢٠ ط الحلبي ، المستدرك ، ٢ ص ٢٠٢ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي : ٤ ص ٣٨٨ ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٦٧ .

(٤) صحيح البخاري مع حاشية السندي : ٢ ص ٧٢ ، سنن النسائي : ٦ ص ١٤١ .

(٥) سبق تخريجه في صفحة ٥٢٩.

الدارقطني أن رسول الله ﷺ قال « البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر إلا في القسامة » (١) .

وإنما ترجح قول المدعين لأن جانبهم تقوى باللوث ، فيقبل قولهم ، ويحلفون ويستحقون (٢) .

٤ ـ المفقود :

وهو الغائب الذي لا تعرف حياته من موته ، والقاعدة أن يعتبر حياً عملاً بظاهر الحال واستصحابا لأصل حياته ، فتظل أمواله على ملكه ، ولا تنتقل إلى ورثته ، وتبقى زوجته في عصمته ، ومن ادعى وفاته لتوزيع إرثه أو اعتداد امرأته فيجب عليه إثبات الوفاة ، وهذا عند الجمهور (٣) ، وقال المالكية إذا غاب أربع سنوات يعتبر ميتاً ، لما ورد في الأثر عن سيدنا عمر رضي الله عنه ، وقد تبنى قانون الأحوال الشخصية هذا الرأى ، وأعفى مدعي الوفاة من عب ء الإثبات .

حقيقة المرجحات الأولية وقوتها في الإثبات :

قلنا ان المدعى عليه هو من ترجح قوله ، وقوى جانبه بسبب من الأسباب السابقة بأن يوافق الظاهر سواء كان ظاهراً بالأصل أو بالعرف والغالب أو بالاستصحاب أو بنص شرعي ، فهل تعتبر هذه المرجحات أدلة في الإثبات ، وما هي قوتها في الدلالة ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الأول : اعتبار هذه المرجحات دليلاً في الإثبات ، ويحكم بها ولا تحتاج إلى يمين ، وهو قول الظاهرية وبعض المالكية وقالوا إنها كالشاهدين (٤) .

الثاني : اعتبار هذه المرجحات حجة ضعيفة في إبقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يزيله ، وأنها حجة في البقاء لا في الاستحقاق .

وهذا قول الجمهور والمشهور عند المالكية ، وأنه يجب توجيه اليمين عند المنازعة فيما

---

(١) نيل الأوطار : ٧ ص ٤٢ ، نصب الراية : ٤ ص ٩٦ ، جامع العلوم والحكم ، ابن رجب ص ٢٧٣ .

(٢) القواعد ، الزركشي : ق ٢٩٠ ب ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٦ ، ٣١٥ ، أعلام الموقعين : ١ ص ١٠١ ، الفروق : ١ ص ٧٦ .

(٣) المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٥٨ ، حقوق الاولاد والأقارب ، حسيني حنفي : ص ٣٩٠ .

(٤) انظر البهجة ، التسولى : ١ ص ٢٦ ، وتهذيب الفروق : ٤ ص ١٢١ نقلاً عن البرزلي ، المحلى : ٩ ص ٤٣٦ .

تشهد به هذه المرجحات [١] .

والحقيقة أن الظاهر يثبت بقاء ما كان على ما كان ، وأنه يحافظ على الوضع القائم ويدفع عنه ، ولذلك جاء في قواعد النسفي الحنفي « الظاهر يدفع الاستحقاق ، ولا يوجب الاستحقاق » [٢] أي أنه لا يقوى على كسب الجديد أو إثبات الخفي ، وقال البهوتي : الظاهر لا تثبت به الحقوق بل ترجح به الدعوىَ [٣] .

وهذه المرجحات تقصر أمام قوة وسائل الإثبات الشرعية والتي تثبت خلاف الظاهر وتكشف الأمور الخفية ، وأوجب الشارع الحكم بموجبها ، والاستحقاق بها ، فهي تقدم على المرجحات الأولية عند التعارض باتفاق المسلمين [٤] .

كما أن هذه المرجحات لا تقوى لئن تكون بمثابة بينة كاملة ، ولو عند عدم التعارض ، ولا يكتفى بها للقضاء والحكم ، ويلزم أن يقترن بها اليمين ، وان الاكتفاء بها كما قال بعض المالكية دون يمين يخالف الحديث الشريف الذي ينصّ على طلب اليمين من المدعى عليه ، والمدعى عليه هو من وافق قوله عرف أو أصل ، فالمطلوب إذن شيئان : اليمين مع توفر العرف أو الأصل [٥] .

فالمرجحات الأولية يقتصر دورها في ترجيح جانب أحد الخصمين على الآخر ، والتمييز بينهما ، لمعرفة المدعي منهما من المدعى عليه ، ويكلف المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين [٦] .

ولكن إذا تمسك كل منهما بمرجح من أصل أو عرف أو غير ذلك فقد حصل التعارض .

---

(١) الطريقة المرضية ، جعيط : ص ٥١ ، والمراجع السابقة في البهجة والفروق ، العرف والعادة : ص ١١٩ .

(٢) المدخل ،محمد مصطفى شلبي : ص ٢٣٣ ، وانظر رد المحتار : ٥ ص ٥٥١ ، الضوء اللامع ، الحمزاوي : ص ٧ ، قال : الأصل أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق .

(٣) كشاف القناع : ٤ ص ٢٢٨ .

(٤) القواعد ، الزركشي : ق ٦٢ ب ، القواعد ، ابن رجب : ٣٤٨ .

(٥) قال العز بن عبد السلام : ولا نجتزى بمجرد استصحاب المال حتى نضم إليها ظناً مستفاداً من سبب آخر ، كتحليف المدعى عليه فيما هو في يده ، فإن يده دالة على صدقه وكذلك يمينه ظاهرة في الدلالة على صدقه ، إذ الغالب ممن يعرف الرب سبحانه أنه لا يتجرأ على الحلف به كاذباً . . وكتحليف المدعى عليه بحق يتعلق بذمته أو ببدنه فإن الأصل براءته منهما ، ولا نكتفي بالظن المستفاد منه حتى يضم إليه المستفاد من يمينه ، (انظر : قواعد الأحكام : ٢ ص ٥٧) .

(٦). يقول الشيخ أحمد أبو سنة : أما القضاء بمجرد العرف بلا يمين فلا يصح ، لأنه قضاء بمجرد الظاهر ، والظاهر لضعف دلالته على الحق واحتمال غيره معه احتمالاً قوياً لا يصلح حجة للإثبات ، اللهم إلا في أشياء يدل العرف فيها على الحق دلالة واضحة بحيث تقرب من القطع ويضعف معها الاحتمال . . ، (العرف والعادة : ص ١١٩) .

تعارض المرجحات الأولية : [1]

كثيراً ما يستند كل طرف من أطراف النزاع إلى مرجح من المرجحات فقد يتمسك كل منهما بأصل أو يتمسك أحدهما بأصل والآخر بعرف أو غالب ، أو يتمسك أحدهما بأصل أو عرف ويقيم الآخر بينة شرعية ، فما هو الحكم ؟ وأيهما يرجح ؟

اتفق الفقهاء على حالتين واختلفوا فيما عداها ونذكر بعضاً منها :

الحالة الأولى :

إذا تعارضت المرجحات الأولية مع وسائل الاثبات الشرعية بأن تمسك أحدهما بأصل أو عرف أو استصحاب حال ، وأقام الآخر بينة من شهادة أو كتابة ، فقد اتفق الفقهاء على ترجيح صاحب الإثبات ، وقالوا بالحكم بالبينة بالإجماع [2] ، فيحكم بالبينة للمدعي على المدعى عليه ، وإن كان المدعى عليه متمسكاً بالظاهر ، وهذا يتفق مع القاعدة الأساسية في الإثبات وهي أن البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لابقاء الأصل ، كما يتفق مع تعريف المدعي والمدعى عليه ، بأن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، والمدعي من يخالف قوله الظاهر ، فإذا أثبت المدعي دعواه ، وأقام عليها البينة ، وكشف عن خطأ الظاهر حكم له بالبينة .

وهذا الحكم صحيح بترجيح بينة الإثبات ولو تقوى جانب المدعى عليه بمعهود شرعي كإثبات اللعان ورد الأمانة .

---

(١) ليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد في الترجيح فإن هذا كلام متناقض ، بل المراد بالتعارض ما يتخيله الناظر في ابتداء نظره لتساويهما فإذا حقق فكره رجح ، (الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٦٨) ، وقال القرافي : يقع التعارض في الشرع بين أصلين وظاهرين وأصل وظاهر ودليلين وبينتين ويختلف العلماء أيهما يقدم ، فالأصل نحو زكاة الفطر عن العبد الذي انقطع خبره ، الأصل بقاء حياته والأصل عدم وجوب الزكاة ، والمقتول ملفوفاً فينازع في حياته قبل الجناية الأصل بقاء حياته ، والأصل البراءة من القصاص ، والظاهر أن اختلاف الزوجين في متاع البيت كل منهما يده ظاهرة في الملك ، وشهادة العدلين منفردين برؤية الهلال الظاهر صدق العدل والظاهر عدم خفاء ذلك على الناس مع الصحو وكثرة الجمع قبلها مالك وردها سحنون ، والأصل والظاهر كالمقبرة القديمة الأصل عدم النجاسة والظاهر اختلاط ترابها بصديد الأموات وفضلات بطونهم ، (انظر : الذخير : ٥ ص ٦) مخطوط بدار الكتب رقم (ب ١٩٧٨٣) .

(٢) القواعد ، الزركشي : ٦٢ ب ، البهجة في شرح التحفة : ١ ص ٢٦ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٣ ، المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٦٠ ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٦٤ ، القواعد ، ابن رجب : ٣٣٩ ، تهذيب الفروق : ٤ ص ١٢٠ ، الحاوي ١٣ ق ٤٦ أ .

الحالة الثانية :

إذا تعارض أصلان ، بأن استند كل خصم إلى أصل من الأصول وتقوى جانبه به ، فاتفق الفقهاء أيضاً على ترجيح صاحب الأصل الذي يعتبر أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره ، وترجيح الأصل الذي تؤيده قواعد أخرى تتعلق بموضوع القضية ، فمن ترجح قوله بأصل آخر أو بوجه من وجوه النظر فهو مدعى عليه والآخر مدع [1] ، وإذا لم يترجح أحدهما على الآخر بمرجح فعند الشافعية قولان وكذا عند الحنابلة .

ونضرب أمثلة لذلك :

أ ـ إذا اختلف المودِع والمودَع في رد الوديعة ، فإن المودَع يتمسك بأصل براءة الذمة ، كما أن المودِع يتمسك بأصل عدم الرد ، وأن الرد عارض ، والأصل في الامور العارضة العدم .

وقد اتفق الفقهاء على ترجيح جانب المودَع بأصل آخر وهو أن الأصل في الأمين الصدق وعدم الضمان فيرجح جانبه ويقبل قوله مع اليمين حتى يثبت المودع وهو المدعي عكس ذلك [2] .

ب ـ دعوى المستأجر والمؤجر للدار أنها انهدمت فقال المستأجر استمرت ثلاثة أشهر ، وقال المؤجر شهران ، فالمستأجر يتمسك بالأصل وهو براءة ذمته من الأجرة فيستصحب ذلك ، والمؤجر يتمسك بأصل انشغال الذمة بالعقد الذي أوجب ديناً في ذمة المستأجر ويستصحب ذلك [3] ، ولكن استمرار العقد أكثر تعلقاً بموضوع النزاع فيرجح .

وكثيراً ما يختلف الفقهاء فيما يعتبر أصلاً، فالمالكية [4] يعتبرون أن الأصل في رد مال اليتيم أن يكون بالإشهاد لقوله تعالى : ﴿فإذَا دَفَعْتُمْ إلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ فأشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ سورة النساء، الآية ٦، فإذا ادعى الوصي الرد بدون إشهاد فلا يقبل قوله، ولا يصدق وعليه البينة، وقال الجمهور: الإشهاد ليس أصلاً في الرد ، فإذا ادعى الوصي الردَّ فإنه يصدق.

---

(١) القواعد ، الزركشي : ق ٦٦ ب ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ص ٦٨ ونقل عن ابن الرفعة الشافعي قال : ولو كان في جهة أصل ، وفي جهة أصلان جزم لذي الأصلين ، ولم يجز الخلاف ، (وانظر : القواعد ، ابن رجب : ص ٣٣٥ ، ٢١٨ ، أصول الاثبات الجعفري : ص ٢٠٧) ، وقال ابن رجب (ص ٣٣٥) : قاعدة إذا تعارض أصلان عمل بالارجح منهما لاعتضاده بما يرجحه ، فإن تساوياً خرج في المسألة وجهان غالبا .

(٢) شرح الخرشي : ٧ ص ١٥٥ ، تهذيب الفروق : ٤ ص ١١٩ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٣١٢ ، أصول الاثبات الجعفري : ص ٢٠٨ .

(٣) تهذيب الفروق : ٤ ص ١١٩ ، الاشباه والنظائر ، السيوطي : ٧٠ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٣٧ ، تبصرة الحكام : ١ ص ١٢٤ ، البهجة ، التسولى : ١ ص ٢٧ .

(٤) تهذيب الفورق: ٤ ص ١١٩ .

ولذلك نجد الفقهاء في كل مذهب ذكروا الأصول التي يعتمدونها، وخاصة في كتب القواعد كالأشباه والنظائر للسيوطي، والأشباه والنظائر لابن نجيم والقواعد لابن رجب، والفروق للقرافي، ومنها الضوء اللامع في أصل الجامع للحمزاوي، وقد استخرج الأصول المبثوثة في كتاب الجامع للإمام محمد بن الحسن. لأن الأصل الشرعي هو ما ورد به نص شرعي أو استنبطه الفقهاء من النصوص الشرعية، ولذلك يختلف الفقهاء في حكم ما هو الأصل في المسألة[1].

الحالة الثالثة:

وقد يتعارض ظاهران فالحكم كالسابق في تعارض الأصلين في تقديم أحدهما على الآخر بأصل أو العمل بهما معاً.

ومثاله:

أ - إذا تنازع جزار وجزار جلداً في يدهما فاليد ظاهرة لكل منهما فيقسم بينهما.

ب - إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فيد الزوج تساوي يد الزوجة، وقد اختلف الفقهاء في ترجيح أحد الظاهرين على الآخر أو العمل بهما.

ذهب الشافعي رحمه الله إلى التسوية بينهما نظراً إلى الظاهر المستفاد من اليد[2]، وذهب الجمهور[3] إلى ترجيح قول الزوج بما يصلح له، وترجيح قول الزوجة بما يصلح لها، وأساس الترجيح هو صلاحية المتاع لكل منهما، رغم تساويهما في ظاهر اليد.

الحالة الرابعة:

وإذا كان التعارض بين الأصل وبين العرف أو الغالب أو دلالة الحال فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين.

ـ ذهب المالكية والحنفية والإمامية إلى ترجيح العرف والغالب ودلالة الحال لأنها قرائن وشواهد قائمة تنبىء بحدوث أمر يغير حالة.

---

(١) وراجع أصول الإثبات الجعفري: ص ٢٠٧.

(٢) القواعد، العز بن عبد السلام: ٢ ص ٥٦، وقال الإمامية: يحلفان ويقتسمان، (أصول الإثبات الجعفري: ص ١٣٢).

(٣) القواعد، ابن رجب ص ٣٢٤، الدر المختار: ٥ ص ٥٦٣.

ـ وذهب الشافعية والحنابلة إلى ترجيح الأصل[1].

مثاله:

أ ـ إذا اختلف الزوجان في النفقة، وادعت المرأة على زوجها الحاضر معها إنه لم ينفق عليها، ففي المسألة قولان:

ـ قال المالكية والحنفية والعز من الشافعية يرجح قول الزوج لأنه الغالب، ولأن العرف والعادة أن الزوج يشاهد أنه ينقل إلى مسكنه الأطعمة والأشربة، وأن العادة الغالبة مثيرة للظن بصدق الزوج[2].

ـ وقال الشافعية يرجح قول المرأة، لأن الأصل عدم الإنفاق أو عدم القبض، وهو قول الحنابلة أيضاً، خلافاً للشيخ تقي الدين[3]

ب ـ دعوى الإعسار: إذا ادعى المديون الإعسار، فقد اختلف الفقهاء في ذلك لأن الأصل هو العدم والفقر، ولكن الغالب الملاءة.

قال الشافعية في الأصح: يقدم الأصل، ويرجح قوله، فهو مدعى عليه.

وقال المالكية والرأي الثاني عند الشافعية[4]: يقدم الغالب وهو الملاءة، وأن قوله بادعائه الإعسار خلاف الغالب، فعليه البينة، وهو مدع.

جـ ـ الصحة والفساد في العقود: إذا اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد فالأصل عدم العقد، والظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع.

قال الجمهور يقدم قول مدعي الصحة، وعلى مدعي الفساد البينة وهو الأصح عند الشافعية، وهو من ترجيح الظاهر على الأصل إذا كان سببه قوياً منضبطاً[5].

---

(١) قال الشافعية بالتفصيل وهو إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر وجب النظر في الترجيح، كما في تعارض الدليلين، فإن تردد الراجح ففي المسألة قولان بترجيح الأصل وترجيح الظاهر، وإن ترجح الدليل الظاهر حكم به بلا خلاف وإن ترجح دليل أصلي حكم به بلا خلاف، (انظر: الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٦٤، القواعد، ابن رجب: ص ٣٣٩، ٣٤٨).

(٢) المدخل الفقهي العام: ٢ ص ١٠٦١، تهذيب الفروق: ٤ ص ١١٩، أصول الإثبات الجعفري: ص ٢١٤، البهجة: ١ ص ٢٧، تبصرة الحكام: ١ ص ٣١٢، الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص ٤٨.

(٣) القواعد، الزركشي: ق ٦٢ ب، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٦٤، ٥٢، القواعد، ابن رجب: ص ٣٤٠.

(٤) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٢٨، ٣٢٩، الطريقة المرضية، جعيط: ص ٤٥، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٦٦.

(٥) الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٦٧، القواعد، الزركشي: ق ٢٣ أ.

اعتراض ونقد لمعيار التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالظاهر:

المدعي هو من يخالف قوله الظاهر سواء كان ظاهراً بالأصل أو بالغالب العرفي أو بالاستصحاب أو بنص شرعي.

وقد استعرض الفقهاء جملة من الأصول في بعض الأشياء واختلفت الفتاوي والأحكام فيها لاختلاف الأعراف المبنية عليها، كما اختلفت أقوال الفقهاء في الترجيح عند تعارض الأصل مع العرف والعادة وقرائن الأحوال، كما اختلفت الأقوال عند تعارض ظاهرين أو تعارض أصلين عند عدم المرجح وغير ذلك...، وهذا يقودنا إلى القول بصعوبة التمييز التام بين المدعي والمدعى عليه من الناحيتين العملية والتطبيقية، وأن الخصمين يمكن أن يكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه، كما أن المدعي في مسألة يصبح مدعى عليه في نفس المسألة والقضية بحسب ما يتمسك كل من الخصمين بسبب من الأسباب التي تقوي جانبه، وهذا ما نلاحظه في الدعوى وإثباتها على المدعي، ثم بالدفع وإثباته على المدعى عليه، ثم دفع الدفع وإثباته على المدعي الأول... هكذا ينتقل وصف المدعي والمدعى عليه من واحد إلى آخر[1].

وأن التفريق بينهما يرجع أولاً وأخيراً إلى ذكاء القاضي، وإلى حدة ذهنه وإلى صفاء تفكيره، وإلى بحثه الصحيح في موضوع النزاع، وأن يسترشد بجميع المعايير والضوابط التي نص عليها الفقهاء، فإن عسر التمييز بينهما بناء على ضابط من الضوابط، يطبق عليهما الضابط الآخر، والتعريف الثالث وهكذا.

والشارع الحكيم لاحظ هذه الصعوبة، واستحالة وضع الضابط المميز بينهما فوزع عليهما عبء الإثبات، ولم يثقل كاهل أحدهما به دون الآخر، وهذا يؤدي بنا إلى بحث قواعد عبء الإثبات الشرعية في المبحث الثالث فمن يكلف بعبء الإثبات؟

---

(١) القوانين الفقهية: ص ٢٩٨، تهذيب الفروق٤ ص ١٢١، أصول الإثبات الجعفري: ص ٢٤.

المبحث الثالث
في
قواعد عبء الإثبات

انتهينا إلى تعريف المدعي والمدعى عليه، وأن التمييز بينهما يعتمد على الظاهر والتمسك بأحد المرجحات من أصل أو عرف أو استصحاب أو نص، فكيف توزع طرق الإثبات عليهما، وما هي الوسائل التي يجب على كل منهما تقديمها أمام القضاء؟.

اتفق الفقهاء على بعض القواعد واختلفوا في بعضها الآخر، ونشرع بذكر كل قاعدة مع مشروعيتها وآراء الفقهاء فيها.

القاعدة الأولى:

البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه. وهذه القاعدة متفق عليها وهي أساس عبء الإثبات، وتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: البينة على المدعي:

والبينة هي كل ما يبين الحق ويظهره من شهادة وكتابة وقرينة قاطعة ويمين، ولا تنحصر في الشهود.

وذهب إلى عموم البينة في الاصطلاح ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون وحسن خان[1]، وهذا ما تؤيده اللغة واستعمالات الشرع[2]، فالبينة اسم لكل ما يبين الشيء ويظهره، وقد وردت في الحديث الشريف بلفظ عام.

---

(١) الطرق الحكمية: ص ١٢، ٩٦ وما بعدها، أعلام الموقعين: ١ ص ٩٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٠٢، ظفر اللاضي، حسن خان: ص ٩٦.

(٢) البينة في اللغة الدليل والحجة، والجمع بينات، وتبين الشيء اتضح وظهر (أنظر: المنجد: ص ١١٨، التعريفات، الجرجاني: ص ٥٦).

وخص جمهور الفقهاء البينة بالشهادة[1]، لأن الأغلب في البينات الشهادة، ولوقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الأشكال بشهادتهم، ولأن بهم يتبين الحق، وقال ابن حزم[2] إنها تشمل الشهود وعلم القاضي لبيان الحق بهما حقيقة.

والبينة تقع على عاتق المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر، فوجبت البينة لإظهار الخفي، وكشف المستور، وإثبات الأمور العارضة، وبيان خلاف الأصل والمعهود، فتصح دعواه ويحكم له بها. ولا يكلف المدعى عليه بالبينة لأن قوله مؤيد بالأصل أو العرف أو ظاهر الحال[3].

فمن ادعى على غيره حقاً من الحقوق التي أقرها الشارع فعليه الدليل لأن الأصل براءة الذمة في الديون، ولأن الظاهر أن اليد دليل الملك، وإذا ثبت الدين بالإقرار أو بالشهود أو بالكتابة وغيرها فادعى المدين الإبراء أو الوفاء فيقع عليه عبء إثبات الإبراء والوفاء، لأنه يدعي خلاف الثابت، وقد يدفع المدعى عليه الدعوى بقصد دفع الخصومة دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، وذلك ممن لا يكون خصماً كمن يدعي الملك على واضع اليد فيدفع المدعى عليه ـ صاحب اليد ـ بأن الملك لغيره وديعة أو إجارة أو إعارة أو رهناً أو غصباً، فيكلف المدعى عليه بإثبات دفعه للخصومة، وتدفع عنه خصومة المدعي لأنه أثبت أن يده ليست يد خصومة[4].

والأصل في تكليف المدعي بالبينة أن من ادعى على آخر شيئاً لو أقر به لزمه، قبلت البينة عليه بإثباته، ويقضى له به، وما لا يلزمه لو أقر به لا تسمع البينة عليه[5].

وإذا أقام المدعي البينة وجب على القاضي أن يحكم بها، لأنها حجة كاملة، فإن طلب المدعى عليه يمين المدعي على صدق البينة أو على استحقاق المدعى به فلا يحلف، لأن فيه تهمة للبينة وطعناً بها، ولأنه مخالف لهذه القاعدة التي تطلب من المدعي البينة، ومن المدعى

---

(١) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٦١، الإقناع: ٤ ص ٣٢٦، كشاف اصطلاحات الفنون: ١ ص ١٥٦، المرافعات الشرعيه، السبكي: ص ٥ هامش.

(٢) المحلى، له: ٩ ص ٤٢٦.

(٣) شرح الخرشي: ٧ ص ١٥٣، الافصاح: ص ٤٣٩، أصول الإثبات الجعفري: ص ٢٧، رسالة القيرواني: ص ١٠٦، منح الجليل: ٤ ص ١٧٤.

(٤) البحر الرائق: ٧ ص ٢٢٨، التاج المذهب: ٤ ص ٩، الأصول القضائية: ص ٥٥.

(٥) الضوء اللامع في أصل الجامع، الحمزاوي: ص ٧.

عليه اليمين، وكون البينة على المدعي يعني أنه يستحق بها، لأنها واجبة عليه، وحق له في آن واحد[1].

القسم الثاني: اليمين على المدعي عليه:

إذا عجز المدعي عن تقديم البينة، أو امتنع عن ذلك، وطلب من المدعى عليه اليمين على صدق إنكاره وعدم استحقاق المدعي، وجب عليه اليمين، وقد اتفق الفقهاء على كون اليمين على المدعى عليه لقوة جانبه، ولأنه يتمسك بالحالة الأصلية وموافقة الظاهر، وتكون يمينه على النفي لأنها صادرة لإنكاره الدعوى[2].

والأصل أن كل من ترجح قوله بسبب من الأسباب السابقة، وكان القول قوله بحيث إذا أقر بالشيء لزمه، فإذا أنكر طلبت منه اليمين، فإن حلف حكم له القاضي بالبراءة من الدين، وبقاء العين في يده، ورد الدعوى ومنع المدعي من التعرض له، فاليمين تشرع على من يكون إنكاره معتبراً[3]. ولا يكفي القاضي في إصدار الحكم أن يعتمد على براءة الذمة، ودلالة اليد على الملك والحيازة وغيرهما من الأصول والمرجحات الأولية التي قال بها الفقهاء، رغم أنها حاصلة وثابتة بالأصل واستصحابه، ولا تحتاج إلى إثبات، وذلك لسببين:

الأول: احتمال أن يكذب المدعى عليه في إنكاره فيوثق قوله باليمين.

الثاني: أن هذه المرجحات الأولية ظنية وضعيفة ولا تكفي في الاستحقاق، وأن المرجحات تفيد ظاهراً، والظاهر لا يصلح دليلاً وحجة للإثبات لضعف دلالته على الحق واحتمال غيره معه احتمالاً قوياً، وأن النزاع والخلاف ورفع الدعوى على من يتمسك بها يضعف جانبه، ويجعل هذه المرجحات قلقلة مضطربة، لا تقوى على الصمود والدفاع، ويتطرق إليها الشك عند التنازع، فإذا عجز المدعي عن البينة، وجبت اليمين لتقطع الشك،

---

(١) كشاف القناع: ٤ ص ٢٠١.

(٢) قال ابن حزم: واختلفوا في المسلم يخاصم الذمي، فقال الجمهور اليمين على المدعى عليه منهما أيهما كان، وقال بعض التابعين المسلم أحق باليمين على كل حال، (مراتب الاجماع: ص ٥٤)، وقال الزيدية كالجمهور اليمين على المدعى عليه ولو كافراً، (البحر الزخار: ٥ ص ١٣٢)، وانظر: المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣١٧، كشاف القناع: ٥ ص ١٩٨، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٤، بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٣.

(٣) الأصول القضائية: ص ٢٦١، المغني، لابن قدامة: ٥ ص ١٩٥، واستثني الحنفية من القاعدة السابقة في توجيه اليمين على المدعى عليه عشر مسائل وقيل إحدى وثلاثين مسألة فيقبل فيها قول المدعى عليه، ويصدق في الإنكار دون يمين مثل قول الوصي في الإنفاق، والقاضي في بيع مال اليتيم والوقف وشراء الأب لابنه.. (انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٧).

عليه ولا يحلف المدعى عليه اليمين إلا بعد سؤال المدعي وطلب الحكم كما سبق في شروط الإثبات.

اشتراط الخلطة في اليمين:

اتفق الفقهاء على تكليف المدعي عليه باليمين، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك هل توجه بإطلاق على كل مدعي عليه، أم تقيد في أشخاص دون أشخاص.

ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة وبعض المالكية إلى الإطلاق وأنه يحلف في كل حال.

وذهب جمهور المالكية في المشهور عندهم والإصطخري من الشافعية وفقهاء المدينة إلى تقييد اليمين، وتحديد طلبها عند إثبات الخلطة بين المدعي والمدعى عليه، وقالوا لا يلزمه الحلف إلاّ في الدعوى الصحيحة المشبهة وهي التي يشهد العرف بها وإلا فلا يستحلف إلا بإثبات خلطته له(٢).

الأدلة:

استدل المالكية على مذهبهم من السنة والإجماع وعمل أهل المدينة والمعقول.

أولاً: السنة: روى سحنون أن رسول الله ﷺ: قال: البينة على المدعي واليمين على من أنكر إذا كان بينهما خلطة.

فالحديث الشريف اشترط في توجيه اليمين على المنكر وجود الخلطة بينهما، وهذه الزيادة وإن لم ترد في الروايات الأخرى، فإنها زيادة من ثقة وزيادة الثقة والعدل مقبولة(٣).

ويعترض على هذا الاستدلال أن الحديث الشريف ورد في جميع كتب السنن والصحاح

---

(١) قارن آراء الفقهاء الذين يعرفون المدعى عليه بأنه يستحق بدون حجة، فيفهم من كلامهم بأن المدعي عليه لا يطلب منه اليمين، وإنما يحكم له بناء على قوله، وهذا غير مقصود، وإنما يقصدون أنه يقبل قوله دون أن يقدم بينة من شهادة أو كتابة ولا يعتبرون اليمين حجة في الإثبات حقيقة، بل هي حجة مجازية.

(٢) أحكام الأحكام، ابن دقيق العيد: ٢ ص ٢٩٧، بدائع المنن: ٢ ص ٢٣٤، تبصرة الحكام: ١ ص ١٩٦، ١٩٩، رسالة القيرواني: ص ١٠٦، أدب القضاء، ابن أبي الدم: ص ١٥٢، الموطأ: ص ٤٥٢، بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٣.

(٣) الفروق: ٤ ص ٨١ ـ ٨٢.

بدون هذه الزيادة، والزيادة هل صدرت من أحد رواة الحديث؟! وإذا كانت زيادة سحنون ينطبق عليها زيادة الثقة فهي مخالفة لمن هو أوثق منه، فهي شاذة، وقد اشترط علماء الأصول والحديث في قبول زيادة الثقة عند الجمهور أن غيره يغفل عن مثلها، فإن كان غيره لا يغفل مثله عن مثلها فلا تقبل، بالإضافة إلى شروط وتفصيل آخر مذكور في كتب مصطلح الحديث[1].

ثانياً: الإجماع: قال علي رضي الله عنه لا يعدى الحاكم على الخصم إلا أن يعلم بينهما خلطة، ولم يرد مخالف له، فكان إجماعاً[2].

ويعترض عليه بأن هذا الإجماع مختلف فيه، من جهة، كما أنه ورد ما يخالفه في قضاء الصحابة، بل لم يرد في قضاء أحد منهم اشتراطه.

ثالثاً: عمل اهل المدينة: فقد ورد اشتراط الخلطة عن فقهاء المدينة ومنهم عمر بن عبد العزيز. وقال القاسم بن محمد إذا ادعى الرجل الفاجر الشيء الذي يرى الناس أنه كاذب وأنه لم يكن بينهما معاملة لم يستحلف له[3]، روى مالك عن جميل بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضي بين الناس فإذا جاءه الرجل يدعي على الرجل حقاً، نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذي ادعي عليه، وإن لم يكن شيء من ذلك لم يحلفه.

قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا أنه من ادعى على رجل بدعوى نظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسه أحلف المدعى عليه، فإن حلف بطل ذلك الحق عنه، وإن أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعي فحلف طالب الحق أخذ حقه[4].

ويعترض على هذا الاستدلال بأن عمل أهل المدينة مختلف في الاحتجاج به، وأنه مخالف لنص الحديث، وعمل أهل المدينة لا يقيد مطلق الحديث.

---

(١) مختصر ابن الحاجب: ص ٨٦، تدريب الراوي، السيوطي: ص ٨٦ ط ١ عام ١٣٠٧، قال ابن الصلاح في أنواع زيادة الثقة: منها أن يقع مخالفاً منافياً لما رواه سائر الثقات فهذا حكمه الرد كما سبق في نوع الشاذ (مقدمة ابن الصلاح: ص ٤٠ ط الهند ١٣٥٧ هـ).

(٢) الفروق: ٤ ص ٨١، وروي ابن حزم عن علي: اليمين مع الشاهد فإن لم تكن بينة فاليمين على المدعى عليه إذا كان قد خالطه، فإن نكل حلف المدعي، (المحلى: ٩ ص ٣٧٧)، قال ابن حزم: وأما الرواية عن علي فساقطة لأنها عن الحسن بن ضمرة عن أبيه وهو متروك ابن متوك لا يحل الاحتجاج بروايته، (المحلى: ٩ ص ٣٨١).

(٢) الفروق: ٤ ص ٨٢، السنن الكبرى، البيهقي: ١٠ ص ٢٥٣، الرسالة، القيرواني: ص ١٠٦.

(٤) الموطأ: ص ٤٥٣، قال ابن خلدون في (مقدمته: ص ٣١٩ ط عبد الرحمن محمد): واختص مالك بزيادة مَدْرَك آخر للأحكام غير المدارك المعتبرة عند غيره وهو عمل أهل المدينة لأنه رأى أنهم فيما ينفسون عليه من فعل أو ترك متابعون لمن قبلهم ضرورة لدينهم واقتدائهم وهكذا إلى الجيل المباشرين لفعل النبي ﷺ الآخذين ذلك عنه وصار ذلك =

رابعاً: المعقول: يشترط الخلطة في اليمين لئلا يبتذل السفهاء أهل الفضل بتحليفهم مراراً في اليوم فاشترط الخلطة دفعاً للمفسدة وقد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، وتثبت الخلطة ولو بشهادة امرأة[1].

وقالوا: إن الحديث «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» هو لبيان من عليه اليمين ومن عليه البينة، لا لبيان حالة من تتوجه عليه، والعام في الأشخاص لا يكون عاماً في الأحوال والأزمنة والبقاع، كما يجب درء مفاسد التحليف وما يقع عقبه أحياناً من مصائب فيقال بسبب الحلف[2].

ويعترض على ذلك بعموم الأحاديث الشريفة «اليمين على من أنكر» «شاهداك أو يمينه، ليس لك إلا ذلك» فإنها مطلقة عن التقييد بالخلطة، قال الشافعي رحمه الله في كتاب الدعوى: اليمين على المدعى عليه سواء كانت بينهما خلطة أم لم تكن[3]، وأنه لا أصل لاشتراط الخلطة في كتاب ولا سنة ولا إجماع[4].

مشروعية القاعدة الأساسية في عبء الإثبات:

استدل الفقهاء على القاعدة السابقة في عبء الإثبات بالكتاب والسنة وإجماع المسلمين والمعقول.

أولاً: الكتاب:

قال الله تعالى في آية المداينة: ﴿يا أيُّها الذِينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنْتُم بدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمى

عنده من أصول الأدلة الشرعية، وظن كثير أن ذلك من مسائل الإجماع فأنكره لأن دليل الإجماع لا يخص أهل المدينة من سواهم بل هو شامل للأمة، واعلم أن الإجماع إنما هو الاتفاق على الأمر الديني عن اجتهاد، ومالك رحمه الله تعالى لم يعتبر عمل أهل المدينة من هذا المعنى وإنما اعتبره من حيث اتباع الجيل بالمشاهدة للجيل إلى أن ينتهي إلى الشارع صلوات الله وسلامه عليه، وضرورة اقتدائهم بعين ذلك يعم الملة.

(١) بداية المجتهد: ٢ص٥١٣، منح الجليل: ٤ص١٧١-١٧٢، الفروق ٤ص٨١ و٨٢، شرح الخرشي: ٧ص١٥٥، وقال الخرشي: لم يشترط الخلطة من المالكية ابن نافع وابن عبد الحكم وقضاة مصر والشام من المالكية، كما يستثنى من الخلطة في المشهور الصانع والمتهم والضيف والوديعة والمريض والمسافر، وما يشهد له العرف، ولم يشترط الخلطة ابن لبانة من المتأخرين للحديث المشهور، (انظر تهذيب الفروق: ٤ص١٣٧-١٣٨، تبصرة الحكام: ١ص٢٠٠، ٢٠١، رسالة القيرواني: ص ١٠٦).

(٢) تهذيب الفروق: ٤ص١٣٨.

(٣) السنن الكبرى: ١٠ ص٢٥٣.

(٤) بدائع المنن: ٢ص٢٣٤.

فاكْتُبُوه . . واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ . . ولا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أو كَبِيراً إلى أَجلِهِ . . وأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[1].

وجه الدلالة:

أن الكتابة والإشهاد هو لإثبات الدين والبيع، فمن طالب بالدين أو تمسك بالبيع، فإنه يدعي خلاف الظاهر والأصل، لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر عدم البيع، فيقيم الشهادة والكتابة لإثبات قوله، وقد بَوّب الإمام البخاري رحمه الله لهذه الآية الكريمة فقال: «باب ما جاء في البينة على المدعي» وذكر الآية الكريمة[2].

ثانياً: السنة:

١ - روى مسلم وأحمد وأصحاب السنن عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى رجالٌ دماءَ رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» وفي رواية البخاري ومسلم«قَضَى رسول الله ﷺ باليمين على المدعى عليه»[3] وروى البيهقي بإسناد حسن«البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[4].

وجه الدلالة:

دلالة الحديث واضحة وصريحة في الاستدلال، وأن الرسول عليه الصلاة والسلام منع القضاء بمجرد الادعاء، ونص على كون البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، كما يدل الحديث على أنه لا يجوز الحكم إلا بالحجة الشرعية، وإن غلب على الظن صدق المدعي[5]، وهذه القاعدة تعتبر من جوامع الكلم في الحديث النبوي الشريف كما قال رسول الله ﷺ: «أعطيتُ جَوامع الكلم، واختصر لي اختصاراً»[6]، كما وردت هذه القاعدة في كتاب عمر

---

(١) سورة البقر، الآية ٢٨٢.

(٢) صحيح البخاري مع السندي: ٢ص٦٥.

(٣) صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني: ٢ص٥٢، في باب الرهن، جـ٢ص٧١، في الشهادات، جـ٣ص ٧٣ في كتاب التفسير، سبل السلام: ٤ص١٣٢، سنن أبي داود، تحقيق محي الدين عبد الحميد: ٣ ص ٤٢٣، نيل الأوطار: ٨ص٣١٦، ٣١٧، نصب الراية ٤ص٣٩١، احكام الأحكام، ابن دقيق العبد: ٢ص٢٩٧، التلخيص الحبير: ٢ص٤١١.

(٤) السنن الكبرى، البيهقي: ٦ص٦٣، في كتاب الإقرار، جـ١٠ص ٢٥٣ في الدعاوى والشهادات.

(٥) أحكام الأحكام، ابن دقيق العبد: ٢ص٢٩٧، قال قتاده في فصل الخطاب الذي أوتيه داود عليه السلام، هو أن البينة على المدعى واليمن على من أنكر، (جامع العلوم والحكم: ص٢٧٤).

(٦) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن عمر وأبي هريرة، (انظر صحيح البخاري مع السندي: ٢ص١٠٩، الفتح الكبير: ١ص١٩٩، جـ٢ص٧، جامع العلوم والحكم، ابن رجب: ص٢).

رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري[1]، وتظهر منها الحكمة في عدم الإعطاء بمجرد الدعوى وهي لو أعطي المدعي بمجرد ادعائه لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولا يمكن المدعى عليه أن يصون ماله ودمه، وأما المدعي فيمكن صيانتها بالبينة[2].

٢ - روى الستة عن الأشعث بن قيس رضي الله عنه قال: كان بيني وبين رجل من اليهود أرضٌ فجحدني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ «ألك بينة؟ قلت لا، فقال لليهودي احلف»[3].

ودلالة الحديث واضحة في طلب البينة من المدعي، فإن عجز طلب اليمين من المدعى عليه.

٣ - روى مسلم وأبو داود والترمذي وأحمد والبيهقي عن وائل بن حجر رضي الله عنه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله، إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول ﷺ للحضرمي ألك بينة؟ قال لا، قال فلك يمينه، قال يا رسول إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال ليس لك منه إلا ذلك، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله ﷺ لما أدبر: لئن حلف على مالك ليأكله ظلماً ليَلقَيَنّ الله وهو عنه معرض، وفي رواية وهو عنه غضبان»[4].

والحديث كالسابق فهو نص صريح في تكليف المدعي بالبينة وطلب اليمين من المدعى عليه، وفي الحديث زيادة عما قبله في ناحيتين:

الأولى: التصريح بوضع اليد، وأن اليد دليل ظاهر لصاحبها، وهي سبب يرجع جانبه وهو المدعى عليه، ويطلب منه اليمين.

الثانية: التصريح بالحدود الشرعية ووجوب الاقتصار عليها، وهي وجوب البينة على

---

(١) أعلام الموقعين: ١ص٩٠، السنن الكبرى: ١٠ ص ٢٥٣، مجلة منبر الإسلام، مقال عبد الستار آدم ص ١٩٧ عدد ١٢ سنة ٢٦، في شرح كتاب عمر.

(٢) بدائع المنن، الساعاتي: ٢ ص ٢٣٤.

(٣) سبق تخريجه في صفحة: ٣٢٢.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي: ٢ص١٥٤، سنن أبي داود: ٢ص١٩٨ط الحلبي، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٤ص٥٧٠، مسند أحمد: ٤ص٣١٧، السنن الكبرى: ١٠ ص١٧٩، ٢٥٤، نيل الأوطار: ٨ص٣١٤، مجمع الزوائد: ٤ص٢٠٤، نصب الراية: ٤ص٩٤، التلخيص الحبير: ٢ص٤٠٧، قال ابن حجر: الحضرمي هو وائل بن حجر والكندي هو امرؤ القيس بن عابس الصحابي الشاعر واسمه ربيعه، وقال احمد: الحضرمي هو ربيعة بن عبدان.

المدعي وإلا فاليمين على المنكر«ليس لك إلا ذلك».

ثالثاً: أجمعت الأمة على تكليف المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين منذ زمن النبي ﷺ، ولم يخالف في ذلك أحد من المسلمين[1].

رابعاً: المعقول:

إن قول المدعي وطلبه يخالف الأصل، والأصل هو ما يدرك بالعقل، فالمدعي يطلب في الظاهر ما يخالف المعقول، فيطلب منه أن يقدم **الدليل والبينة على صحة قوله**، فإذا عجز المدعي عن إقامة البينة، والنزاع بينهما قائم على أشده، والقاضي يلتزم بالفصل بين المتنازعين، وقد تعذر إقامة الدليل والحجة، فإن العدل يقتضي اللجوء إلى الاحتكام إلى ذمة المدعى عليه، وإثارة النواحي الروحية في نفسه فيطلب منه الحلف والقسم بما يعتقد عظمته وجلاله وقدرته على الانتقام، ويؤمن بيوم الجزاء العادل والقصاص الإلهي من الظالم، فيشهد الله تعالى على صدقه في النفي والإنكار وعلى بطلان استحقاق المدعي في دعواه.

الحكمة من القاعدة السابقة في عبء الإثبات وتوزيعه بين المدعي والمدعى عليه:

والحكمة من فرض البينة على المدعي، وإلقاء عبء الإثبات الثقيل عليه أنه يدعي أمراً ساكناً، وحقاً خفياً، ويريد تغيير الوضع القائم، والحالة الراهنة، والظاهر المسَلّم فيه، مع أن الشارع الحكيم يهدف إلى استقرار المعاملات، ومنع النزاع والمخاصمات، فجانب المدعي ضعيف، وموقفه واهٍ لادعائه خلاف الأصل والظاهر، فكلفه الشارع بالحجة القوية والدليل المجرد[2].

أما المدعى عليه فقد قوى جانبه لموافقته الأصل والظاهر مثل براءة الذمة، ويحتاج إلى استمرار الحالة القائمة، ويفترض الشرع والعقل فيه الصدق ويقبل قوله، فيكتفي منه باليمين وهو حجة ضعيفة لبقاء الظاهر.

---

(١) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ومعنى قوله البينة على المدعي يعني أنه يستحق بها ما ادعى لأنها واجبة يؤخذ بها، ومعنى قوله اليمين على المدعى عليه أي يبرأ بها لأنها واجبة عليه يؤخذ بها على أي حال أ هـ(انظر جامع العلوم والحكم، ابن رجب ص٢٧٤).

(٢) المقدمات الممهدات، ابن رشد الجد: ٢ص٣١٧، قال الماوردى: وأصل هذا أن مجرد الدعاوى في المطالبات لا يحكم بفصلها إلا بحجة تقترن بها، فحجة المدعي البينة على إثبات ما ادعاه، وحجة المدعى عليه اليمين على نفي ما أنكره، لقول النبي ﷺ البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. ثم قال الماوردى: فجعلت أقوى الحجتين في أضعف الجنبين، وهو المدعي، لتكون قوة الحجة جبراناً لضعف الجنبة، وقوة الجنبة جبراناً لضعف الحجة فيتعادلان في الضعف والقوة، (انظر: الحاوي، له: ١٣ ق ٤٦أ وما بعدها).

وإنما كانت البينة حجة قوية واليمين حجة ضعيفة لأن البينة صادرة من غير المتخاصمين، ولا تعود بالنفع على القائم بها فكان لها قوة الإظهار، واليمين، وإن كانت مؤكدة بذكر الله تعالى، لكنها كلام الخصم فلا يصلح حجة مظهرة للحق، وإنما تكفي في استصحاب الحال[1]، فالبينة تشهد بصريح الملك وتوجبه، واليمين تدل عليه ولا توجبه.

قال الحنفية: والحكمة في كون اليمين على المدعى عليه أن المدعي يزعم إتواء حقه بالإنكار، فكان الاستحلاف من حقه، فإن كان (المدعي) صادقاً كما زعم كان اليمين إتواء وإهلاكاً لصاحبه في مقابلة الإتواء بالإنكار، لأن اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع وإن كان المدعى عليه صادقاً كسب الثواب في ذكر الله تعالى، ولا يتضرر منها[2].

توزع الإثبات:

يقع عبء الإثبات على الطرفين، ويتوزع على المدعي والمدعى عليه بطريقة عادلة، فتوجب الحجة القوية على صاحب الجانب الضعيف، وتفرض الحجة الضعيفة على صاحب الجانب القوي، والشريعة تهدف إلى الاستقرار والاطمئنان والحلول الجذرية، وترفض النتائج الجزئية والأوضاع القلقة، ولا تكتفي بإلقاء عبء الإثبات على المدعي فقط، بحيث يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً، متذرعاً بمجرد الإنكار، وملتزماً بالصمت والسكوت، ويطمع في ترك المدعى به في يده ولو كان مبطلاً كما يقول علماء القانون[3]، وإنما أوجبت الشريعة عليه عبئاً من الإثبات يتناسب مع قوة جانبه، فيعزز إنكاره باليمين[4].

فالإثبات يقع على عاتق الطرفين، فإذا أثار المدعي النزاع وجب عليه أن يثبت دعواه، وإذا فشل عن الإثبات، وعجز عن تقديم الدليل ولجأ إلى ذمة الطرف الآخر، وجب على المدعى عليه اليمين، وذلك حتى يصدر الحكم القضائي برد الدعوى، وبقاء الحق مع المدعى عليه، مبنياً على حجة ودليل لقطع الشبهات، ولإزالة القلق الذي نشأ بالدعوى ولاستقرار الحق لصاحبه.

---

(١) تحفة المحتاج مع حواشي العلامتين: ١٠ص ٢٨٦، نيل الأوطار: ٨ص٣١٧، الحاوي: ١٣ ق ٤٦ب، سبل السلام: ٤ص ١٣٢، بدائع الصنائع: ٦ص٢٢٥، قال الخطيب الشربيني: وإنما كانت البينة حجة قوية واليمين حجة ضعيفة ـ لأن الحالف متهم في يمينه بالكذب لأنه يدفع بها عن نفسه بخلاف الشاهد (مغني المحتاج: ٤ص٤٦١، وانظر حاشية البجيرمي: ٤ص ٣٢٧).

(٢) نتائج الأفكار تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٥٢، شرح العناية على الهداية: ٦ ص ١٥٢.

(٣) نظرية الإثبات، المؤمن: ١ص٤٠، رسالة الأثبات، نشأت: ١ص٤٩، قانون الإثبات، شرح وتعليق عبد الرحيم عنبر: ص ٢٧.

(٤) الإثبات في المواد المدنية، الصدة: ص ٤٥ هامش.

وهذه القاعدة العامة«البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه» تعتمد كما لاحظنا على التمييز والتفريق بين المدعي والمدعى عليه ، وأن أحدهما ترجح جانبه بسبب من الأسباب التي تدل على صدقه ، وقوة جانبه ، ولكن إذا فقدت هذه المرجحات ووقف الخصمان في الدعوى دون أن يعرف المدعي منهما من المدعى عليه ، أو إذا تمسك كل منهما بأحد المرجحات كالأصلين والعرفين ولم يصل القاضي إلى ترجيح أحدهما على الآخر ، فما هو الحكم؟ .

القاعدة الثانية : التحالف :

إذا تجردت أقوال الخصوم من سبب يرجح جانباً على آخر ، أو تذرع كل منهما بسبب يعارض السبب الثاني ، ولم يترجح أحدهما على الآخر ، فيقع عبء الإثبات على عاتق الطرفين ، ويكلف كل منهما بإقامة البينة ، فمن أقام بينة قضي له ، وإن أقام الاثنان بينتين فقد تعارضت البينات وهو ما نبحثه في فصل التعارض ، وإذا عجز الاثنان عن تقديم البينة شرع **بينهما التحالف** ، وهو أن يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات قوله ، ويقسم المدعى به بينهما نصفين[1] ، وذلك في كل حالة لا يعرف فيها المدعي من المدعى عليه ، أو يكون فيها الخصم مدعياً ومدعى عليه في آن واحد ، وقد تعين اللجوء إلى التحالف لفصل الخصومة بعد أن انسد الطريق إلى معرفة الواقع ولم يتوفر مرجح لأحدهما ، ولم يقدم البينة على قوله[2] ، قال الشافعي رحمه الله : فهو في الظاهر بينهما نصفان ، فإن لم يجد واحد منهما بينة أحلفنا كل واحد منهما على دعوى صاحبه[3] .

ونضرب لذلك ثلاثة أمثلة لتوضيح ذلك :

١ ـ إذا تخاصم اثنان على عين في يدهما ، ولا بينة ، حلف الاثنان ، وجعلت بينهما نصفين ، فاليد مرجح ولكن تمسك بها الاثنان ، وكذلك إذا تمسك الطرفان بالعرف ، ولا مرجح لأحدهما على الأخر ، كتنازع جزار مع جزار في جلد ، سواء أكان تحت يدهما ، أو لا يد

---

(١) كشاف القناع : ٤ص٢٢٩ ، المختصر النافع : ص٢٨٤ ، رسالة القيروانى : ص١٠٧ ، القواعد ، ابن رجب : ص٣٦٣ ، المرافعات الشرعية ، السبكي : ٩٧ ، المهذب : ٢ص٣١٢ ، البحر الرائق : ٧ص٢٢٠ ، المقدمات الممهدات : ٢ص ٣١٧ ، البهجة ، التسولي : ١ص٢٧ ، المرافعات الشرعية ، أبيانى : ١٦٥ .

(٢) شرح المحلى وحاشيتا قليوبى وعميرة : ٢ص٢٣٩ ، فيض الإله المالك ، ٢ص٢٦ ، حاشية الجمل على شرح المنهج : ٣ص ٢١٣ ، المغنى : ٤ص١٤٤ ط مكتبة القاهرة ، أصول الإثبات في الفقه الجعفري : ص ١٦١ .

(٣) السنن الكبرى : ١٠ ص ٢٥٤ ، باب المتداعين يتنازعان المال ، وما يتنازعان فيه في أيديهما معاً .

لأحدهما عليه، فيحلفان ويقسم بينهما[1].

والأصل في ذلك ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم والبيهقي عن أبي موسى رضي الله عنه أن رجلين ادعيا عينا في يدهما ولا بينة، حلفا وجعل المدعى بينهما نصفين، وفي رواية أخرى عن أبي موسى أن رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها ﷺ بينهما[2].

٢ - إذا تساوى الطرفان، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، مثل إذا تنازع اثنان عينا، ولا يد لأحدهما عليها، تحالفا وتقاسما.

٣ - وأشهر الأمثلة على التحالف اختلاف البائع والمشترى المعروف باختلاف البائعين، وهو إذا اتفق البائع والمشترى على العقد واختلفا في قدر الثمن أو وصفه أو جنسه، أو اختلفا في قدر المبيع أو وصفه أو جنسه[3].

فإن كان لأحدهما بينة حكم له، وإن لم يكن لهما بينة أو كان لهما بينتان متعارضتان فذهب جمهور الفقهاء إلى تحليف البائع والمشتري ورد المبيع وفسخ العقد، وقال آخرون القول قول البائع مع يمينه، أو قول المشتري مع يمينه، فالفقهاء مختلفون على ثلاثة أقوال:

القول الأول: التحالف من البائع والمشتري.

ذهب الى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[4].

القول الثاني: اليمين من المشتري، لأن القول قوله مع يمينه، ذكر ذلك ابن قدامة عن أبي ثور وزفر ومالك في رواية[5].

---

(١) المهذب: ٢ص٣١٢، البهجة: ١ص٢٧، كشاف القناع: ٤ص٢٢٩، رسالة القيروانى: ص ١٠٧، المغنى: ٩ص ٢٧٩، تبصرة الحكام: ١ص٣٠٥، شرح النيل: ٦ص٧٠٠.

(٢) سنن أبي داود: ٢ص٢٧٨ ط الحلبي، سنن النسائي: ٢١٧/٨، سنن ابن ماجه: ٢ص٧٨٠، السنن الكبرى: ١٠ص ٢٥٤، ٢٥٥، وفي رواية أخرى، اختصما في شيء، وفي ثالثة: اختصما في متاع، (انظر: نيل الأوطار: ٨ص ٣١١، المحرر في الحديث: ص ٢٠٣، ورواه الطبرانى وابن حبان، انظر: مجمع الزوائد: ٤ص ٢٠٣، التلخيص الحبير: ٢ص٤١٢، ورواه الحاكم وصححه، المستدرك: ٩٥/٤).

(٣) قال المالكية والحنابلة والشافعية ومحمد من الحنفية بشرع التحالف بينهما سواء كانت العين قائمة أو تالفة، وقال الحنفية: التحالف إذا كانت العين قائمة وإلا يقدم قول المنكر مع يمينه، انظر: مغني المحتاج: ٢ص ٩٥، المغنى: ٢ص ١٤٦، بلغة السالك: ٢ص٨٣، معالم السنن: ٥ص١٦٣، الهداية والتكملة: ٦ص ١٩٠، تبيين الحقائق: ٤ص٣٠٦.

(٤) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٥، الفروق: ٤ ص ٩٧، المقدمات: ٢ ص ٣٢١، بلغة السالك: ٢ ص ٨٣، مجمع الانهر: ٢ ص ٢٦٣، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٥، الهداية وتكملة فتح القدير: ٦ ص ١٨٤، الاشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٩٠، البدائع: ٦ ص ٢٥٩، معين الحكام: ص ١٠١، مغني المحتاج: ٢ ص ٩٤، الحاوي: ٣ ق ٥١ ب، المغني: ٤ ص ١٤٤.

(٥) المغني: ٤ ص ١٤٤ ط القاهرة.

القول الثالث: اليمين على البائع، لأن القول قوله مع يمينه ذكر ذلك ابن قدامة عن الشعبي، وحكاه ابن المنذر عن الإمام أحمد، وذكره ابن رشد في المقدمات[1].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول على التحالف بين البائع والمشتري بالسنة:

١ ـ الحديث المشهور عند مسلم وأصحاب السنن عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى أناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهم ولكن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه».

وجه الدلالة:

أن كلا من البائع والمشتري مدع وليس لهما بينة، وأن كلا منهما مدعى عليه فيحلف اليمين[2].

واعترض عليه بأن هذا الحديث عام وقد جاء حديث ابن مسعود في اختلاف البائع والمشتري، والقول قول البائع، فيكون مخصصا له[3].

٢ ـ ذكر الفقهاء في كتبهم رواية عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة، ولا بينة لأحدهما تحالفا، وترادا[4]» وهذا الحديث نص صريح في المراد، وهو واضح الدلالة في التحالف والرد.

واعترض عليه بأن هذه الرواية ضعيفة وغير ثابتة في كتب الحديث، وإنما ثبتت الرواية الأخرى في توجيه اليمين على البائع فقط ويعطي المشتري الخيار[5].

قال ابن حجر: وأما رواية: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا «قال الرافعي في «التذنيب» إنه

---

(١) المغني: ٤ ص ١٤٤ ط القاهرة، المقدمات: ٢ ص ٣١٨.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص ٩٥، المغني: ١٤٤/٤ ط القاهرة، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٩، شرح المنهج للأنصاري: ٣ ص ٢١٣، على هامش حاشية الجمل.

(٣) شرح بدائع المنن، الساعاتي: ٢ ص ١٦٤.

(٤) المغني: ٤ ص ١٤٤، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٦٣، الهداية، وتكملة فتح القدير: ٦ ص ١٨٤، الدر المختار: ٤ ص ٤٩٥، جـ ٥ ص ٥٦٠.

(٥) نصب الراية: ٤ ص ١٠٥.

لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه، وقد عنى الغزالي، فإنه ذكرها في «الوسيط»[1].

وأما رواية التراد فرواها مالك بلاغا عن ابن مسعود ورواها أحمد والترمذي وابن ماجه بإسناد منقطع، وقال الطبراني في الكبير عن عبد الله مرفوعا «البيّعان إذا اختلفا ترادا» رواته ثقات، وجزم الشافعي أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول[2].

وأما رواية «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا» رواها عبد الله ابن أحمد في زيادات المسند ورواها الطبراني والدارمي من هذا الوجه، وأما قوله فيه: تحالفا فلم يقع عند أحد منهم، وإنما عندهم «والقول قول البائع» او يردّان البيع، وزيادة «قائمة» من زيادة محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو ضعيف لا يتابع فيها انفرد به[3].

ويقول الجمهور إن التحالف يجري في سائر عقود المعاوضات، قياسا على البيع، وتخصيص البيع بالذكر جريا على الغالب[4]، فيجري التحالف في البيع والإجارة والشركة وغيرها.

ويجري التحالف في الزواج فإن اختلف الزوجان في المهر وعجزا عن البرهان، أو برهنا وامتنع الترجيع تحالفا ولا يفسخ النكاح بينهما، ويثبت مهر المثل، وقال المالكية في قول: إن كان قبل البناء يحلفان ويفسخان.

ثم اختلف أصحاب القول الأول فيمن يبدأ بالحلف على ثلاثة أقسام:

القسم الأول:

أن البائع يبدأ باليمين، فيحلف على قوله فإن شاء المشتري أخذه بماقال البائع وإلا يحلف المشتري على قوله، واستدلوا على البدءبالبائع بما رواه أحمد عن النبي ﷺ قال: «فالقول ما قاله البائع» وفي لفظ فالقول ما قاله البائع والمشتري بالخيار»ولأن البائع أقوى جنبة، لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه، فكان أقوى كصاحب اليد أو لاستصحاب ملكه، وأن كلاً

---

(١) التلخيص الحبير: ٣ ص ٣١ ط جديدة.

(٢) التلخيص الحبير: ٣ ص ٣١ ط جديدة.

(٣) التلخيص الحبير: ٣ ص ٣٢ ط جديدة، معالم السنن: ٥ ص ١٦٣، وتهذيب السنن: ٥ ص ١٦٤.

(٤)، مغني المحتاج: ٢ ص ٩٥، الحاوي: ١٣ ق ٥١ ب، المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣١٨، الهداية وتكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٠٢ حاشية ابن عابدين: ٥ ص ط, د، البحر الرائق: ٧ ص ٢٢٣، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٧، تبيين الحقائق، ٤ ص ٣١١.

منهما منكر بما يدعيه الآخر فيتساويان في ذلك.

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة والمالكية وأبو يوسف في قول[1].

القسم الثاني:

ان المشتري يبدأ باليمين.

ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية في قول[2].

لأن البائع يدعي عليه زيادة ثمن، والأصل براءة ذمته منها، ولأن المبيع في ملكه فيقوي جانبه، والمشتري أشدهما إنكاراً، لأنه مطالب بالثمن، واليمين مشروعة في جانب المنكر الذي يتقوى جانبه بأحد المقويات.

القسم الثالث:

أن الحاكم يتخير فيمن يبدأ منهما أو يقرع بينهما، لأنهما متساويان وكل منهما مدع ومدعى عليه.

ذهب إلى ذلك الشافعي في قول ثالث[3].

كما اختلف أصحاب القول الأول القائلون بالتحالف من البائع والمشتري في فسخ العقد بعد التحالف، لأنه إن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم للحالف، وإن حلف الاثنان وجب التراد، لقوله ﷺ «تحالفا وترادا».

واختلف الفقهاء في كيفية الرد والفسخ على رأيين:

الرأي الأول:

ان العقد لا يفسخ بنفس التحالف لأنه عقد صحيح، وتعارضهما وتنازعهما لا يفسخه فإن رضي أحدهما بما قاله صاحبه أقر العقد بينهما، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الفسخ.

---

(١) المغني: ٤ ص ١٤٥ ط القاهرة، مغني المحتاج: ٢ ص ٩٥، بلغة السالك: ٢ ص ٨٤، الحاوي: ١٣ ق ٥٢أ، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٦٢، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٥، الهداية وتكملة فتح القدير ٦ ص ١٨٦.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص ٩٦، مجمع الانهر: ٢ ص ٢٦٣، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٨٦، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٩.

(٣) مغني المحتاج: ٢ ص ٩٦.

ثم اختلفوا هل يفسخ بإرادة الطرفين أم يحتاج إلى حكم؟.

قال الحنابلة في المشهور والشافعية[٢]: يفسخ بإرادتهما ولا يحتاج إلى حكم لقول النبي ﷺ «أو يترادان البيع» وظاهره استقلالهما بذلك ؛ ولما ورد في الحديث أيضا «إذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وان شاء ترك» وهذا ظاهر أنه يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار لهما، ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة.

وقال الحنفية يفسخ القاضي البيع بطلبهما أو بطلب أحدهما[٣]، لقوله ﷺ إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا، ولأنهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما ، فيبقى بيع بلا بدل فيفسخ ، وهما لم يفسخاه، فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما.

وقال الشافعية في قول والحنابلة في وجه[٤]: لا يفسخ العقد إلا بحكم القاضي لأنه فسخ مجتهد فيه فلا يفسخه أحدهما، ولأن التحالف لتصحيح العقد دون إبطاله، فيجب أن يبطل بالحكم، ولأنه يشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما.

وقال المالكية: يفسخ بالتراضي بينهما وإلا فبحكم الحاكم[٥].

الرأي الثاني:

أن العقد يفسخ بنفس التحالف كاللعان، ولأنهما إذا تحالفا لم يكن في بقاء العقد فائدة فينفسخ، ذهب إلى ذلك الشافعية في قول[٦]، إذا كان عند الحاكم، وهو قول بعض المالكية،

---

(١) المغني : ٤ ص ١٤٥ ط القاهرة، مغني المحتاج: ٢ ص ٩٦، بلغة السالك: ٢ ص ٨٤، المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣٢٠، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٦٤، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٨٨، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٦، أدب القضاء، ابن أبي الدم: ص ٢١٨

(٢) المغني : ٤ ص ١٤٥ ط القاهرة، مغني المحتاج: ٢ ص ٩٦، شرح المحلي : ٢ ص ٢٤٠.

(٣) مجمع الانهر: ٢ ص ٢٦٤، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٨٨، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٩، الدر المختار: ٤ ص ٤٩٥، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٥٩، ٥٦٠، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٩.

(٤) المغني : ٤ ص ١٤٢ ط القاهرة، مغني المحتاج: ٢ ص ٩٦، الحاوي: ١٣ ق ٥٢أ.

(٥) بلغة السالك : ٢ ص ٨٤، المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣٢٠.

(٦) مغني المحتاج: ٢ ص ٩٦، بلغة السالك: ٢ ص ٨٤، الحاوي: ١٣ ق ٥٢أ، أدب القضاء، ابن أبي الدم: ص ٢١٨، المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣٢٠، تبيين الحقائق: ٤ ص ٣٠٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ١٨٨، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٥٩، شرح ميارة على العاصمية: ٢ ص ٢٢.

والحنفية في قول، وبناء عليه لو رضي أحدهما قبل الحكم بقول صاحبه فلا يقبل.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على توجيه اليمين على المشتري، وأن القول قوله بيمينه بالحديث المشهور أن اليمين على المنكر، والمشتري هو المنكر، لأن البائع يدعي عليه زيادة في الثمن وغيره والمشتري ينكرها، والقول قول المنكر مع يمينه[1].

ويعترض عليه أن هذا الدليل عام وقد ثبت دليل خاص في تحليف البائع واعتبار قوله، وأن البائع منكر لدعوى المشتري في الزيادة وغيرها، فكل من البائع والمشتري مدع ومنكر معا.

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب القول الثالث على توجيه اليمين على البائع وأن القول قوله بيمينه دون المشترى بالسنة[2].

أخرج أصحاب السنن الأربعة والحاكم والشافعي ومالك عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال: « إذا اختلف البيّعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» وفي لفظ الترمذي: « فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار»[3].

واعترض عليه بأن هذا الرأي متفق مع القول بالتحالف ولا تعارض بينهما، وذلك بأن يكون القول قول البائع مع يمينه، فإن حلف فرضي المشتري بذلك أخذ به، وان أبى حلف أيضا وفسخ البيع بينهما، ولأجل الجمع بين روايات الحديث الأخرى التي جاء فيها «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا»ولأن كل واحد منهما مدع ومدعي عليه فشرعت اليمين في حقها[4].

والجواب أن هذا الحديث صحيح، والرواية الأخرى غير ثابتة، فيقدم الحديث الثابت.

---

(١)، المغني : ٤ ص ١٤٤ ط القاهرة.

(٢) المقدمات الممهدات: ٢ ص ٣١٨، المغني: ٤ ص ١٤٤ ط القاهرة.

(٣) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٥٥ ط الحلبي، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٣٧، نصب الراية: ٤ ص ١٠٥، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي: ٤ ص ٤٨٩، سنن النسائي: ٧ ص ٢٦٦، بدائع المنن: ٢ ص ١٦٣، الموطأ: ص ٤١٦، المستدرك: ٢ ص ٤٥ وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٤)، المغني: ٤ص ١٤٤ط القاهرة.

٢ ـ أخرج أبو داود والحاكم وابن ماجه عن عبد الله بن مسعود أن الأشعث بن قيس اشترى منه رقيقا من رقيق الخُمُس بعشرين ألفا، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله فاختر رجلا يكون بيني وبينك، قال الأشعث أنت بيني وبين نفسك، قال عبد الله: فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا اختلف البيعان وليس لهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان»[١].

وجه الدلالة: واضح وصريح في تحليف البائع فقط، وتصديق قوله مع يمينه والخيار للمشتري ولا يحلف.

٣ ـ أخرج النسائي عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود أنه أتاه رجلان تبايعا سلعة فقال أحدهما: أخذتها بكذا وبكذا، وقال هذا بعتها بكذا وكذا، فقال أبو عبيدة: أُتِيَ ابن مسعود في مثل هذا، فقال حضرت رسول الله ﷺ أُتِيَ بمثل هذا فأمر البائع أن يستحلف ثم يختار المبتاع، فإن شاء اخذ وإن شاء ترك»[٢].

وجه الدلالة: أن البائع هو الذي يستحلف، فالقول قوله مع يمينه، والمشتري إما أن يرضى بقول البائع وإما أن يترك البيع.

ونقل الزيلعي في «نصب الراية» قول صاحب «التنقيح»: والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل بل هو حديث حسن يحتج به، لكن في لفظه اختلاف والله أعلم[٣]؛ وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» إن هذا الحديث الأخير رواه الشافعي عن ابن مسعود، ورواه أحمد عن الشافعي، ورواه النسائي والدراقطني، وقد صححه ابن السكن والحاكم[٤].

الرأي الراجح: ويظهر للباحث ترجيح القول الثالث لقوة الأدلة وصحة الحديث المعتمد عليه، كما أنه يتفق مع المصلحة في بقاء المبيع في يد البائع وتصديق قوله باعتباره صاحب يد، والمشتري إما أن يقبل قول البائع مع يمينه وإما أن يختار الترك.

القاعدة الثالثة في عبء الاثبات: مختلف فيها على ثلاثة مذاهب.

---

(١) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٥٥ ط الحلبي، سنن ابن ماجه: ٢ ص ٧٣٧، المستدرك: ٢ ص ٤٥، قال ابن القيم: وقد روي حديث ابن مسعود من طرق عن ابن مسعود يشد بعضها بهضا، وليس فيهم مجروح ولا متهم، (انظر: مختصر سنن أبي داود للمنذري، وتهذيب السنن لابن القيم ومعالم السنن للخطابي: ٥ ص ١٦٢ ـ ١٦٤، نصب الراية: ٤ ص١٠٧).

(٢) سنن النسائي: ٧ ص ٢٦٦.

(٣) نصب الراية: ٤ ص ١٠٧.

(٤) التلخيص الحبير: ٣ ص ٣٠ ـ ٣١ ط جديدة، انظر المستدرك: ٢ ص ٤٥، بدائع المنن: ٢ ص ١٦٢، سنن النسائي: ٧ ص ٢٦٦.

قلنا في القاعدة الأولى إن المدعي إذا قدم البينة على دعواه حكم القاضي بها، واذا عجز أو فشل عن إقامة البينة، وطلب يمين المدعى عليه، حلف المدعى عليه على نفي الدعوى، وحكم القاضي بناء على يمينه، أما إذا امتنع المدعى عليه من اليمين أو قدم المدعي شاهدا واحدا، فما هو الحكم؟. وعلى من يقع عبء الإثبات لأنه لابدَّ من القضاء قطعا للمنازعة؟

اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول : يحكم بالنكول، وهو مذهب الحنفية والمشهور عن الحنابلة[1].

المذهب الثاني: ترد اليمين إلى المدعي، فيحلف اليمين المردودة إذا نكل المدعى عليه عن اليمين ويحكم له القاضي باستحقاق المدعى به، وهذا مذهب الجمهور من الشافعية والمالكية وقول عند الحنابلة وصوبه الإمام أحمد.

المذهب الثالث: التوقف، فإذا لم يكن للمدعي بينة وأبى المدعى عليه من المين أجبر عليها أحب أم كره، ولا يقضى عليه بنكوله في شيء من الأشياء، ولا ترد اليمين على الطالب البتة، ولا ترد يمين أصلا إلا في ثلاثة مواضع فقط، وهي القسامة والوصية في السفر واليمين مع الشاهد أو المرأتين وهو مذهب الظاهرية وقول في مذهب أحمد وقول ابن أبي ليلى[2].

وقد سبق لنا بحث هذا الموضوع في مبحث اليمن المردودة في فصل اليمين مع بيان أدلة كل مذهب ومناقشتها وبيان الراجح منها.

القاعدة الرابعة في عبء الإثبات: القضاء بالشاهد واليمين:

استقر الحكم في القاعدة الأولى أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، وقال الجمهور إذ انكل المدعى عليه عن اليمين، حلف المدعي وقضي له: وهذه القاعدة تجمع بين الشاهد واليمين من جانب المدعي، واختلف الفقهاء في القضاء بهما، فقال الحنفية بعدم القضاء بهما لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تنقل إلى جانب المدعي، ولأن القضاء بهما يخالف القاعدة الأولى المبنية على الحديث المشهور، فإنه قسمة، والقسمة تنافي الشركة، وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء[3].

---

(١) القواعد ابن رجب ٢٤٥، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٥، ٢٣٠، طرق الإثبات الشرعية: ص ٤٣٨، الاصول القضائية: ص ٢٤٨، جامع العلوم والحكم، ابن رجب: ص ٢٧٦، المرافعات الشرعية، الابياني: ص ١٤٧، الطرق الحكمية: ص ١١٦، الدار المختار: ٥ ص ٥٤٩.

(٢) الطرق الحكمية: ص ١١٨، المحلى: ٩ ص ٣٧٢، جامع العلوم والحكم: ص ٢٧٦.

(٣) نصب الراية: ٤ ص ١٠٠، الغرة المنيفة في تحقيق مذهب أبي حنيفة، الغزنوي: ص ١٩٢، وانظر آراء المذاهب وأدلتهم في صفحة ١٨١.

وقال جمهور الفقهاء في المذاهب الثلاثة وابن حزم الظاهري والإمامية يقضي باليمين مع الشاهد، ويكون عبء الإثبات لا يزال منصبا على المدعي، وأن المدعي هو المكلف بالبينة، ومن أنواع البينة الشاهد واليمين، ويقع عبء الإثبات على المدعي للأسباب الاتية:

١ ـ المدعي مطالب بالبينة بالاتفاق، وقد أحضر شاهدا، والنصاب الشرعي للشهادة اثنان، ولم يستطع احضار الشاهد الثاني لإكمال البينة فيحلف مع شاهده.

٢ ـ أن الشاهد الواحد يفيد ظنا مساويا على الأقل الظن الحاصل من المرجحات الأولية التي يتمسك بها المدعى عليه، والتي كانت أساسا في وصفه وفي تكليفه باليمين، والشاهد أقوى في الدلالة والكشف عن الحقيقة من استصحاب الأصل وهذا يقوي جانب المدعي، ويجعله راجحا على جانب المدعى عليه، والجانب الأقوى هو المطالب باليمين.

٣ ـ وردت نصوص كثيرة وصحيحة في القضاء بالشاهد واليمين وقد روى هذا الحديث أكثر من عشرين صحابيا، فقد روى مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطني والبيهقي وحسنه عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد[١].

وقال الشافعي بالجمع بين حديث «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» وحديث الشاهد واليمين، لعدم التعارض، والجمع بينهما بأن يخصص الأول عند وجود الشاهدين، والقضاء بالشاهد واليمين عند عدم توفرهما[٣]، وأن البينة على المدعي إذا لم يكن معه ما يقوى دعواه، فإن وجد شاهد فعليه اليمين، والحديث الأول ينص «البينة على المدعي» والشاهد واليمين بينة بنص الحديث فلا تعارض[٣].

فالإثبات حق وواجب على المدعي وقد أقام الشاهد فترجع جانبه بحقه في اليمين فيحلف ويستحق وان اختلف الفقهاء في حقيقة الحكم في ذلك. وقد رجحناوقوعه بهما وأن القضاء استند إلى الشاهد واليمين معا، ويكون عبء الإثبات قد وجب على المدعي بالشهادة واليمين معا[٤].

---

(١) انظر تخريجه في صفحة ١٨٨ وما بعدها.

(٢) الحاوي: ١٣ ق ٤٣أ، الأم ٧ ص ٣١، ٣٤، جامع العلوم والحكم: ابن رجب ص ٢٧٥.

(٣) جامع العلوم والحكم: ص ٢٧٦.

(٤) جامع العلوم والحكم: ص ٢٧٨، وانظر صفحة ١٩٨ من هذه الرسالة.

المبحث الرابع
في
نقل عبء الإثبات والإعفاء منه

نقل عبء الإثبات:

اتفق الفقهاء في عبء الإثبات على تكليف المدعي بالبينة، وطلب اليمين من المدعى عليه، وإذا لم يعرف المدعي والمدعى عليه فيجب على كل منهما البينة، فمن أحضر بينة حكم له بها، وإن أحضرا بينتين وقع التعارض بينهما، وإن لم يقيما البينة وجب التحالف كما سبق بحثه.

واختلف الفقهاء في نقل البينة إلى المدعى عليه، وفي جواز طلب اليمين من المدعي وانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: عدم نقل البينة إلى المدعى عليه، وعدم طلب اليمين من المدعي، وهذا مذهب الحنفية والإباضية، ولا يجوز الاتفاق بين الطرفين على خلافه.

الفريق الثاني: جواز نقل البينة إلى المدعى عليه، وجواز طلب اليمين من المدعي شرعاً كما يجوز الاتفاق بين الطرفين على ذلك.

المذهب الأول وأدلته:

قال الحنفية والإباضية وبعض المحدثين كالبخاري: إن البينة تقع دائماً وأبداً على عاتق المدعي، وإن اليمين تطلب من المدعي عليه أبداً[1]، وهذا مطرد في كل دعوى حتى في القسامة.

واستدلوا على مذهبهم بما يلي:

---

(١) البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٤، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٥، نصب الراية: ٤ ص ٩٦، شرح النيل: ٨ ص ١٢٦، جامع العلوم والحكم، ابن رجب: ص ٢٧٥.

١ ـ السنة: الحديث المشهور السابق وهو «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» كما ورد في حديث الأشعث بن قيس أنه قال له، وهو المدعي، «بينتك أو يمينه».

وجه الاستدلال: أن الحديث قسم وسائل الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، فجعل البينة على المدعي، وجعل اليمين على المدعى عليه، والقسمة تنافي الشركة، فلا يجوز للمدعي أن يشارك المدعى عليه في يمينه، كما لا يجوز للمدعى عليه أن يشارك المدعي بتقديم البينة.

٢ ـ إن الألف واللام في «اليمين» للجنس وهذا يقتضي استغراق الجنس، فيكون جنس اليمين كله على المدعى عليه وهو حجة له، وإذا نقلنا اليمين إلى المدعي فلا يكون جنس اليمين حجة للمدعي عليه، ويكون بعض الأيمان ليس حجة للمدعي عليه وهذا خلاف النص[١].

قالوا: والحديث عام يشمل جميع المدعى عليهم والمدعيين، ولذلك قالوا: إن اليمين في القسامة تقع على المدعى عليهم مستدلين بعموم الحديث، كما أنكروا اليمين المردودة واليمين مع الشاهد، لأنها تخالف الحديث السابق، وأحاديث الشاهد واليمين وأحاديث رد اليمين ضعيفة وغير ثابتة ولا تقوى على معارضة الحديث المشهور[٢].

٢ ـ واستدلوا في القسامة بما روى سعيد بن عبيد عن بشير بن يسار الأنصاري عن سهل ابن أبي حثمة.. فذكر الحديث وفيه قال النبي ﷺ: تأتوني بالبينة على من قتله، قالوا: ما لنا من بينة، قال: فيحلفون، قالوا لا نرضى بأيمان اليهود، فكره النبي ﷺ أن يبطل دمه فوداه بمائه من إبل الصدقة»[٣].

واعترض عليه بما نقله ابن رجب فقال: ولكن هذه الرواية تعارض رواية يحيى بن سعيد الأنصاري عن بشير بن يسار عن سهل... وفيه فقال رسول الله ﷺ: يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته، وهذه هي الرواية المشهورة الثابتة المخرجة بلفظها بكمالها في الصحيحين[٤]، وقد ذكر الحفاظ أن رواية يحيى بن سعيد أصح من رواية سعيد بن عبيد الطائي، فإنه أجل وأحفظ وأعلم، وهو من أهل المدينة وهو أعلم بحديثهم من الكوفيين، وذكر الإمام أحمد مخالفة سعيد بن عبيد ليحيى بن سعيد في هذا الحديث فنفض يده وقال ذاك ليس

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٢٥.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٩.

(٣) صحيح البخاري بحاشية السندي: ٤ ص ١٢٩، ورواه مسلم مختصراً: ١١ ص ١٥١ بدون عبارة طلب البينة والتحليف.

(٤) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن ومالك والشافعي، انظر: تخريجه في صفحة ٥٢٩.

بشيء رواه على ما يقول الكوفيون، وقال إذهب إلى حديث المديني يحيى بن سعيد. وقال النسائي لا نعلم أحداً تابع سعيد بن عبيد على روايته عن بشير بن بشار وقال مسلم في كتاب التمييز: لم يحفظه سعيد بن عبيد على وجه لأن جميع الأخبار فيها سؤال القسامة خمسين يميناً، وليس فيها سؤال البينة وترك سعيد القسامة، وتواطؤ الأخبار بخلافه يقضي عليه بالغلط...[1].

المعقول:

إن البينة لإثبات الباطن والخفي، وتطلب لبيان خلاف الظاهر، وإن فائدة الإثبات هو ظهور زيادة عما هو في الظاهر، ولذلك تطلب البينة من المدعي لأنه يدعي خلاف الظاهر.

أما المدعى عليه فإن قوله يوافق الظاهر، والبينة التي يقدمها لا تفيد شيئاً، ولا تظهر جديداً، فهي لغو وهراء، فلا تقبل منه البينة أصلاً، ولا يكلف بها[2]، ولذلك قالوا بعدم قبول البينة من ذي اليد وهو المدعى عليه[3]، وإن أقام البينة فترد لأنها ليست حجته، وتلحق بالعدم إلا في دعوى الملك المقيد بالنتاج والشراء[4].

كما منع الحنفية من اتفاق الخصوم على تعديل القاعدة السابقة في عبء الإثبات، واعتبروا ذلك من حقوق الله تعالى التي لا يجوز الاتفاق على تغييرها ولا إسقاطها، وقالوا لو اصطلح الخصمان على أن المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال، فحلف المدعي لم يضمن الخصم ولو شرط على المدعي وقال: إن حلفت أديت إليك، فحلف فأداه إليه المدعى عليه، فإن كان أداؤ ها إليه على الشرط فهو باطل وللمؤدي أن يرجع فيما أدى، لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع، وهو أن اليمين على من أنكر وليس على المدعي[5].

واستثنى الحنفية بعض الحالات من قاعدتهم السابقة وقالوا يحلف المدعي بطلب

---

(١) جامع العلوم والحكم، ابن رجب: ص ٢٧٥.

(٢) البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٥، بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٣.

(٣) منع الحنفية القضاء على الغائب لحديث سيدنا علي رضي الله عنه «لا تقض لأحد الخصمين ما لم تسمع كلام الآخر» وقالوافي الاستدلال وإنما منع القضاء على الغائب لأنه قد تكون عنده من الأدلة ما لو عرضها على القاضي لرفض دعوى المدعي، وهذا يدل ضمناً على البينة من المدعى عليه، وإلا فلا يرد كلام المدعي وحجته بمجرد الإنكار، (انظر: الأصول القضائية ص ١٤).

(٤) البدائع: ٦ ص ٢٢٥، الهداية: ٦ ص ١٥٦، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٥.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٩، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٤.

٢ ـ البكر: إذا بلغت فاختارت الفرقة، فتحلف أنها ما رضيت به بعد البلوغ.

٣ ـ المشتري إذا طلب رد المبيع بالعيب على بائعه فيحلف أنه ما رضي بالعيب.

٤ ـ المرأة إذا طلبت من القاضي فرض نفقة في مال الزوج الغائب، فتحلف أنه ما خلف لها شيئاً، ولا أعطاها النفقة قبل سفره.

٥ ـ المستحق إذا استحق عيناً عند آخر، وأقام البينة، فيحلف أنه ما باع ولا وهب.

٦ ـ المدعي ديناً أو حقاً على ميت، فيحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه ولا اقتص منه.

وأرى أن هذه اليمين تختلف عن اليمين التي نتكلم عنها، فاليمين الأولى هي الحجة في الإثبات، وتطلب من المدعي عليه عند عدم البينة.

أما هذه اليمين فهي يمين استظهار تطلب من المدعي تأكيداً لبينته التي أقامها وذلك لتحقيق الدعوى، وإزالة الشبهة عنها وقطع الشكوك والظنون التي يحتمل ورودها، وتكون لمصلحة الغائب أو الميت أو غيرهما لاحتمال أن يكون لواحد منهما حجة لو كان حاضراً، وهذه اليمين تختلف عن يمين الاستحقاق التي قال بها الجمهور، وهي التي يحلفها المدعي ويستحق بموجبها دون حاجة إلى إثبات سابق.

ويعترض على استدلال الحنفية بعموم الحديث أنهم قالوا ذلك ظاهراً، ولكنهم قيدوا هذا العموم في حالات كثيرة، ونقلوا عبء الإثبات، وكلفوا المدعي باليمين بحجة أنه مدعى عليه باطناً، وأنه ترجح جانبه لسبب خفي أو ملحظ دقيق، فيصير مدعى عليه، وهذا يؤكد أن كل خصم يُحتمل أن يكون مدعياً من جانب ومدعى عليه من جانب آخر، ويحتمل أن يكون طالباً لشيء في الظاهر، ومنكراً لأمر آخر في نفس الدعوى، فيقبل قول الأمين مع يمينه لقرينة صدقه وأمانته مع أنه يدعي خلاف الظاهر(٢).

كما يقبل قول المدعي عليه في دفع الدعوى ويقع عليه عبء إثبات الدفع، كما يقبل دفع الدفع ويجب عليه إثباته(٣).

---

(١) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٨، البحر الرائق: ٧ ص ٢٠٣.

(٢) المادة ١٧٧٤ من المجلة العدلية.

(٣) البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

وهذا يوجب علينا إما أن نغير اسم المدعي والمدعى عليه في الدعوى الواحدة عدة مرات، وإما أن نقول بنقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر.

كما أن هذا الحديث عام، وقد وردت أحاديث خاصة في رد اليمين وفي اليمين مع الشاهد، والخاص يقدم على العام عند التعارض، قال ابن القيم: إن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين أصح وأصرح وأشهر، وإن حديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» لم يروه أحد من أهل الكتب الستة، وأنه لو قاومها في الصحة والشهرة لوجب تقديمها عليه لخصوصها وعمومه، وإن اليمين إنما كانت في جانب المدعي عليه حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى فيكون جانب المدعي عليه أولى باليمين لقوته بأصل البراءة، فكان هو أقوى المتداعيين باستصحاب الأصل[1].

المذهب الثاني وأدلته في نقل عبء الإثبات:

ذهب الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والإمامية إلى قبول البينة من المدعى عليه، كما تقبل اليمين من المدعي ويكون القول قوله مع يمينه، كما يجوز للأطراف أن يتفقوا على نقل عبء الإثبات من أحدهما إلى الآخر، وإلى الاتفاق على تصديق أحدهما بيمينه سواء كان المدعي أم المدعى عليه، لأن الحديث المشهور «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» عام، وأنه يشكل قاعدة أساسية في عبء الإثبات، ويحدد المكلف به على أساس التمييز بين المدعي والمدعى عليه، فإذا طرأ ما يغير ميزان التمييز انقلبت القاعدة وجاز نقل الإثبات إلى الطرف الثاني.

كما وردت أحاديث خاصة تؤيد جواز نقل الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، ونقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي، ومنها أحاديث الشاهد واليمين، وفيها انتقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي.

ومنها أحاديث رد اليمين إذا نكل المدعى عليه عن أدائها فإنها ترد على المدعي فيحلف ويستحق بموجب يمينه.

وإذا امتنع المدعى عليه عن اليمين ليقيم البينة بدلاً من يمينه فإن كانت الدعوى بدين في الذمة لم تسمع منه البينة لأنه نفي الدين بإنكاره والبينة لا تسمع على النفي المطلق، وإن كانت بعين في يده ففي سماع البينة بدلاً من يمينه وجهان عند الشافعية أحدهما لا تسمع بينته، لأنه لا حاجة به إليها ويستغني بيمينه عنها، والوجه الثاني تسمع بينته عليها وترتفع الدعوى بها لأن

---

(١) اعلام الموقعين: ١ ص ١٠٢.

البينة قد جمعت إثباتاً ونفياً فصح سماعها منه لأنها تتضمن الإثبات[1].

الرأي المختار:

والمختار ترجيح قول الجمهور في نقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه وبالعكس.

ويمكن تحديد صور نقل الإثبات: في الصور التالية:

١ - اليمين المردودة من المدعى عليه، فيحلف المدعي اليمين على دعواه ويستحق ويحكم له بها.

٢ - اليمين مع الشاهد، فإذا أقام المدعي شاهداً على دعواه حلف مع الشاهد واستحق.

٣ - بينة العكس: إذا أقام المدعي البينة فيجوز للمدعى عليه أن يقيم بينة على نفي استحقاق المدعي، وعلى رد بينته.

٤ - إذا دفع المدعى عليه دعوى المدعي بدفع من الدفوع فعليه إثبات دفعه وإقامة البينة عليه.

والدليل على جواز نقل عبء الإثبات، بالاضافة إلى النصوص التي استند إليها الجمهور، هو:

أولاً - أن صعوبة الوصول إلى معيار حاسم، وضابط قاطع في تعريف المدعي والمدعى عليه، يفتح المجال أمامنا إلى قبول البينة من كلا الطرفين، ونقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر، والتمييز بينهما يرجع في الحقيقة إلى فطنة القاضي وحدسه وذكائه، ولا يوجد تعريف قاطع ومحدد، وهذا يسوغ رد اليمين على المدعي إذا تقوى جانبه لسبب من الأسباب كالظاهر. فالبينة على من ضعف قوله، واليمين على من قوي قوله، وإن المدعي قد ينقلب مدعى عليه لقيام سبب أقوى من سبب خصمه سواء كان سبباً حقيقياً أو عرفياً، وقد يصدق على الطرفين تعريف المدعي ويكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه في آن واحد ويسمى الفقهاء ذلك المتداعيين[2].

ثانياً - إن وصل القاضي لضابط في ذلك فكثيراً ما يشتبه على القاضي تمييز المدعي

---

(١) الحاوي: ١٣ ق ٤٦ ب.

(٢) القوانين الفقهية: ٢٩٨، تهذيب الفروق: ٤ ص ١٢١، أصول الإثبات الجعفري: ٢٤.

والمدعى عليه، لأن كل منهما يعتمد على ظاهر من أصل أو عرف أو عادة أو نص، ويكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه في آن واحد، وعلى كل منهما البينة في تأييد دعواه ونفي استحقاق خصمه، والعبرة في الأمور للمعاني لا للألفاظ والمباني.

ثالثاً ـ كثيراً ما يختلف الفقهاء في تحديد الأصل في موضوع معين كما سبق بحثه في المرجحات الأولية، فبينما يرى الجمهور أن الأصل في الوصي مثلاً أنه مصدق في الرد، قال المالكية الأصل في الوصي عدم الرد إلا مع الإشهاد، فالاجتهاد في الأصول يؤدي إلى الاختلاف في تحديد المدعي والمدعى عليه في الموضوع الواحد. ومعرفة المدعي والمدعى عليه ليست قطعية، لأن الفقهاء يختلفون في قوة السبب الدال على تصديق أحد المتداعيين، وضعف الآخر حسب اجتهاد كل منهم[1].

رابعاً ـ إذا ألقينا عبء الإثبات على المدعي في إقامة البينة على دعواه، ومنحناه الحق في ذلك فإنَّ العدالة الإلهية وواجب المساواة توجبان أن نقر بهذا الحق أيضاً للمدعى عليه لإثبات حقه في المدعى به، وإبطال دعوى المدعي وتكذيب بينته، والدفاع عن حقه، وإنه من الجور والظالم أن نمنعه من ذلك، وإن منعه يشبه من يضع الأغلال في عنق المدعى عليه ويطلق الإسار للمدعي، فإذا منحنا المدعي حق التقاضي وفتحنا أمامه المحاكم وخوّلناه حق الإثبات، فيجب أن نعطي المدعى عليه حق الدفاع وإثبات العكس[2].

خامساً ـ إذا أجاز الشارع للمدعي الذي يخالف قوله الظاهر أن يثبت دعواه، ويستحق بالبينة، فالأولى أن يقر هذا الحق إلى المدعى عليه الذي يوافق قوله الظاهر، بأن يدافع عن حقه، ويؤكد الظاهر الذي يتمسك به ويبرهن على صدقه في الإنكار، وأن يده على العين يد حقيقية وليست يد ظاهرة.

سادساً ـ اتفق جميع الفقهاء على جواز الاعتراض على دعوى المدعي ودفعها، ولو ثبتت أمام القضاء ببينة المدعي، كالدفع بالإبراء أو الإسقاط أو المقاصة أو الوفاء، ولا يقبل منه هذا الدفع إلا بالبينة والحجة، فإذا أقام البينة على دفعه سقطت دعوى المدعي وبطلت حجته[3].

وهذا في الحقيقة إقرار للمدعى عليه بحقه في الإثبات، وجواز نقل الإثبات إليه،

---

(١) المقدمات الممهدات: ٢ ص ١٢٨، جامع العلوم والحكم: ص ٢٧٤.

(٢) راجع هذا المعنى في كتاب نظام الإثبات، الدكتور عبد الباسط جميعي: ص ٨٠.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢٠١، ٢٩٠، ٣٠١، البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٠ ـ ٢٣١، أصول الإثبات الجعفري: ص ٢٧.

ومعارضة بينة المدعي.

سابعاً ـ ويؤكد جواز نقل الإثبات، ويؤكد حكمة توزيعه بين الخصمين أن المدعي له الخيار في إقامة البينة لأنها حق من حقوقه، فلا يجبر على إقامتها، وله طلب اليمين من خصمه، كما أن للمنكر الخيار في اليمين لأنها من حقوقه أيضاً فلا يجبر على الحلف بها عند الجمهور[1]، ومن قال إنها واجبة، فتكون واجباً مخيراً في الحلف أو الرد.

ثامناً ـ ويستدل على جواز تقديم البينة من المدعى عليه وقبول اليمين من المدعي بالأحاديث التالية:

١ ـ روى الجماعة أن رسول الله ﷺ قال: من حلف على يمين يستحق بها مالاً وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان، ونزل قوله تعالى: ﴿إنَّ الذين يَشْتَرون بعَهدِ الله وأيمانِهم ثَمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم﴾ سورة آل عمران: ٧٧، وفي رواية عن ابن مسعود: «من حلف على يمين ليقتطع بها مالاً لقي الله وهو عليه غضبان»[2].

وجه الدلالة: أن الحديث رتب على اليمين استحقاق المال، والحلف على اليمين عام سواء كان من المدعي أو من المدعى عليه، والمدعى عليه لا يستحق بيمينه مالاً سواء كان صادقاً أو كاذباً، ويكون الحكم بناء على يمينه قضاء ترك كما يقول الحنفية. أما المدعي فلا يد له على المال ولا تسلط له عليه، فإذا حلف يميناً استحقه وأخذه من خصمه، **فالاستحقاق يتحقق بيمين المدعي أكثر من المدعى عليه، وهذا يدل على جواز وقوع اليمين من المدعي**، وهي يمين استحقاق وجلب، بخلاف يمين المدعى عليه فإنها يمين الدفع والنفي[3].

٢ ـ روي الجماعة عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أنا بشرٌ، وإنكم لتختصمون إليّ، ولعل بعضَكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع..»[4].

---

(١) الحاوي: ١٢، ص ٩٧ أ.

(٢) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٥.

(٣) قال السبكي: قاعدة كل يمين قصد بها الدفع لا يستفاد بها الجلب، وقد يقال كل يمين كانت لدفع شيء لا تكون لإثبات غيره، (الأشباه والنظائر، له ق ١٢٣ ب)، وقال ابن رشد: يفهم من الحديث «من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه» وجوب القضاء باليمين، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠٧.

(٤) اللؤلؤ والمرجان: ٢ ص ١٩٢، وسبق تخريجه في صفحة ٤٢، وخرج الدارقطني عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال في خطبته يوم الفتح «المدعى عليه أولى باليمين إلا أن تقوم بينة» فإن لفظ «أولى» اسم تفضيل، (انظر: جامع العلوم والحكم، ابن رجب: ص ٢٧٣).

والحديث يدل على جواز تقديم البينة من الخصمين، لأن التفضيل في لفظ «ألحن» يقتضي المشاركة مع زيادة أحدهما على الآخر، فيجوز تقديم البينة من المدعي، **كما يجوز إقامتها من المدعى عليه.**

قال الشافعي رضي الله عنه: البينة في دلالة سنة رسول الله ﷺ بينتان: بينة كاملة بعدد الشهود لا يحلف مقيمها معهاً، وبينة ناقصة العدد يحلف مقيمها معها[1].

والحديث المشهور عام في جميع الدعاوى، وخاص في الدعاوى التي يقدم أحد الخصوم فيها سبباً يدل على صدق دعواه[2].

تاسعاً ـ المعقول: اليمين في الإثبات مشروعة في أقوى الجانبين كما يقول الجمهور، فأي خصم ترجح جانبه جعلت اليمين في حقه[3].

ويشهد لصحة هذه القاعدة نصوص كثيرة منها:

١ ـ ثبت عن النبي ﷺ أنه «قضى بالشاهد واليمين[4]» فاليمين على المدعى عليه في الدعوى عامة، ولكن لما ترجح جانب المدعي بالشاهد، أصبح أقوى من المدعى عليه فصح اليمين منه.

٢ ـ القسامة: ففي حديث حويصة ومحيصة أن الرسول ﷺ عرض الأيمان في القسامة على المدعين أولاً[5]، والسبب في ذلك أن جانب المدعيين ترجح باللوث، وأصبحت دعواهم أقوى من التمسك بالظاهر والبراءة في عدم القتل، فإذا أبوا عن اليمين ردت الأيمان على المدعى عليهم لترجح جانبهم بنكول المدعي.

٣ ـ اللعان: شرع الله سبحانه وتعالى في قذف الرجل لامرأته الأيمان، وجعل هذه الأيمان أولاً من جانب الزوج وذلك لأن جانبه ترجح بقرائن الأحوال، فإن نكلت المرأة عن معارضة أيمانه بأيمانها وجب عليها العذاب بالحد.

---

(١) اختلاف الحديث، للإمام الشافعي: ٧ ص ٣٤٧ على هامش الأم.

(٢) المقدمات الممهدات: ٢ص ٣١٧.

(٣) الطرق الحكمية: ص ٧٥، ٩٥، شرح كتاب عمر: في مجلة منبر الإسلام: ص ١٩٨ سنة ٢٦ عدد ٢٢، تهذيب الفروق: ٤ص١٢٢، البهجة: ١ص٢٨، الحاوي: ١٣ ق ٤٣أ، الأم: ٧ص ٣١، ٣٤، المغنى ٥ص١٤٥، قواعد الأحكام، العز: ١ص٧٢.

(٤) سبق تخريجه في صفحة ١٩١.

(٥) انظر صفحة ٥٢٩.

قال ابن القيم[1]: إن المدعي لما ترجح جانبه بالشاهد الواحد شرعت اليمين من جهته، وكذلك أولياء الدم ترجح جانبهم باللوث فشرعت اليمين من جهتهم وأكدت بالعدد تعظيماً لخطر النفس، وكذلك الزوج في اللعان جانبه أرجح من جانب المرأة قطعاً. فشرعت اليمين من جانبه.

٤ - قبول قول الأمناء في التلف والرد لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت مصالحهم المترتبة على حفظ الأمانات، والأمين قد يكون من جهة صاحب الأمانة، وقد يكون من جهة الشرع كالوصي والملتقط، والولي وأمين الحاكم والوكيل... وغيرهم[2].

فالأمين يدعى خلاف الظاهر وهو الرد والتلف، ولكن قوي جانبه وترجح قوله بصفة الأمانة، والأمين مصدق، فشرعت اليمين من جانبه، وقالوا إنه مدع ظاهراً، ومدعى عليه في الباطن، لأنه ينكر الرد، وقال المالكية بتصديق الأمين دون يمين فيما يقوله إلا أن يكون متهماً[3].

وعد القرافي في «الفروق»[4] هذه الحالات الثلاث استثناء من القاعدة الأصلية « اليمين على المدعى عليه» وقد انتقد العلامة التسولي المالكي[5] القرافي في ذلك، وأجرى هذه المسائل على القاعدة العامة وهي أن الظاهر الشرعي أو الأصلي أو الغالب مع المدعيين، فترجح قولهم وصارت اليمين مشروعة من جانبهم.

الإعفاء من عبء الإثبات:

هو إسقاط عبء الإثبات عن المكلف به كلياً أو جزئياً، والإعفاء عن عبء الإثبات إما أن يرد به نص، وإما أن يتم باتفاق الأطراف.

أولاً - الإعفاء بالنص:

نصت الشريعة الغراء على بعض الحالات التي يعفى فيها المدعي من عبء الإثبات، وتفترض ثبوت الحق أو الواقعة بقرائن واعتبارات خاصة لاحظتها الشريعة، وهذا الإعفاء إما أن

---

(١) أعلام الموقعين: جـ١ ص ١٠١.

(٢) التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل: ص ١٢، القوانين الفقهية: ص ٣٦٥ ط بيروت.

(٣) القوانين الفقهية : ص ٣٦٥ط بيروت.

(٤) الفروق: ٤ص ٧٦، تهذيب الفروق: ٤ص ١٢٢، القول المرتضى: ق ١٢ ب.

(٥) البهجة في شرح التحفة، له: ١ص٢٨.

يكون كالياً، ويعتبر المدعى به ثابتاً وعلى المدعى عليه إثبات العكس، وإما أنيكون جزئياً بأن يرجح قول المدعي، ويقوى جانبه ويطلب منه اليمين فيحلف ويستحق.

كما يمكن أن يعفى المدعي من اليمين ويقبل قوله ويصدق قوله دون يمين، ويلحق هذا بالإعفاء الكلي.

١ ـ **الإعفاء الجزئي**: فمن الإعفاء الجزئي الحالات التي سبق ذكرها والتي نقل فيها الشارع عبء الإثبات من الطرف المفروض عليه القيام به إلى الطرف الثاني، وذلك لقرائن هامة واعتبارات معينة لاحظها الشارع في هذا المجال، فيعفي الأول من عبء الإثبات ويكتفي بيمينه، مثال ذلك إعفاء الزوج من إثبات قذفه والاكتفاء منه بالأيمان، مع أن الشارع حدد حكم القاذف بأن يثبت دعواه بأربعة شهداء وإلا أقيم عليه الحد، وأعفى الزوج من هذا الحكم في الآية: ﴿والذينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شهَدَاء إلا أَنْفُسُهُمْ فشَهَادَة أَحَدِهِم أَرْبَعُ شَهَادَات بالله﴾ سورة النور، الآية٦، وكذا في القسامة: فإذا وجد قتيل في محلة وادعى أولياء القتيل دمه فيجب عليهم إثبات قتله لحديث «البينة على المدعي» ولكن المشرع أعفى الأولياء من الإثبات، واكتفى بأيمانهم، فيحلفون ويستحقون، لحديث حُوَيْصة ومُحَيصة: «تَحلفون وتسحقون»[1].

ومثل ذلك الإعفاء في دعوى الرد والتلف والانفاق، فلا يطلب منهم الإثبات على دعواهم، ويقبل قولهم مع اليمين.

الرهن: قال ابن عبد السلام: إذا اختلف الراهن والمرتهن في مقدار الدين فالقول من وافق قوله قيمة الرهن مع يمينه راهناً كان أو مرتهناً، لأن الله سبحانه جعل الرهن بدلاً من الكتاب والشهود، فكأنه ناطق بقدر الحق وإلا فلو كان القول قول الراهن لم يكن الرهن وثيقة ولا جعل بدلاً من الكتاب والشاهد، ولأن العادة جارية أن الناس يرهنون ما يساوي قدر ديونهم أو ما يقاربها لا مالا يفي بها، فإذا فات الرهن وكان المرتهن ضامناً له تنزلت قيمته في الشهادة منزلة عينه، فإن اختلفا في القيمة تواصفا الرهن، ثم قامت الصفة، **فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المرتهن مع يمينه**[2].

٢ ـ **الإعفاء الكلي بالنص**: وذلك بأن يعفى المكلف من عبء الإثبات نهائياً من إقامة البينة ولا يطلب منه اليمين، ويعتبر الحق أو الواقعة ثابتة حتى يثبت العكس، مثاله:

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٥٢٩.

(٢) تبصرة الحكام، ابن فرحون: ٢ص٨١.

أ- من يقبل قولهم بدون يمين كإنفاق الأب على ولده، فإنه يصدق بدون يمين[1]، ومثله الحالات التي عددها المالكية بإعفاء المدعى عليه من اليمين إعفاء مؤقتاً حتى يثبت المدعي الخلطة كما سبق[2].

ب - المؤتمن في حقوق الآدميين فإنه يقبل قوله بدون يمين لأنه مصدق، ولا يمين مع التصديق، وهذا قول الحارث العكلي، وقال مالك في رواية وأحمد فيما نص عليه لا يمين عليه إلا أن يتهم، فإن قامت قرينة تنافي حال الائتمان فيحلف، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية يقبل قوله مع اليمين لأنه منكر فيدخل في عموم قوله ﷺ «واليمين على من أنكر»[3].

جـ - المفقهود وهو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه، ولا تعرف حياته من مماته، والأصل فيه أن يعتبر حياً عملاً بظاهر الحال، وهو استصحاب حياته المتيقنة السابقة، فمن ادعى وفاته وأراد تطليق زوجته وتقسيم أمواله فيجب عليه إثبات الوفاة، وهذا رأي الجمهور[4]، وقال المالكية إذا غاب أربع سنوات وانقطعت أخباره يعتبر ميتاً ولا يحتاج ورثته ولا زوجته إلى الإثبات، والأصل في ذلك الأثر المروي عن عمر رضى الله عنه، وقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية المصري، فأعفى مدعي الوفاة من عبء الإثبات، ولا يطلب منه اليمين، ومن يدعي العكس فعليه البينة.

د - أن يقر المدعى عليه للمدعي بالحق أو الواقعة بعد إنكاره، فيحكم عليه بموجب إقراره ويعفى الخصم من الإثبات.

هـ - المرتهن إذا طالب المرتهن الراهن بالدين فأنكره فقد أعفى المشرع المرتهن من الإثبات،

---

(١) قال ابن فرحون في(تبصرة الحكام: ١ص٣١١) إذا أقر الوصي أنه قبض من الغرماء ما عليهم وضاع صدق، وإن لم تقم له بينة على الدفع، لكونه قائماً مقام أبيهم في الشفقة والأمانة، والقاعدة أن كل من اتخذه الشارع أميناً على شيء يقبل قوله بلا يمين، فالمرأة أمينة ومصدقة في انقضاء العدة وفي طهرها وحيضها، لقوله تعالى: «والمُطَلقَاتُ يَتَرَبصْنَ بأنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوء ولا يَحِلُّ لَهُنَّ أنْ يَكْتَمْنَ ما خَلَقَ الله في أرْحامِهِنَّ، إنْ كُنَّ يُؤمِنَّ بالله واليَوْمِ الآخر» وقال أيضاً: يقبل قول المرأة أنها انقضت عدتها، ولا يمين عليها إذا كان الزمن ممكناً وإن كان على خلاف عادتها، وإذا ادعت المرأة أن عدتها انقضت بسقط قبل قولها وإن كان ذلك بعد الطلاق بيوم، ولا يمين عليها، ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها، وقد ذكر الفقهاء حالات أخرى، (انظر: تبصرة الحكام: ١ص٣١٢، منح الجليل: ٤ص٢٥٦، القوانين الفقهية: ٣٦٥ ط بيروت، أصول الإثبات الجعفري: ص ١٩٧، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٧).

(٢) انظر صفحة ٦٧٥ من هذه الرسالة.

(٣) القوانين الفقهية: ص ٣٦٥ ط بيروت، جامع العلوم والحكم: ص ٢٧٩.

(٤) المدخل الفقهي العام: ٢ص ١٠٥٨.

واعتبر وجود الرهن عنده كشاهد على صدقه، ولا يحتاج إلى إثبات الدين، ويعتبر ثابتاً خلافاً لقاعدة «الأصل براءة الذمة»[1].

وهكذا كل ما ثبت في الشرع، وادعى شخص خلافه فعليه الإثبات، فإذا ثبت الفراش بين الزوجين ثبت نسب الولد من الزوج، فإن ادعى نفيه فعليه الإثبات، لأن الولد للفراش بالنص[2].

ثانياً ـ الإعفاء من الإثبات بالاتفاق:

وذلك بأن يتفق الطرفان على الإعفاء من الإثبات، وهذا الاتفاق على الإعفاء قد يكون جزئياً وقد يكون كلياً.

١ ـ الإعفاء الكلي بالاتفاق: ويعرف عند الفقهاء بالقضاء بشرط التصديق، فيشترط أحدهما عند التعامل أنه مصدق في دعوى القضاء دون يمين تلزمه، فتسقط عنه اليمين، ولا يكتفي باشتراط التصديق بل لا بد من اشتراط التصديق مع عدم اليمين، فإن اشترط التصديق فقط ففيه قولان باليمين وعدمه[3].

ويظهر ذلك في صور منها:

أ ـ إذا شرط الرجل لزوجته أن القول قولُها عند المغيب عنها، وأنها مصدقة في انقضاء الأجل المضروب في ذلك، فإنه يسقط عنها بهذا التصديق إثبات المغيب عند الحكم[4].

ب ـ إذا شرط الزوج لزوجته أنها مصدقة في دعوى إضراره بها دون يمين تلزمها فذلك لها، فإذا شكت إضراره بها وثبت الشرط طلقت نفسها[5].

---

(١) قال علي رضي الله عنه: المرتهن أمين في الفضل، أي إذا هلك الرهن وكان أكثر من الدين، وهلك فلا شيء على المرتهن لأنه أمين عليه، (انظر: نصب الراية: ٤ص٢٢٣). ويقول ابن فرحون: الرهن يقوم مقام الشهادة في قوة الدعوى في الحقوق، فإذا اختلفوا في مقدار الحق، فالقول قول المرتهن فيما يدعيه، (تبصرة الحكام: ١ص٢١٣) وانظر في حكمة مشرعية الرهن وضمان المرهون وقول سيدنا على في الضمان: كتاب المذاهب الفقهية في الرهن والشفعة، لفضيلة الشيخ ابراهيم دسوقي الشهاوى: ص ٤٢، ٧٥، ٧٩، البهجة في شرح التحفة: ١ص٢٦، وقال التسولى: الرهن كالشاهد في قدر الدين.

(٢) أصول الإثبات الجعفري: ص١٦٩.

(٣) تبصرة الحكام: ١ص٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٥ـ ٣٣٦.

(٤) المرجع السابق: ١ص ٣٣٤.

(٥) تبصرة الحكام: ١ص٣٣٤.

جـ ـ وقال المالكية يجوز للمرتهن بيع الرهن إذا كان في وثيقة الدين تصديق صاحبه في اقتضاء دينه دون يمين، وكذا السلم، أما القراض فلا يقبل فيه هذا الشرط[1].

د ـ إذا قال شخص إنني أعامل فلاناً، فما ادعى فهو صادق وأعطوه، فيعطى ما ادعى بلا يمين[2].

هـ ـ افتداء اليمين وذلك بأن تتوجه اليمين على المدعى عليه فيفتدى يمينه بمال أو يصالح عليها، فيصح ولا يحلف وتنقضي الخصومة[3]، والأصل في ذلك ما روى أن عثمان رضي الله عنه ادعي عليه أربعون درهماً فأعطى شيئاً وافتدى يمينه، ولم يحلف ،فقيل له ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة.

وافتداء اليمين بالمال فيه صيانة العرض وهو مستحسن، وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ذُبُّوا عَنْ أَعْراضِكُمْ بأَموالِكُمْ»[4].

٢ ـ الإعفاء الجزئي بالاتفاق وذلك في صور:

أ ـ إذا قال المدعى عليه إذا شهد علي فلان فهو صادق، فإن شهد ثبت الحق ولا يطلب من المدعي شاهد آخر، كما لا يطلب منه اليمين وقال بعض الفقهاء لا بد من اليمين مع الشاهد، وإن قول المدعى عليه السابق إنما هو تزكية للشاهد وتعديل له، وأنه ثقة في شهادته ولا طعن له فيه.

ب ـ ومنها أن يطلب المدعى عليه من المدعي اليمين، ويعفيه من إقامة البينة، فإن حلف استحق بيمينه.

ومنع الحنفية الاتفاق على تغيير عبء الإثبات لأنه يخالف الحديث الشريف، وقالوا: لو اصطلح الخصمان على أن المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال، فحلف المدعي لم يضمن الخصم لأن فيه تغيير الشرع، ولا ترد اليمين على المدعي لحديث البينة على المدعي[5].

---

(١) تبصرة الحكام: ١ص٣٣٣، ٣٣٥.
(٢) المرجع السابق: ١ص ٣٣٨.
(٣) تبيين الحقائق ، الزيلعي: ٤ ص ٣٠٤، تكملة فتح القدير: ٦ص ١٨١، البحر الرائق: ٧ ص ٢١٧، حاشية ابن عابدين: ٥ص ٥٥٨، مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٠، المغنى: ٩ ص ٢٣٣.
(٤) رواه الخطيب في التاريخ،(انظر: الفتح الكبير: ٢ص ١١٩).
(٥) الدر المختار: ٥ص ٥٤٩.

واعتبر الحنفية أن قواعد الإثبات من حق الله تعالى التي لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على تغييرها.

وقالوا: لو قال لآخر لي عليك ألف درهم، فقال له الآخر إن حلفت بأنها لك أديتها إليك، فحلف فأداها إليه المدعى عليه، إن كان اداها إليه على الشرط الذي شرط فهو باطل، وللمؤدي أن يرجع فيما أدى، لأن ذلك الشرط باطل لأنه على خلاف حكم الشرع، وحكم الشرع أن اليمين على من أنكر دون المدعي[1].

والإعفاء من الإثبات بالاتفاق يصح أن يقع مسبقاً منذ إنشاء العقد أو قبل وقوع الحادثة فيتفقان على الاكتفاء بقول أحدهما أو تصديق قوله بيمين أو بدون يمين، وقد لا يكون لاحقاً عند قيام النزاع.

وقال الإمامية إذا اسقط المدعي اليمين على المدعى عليه فلا أثر لهذا الإسقاط، إلا إذا فهم من إسقاط اليمين الإبراء وإسقاط الحق، ورغم أن اليمين حق المدعي ومع ذلك فلا أثر لاسقاطه اليمين لأن الإسقاط يصح في الحقوق المالية أو ما كان المقصود منها المال، وقال بعض الإمامية إن إسقاط اليمين بمنزلة حلفها، وعلى الحاكم أن يقضي ببراءة المنكر استناداً إلى هذا الإسقاط[2].

عبء الإثبات في القانون:

لا ينكر أحد الأهمية الكبرى في تعيين المكلف بعبء الإثبات، لأن مصير الدعوى يتوقف عليها من الناحية العملية، وقد يخسر كثير من الناس الدعوى لعجزه عن إقامة الدليل الذي يوصل إلى إقناع القاضي بحقه، والطرف الذي لا يكلف بعبء الإثبات يعتبر مميزاً عن الطرف الآخر، لأن الأول يكسب الدعوى بمجرد عجز الثاني عن الإثبات[3].

يقول الدكتور السنهوري: «فقد يكون الحق متراوحاً بينهما لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو ينفيه، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه[4].

ويعتبر شراح القانون أن مبدأ عبء الإثبات يتفرع عن مبدأ حياد القاضي ومنعه من القضاء بعلمه الشخصي، ومنعه من التطوع لجمع الأدلة بنفسه، وإنما هو ميزان عدل يرجح

(١) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٥٤٩، البحر الرائق: ٧ص ٢٠٤.
(٢) أصول الإثبات الجعفري، عبد الجواد مغنية: ص ١٩٠ وما بعدها.
(٣) الإثبات، الصدة: ص ٤٤.
(٤) الوسيط: ٢ ص ٦٧.

إحدى كفتيه عن الأخرى لقوة الأدلة التي يقدمها كلا الخصمين، وإذا لم يقدم الخصمان الأدلة فقد تساوت كفتا الميزان، ووجب تكليف أحدهما بالإثبات ليحكم له إن أقام البينة، ويحكم عليه إن عجز عنها، وهذا يظهر ويؤكد أهمية عبء الإثبات، لأنه يجعل حق المكلف بعبء الإثبات في خطر الوجود وعدمه، رغم صحة قوله، وصدق دعواه[1].

وحفاظاً على مبدأ حياد القاضي في تعيين المكلف بعبء الإثبات، وتحقيقاً للعدل في ذلك، وإرشاداً للقاضي، مع تقديم المساعدة له، وتقديراً لصعوبة الأمور وتشابك المصالح فقد تولى المشرع النص على قواعد عامة في عبء الإثبات، كما نص على بعض القواعد الخاصة التي تعين المكلف بعبء الإثبات في حالات معينة.

وقد مرت قواعد عبء الإثبات القانوني بمراحل كثيرة، ويكفي أن نعلم أن القانون المدني الفرنسي القديم كان يفرض عبء الإثبات على المدعي عليه، الذي كان في منزلة أقل من المدعي، فإذا رفعت الدعوى على الحائز وجب عليه أن يثبت حيازته، ولم تظهر قاعدة البينة على المدعي بداهة وبحسب طبيعة الأشياء إلا بعد تنظيم القضاء تنظيماً خاصاً في العصور الوسطى، وإلا بعد أن برز المبدأ الذي يقضي بحماية الأوضاع الظاهرة[2].

وتنقسم الشرائع في مجال عبء الإثبات إلى ثلاثة أقسام[3]..

الأول: إعفاء المدعى عليه من أي إثبات، فيقتصر على إنكار الواقعة، وعلى المدعي وحده إثبات ما يدعيه، فإن عجز رفضت دعواه، والمدعى عليه ساكت لا يتحرك، ويقف موقف الإنكار فقط، وذلك كالقانون المصري.

الثاني: تكليف المدعي والمدعى عليه بالإثبات، فلا يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً، بل يعزز إنكاره باليمين على بطلان دعوى المدعي، وهذا تطبيق للقاعة العامة المستمدة من الشريعة الإسلامية«البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه».

وقد سادت هذه القاعدة في معظم القوانين في العصر الحاضر، وزاد القانون المدني العراقي على ذلك وتبنى خمسة مواد في عبء الإثبات مأخوذة من الفقه الإسلامي ونظمها في

---

(١) نظرية الإثبات، المؤمن: ١ص٤٠، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ١٦، رسالة الأثبات، بشأت ١ص٤٩، أصول الإثبات، مرقس: ص ١٩، وجاء في المذكرة الإيضاحية أن تعيين المكلف بعبء الإثبات هو من قبيل تبنى نظام تقييد الإثبات وعدم إطلاق حرية الخصمين أو القاضي فيه، (انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية: ٣ص ٣٥٠) وانظر: الوسيط: ٢ص ٦٥.

(٢) يقول الدكتور السنهوري: ولعل ذلك يكشف عما للفقه الإسلامي من فضل التقدم، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية في عصر لم تكن فيه معروفة في أوروبا(انظر: الوسيط: ٢ص ٦٨ هامش)

(٣) نظام الإثبات: جميعي: ص ٩٠ط ١.

المواد(٤٤٤ ـ٤٤٨)[١].

الثالث : النظام الانكليزي وخلاصته أن يبدأ المدعي بالدعوى، ويكتفي منه بإقامة المظنة أو الاحتمال أو الدليل الناقص، وعلى المدعى عليه أن يبادر إلى نفيه وبطلانه، فالخصمان يشتركان في الإثبات[٢].

قواعد عبء الإثبات في القانون:

إن قواعد عبء الإثبات ليست عامة في القانون، وليست شاملة لجميع الحالات، كما أنها لا تتسم بالوضوح، فقانون البينات السوري لم ينص على قواعد لعبء الإثبات نهائياً، وإنما عدد في المادة الأولى وسائل الإثبات، وحصرها في ست وسائل، وعند بحث كل وسيلة يبين من يقوم بها، فالثلاث الأولى وهي الأدلة الكتابية والشهادة والقرائن يأتي بها طالب الإثبات، وأما الرابعة والخامسة وهما اليمين والإقرار فتصدران من المدعى عليه، وأما السادسة وهي المعاينة والخبرة فمن عمل المحكمة، أي وزع عبء الإثبات على المدعي والمدعى عليه دون تحديد ولا تمييز لهما[٣].

والقانون العراقي سار في ظل الشريعة الإسلامية واقتبس خمس مواد من مجلة الأحكام العدلية كما سبق بحثه في الفقرة السابقة.

والقانون المدني المصري في الباب السادس في إثبات الالتزام اقتصر على مادة واحدة وهي(المادة ٣٨٩)« على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه» وهي نص المادة الأولى من قانون الإثبات الجديد.

فمن يدعي على آخر التزاماً فعليه إثباته، فإذا ثبت الالتزام فعلى المدين إثبات التخلص منه

فمن يدعي على آخر التزاماً فعليه إثباته، فإذا ثبت الالتزام بين الخصمين وادعى المدين

---

(١) نص القانون العراقي على ما يلي: المادة ٤٤٥ : الأصل براءة الذمة، المادة ٤٤٥، اليقين لا يزول بالشك، المادة ٤٤٦ يصرف الحادث إلى أقرب أوقاته، المادة ٤٤٧ ف١ : الأصل بقاء ما كان على ماكان، والأصل في الصفات العارضة العدم، ف ٢ : ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه، المادة ٤٤٨ ف١ : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ف٢ : المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر: والمنكر من يتمسك بإبقاء الأصل(انظر الوسيط : جـ٢ص ٦٦ هامش٢).

(٢) رسالة الأثبات ، نشأت : ١ ص ٤٣، نظام الإثبات، جميعى ص ٩٠ ط ١.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري ص ١١ ف١٠.

التخلص منه فعليه إثبات التخلص والمقصود بإثبات الالتزام هو إثبات مصدر الالتزام وهو ما رأيناه في فصل محل الإثبات[1].

والحقيقة أن هذا النص قاصر ولم يبين المكلف بعبء الإثبات، ولم يذكر صحة دور كل من المدعى عليه في عبء الإثبات، ولذلك انطلق شراح القانون في تأصيل عبء الإثبات وإخراج قواعده ومبادئه وأسسه، وتوزيع الوسائل على الخصمين وانقسموا في ذلك إلى ثلاثة فرق:

الفريق الأول: يرى أن الأصل في قواعد عبء الإثبات هو القانون الروماني، وأن القانون الروماني هو المصدر التاريخي لها، وقال بهذا الرأي الدكتور عبد الباسط جميعي والاستاذ حسين المؤمن والدكتور حسين النوري[2].

وقواعد عبء الإثبات عند الرومان ثلاث وهي [3]:

١ ـ البينة على المدعي: ويراد بالبينة الإثبات على عمومه، أي يلزم المدعي وحده بالإثبات، ويقدم الأدلة لتأييد صحة دعواه.

٢ ـ ليس على المنكر دليل: ليس على المنكر دليل ويكتفى منه بالوقوف السلبي والوقوف ساكتاً، فإذا طالبه شخص بدين فرد عليه بأنه غير مدين فإنه لا يلتزم بإثبات هذا الإنكار.

٣ ـ صاحب الدفع مدع: فإن دفع المدعي عليه دعوى المدعي بالوفاء أو سقوط الدعوى بمرور الزمن أو بالإبراء أو بإجراء التقاضي وجب على المدين إقامة البينة على دفعه هذا، ويصبح مدعياً.

ويلاحظ على هذه القواعد أن الأولى لم تبين من هو المدعي ومن هو المدعى عليه، ولم تضع معياراً للتمييز بينهما، وأن القاعدة الثانية بدأت بالإنكماش نتيجة للتطور الاقتصادي وكثرة المعاملات وظهر استجواب الخصوم والتكليف باليمين، كما ثبت عملياً أن المدعى عليه في الغالب لا يبقى ساكتاً ومكتفياً بالإنكار بل ينشط بدوره فيسارع إلى إقامة الأدلة على الوضع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية: ٣ص٣٥٠.

(٢) يقول الدكتور حسين نوري: وتحكم توزيع عبء الإثبات مبادىء ثلاثة ورثناها عن القانون الروماني(إثبات الالتزام: ص ١٠) ويقول المؤمن(نظرية الإثبات: ١ص ٤٩) لقد وضع الرومان ثلاث قواعد في عبء الإثبات كانت ولا تزال المرجع الاساسي في تقرير القواعد الأصولية في هذا الباب، (انظر نظام الإثبات، جميعي: ص ٨٣ ط ٢) يقول: وهذه كلها قواعد انحدرت إلينا من القانون الروماني.

(٣) إثبات الالتزام، النوري: ص ١٠ وما بعدها، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ص ٤٩ وما بعدها، نظام الإثبات، جميعي: ص ٨٣ وما بعدها، رسالة الأثبات، نشأت: ١ص٤٢.

الطبيعي الراهن، وأما القاعدة الثالثة فلا فائدة منها ولا لزوم لها، لأنها تقرر أن صاحب الدفع يصبح مدعيا، وهذه نتيجة لعموم القاعدة الأولى «البينة على المدعي».

الفريق الثاني: يقول الدكتور السنهوري والقاضيان الدناصوري وعكاز[1]: إن قواعد عبء الإثبات في القانون المدني وقانون الإثبات تستمد شعاعها وتستوحي النصوص والقواعد من الشريعة الإسلامية في مبدئها العام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

الفريق الثالث: ويمثلهم الدكتور الصدة والدكتور مرقس والأستاذ أحمد نشأت وهم يقتصرون على نص (المادة: ٣٨٩) مدني أو المادة الأولى من قانون الإثبات، ويكتفون بدراستها واستنباط مدلولات ألفاظها للوصول إلى القواعد والمبادىء التفصيلية في عبء الإثبات، وأن الدائن في نص المادة هو المدعي، وأن المدعي هو كل من يدعي خلاف الظاهر[2]، دون محاولة البحث عن أساس هذه القاعدة أو دارسة مصدرها التاريخي.

ورغم اختلاف شراح القوانين في الطريقة والشرح والتأصيل فإنهم يتفقون في النتائج والقواعد، ويعلنون القاعدة المتفق عليها في جميع الشرائع والقوانين[3]: وهي: البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وأن المدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، وأن المبدأ العام هو احترام الوضع الثابت، سواء أكان ثابتاً بأصله أم كان ثابتاً عرضاً بإقامة الدليل والحجة عليه، أم كان ثابتاً بفرض القانون بالنص عليه بالقرينة القانونية لجهة أحد الخصوم[4]، فالقانون يحترم الوضع الثابت ويعمل على استقرار المعاملات ولو أدى إلى الظلم أحياناً

فمن ادعى خلاف الثابت فإنه يثير حالة جديدة ووضعاً عارضاً فيجب عليه أن يقوم بإثباته، وهو مبدأ عادل ومعقول وتقضي به العدالة والرحمة ويستفيد منه الجميع، وذلك

---

(١) الوسيط، السنهوري: ٢ ص ٦٧، يقول الدكتور السنهوري: من المبادىء المقررة في الفقه الإسلامي أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وفي القانون المصري وسائر القوانين الحديثة توجد القاعدة ذاتها... ثم يعلق في الهامش... ولعل ذلك يكشف عما للفقه الإسلامي من فضل التقدم، ويقول القاضيان عز الدين الدناصوري وحامد عبد الحميد عكاز في كتابهما (التعليق على قانون الإثبات ص ٣): عني المشرع بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات مستهدياً في ذلك بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية.

(٢) الإثبات، الصدة: ص ٤٤ وما بعدها، أصول الإثبات، مرقس: ص ٢٠، رسالة الأثبات، نشأت: ١ ص ٣٥، وما بعدها.

(٣) رسالة الأثبات: ١ ص ٣٦، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ٤٠، أصول المحاكمات، انطاكي: ص ٤٦٢ هامش.

(٤) يقرر الدكتور مرقس أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر، ويرى أن المبدأ العام هو احترام الظاهر، وأن الظاهر ثلاثة أنواع: ظاهر أصلي، وظاهر بالعرض، وظاهر بالفرض، (موجز أصول الإثبات: ص ١٧).

بإستمرار الوضع الثابت واحترام الناس له، حتى يأمن كل شخص على حقه من الاعتداء والعبث[1].

الثابت بالأصل:

الأصل في الديون براءة الذمة، فمن يدعي التزاماً على غيره فإنه يدعي ما يخالف الأصل، وعليه إثبات الالتزام، وذلك بإثبات مصدره كالقرض والبيع والشركة، والأصل في الحقوق العينية هو الظاهر، لأن الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، وهذه السلطة تُقرر لصاحبها من حيث الظاهر وضعاً ثابتاً، فمن يدعي خلاف هذا الظاهر فعليه الإثبات، وهذا الظاهر أصل في الحقوق العينية[2]، فمن ادعى ملكاً أو حقاً ارتفاقياً أو حق انتفاع فعليه الإثبات.

وقد يختار القانون في بعض الأحيان وضعاً معيناً ويعتبره هو الأصل، فمن تمسك به لا يكلف بإثبات شيء، ومن ادعى خلافه فعليه عبء الإثبات، ومثال ذلك الأهلية، فالأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها (المادة ١٠٩ مدني مصري) ومثال عيوب العقد، فالأصل أن المبيع سليم من العيوب، ومثل إجازة العقد القابل للإبطال، فالأصل عدم إجازته وهكذا[3].

الثابت عرضاً:

ويسميه الدكتور السنهوري الثابت فعلاً، وهو الذي أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية حقيقة أو ضمناً[4]، فإذا رفع الدائن الدعوى على مدينه فعليه الإثبات لأنه يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة، فإذا أثبت الدين فيصبح الدين ثابتاً عرضاً أو فعلاً، وأصبحت المديونية

---

(١) الوسيط: ٢ ص ٧٠ وما بعدها، نظرية الإثبات: ١ ص ٥١.

(٢) يذهب كثير من الشراح إلى الجمع بين براءة الذمة في الديون أو الحقوق الشخصية وبين الظاهرة في الحقوق العينية، ويعتبرون الاثنين أصلاً وأن المدعي الذي يدعي خلاف الأصلا يشمل براءة الذمة والظاهر، بينما يفصل فريق آخر ذلك ويقصرون تعبير الأصل على الحقوق الشخصية، والظاهر على الحقوق العينية ويصرحون بالاثنين معاً، وأن المدعي هو من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر. . . . ومن الفريق الثاني الدكتور الصدة (ص ٤٤)، وأحمد نشأت: (ص ٤١)، ومن الفريق الأول السنهوري في (الوسيط: ٢ ص ٧٠).

(٣) الوسيط: ٢ ص ٧٢.

(٤) الوسيط: ٢ ص ٧٦، الإثبات، الصدة: ص ٤٥.

هي الثابتة عرضاً، فإن دفع المدين الدعوى بالايفاء أو المقاصة أو الإبراء فعليه أن يثبت ذلك، لأنه يدعي خلاف الثابت عرضاً، وهذا يتفق مع القاعدة، أن صاحب الدفع مدع، وعليه إقامة الدليل على دفعه.

الثابت فرضاً:

يفرض القانون في بعض الأحيان وجود وضع معين عن طريق قرينة قانونية ينص عليها، ويعتبر وجودُ هذا الوضع ثابتاً فرضاً، ويكون الثابت فرضاً كالثابت أصلاً والثابت عرضاً[1]، والحكمة من ذلك أن المشرع يرى أن الشخص الملكف بعبء الإثبات كثيراً ما يتعذر عليه الإثبات فيستنبط من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في التعامل قرينة تغني من تقررت لمصلحته عن الإثبات متى توفرت له الظروف اللازمة لقبولها، والمقصود من ذلك التخفيف من صعوبة الإثبات، وبما أن القرائن ظنية، وتحتمل الخطأ؛ فإنه يجوز إثبات عكسها، أما القرائن القاطعة مثل حجية الأمر المحكوم به فلا تقبل إثبات العكس، فالثابت فرضاً هو ما افترض الشارع ظهوره، ونذكر بعض الأمثلة:

أ ـ قرينة الوفاء بأقساط الأجرة السابقة إذا أثبت المدين وفاء القسط اللاحق، فالأصل أنه إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار وجب على المستأجر إثبات وفائه بجميع أقساط الأجرة، وهذا الإثبات قد يصبح عسيراً على المستأجر إذا طالت المدة وكثرت الأقساط، فأنشأ المشرع قرينة لمصلحة المستأجر تقوم بمجرد إثباته وفاء قسط معين فإنه يعفى من إثبات دفع الأقساط السابقة كما تنص (المادة: ٥٧٧) مدني مصري.

ب ـ تنص (المادة ١٧٧) مدني مصري على قرينة وقوع خطأ من حارس البناء الذي تهدم، ويصيب الغير بضرر، فهي مبنية على مجرد وجود البناء في حراسة حارسه ولم لم يكن مالكه، فالأصل أن يقيم المتضرر الدليل على خطأ الحارس كأن يثبت تقصيره في صيانة البناء أو إحكام تشييده، ونظراً لصعوبة هذا الإثبات أعفى المشرع المصاب منه، وأنشأ قرينة قانونية على أن انهدام البناء راجع إلى إهمال في صيانته، أو إلى قدمه أو إلى وجود عيب، ويعتبر

= (١) الوسيط: ٢ ص ٧٤، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ١٧، قارن الدكتور الصدة فلم يستعمل هذا الاصطلاح وقال أن المدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرضاً، أو خلاف قرينة قانونية، واعتبر حالة القرينة القانونية استثناء من القاعدة العامة «البينة على المدعي» ويقول السنهوري: يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلاً، والثابت حكمًا هو الثابت بالأصل أو الظاهر أو الفرض، والثابت فعلاً هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية حقيقة أو ضماناً، (انظر، الإثبات، الصده: ص ٣٥، ٤٧، الوسيط: ٢ ص ٧٦ ـ ٧٧).

القانون أن الانهدام راجع إلى أحد هذه الأسباب فهو ثابت بالفرض[1]. وهذه القرائن يجوز إثبات عكسها فهي قرائن غير قاطعة[2].

جـ ـ أعفى القانون المدني من إثبات تقصير الوصي على رقابة القاصر الذي صدر منه عمل غير مشروع، وافترض أن الأصل هو تقصير الوصي حتي يثبت عكسه، (المادة ١٧٣ ف ٣) مدني، وكذا في مسؤولية حارس الحيوان وحارس البناء عن انهدام البناء، فقد فرض القانون في جانبهما التقصير، (المواد ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨) مدني مصري.

د ـ التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين قرينة على الوفاء حتى يثبت العكس، (المادة ٣٩٩) مدني[3].

والخلاصة أن القاعدة القانونية الأساسية في عبء الإثبات هي البينة على المدعي، والمدعي هو الذي يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً[4].

ويقول بعض شراح القانون: إن المقصود بالمدعي هو من يدعي الواقعة بصرف النظر عما إذا كان مدعياً في الدعوى أو مدعى عليه[5].

قواعد عبء الإثبات الخاصة:

ينص القانون في حالات معينة على المكلف بعبء الإثبات، وهذا يعتبر نصاً خاصاً في الموضوع لا يتعداه إلى غيره، ويطبق ولو خالف القاعدة عامة.

فالمادة ٩١٦ مدني الفقرة ٢، ٣ تنص «على ورثة من تصرف أن يثبت أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم في مرض الموت، فإذا أثبتوا ذلك تقرر أن التصرف تبرع وعلى الطرف الآخر أن يثبت عكسه».

كما أن المواد القانونية التي نصت على إنشاء قرينة قانونية لأحد الخصوم تعتبر قواعد

---

(١) موجز أصول الإثبات: ص ٣٠، الوسيط: ٢ ص ٧٤.

(٢) قارن السنهوري في (الوسيط: ٢ ص ٧٤)، فإنه يقول إن قرينة التقصير في رقابة القاصر ومسؤولية حارس الحيوان عن الحيوان وحارس البناء عن تهدمه قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس.

(٣) الوسيط: ٢ ص ٦٤.

(٤) موجز أصول الإثبات، مرقس: ١٧، قانون الإثبات، شرح وتعليق الدناصوري وعكاز: ص٣.

(٥) أصول القانون، السنهوري وأبو ستيت: ص ٤١٤، أصول المحاكمات، أنطاكي: ص ٤٥٨.

خاصة نص عليها القانون صراحة على المكلف بعبء الإثبات.

ونصت المادة ٢٩ من المرسوم التشريعي ٢٧٦ لعام ١٩٦٩ في الجنسية العربية السورية على ما يلي: «يقع عبء الإثبات في مسائل الجنسية على كل من يدعي أنه يتمتع بها أو يدفع بأنه غير متمتع بها»[١].

نقل عبء الإثبات:

يظهر من عرض قواعد عبء الإثبات في القانون فكرة عظيمة وهي أن المكلف بعبء الإثبات **يتحدد بحسب طبيعة مزاعم الخصوم** أكثر من اعتماده على صفة المدعي والمدعى عليه[٢] فمن ادعى شيئاً يخالف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً يكون هو المدعي الذي يتكفل بعبء الإثبات، سواء كان هو الذي رفع الدعوى أم لا، وبناء على ذلك فإن عبء الإثبات يتناوبه الخصمان، وينتقل من واحد إلى آخر حسب طبيعة ما يدعيه كل منهما، فمن ادعى ديناً على آخر وجب عليه إثبات الدين لأنه يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة، وإذا أقام البينة والدليل وثبت الدين صار الدين ثابتاً عرضاً، وتستمر بقاء المديونية ويحكم بها على المدين، فإذا ادعى الوفاء أو البراءة، انقلب عليه عبء الإثبات، ولزمه إقامة الدليل لأنه يدعي خلاف الثابت عرضاً، فإذا أثبت المدين البراءة أو الوفاء فيدعي الدائن دفعاً جديداً فعليه إثباته.

كما أن وسائل الإثبات في القانون لا ينصب على خصم دون آخر، وإنما تتوزع على الخصمين حسب طبيعة ادعائه وصفته في الدعوى فالشهادة والكتابة والقرائن يقدمها المدعي الذي يدعي خلاف الثابت، والإقرار واليمين يؤديهما المدعى عليه وهو المتمسك بالحالة الثابتة، والخبرة والمعاينة يقوم بهما القاضي والمحكمة.

وينتقل عبء الإثبات بنص القانون، وذلك عند القرائن القانونية غير القاطعة التي تفرض حالة معينة ثابتة لطرف ويلتزم الآخر بإثبات عكسه، ويعتبر الأول متمتعاً بقرينة قانونية[٣].

وكما يجوز أن ينقل عبء الإثبات بإنشاء قرينة قانونية لمصلحة المكلف أصلاً بالإثبات،

---

(١) انظر: الجنسية العربية السورية، الدكتور محمد عزيز شكري: ص ١٦٣ ط ١ سنة ١٩٧٠.

(٢) حسين النوري، إثبات الالتزام: ص ١١، الإثبات، الصدة: ٤٦، الدناصوري وعكاز، التعليق على قانون الإثبات. ص ٣.

(٣) أصول المحاكمات، أنطاكي: ص ٤٦٣، موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٢١.

طبقاً للقواعد العامة يجوز للأفراد أن يتفقوا فيما بينهم على نقل عبء الإثبات سواء عند إنشاء الواقعة أو عند التنازع عليها[1].

وتستطيع المحاكم أن تخفف من عبء الإثبات المفروض على أحد الخصمين وتنقله إلى الطرف الآخر وذلك باستباط قرائن من الواقعة تفيد المدعي، وترجح جانبه بحيث يكتفي منه بإثبات وقائع سهلة أو نقل الإثبات إلى خصمه، وإن تشابك الأمور وتداخل المسائل المتنازع عليها يفرض على كل من الخصمين أن يثبت جزء في الدعوى، وهو الجزء الذي يدعيه أو يدفع به أو يفيده في نتيجة الدعوى[2]، وهكذا يتناوب عبء الإثبات وينتقل من طرف إلى آخر، وهذا يبين فساد القاعدة الرومانية التي تنص «ليس على المنكر دليل».

أما الشرع اليهودي فلا يقبل نقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر، وأن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، ولا تقبل اليمين من المدعي إلا للضرورة، وتنص (المادة ٢٦٩) من القانون العبري على ما يلي:

«توجيه اليمين يكون إلى المدعى عليه على وجه العموم، لأن مشروعيتها في أصل الشرع للنفي لا للإثبات »ويقول صبري: والظاهر أن الشرع العبري لا يقضي بالحلف إلا على المدعى عليه، وأن تحليف المدعي ليس من أصل الشرع ولكن أوجبت الضرورات القضاء به[3].

الإعفاء من عبء الإثبات في القانون:

إن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام، لأنها وضعت لحماية مصالح الخصوم، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، كما يجوز أن ينقلوا عبء الإثبات من المكلف به قانوناً إلى غيره، ويجوز أن يتطوع بإقامة الدليل غير المكلف بعبء الإثبات[4].

وقد يكون الإعفاء من عبء الإثبات بالنص القانوني فيلجأ المشرع إلى القرائن القانونية

---

(١) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٢١، الوسيط: ٢ ص ٨٨.

(٢) مرقس: ص ٢٢، نظرية الإثبات، المؤمن: ١ ص ٥٣.

(٣) المقارنات والمقابلات: ص ٢٠٤.

(٤) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ٢٢، أصول المحاكمات، أنطاكي، ص ٤٦٤، حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٩٦٦، الوسيط: ٢ ص ٨٦، إثبات الإلتزام: ص ١١٢.

ليفرض ثبوت أمر غير ثابت، وذلك عن طريق الاستنباط من أمور أخرى، والحكمة في ذلك أن بعض الحالات يكون إقامة الدليل عليها مرهقاً وصعباً ويرجح فيه عجز المدعي عن النهوض به فيفترض القانون ثبوت هذا الأمر لظروف معينة، ويقيم قرينة قانونية لصالح المدعي يعفيه فيها من عبء الإثبات ويفترض ثبوته إذا توفرت فيه الشروط المعينة.

وهذه القرينة القانونية ليست دليلاً للإثبات، ولكنها قاعدة يعفي فيها المشرع المدعي في ظروف معينة من عبء الإثبات كله أو بعضه بأن يعتبره مدعياً أمراً ثابتاً فرضاً[1].

نصت (المادة ٩٩) من قانون الإثبات المصري التي تطابق (المادة ٤٠٤) من القانون المدني، وهي نفس (المادة ٨٩) من قانون البينات السوري على ما يلي:

«القرينة القانونية تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

فإذا تمسك المستأجر بالقرينة القانونية في إعفائه من الإثبات عن الاقساط السابقة إذا أثبت دفع القسط الأخير، ثم ادعى المؤجر اتفاقه مع المستأجر على تعليق الأقساط السابقة لنزاع في شأنها أو بناء على تحرير سند خاص بها وجب على المؤجر إثبات دعواه فإن أثبته المؤجر أصبح المستأجر مديناً بالأقساط لثبوتها عرضاً وعليه إثبات الوفاء[2].

ويجوز للخصمين أن يتفقا مقدماً على إلغاء هذه القرينة وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع به[3].

مقارنة بين الشريعة والقانون في عبء الإثبات:

يتفق القانون مع الشريعة في أهمية عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصوم، ونلاحظ أن قواعد عبء الإثبات في القانون، وتعيين المدعي والمدعى عليه، عبارة أما عن اقتباس لأحكام الشريعة، وإن اختلفت العبارات، وتنوعت الاصطلاحات، وتعدلت بعض الجوانب الجزئية

---

(١) موجز أصول الإثبات، مرقس ص ٢١، قارن الدكتور الصدة فإنه يقول: إن القرينة لا تعفي من عبء الإثبات لأنه قد يرتد إلى صاحبها إذا أثبت خصمه العكس: (ص ٤٨) والصحيح أنها تنقل الإثبات عن صاحبها وتعفيه منه وتجعل الأمر في حيز الثابت فرضاً، وأما شبهة رد الإثبات إلى صاحب القرينة فهذا لسبب آخر، وهو الثابت عرضاً من الخصم، وإدعاء صاحب القرينة شيئاً جديداً وليس بموجب الحالة الأولى التي فرض الشارع ثبوتها

(٢) مرقس: ص ٢٠.

(٣) الوسيط: ٢ ص ٨٧.

لمراعاة مصلحة أو ملاحظة مبدأ أو احترام حق منصوص عليه في القانون، وهذا ما صرّح به فريق من شراح القانون.

وقد سار القانون مع الشريعة الإسلامية ، خلافاً للقانون الروماني، في توزيع عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، وتكليف كل منهما بما يتفق مع صفته وارتباط الحق المتنازع عليه به، ويتفق القانون مع جمهور الفقهاء في اعتبار قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام، وإنها وضعت لمصلحة الأطراف فيجوز لهم الاتفاق على تعديلها ومخالفتها ونقلها من واحد إلى آخر، خلافاً للحنفية في هذا.

ويتفق القانون مع الشريعة في احترام الحالة الظاهرة والأصل الثابت وقد اختلفت عبارات بعض شراح القانون عن الاصطلاح الشرعي، بينما سار فريق منهم في الإطار الشرعي واستعمال المصطلحات الفقهية.

ويختلف القانون عن الشريعة أن القانون اقتصر على مادة واحدة في عبء الإثبات بين فيها المكلف بإثبات الإلتزام وإثبات دفعه، وأشار في حالات خاصة إلى المكلف بعبء الإثبات فيها، وصرح به في بعض الحالات، أما فقهاء الشريعة فقد استوعبوا دارسة الموضوع، وحددوا القواعد بالتفصيل، ولذا نرى كثيراً من شراح القانون استعان بالفقه الإسلامي في هذا الخصوص.

الفصل الثالث
في
قوة الإثبات

قوة الإثبات هي أثره التي تترتب عليه، ويترتب على الإثبات عدة آثار، فهو يؤثر على القاضي ويلزمه بالقضاء بموجبه، ويؤثر على الخصوم، ويؤثر على المدعى به، كما يؤثر على الدعوى في قطع الخصومة وإنهاء النزاع[1].

أما الأثر الأول في إلزام القاضي بالحكم بالإثبات عند إقامته ودور القاضي في ذلك فقد بحثناه في فصل «تقييد الإثبات وإطلاقه» وعرفنا الصلة بين الإثبات والقاضي ووصلنا إلى النتيجة والضابط وهو أن القاضي له الدور الاساسي في قبول الإثبات ورفضه والتحقق من صحته أو بطلانه والتأكد من توفر شروطه الشرعية، فإذا توفرت شروطه وأركانه أصبح القاضي ملزما بالحكم بموجبه خلافا للقانون الذي يطلق حرية القاضي في بعض الوسائل، ويغل يده في وسائل اخرى مهما كانت صفة الوسيلة، سواء اقتنع بها أم لم يقتنع.

وأما أثر الإثبات على الدعوى في قطع الخصومة وإنهاء النزاع، فقد درسناه في حكم كل وسيلة من الوسائل في الفصل المخصص لها.

وفي هذا الفصل نبحث أثر الاثبات على المدعى به وعلى الخصوم ونبين حقيقة الإثبات، وذلك في ثلاثة مباحث.

---

(١) قال الشيخ أحمد ابراهيم: يراد بقوة الدليل ماله من الاعتبار بالنسبة لذوي الشأن ولغيرهم ممن تكون له صلة بهم، وللقاضي الذي يحتج به أمامه، (انظر: طرق القضاء: ص ٨٠، وطرق الإثبات الشرعية، ص ٥٣)، وقال حسين المؤمن: ويقصد بقوة الإثبات قيمة الدليل المقبول قانونا بالنسبة للقاضي الذي يحتج به أمامه اي عما إذا كان للقاضي حرية وسلطة في تقدير صحة الدليل المقدم إليه فيأخذ به أن اقتنع بصحته ويطرحه جانبا إذا تطرق إليه الشك فيه، (نظرية الإثبات: ١ ص ٦٧).

المبحث الأول
في
أثر الإثبات على المدعى به

ويشمل هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: أثر الإثبات في الظاهر والباطن.

المطلب الثاني: أثر الإثبات في القطعية والظنية (ثبوت المدعى به يقينا أو ظنا).

المطلب الأول
في
أثر الإثبات في الظاهر والباطن

الإثبات هو لإظهار الواقعة أو الحق أمام القاضي، أو هو نقل للصورة من الماضي إلى الحاضر للحكم عليها، فإن كان الإثبات صحيحا ومطابقا للواقع وصادقا فإنه يؤثر في المدعى به ظاهرا وباطنا، فيحكم للمدعي بالشيء ظاهرا ويحل له أخذه واستعماله واستغلاله وتملكه والاستفادة منه باطنا فيما بينه وبين الله تعالى، أي نفذ الحكم في الدنيا والاخرة.

أما إذا كان الإثبات غير مطابق للواقع، وكان يخالف ظاهره باطنه فما هو الحكم الشرعي؟.

قلنا في خصائص الشريعة إنها تجمع بين الاعتبار الديانى والاعتبار القضائي، وإنها تتولى أحكام الدنيا والآخرة، وتعالج الأمور الظاهرة والباطنة، وإن أثر الإثبات في الظاهر هو أن يثبت بين الناس مثل ثبوت النفقة والقسمة والتمكين في النكاح والفرقة في الطلاق وغير ذلك، والنفاذ في الباطن هو ثبوت الملك والحل والجواز فيما بين المحكوم له وبين الله تعالى

الذي يترتب عليه الثواب والعقاب في الآخرة[1].

اتفق الفقهاء على نفاذ الإثبات في الباطن في بعض الحالات، وعدم نفاذه في بعضها الآخر، واختلفوا في قسم ثالث.

الحالات المتفق عليها:

اتفق الفقهاء على أن حكم الحاكم المبني على الإثبات لا يحل حلالا ولا يحرم حراما، ولا يغير الشيء عما هو عليه في الواقع ونفس الامر، وإنما ينفذ في الظاهر فقط عند من لا يعلم الحقيقة والباطن، ولا ينفذ عند من يعلمها[2]، وهذه الحالات هي:

أولا - الإقرار بالنكاح:

إذا اقر رجل وامرأة بالنكاح وهما كاذبان، ويعلمان أنه لا نكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا الإقرار رغم أنهما يملكان الإنشاء، لأنهما بالإقرار أظهرا عقدا قد كان بينهما فلا يجعل انشاء[3].

ثانيا - اليمين بالنكاح والطلاق:

إن القضاء باليمين الكاذبة لا ينفذ باطنا، فلو ادعت امرأة أن زوجها أبانها بثلاث، فأنكر فحلفه القاضي[4]، فحلف كاذبا والمرأة تعلم أن الأمر كما قالت، لا يسعها الاقامة معه، ولا أن تأخذ من ميراثه شيئا، وإذا عجز المدعي عن البينة، وحلف المدعي عليه على الإنكار، وحكم الحاكم ببراءة الحالف فلا يبرأ في الباطن، ولا يرتفع عنه الإثم بالحكم ولم يستبح ما حلف عليه[5]، وتعليله عموم الحديث الذي رواه الجماعة عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله

---

(١) انظر حاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي: جـ ٤ ص ١٩٠، الميزان الكبرى، الشعراني: ٢ ص ١٩٨ ط الرابعة، جواهر العقود الاسيوطي: ٢ ص ٣٦٨.

(٢) الفقهاء يبحثونه في نفاذ الحكم، ولكن حكم الحاكم يتبع الإثبات، فإن كان محقا نفذ الحكم ظاهرا وباطنا، وإلا نفذ ظاهرا، (انظر: شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٣٧).

(٣) المبسوط، السرخسي: ١٦ ص ١٨٢.

(٤) يقع اليمين في الطلاق على قول الجمهور القائلين بجواز التحليف فيه خلافا لابي حنيفة، انظر المبحث الرابع في فصل اليمين.

(٥) نيل الأوطار: ٩ ص ٢٩٠.

ﷺ قال: إنما أنا بشرٌ وإنه يأتيني الخصمُ، فلَعَلّ بعضَكم أن يكون أبلغَ من بعض، فأقضى له بذلك، فمن قضيتُ له بحَقِ مُسلمٍ فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أوفليتركها»[1]، أما عند الامام أبي حنيفة فتعليله عدم المحلية في قضاء القاضي بعد الطلاق الثالث، وإن كان الطلاق الثاني فكذلك لأن النكاح يثبت إذا قضى به القاضي، وهنا لم يقض به لاعترافهما به، وإنما ادعت الفرقة، قال في الخلاصة: ولا يحل وطؤها إجماعا، قال ابن عابدين: الظاهر أن عدم النفاذ في الباطن فقط[2].

ولو أقر بالطلاقات الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له بها لا يحل له وطؤها فيما بينه وبين الله تعالى[3]، فاليمين لا تؤثر في تغيير الحكم عما هو في الحقيقة والواقع[4].

ثالثا ـ الشهادة في الأموال والأملاك المرسلة:

أجمع الفقهاء على أن شهادة الزور لا تنفذ إلا ظاهرا في الأموال والأملاك المرسلة، ولا تنفذ في الباطن فتبقى على حالها، ولا يحل للمحكوم له أن يأخذها أو يتصرف بها فيما بينه وبين الله تعالى.

والملك المرسل هو الذي لم يذكر له سبب معين، لحديث أم سلمة السابق، وقال الإمام أبو حنيفة إن أسباب الأموال المرسلة كثيرة، ولم يتعين واحد منها، فلا ينفذ الإثبات فيها في الباطن ولا مرجح لتمييز أحدها عن غيره، وإثبات الملك المطلق بغير سبب ليس في وسع البشر فتعين الغاؤه، وتعذر الإنشاء، وانحصر القضاء والإثبات على الإظهار، كما أنه ليس للقاضي فيها ولاية الإنشاء، والقاضي يحكم بالتسليم وليس بالتمليك[5]، أما في الهبة والصدقة والبيع بأقل من القيمة فروايتان عن الإمام بالنفاذ بالباطن، لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير[6].

---

(١) اللؤلؤ والمرجان: ٢ ص ١٩٣، وسبق تخريجه في صفحة ٤٢.

(٢) رد المحتار: ٥ ص ٤٠٧، البحر الرائق: ٧ ص ١٥، الأصول القضائية: ص ٣٠٩.

(٣) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٤ ص ١٩٠.

(٣) القواعد، الزركشي: ق ٢٩١أ.

(٥) المبسوط: ١٦ ص ١٨٢، بداية المجتهد: ٢ ص ٥٠١، تبيين الحقائق: ٤ ص ١٩١، حاشية الشلبي: ٤ ص ١٩١، تبصرة الحكام: ١ ص ٧٥.

(٦) تبيين الحقائق: ٤ ص ١٩١، البحر الرائق: ٧ ص ١١٥.

وإذا ظفر صاحب الحلال بماله بعد الحكم ضده فيحل له أخذه باطنا[1].

رابعا - واتفق الإمام أبو حنيفة مع الجمهور في عدم نفاذ الإثبات باطنا على المرأة المحرمة بالرضاع أو المعتدة من آخر، أو المرتدة أو المحرمة لقرابة أو مصاهرة، فالاثبات لا يقلب الحرام إلى حلال بالإجماع.

فلو ادعى رجل نكاح امرأة وهي تنكر وتقول أنا أخته من الرضاع أو أنا في عدة من زوج آخر أو قريبته وشهد بالنكاح شاهدان وقضى القاضي بشهادتهما والمرأة تعلم أنها كما أخبرت فلا يحل لها التمكين[2].

خامسا - إذا كان الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فلا ينفذ الحكم باطنا عند من يعلم ذلك إجماعا، لأنها ليست بحجة أصلا بخلاف الفساق[3].

واتفق الفقهاء على نفاذ الإثبات ظاهرا وباطنا فيما إذا كان باطن الأمر كظاهره، وكان الإثبات صادقا فينفذ الحكم باطنا وذلك في الأمور المجتهد فيها، وهي التي يختلف الحكم فيها حسب عقيدة الحاكم والمحكوم له، فيكون الظاهر فيها والباطن سواء بالنسبة للحاكم، أما بالنسبة للمحكوم له فيكون ظاهرها مختلفا عما يعتقد في الباطن لاختلاف الأئمة فيه كشفعة الجوار ونفقة الزوجة الصغيرة والمحبوسة عن الزواج ظلما، وميراث ذوي الأرحام وميراث الجد مع الأخوة، وطلاق البتة، فإن ثبتت هذة الامور أمام القاضي وحكم بها بناء على معتقده فيها وكان اعتقاد المحكوم له يختلف عن اعتقاد القاضي فيها فإن الحكم ينفذ ظاهرا وباطنا عند الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية، وهذه بعض نصوص المذاهب.

قال ابن نجيم: إن قضاء القاضي يحل ما كان حراما في معتقد المقضي له، كمن طلق البتة فاعتبرها القاضي رجعية، والزوج يراها ثلاثا فإنه يتبع رأي القاضي[4].

وقال الخرشي: وأما ما ظاهره كباطنه فيحل الحرام كالحكم من الشافعي بأن وطء

---

(١) وهي رواية عند الحنابلة، (انظر: كشاف القناع: ٤ ص ٢١١).

(٢) البحر الرائق: ٧ ص ١٥، حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٠٥، بدائع الصنائع: ٧ ص ١٥، التاج المذهب: ٤ ص ١٩٨.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٠٥، التاج والاكليل، ٦ ص ١٣٦.

(٤) البحر الرائق، له: ص ٧ ص ١٦، وانظر حاشية ابن عابدين: جـ ٥ ص ص ٤٠٧ فإنه يفصل ذلك.

الصغير يحل المبتوتة، والمراد بالحرام بالنسة للمحكوم له[1].

وقال البهوتي: التحقيق أنه ليس للرجل أن يطلب من الإمام ما يرى أنه حرام، ومن فعل هذا فقد فعل ما يعتقد تحريمه، وهذا لا يجوز، لكن لو كان الطالب غيره، أو ابتدأ الإمام بحكم أو قسمة، فهنا يتوجه القول بالحل[2]، وقال: ولو باع حنبلي متروكَ التسمية فحكم بصحته شافعي نفذ حكمه عند أصحابنا[3]. وقال: لو رفع إلى الحاكم حكم في مختلف فيه لا يلزمه نقضه لعدم مخالفته كتابا أو سنة أو اجماعا أو ما يعتقده لينفذه، لزمه تنفيذه وإن لم يره المرفوع إليه صحيحا، لأنه حكم ساغ الخلاف فيه، فإذا حكم به حاكم لا يجز نقضه فوجب تنفيذه[4].

وقال الخطيب الشربيني: وأما ما باطن الأمر فيه كظاهرة بأن ترتب على أصل صادق فينفذ الحكم فيه باطنا قطعا إذا كان محل اتفاق المجتهدين، وعلى الأصح عند البغوي وغيره إن كان محل اختلافهم وإن كان ممن لا يعتقده، لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع، كالشفعة بالجوار والإرث بالرحم[5].

وقال الزيدية: وحكمه في الايقاع وفي الظنيات ينفذ ظاهرا وباطنا، والإيقاع ما ابتدأ الحاكم ايقاعه، ولم يكن حصل من قبل كبيع مال المفلس، أي هو ما يخول القاضي إنشاءه، والظنيات هي المختلف فيها كنفقة الصغيرة والمحبوسة عن الزوج ظلما، وميراث ذوي الأرحام وميراث الجد مع الاخوة، أما في الوقوع وهو أن يحكم بصحة ايقاعه كالبيع والفسخ فهو في الظاهر فقط إن خالف الباطن[6].

وهذا الحكم وهو اتفاق الفقهاء على نفاذ الحكم ظاهرا وباطنا اذا كان مجتهدا فيه، وكان

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل: ٦ ص ١٦٦، وانظر: تبصرة الحكام: ١ ص ٧٦ في شفعة الجوار، وقارن الحطاب في (مواهب الجليل: ٦ ص ١٣٨ ـ ١٣٩) فإنه قال لا تحل، ففي المسألة قولان عند المالكية، (انظر: التاج والإكليل: جـ ٦ ص ١٣٩).

(٢) كشاف القناع: ٤ ص ٢١١.

(٣) كشاف القناع: ٤ ص ٢١٢.

(٤) المرجع السابق: ٤ ص ٢١٢.

(٥) مغني المحتاج: ٤ ص ٣٩٧، وانظر قواعد الاحكام، العز بن عبد السلام: ٢ ص ٤٦، احكام الاحكام، ابن دقيق العيد: ٢ ص ٢٩٢.

(٦) التاج المذهب: ٤ ص ١٩٨، والفرق بين الايقاع والوقوع أن الايقاع ما ابتدأ الحاكم ايقاعه والوقوع أن يحكم بصحة ما تقدم ايقاعه

في ظن المحكوم له على خلاف معتقده يدل على سماحة الإسلام وعدم التعصب بين الأئمة، واحترام بعضهم بعضا، ومحاولة الاتفاق ما أمكن كما صرح الخطيب «لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع».

الحالات المختلف فيها :

واختلف الفقهاء في أثر الاثبات بالشهادة على العقود والفسوخ والطلاق ، فهل ينفذ القضاء بشهادة الزور فيها ظاهرا وباطنا أم يقتصر على الظاهر دون الباطن ، انقسموا على مذهبين :

المذهب الأول : ذهب جماهير الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية والامامية والزيدية والإباضية والظاهرية والاوزاعي وأبو ثور [1] إلى اعتبار أثره في الظاهر فقط فيما له ظاهر جائز وباطن ممنوع ، بحيث لو اطلع عليه الحاكم لم يحكم بجوازه ، وإن الاثبات أمام الحاكم لا يحل حراماً ولا يحرم حلالا على من علمه في باطن الأمر ، والحكم لا يزيد الشيء عن صفته باطناً ، لأن الحكم يتبع الشهادة فإن كانت محقة نفذ الحكم باطناً وظاهراً وإلا نفذ ظاهراً ، ولا يستبيح المشهود له ما حكم له إلا مع العلم بصحة الشهادة أو الجهل بحالها ، سواء في ذلك الأموال والفروج ، والعقود والفسوخ ، دون تفريق بينها ، فإذا كان الشاهدان كاذبين كان الحكم نافذاً في الظاهر ، وباطلا في الباطن ولم يحل للمحكوم له فيما بينه وبين الله تعالى أن يستبيح ما حكم به سواء كان مالا أو جراحاً أو نكاحاً ، ولا يحيل حكم الحاكم الأمور عما هي عليه في الباطن ، سواء كان مما يملك الحاكم إنشاءه ابتداء ، أو مما لا يملكه على الاطلاق .

المذهب الثاني : قال الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف في رأيه الأول والشعبي وأحمد في رواية أبي الخطاب عنه، وكثير من أصحاب المالكية كما حكى عنهم أبو عمر بن عبد البر [2] ، قالوا إن شهادة الزورفي العقود والفسوخ والنكاح والطلاق وفي الحالات التي يكون للقاضي فيها ولاية

---

(١) شرح الخرشي : ٦ ص ١٦٦ ، الفروق : ٤ ص ٤١ ، القوانين الفقهية : ص ٣٢٥ ط بيروت ، بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠١ ، القواعد الزركشي : ق ٢٩١ أ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٧ ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ٢ ص ٢١٢ - ٢١٣ ، المهذب : ٢ ص ٣٤٤ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٨ أ ، المغني : ٩ ص ٥٨ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢١١ ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٣٧ ، أصول الاثبات : ص ١٩ ، البحر الزخار : ٥ ص ١٣٧ ، التاج المذهب : ٤ ص ١٩٧ ، شرح النيل : ٦ ص ٥٦٤ ، المحلى : ٩ ص ٤٢٢ ، الافصاح : ٢ ص ٤٨٥ ط ٢ ، احكام الاحكام ، ابن دقيق العيد : ٢ ص ٢٩٢ ، قال القاضي أبو الحسن النُباهي : ومما تقرر في الشريعة أن حكم الحاكم لا يحل الحرام وإن الفروج والأموال والدماء سواء (تاريخ قضاة الاندلس : ص ٧) .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ١٨٠ ، تبين الحقائق : ٤ ص ١٩٠ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ١٥ ، المغنى : ٩ ص ٥٨ ، الهداية وشروحها : ٥ ص ٤٩٢ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٧٥ .

الإنشاء تؤثر في حقيقة الأمور ، فتحل الحرام ، وتحرم الحلال ، وأن الحكم القضائي يمثل الحقيقة الواقعية ، وهو إن لم يمثلها في الماضي فإنه يمثلها في الحاضر والمستقبل ، ويكون حكم الحاكم بمثابة العقد أو الفسخ ، وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك ، وكذا إذا قضى بإحلال ، والنفاذ الظاهر في النكاح هو الأمر بتسليم نفسها إليه والقضاء بالنفقة والقِسْم ، والنفاذ الباطن أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين في الباطن وحكم الديانة [1] .

أمثلة من المسائل المختلفة فيها :

١ ـ شهادة الزور في الطلاق : إذا شهد رجلان على آخر أنه طلق امرأته ثلاثا وفرق القاضي بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته وأقر أنه شاهد زور ، قال الشعبي والإمام أبو حنيفة لا يفرق بينهما ، وإن فرقة القاضي الأولى جائزة ظاهراً وباطناً ، ولا يرد المرأة إلى زوجها برجوع الشاهدين ، ولا يفرق بينها وبين الزوج الثاني وإن كان هو الشاهد ، وقال محمد : لا يصدق الشاهد على إبطال شهادته الأولى ، ولكنه يصدق على نفسه فيفرق بينه وبينها إن كان هو تزوجها ، ولا يحل له وطؤها[2] .

٢ ـ ادعى رجل نكاح امرأة وأقام شاهدي زور فقضى له القاضي بالنكاح ، فعند الإمام أبي حنيفة ومن معه صح النكاح ويحل للرجل وطؤها ، وقال الجمهور لا يحل له ذلك في الباطن ويلزمها حكمه في الظاهر لعدم ما يدفعه [3] ، ويجب عليها أن تمتنع ما أمكنها ، فإن أكرهها فالإثم عليه [4] .

٣ ـ إذا ادعت المرأة الطلاق ثلاثا وأقامت شاهدي زور فقضى بالفرقة بينهما وتزوجها أحد الشهود ، قال الإمام أبو حنيفة تحرم على الأول ، وتحل للثاني وإن كان عالما بحقيقة الحال ، وقال

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين : جـ ٥ ص ٤٠٥ ، وقال : القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ١٨٠ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ١٥ .

(٣) المبسوط : ١٦ ص ١٨٠ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٤٠٥ ، البحر الرائق : ٧ ص ١٤ ، البدائع : ٧ ص ١٥ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٧٦ ، الأم : ٧ ص ٣٦ ، التاج المذهب : ٤ ص ١٩٨ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٩٧ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢١١ .

(٤) قال الحنابلة ان وطئها مع العلم فكزنا ويحد ، وعند الشافعية وجهان أوجههما عدم الحد لأنه نكاح مختلف في صحته ، ويجيزه أبو حنيفة وذلك شبهة فلا يحد ، وقال بعض الحنفية إن دافعت فهو دفاع كالصائل ، قال في البزازية سمعت بطلاق زوجها اياها ولا تقدر على منعه إلا بقتله ، إن علمت أنه يقربها تقتله بدواء ، ولا تقتل نفسها ، وذكر الأوزجندي أنها ترفع الأمر إلى القاضي فإن لم يكن لها بينة تحلفه فإن حلف فالإثم عليه ، وإن قتلته فلا شيء عليها ، والبائن كالثلاث ، (البحر الرائق : ٧ ص ١٥ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٩٧ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢١١ ، المغني : ٩ ص ٥٨) .

أبو يوسف تحرم على الأول للفرقة وخوف التهمة ولا تحل للثاني [1] ، وقال محمد والجمهور لا تحل للثاني وتحل للأول ما لم يدخل بها الثاني ، فهي على عصمة الأول وهي زوجته باطنا ، ويكره له اجتماعه بها ظاهرا خوفا من مكروه يناله ، ولا يحل للزوج ان يتزوج اختها ويبقى التوارث بينهما ، ولا يصح نكاحها ممن يعلم بالحال [2] .

٤ ـ إذا أقام المدعي شاهدي زور على آخر بدين له ، وحكم له القاضي به ، لم يجز للمقضي له أن يأخذ المال ، ولا يغير حكم القاضي علم المقضي له والمقضي عليه ، ولا يجعل الحلال على واحد منهما حراما ولا الحرام حلالا ، أما إذا كان الدين عن عقد فيحل له ذلك عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله ويكون الحكم إنشاءً للعقد [3]

الأدلـــة :

أدلة الإمام أبي حنيفة :

احتج الإمام أبو حنيفة ومن معه على مذهبهم بالسنة والقياس والمعقول .

أولا : السنة : روي عن علي رضي الله عنه أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه وأقام شاهدين فقضى علي رضي الله عنه بالنكاح بينهما ، فقالت المرأة إن لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه ، فإنه لا نكاح بيننا ، فقال علي : شاهداك زوجاك .

وما نقل عن علي في هذا الباب كالمرفوع إلى رسول الله ﷺ فلا طريق إلى معرفة ذلك حقيقة بالرأي [4] .

ووجه الدلالة واضح وهو أن المرأة طلبت منه أن يعفها عن الزنا ويعقد النكاح بينهما فلم يجبها إلى ذلك ، وهما راضيان ، وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه وقال « شاهداك زوجاك » أي

---

(١) البحر الرائق : ٧ ص ١٤ ، المبسوط : ١٦ ص ١٨٤ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ١٥ .

(٢) الأم ٧ : ٣٦ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢١١ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٧ ، شرح النيل : ٦ ص ٦١٢ .

(٣) الأم : ٧ ص ٣٦ ، شرح النيل : ٦ ص ٦١٢ ، التاج المذهب : ٤ ص ١٩٨ ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : ٤ ص ١٩٠ . قال الشافعي : إذا حكم عليه بشهادة زور فمتى ظفر بماله أخذ من ماله بقدر ما أخذ منه ، وقال أيضاً : اذا اختصم رجلان في شيء ، وحكم القاضي لأحدهما وكان يعلم أن القاضي أخطأ لم يسعه أخذ ما حكم به له بعد علمه بخطئه ، وإن أشكل عليه سأل فإن بقى مشكلاً فالورع أن يقف لأن تركه وهو له خير من أخذه وهو ليس له ، (الأم : ٧ ص ٣٧) .

(٤) المبسوط : ١٦ ص ١٨١ ـ ١٨٢ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ١٩٠ ، رد المحتار ، ابن عابدين : ٥ ص ٤٠٥ ، البحر الرائق : ٧ ص ١٥ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ١٥ .

ألزماني القضاء بالنكاح بينكما ، فثبت النكاح بقضائه .

ويعترض على هذا الدليل بما يلي :

١ - إن قول الإمام علي لم يرد في كتب الصحاح فيما أعلم ، قال الماوردي فهو مجهول عند أصحاب الحديث فكان أسوأ حالا مما ضعف إسناده [١] .

٢ - إذا صح إسناده فإن قول الإمام علي واجتهاده في القضاء والحكم لا يعارض نص القرآن الكريم والحديث الشريف .

٣ - وإذا سلمنا أن الحديث مرفوع ، وأنه لا مجال للاجتهاد فيه ، فإنه لا يقوى على معارضة النصوص الصريحة الثابتة سنداً ومتناً ، وأهمها حديث أم سلمة ، والتصريح فيه بأن القضاء بحق شخص آخر هو قطعة من نار .

٤ - هذا الأثر يخالف القواعد العامة ويتنافى مع الأحكام المتفق عليها في النكاح ، وأهمها اشتراط رضاء المرأة ، فكيف ينعقد النكاح ويعتبر الحكم إنشاء له ؟ وكيف نقر تزويج الشاهدين للمرأة ، وهي تنكر وترفض وتخاصم فيه ؟ فإما أن نعتبر الدعوى والشهادة والحكم إظهاراً لعقد سابق وهذا غير صحيح ، وإما أن نعتبره إنشاء ، وحينئذ يجب توفر شروطه واركانه ، وأهمها رضاء المرأة في النكاح ، وكلنا يعلم أن الفقهاء وخاصة الحنفية يقولون لا يصح للولي أن يزوج ابنته بدون رضاها لما ورد « أن امرأة اشتكت لرسول الله ﷺ أن أباها زوجها وهي كارهة ، فرد رسول الله ﷺ نكاحها » [٢] ، والشاهدان والقاضي أولى بعدم إجبارها ، وإذا كانت البنت صغيرة ، لا يعتبر رضاها ، فقد أقر لها الإمام أبو حنيفة خيار البلوغ فتختار فسخ النكاح أو إبقاءه بعد البلوغ .

٥ - لا يصح الاستدلال بأثر علي رضي الله عنه لأن لفظ الإمام علي أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، وعدم إجابتها للتزويج لأن فيه طعنا بالشهود [٣] .

٦ - الإمام علي لم يعلم كذب الشهود فلم يبطل شهادتهم ، والخلاف إذا علم ذلك بعد الحكم مثلا ، كما أن الشهود والمحكوم له يعلم بالتزوير يقيناً [٤] .

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٠٨ ب .

(٢) رواه أبو داود وابن ماجه وأحمد ، (انظر : سنن أبي داود : ١ ص ٤٨٣ ط الحلبي ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٠٢ ، مختصر سنن ابي داود ومعالم السنن : ٣ ص ٤١ هامش) .

(٣) كشاف القناع : ٤ ص ٢١١ ، المغنى : ٩ ص ٥٨ .

(٤) الحاوي : ١٢ ق ١٠٨ ب ، الفروق : ٤ ص ٤٢ .

ثانيا : القياس : قياس النكاح والطلاق والعقود والفسوخ على اللعان في ثبوت الولاية للقاضي في الحكم بها بجامع التأكد من كذب أحدهما حقيقة .

فالقاضي يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب أحدهما كما قال رسول الله ﷺ في حديث اللعان ، « الله يَعلمُ أن أحدَكما كاذب »[1] فكذلك يثبت له ولاية الإنشاء في الحكم مع كذب الشهود ، لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعاً ، ففي اللعان أحدهما كاذب ويعلم بما لو علمه القاضي امتنع من التفريق مع ذلك ، فالحكم أفضى لفسخ ، فدل على أن حكم الحاكم يقوم مقام الفسخ والعقد [2] ، وكذا إذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ بينهما البيع باطنا وأحدهما كاذب بيقين [3] .

ويعترض على القياس على اللعان بما يلي :

١ ـ اللعان ثبت على خلاف الأصل ، وهو القذف ، وما ثبت على خلاف الأصل فلا يقاس عليه .

٢ ـ إنه قياس مع الفارق كما قال الجمهور فإن الفرقة في اللعان وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهماكاذب ، وتكون الفرقة في اللعان بسبب أنهما وصلا إلى أسوأ الأحوال في المقابحة بالتلاعن فلم ير الشارع اجتماعهما بعد ذلك ، لأن الزوجية مبناها السكون ، والمودة ، وما تقدم من اللعان يمنع ذلك [4] .

قال الماوردي : اللعان هو استئناف للفرقة اي إنشاء لها ، والحكم بشهادة الزور هو تنفيذ أي إظهار لفرقة سابقة ، وهو غير صحيح [5] .

قال ابن نجيم : وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين فليس بشيء ؛ باعتبار أن الكذب ليس في الاخبار بالفرقة ، وإنما هو في الرمي بالزنا أو نفي الولد[6] .

---

(١) صحيح البخاري بحاشية السندي : ٣ ص ١٨٣ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٠ ص ١٢٦ ، معاني الآثار : ٤ ص ١٥٥ ، سنن أبي داود : ١ ص ٥٢٤ ط الحلبي ، سنن ابن ماجه : ١ ص ٦٦٨ ، وقد روى حديث الملاعنة كتب الصحاح وسبق تخريجه في صفحة ٥٤٥ .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ١٨٣ .

(٣) تبيين الحقائق : ٤ ص ١٩١ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ ص ٥٠١ ، الفروق : ٤ ص ٤٢ .

(٥) الحاوي : ١٢ ق ١٠٩ أ .

(٦) البحر الرائق : ٧ ص ١٤ ، وانظر : نظرية الدعوى : ٢ ص ٦٤٨ .

٣ - ويستدل الماوردي للإمام أبي حنيفة بالقياس على نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً في المختلف فيه ، أي المجتهد فيه ، كتوريث الجد جميع المال مع الإخوة ، وايقاع الفرقة فيما لو قال لزوجته أنت علي حرام [١].

ويرد الماوردي عليه بأن مسائل الاجتهاد ليس في الباطن ما يخالف الظاهر ، فلذلك نفذ حكمه في الظاهر والباطن بخلاف هذا [٢].

٤ - ان الشرع وضع اللعان لستر الزانية وصيانة النسب فيعقبه الفسخ الذي لا يمكن الانفكاك إلا به ، ويصح نكاحُها غيره [٣].

وإنما أجاز الشارع اللعان مع العلم بكذب أحدهما في لعانه ، لأن مع كل واحد منهما ظاهراً يقتضي تصديقه فالظاهر من حال الزوج تصديقه في قذفها ، لأن الغالب أن الأزواج لا يقذفون أزواجهم، والظاهر من حال المرأة الصدق، لأن الأصل عدم زناها، وهذا بخلاف شاهد الزور[٤].

ثالثا : المعقول : إن قضاء القاضي فيما يحتمل الإنشاء إنشاء له فينفذ ظاهراً وباطناً كما لو انشىء صريحاً ، لأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق ، ولا يقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بحمله على الإنشاء ، لأن البينة قد تكون صادقة ، وقد تكون كاذبة ، فيجعل إنشاء ، والعقود والفسوخ ، مما تحتمل الإنشاء من القاضي ، وللقاضي ولاية إنشائها في الجملة ، بخلاف الملك المرسل فإنه لا يحتمل الإنشاء، وبخلاف المرأة المحرمة بأسباب، فإن القاضي لو أراد إنشاءها صراحة لا تنفذ[٥].

والقاضي اعتمد على الشاهدين ، وسأل عن عدالتهم ، مع التزكية سرا وعلنا ، وإنه مكلف بالحكم بالشهادة بحسب الظاهر ، ولا يكلف بتقصي الحقيقة ، وليس مأموراً بالكشف عن الصدق والكذب ، لأنه لا يطلع على الواقع إلا الله تعالى ، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، فيصدرُ حكمه ، ويجب صون قضائه عن البطلان ، ما أمكن،فإن كان قضاؤه إظهاراً فبها ونعمت ، وإلا حمل على الإنشاء فيما يحتمل الإنشاء ويثبت للقاضي ولاية الإنشاء ، ويكون إنشاؤه كإنشاء الخصمين ، ويثبت الحل به بينهما في الباطن ، وقال السرخسي : بل إن قضاءه أولى وأقوى من إنشاء الخصمين لثبوت صفة اللزوم في المجتهدات بإنشاء القاضي والحكم بخلاف

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٠٨ أ .

(٢) الحاوي : ١٢ ق ١٠٩أ .

(٣) كشاف القناع : ٤ ص ٢١١ .

(٤) قواعد الاحكام ، العز : ٢ ص ٥٩ .

(٥) بدائع الصنائع ، الكاساني : ٧ ص ١٥ .

إنشاء الخصمين فلا تثبت صفة اللزوم [1] .

والقضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فاقتضى أن ينفذ ظاهراً وباطناً [2]

ويقول الإمام ومن شروط صحة الإنشاء ونفاذ الحكم ظاهراً وباطناً أن يكون القاضي لا يعلم بكذبهم ، وأن يكون المحل قابلا له ، فإذا كانت المرأة منكوحة الغير أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحل ،واختلف الأصحاب في اشتراط الشهادة فقال بعضهم باشتراط الشهادة لانها شرط في النكاح ، أما الولي والمهر فليسا بشرط في العقد ، وقال آخرون لا تشترط الشهادة لأن انشاء عقد النكاح ثبت اقتضاء في ضمن صحة القضاء والثابت اقتضاء لا تراعى فيه شرائطه [3] .

ويثبت للقاضي ولاية تزويج الصغير والصغيرة لمعنى النظر لهما ، فيثبت بالأولى ولاية انعقاد العقد هنا لنفيها عن الزنا .

ويعترض على الاستدلال بالمعقول بما يلي :

١ ـ تثبت للقاضي ولاية الإنشاء في كثير من الحالات التي أقرها له الشارع ، وقد جعل الشارع للحاكم إنشاء العقد عن الغائب والمحجور عليهم بطريق الوكالة لتعذر المباشرة منهم ، وهنا لا ضرورة لذلك ، ولأن الأصل أن كل شخص يمارس مصالحه بنفسه ، ولا يترك الأصل عند عدم المعارض ، وهنا لا مجال لتولي القاضي ولاية الإنشاء والرجل والمرأة حاضران ، أو البائع والمشتري موجودان [4] .

كما أن الأصل في القضاء للإظهار وليس للإنشاء ، والقاضي تعين للفصل بين الناس ، وسبب ولايته الدعوى ، والمدعي يدعي حقا سابقاً أو عقداً قائماً ، والشهود شهدوا بذلك فليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه المدعي ولم يشهد به الشهود ، وهو الإنشاء حالا ، والقاضي لم يقصد في قضائه إنشاء العقد أو الفسخ ، فينفذ قضاؤه حسب قصده ، وإذا أقر رجل وامرأة بالنكاح وهما يعلمان أن لا نكاح بينهما فلا يثبت النكاح باطناً بهذا الإقرار ، وهما يملكان الإنشاء ، لأن الإقرار

---

(١) المبسوط ، السرخسي : ١٦ ص ١٨٢ ،معاني الآثار : ٤ ص ١٥٦ .

(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم : ٧ ص ١٤ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ١٣ .

(٣) المبسوط : ١٦ ص ١٨١ ، تبيين الحقائق : ٤ ص ١٩١ ، البحر الرائق : ٧ ص ١٥ ، قال الشلبي : وينفذ القضاء بشهادة الزور في النكاح إذا كان بمهر المثل والا فلا يملك القاضي ولاية إنشائه بدون مهر المثل ، (حاشية الشلبي : ٤ ص ١٩١) .

(٤) الفروق : ٤ ص ٤٣ .

إظهار عقد قد كان بينهما فلا يجعل ذلك إنشاء منهما وكذلك الحال في الشهادة والقضاء بها [1]

٢ ـ إن ولاية الإنشاء التي ثبت للقاضي في زواج الصغير والصغيرة وغير ذلك إنما تثبت بنص خاص فلا تتعداه ، وهذه الولاية الإنشائية لا تقتصر على العقود والفسوخ والنكاح والطلاق ، وإنما تشمل الأموال والأملاك المرسلة ، فللقاضي أن يضع يده على أموال السفهاء والمجانين والأيتام ويتولى الإشراف عليها والتصرف فيها ، كما له أن يبيع أموال المحجورين والسفهاء لصالح الغرماء . . فالولاية الإنشائية للقاضي تشمل العقود والأملاك .

٣ ـ إذا كان القاضي معذوراً في إصدار الحكم وتنفيذه ، لخفاء الحقيقة عليه ، فإن المحكوم له والشاهدين غير معذورين لعلمهم بالحقيقة ، وأنهم متيقنون بما لو تبين للقاضي لامتنع من القضاء به فلا ينفذ قضاؤه في حقهم باطناً [2] .

٤ ـ يجب التفريق بين الحاكم الذي لم يطلع على حقيقة الأمر ، وأنه مأمور بالقضاء حسب الظاهر ، وملزم بالحكم عند ثبوت الشهادة أمامه ، وبين المحكوم له أو الشاهد الذي يعلم حقيقة الأمر ، وأن الحق المحكوم له به باطل ، وأن الشهادة مزورة ، وأن القضاء جور وظلم وبهتان ، وقوة الإثبات من حيث الظاهر والباطن يقع أثرها على الخصوم وأطراف الإثبات وليس على القاضي ، فيجب على المحكوم له شرعاً الامتناع عن أكل المال الحرام ، وعدم الاحتكام إلى القاضي كما نصت الآية الكريمة ، وأن الحق المحكوم به باطلا قطعة من النار كما صرح به الحديث الصحيح . والمسلم لا يرضى بالنار ولا يقبل بها ، وإذا قبل بالحرام واستحل الباطل فلا مبرر لنا أن نقره على تصرفه ، وأن نوجد له الأسباب والعلل في تحليل الحرام له .

فالحاكم مأمور بالحكم بالشهادة لأنه لا يعلم تزويرها ، وأن قضاءه يجب أن ينفذ ، ولكن هذا في الظاهر ، أما المحكوم له والشاهد فإنه يعلم الكذب والتزوير والحرام فلا مجال لنفاذ الحكم عليه في الباطن واستحلال أموال الناس واستباحة فروجهم .

وإن تعذر القاضي في الوصول إلى الحقيقة أو الوقوف على صدق الشهود لا يسوغ للمحكوم له والشاهد الزور أن يحل لهم الحرام وينقلب الباطل إلى حق .

---

(١) المبسوط : ج ١٦ ص ١٨١ .
(٢) المبسوط : ج ١٦ ص ١٨١ .

والخلاصة فلا حجة للإمام على مذهبه، وليس له دليل على نفاذ الحكم بشهادة الزور في الباطن، ولذلك قال حسن خان: واستدل الإمام بآثار لا يقوم بها دليل، وبقياس لا يقوى على مقاومة النص[1]، وقال الشوكاني. ومع وضوح الصواب لا فائدة في الإطناب[2].

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على عدم نفاذ شهادة الزور في الباطن بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول:

فأولاً ـ الكتاب:

قوله تعالى: ﴿ولَا تَأكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالبَاطِلِ وتُدْلُوا بِها إلى الحُكَّامِ لتَأْكُلُوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوالِ النَّاسِ بالإثم وأنْتُم تَعْلَمُونَ﴾ سورة البقرة، الآية ١٨٨.

وقال تعالى: ﴿يا أَيُّها الذينَ آمَنُوا لَا تَأكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بالبَاطِلِ إلا أنْ تَكُونَ تِجارةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء، الآية ٢٩.

فهاتان الآيتان نص على عدم جواز تناول ما حكم به الحاكم معتمداً على شهادة الزور، ويكون ذلك أكلاً بالباطل[3].

والباطل إما الظلم وإما الحرام، ولا تقل شهادة الزور عنهما، وقوله تعالى: ﴿وتُدْلُوا بِها إلى الحُكَّامِ﴾ أي تحتجوا بها عند الحكام، وهذه صفة المشهود له بالزور، وقوله تعالى: ﴿بالإثم﴾ فيه تأويلان أحدهما بشهادة الزور وهو نص، والثاني بالجحود وهو في معنى النص، قال ابن كثير في الآية الأولى: فدلت هذه الآية... على أن حُكم الحاكم لا يغير الشيءَ عن حاله، فلا يحل في نفس الأمر حراماً هو حرام، ولا يحرم حلالاً هو حلال، وإنما هو ملزم في

---

(١) ظفر اللاضي، حسن خان: ص ٣٢.

(٢) نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩١.

(٣) المبسوط: ١٦ ص ١٨١، التاج والأكليل: ٦ ص ١٣٨، قال الماوردي في (الحاوي: ١٢ ق ١٠٨ أ): وفي تفسير هذه الآية دلائل كالنصوص، (وانظر: الإحكام في أصول الأحكام، ابن حزم: ص ٩٣٧).

الظاهر فإن طابق في نفس الأمر فذاك وإلا فللحاكم أجره، وعلى المحتال وزوه[1]. وقال أئمة التابعين «لا تخاصم وأنت تعلم أنك ظالم[2]».

وفي الآية الثانية نهي عن أكل الأموال بالباطل أي بأنواع المكاسب التي هي غير شرعية كالربا والقمار وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل، وإن شهادة الزور لأخذ مال خصمه أو ليطلق امرأته أو ليزوجه من أجنبية عنه أشد نكاية وأكثر حرمة من الربا والقمار[3].

ثانياً ـ السنة:

روي البخاري ومسلم وأصحاب السنن وأحمد ومالك والشافعي والبيهقي والطبراني في الأوسط عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال: «إنما أنا بَشَرٌ، وإنكم تَختصمون إليّ، ولعل بعضَكم أن يكونَ ألحنَ بحُجّته من بعض فأقضي نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً **فلا يأخذه. . فإنما أقطع له قطعة من النار**» وفي رواية ثانية للبخاري قال «فإنما هي قطعة من النار فليأخذها أو ليدعها»[4].

وجه الدلالة: الحديث نص واضح صريح في اعتبار القضاء أنه يسري في الظاهر، وأن المقضي به بحجة مزورة باطل وحرام ولا يجوز أخذه، إذا كان في الباطن لا يستحقه[5].

ولفظ «لا تأخذه» نهي، والنهي يقتضي التحريم، والرواية الثانية «فليأخذها أو ليدعها» الأمر فيه للتهديد لا للتخيير مثل قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْ مِنْ وَ من شَاءَ فَلْيَكْفُرْ﴾ سورة الكهف، الآية ٢٩، ووصفه بأنه قطعة من نار هو تمثيل يفهم منه شدة التعذيب على ما

---

(١) تفسير ابن كثير: ١ ص ٢٢٥، تفسير الطبري: ٢ ص ١٨٣.

(٢) تفسير ابن كثير: ١ ص ٢٢٥، وقال قتادة اعلم يا ابن آدم أن قضاء القاضي لا يحل لك حراماً ولا يحق لك باطلاً وإنما يقضي القاضي بنحو ما يرى وتشهد به الشهود، والقاضي بشر يخطىء ويصيب، وأعلموا أن من قضي له بباطل أن خصومته لم تنقض حتى يجمع الله بينهما يوم القيامة فيقضي على الباطل للمحق بأجود مما قضي به للمبطل على المحق في الدنيا. (انظر: تفسير ابن كثير: ١ ص ٢٢٥).

(٣) تفسير ابن كثير: ١ ص ٤٧٩، تفسير الطبري: ٥ ص ٣٠.

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٤٢.

(٥) المبسوط: ١٦ ص ١٨١، بدائع الصنائع: ٧ ص ١٥، الأم: ٦ ص ٢٠٢، الحاوي: ١٢ ق ١٠٨ ب، تحفة الأحوذي: ٤ ص ٥٦٨، معالم السنن: ٥ ص ٢٠٩، هداية الباري: ١ ص ١٤٩، قال القاضي أبو الحسن النباهي المالكي: فأجرى الله تعالى أحكام رسوله على الظاهر الذي يستوي فيه هو وغيره من البشر ليصح اقتداء أمته في قضاياه، ويأتون ما أتوا من ذلك على علم من سنته إذا البيان بالفعل أولى من القول وأرفع لاحتمال اللفظ، تاريخ قضاة الاندلس: ص ٧

يتعاطاه[1]، وقال البخاري «باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه، فإن قضاء القاضي لا يُحل حراماً ولا يحرم حلالاً»[2].

فالقضاء بما ليس للمدعي قضاء له بقطعة من نار ولو نفذ باطناً لما كان قطعة من نار، وإذا كان حكم الرسول ﷺ لا يحيل الحرام حلالاً وإنما يبقي حراماً، وجزاء آخذه النار فأحكام الناس أولى بذلك[3].

واعترض الإمام أبو حنيفة على الاستلال بالحديث بأنه كان في أخوين اختصما إليه في مواريث درست بينهما وليس لها بينة إلا دعواهما كما ذكره أبو داود، والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى، فالحديث حيث لا بينة، وينحصر في الملك[4].

ويرد عليه بما يلي:

١ ـ العبرة في النصوص بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وأن السبب لا يسقط العموم[5].

٢ ـ ورد في الحديث تصريح بالقضاء بالحجة وليس بمجرد الدعوى «ألحن بحجته» وكيف يقضي الرسول ﷺ بمجرد الكلام والدعوى من غير بينة[6]؟!

٣ ـ الحديث ورد بلفظ عام «بحق أخيه» والحق عام ولا ينحصر في الملك دون غيره.

ثالثا ـ الإجماع:

حكى الشافعي الإجماع على أن حكم الحاكم لا يحلل الحرام، قال النووي: والقول بأن حكم الحاكم يحلل ظاهراً وباطناً مخالف لحديث الباب الصحيح والإجماع المذكور، ولقاعدة

---

(١) منهاج الوصول، البيضاوي: ص ٤٣، تسهيل الوصول إلى علم الأصول، المحلاوي: ص ٥٩، جمع الجوامع، ابن السبكي: ١ ص ٤٩٧، حاشية السندي على صحيح البخاري: ٤ ص ١٦٣، المدخل إلى مذهب الإمام أحمد، ابن بدران: ص ١٠٥.

(٢) صحيح البخاري مع حاشية السندي: ٤ ص ١٦٣.

(٣) الأم للإمام الشافعي: ٧ ص ٣٦، المحلى لابن حزم: ٩ ص ٤٢٢.

(٤) البحر الرائق: ٧ ص ١٦، بدائع الصنائع: ٧ ص ١٦.

(٥) تسهيل الوصول: ص ٧٥.

(٦) قال النووي: ألحن بالحاء المهملة ومعناه أبلغ وأعلم بالحجة كما صرح به في الرواية الثانية، (شرح النووي على صحيح مسلم: ١٢ ص ٥).

أجمع عليها العلماء ووافقهم الإمام أبو حنيفة وهي أن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال[1].

رابعاً - القياس: وذلك من وجوه:

١ - شهادة الزور حجة ظاهراً لا باطناً، والقاضي يحكم بما ظهر وهو الذي تعبد به، ولا ينقلب الباطن عند من علمه عما هو عليه من التحليل والتحريم، فصار كما لو كان الشهود عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف[2].

٢ - القياس على الأملاك المرسلة التي لا يعلم لها سبب، فقد قال الإمام أبو حنيفة لا ينفذ الحكم فيها بشهادة الزور باطناً، فكذا العقود والفسوخ، والفروج بالأولى [3].

٣ - قياس النكاح بشهادة الزور على القضاء بنكاح رجل على امرأة وهي منكوحة الغير، أو معتدته، بجامع التحريم في كل منهما[4].

٤ - إن الإقرار الكاذب من الرجل والمرأة بالنكاح، وهما يعلمان أن لا نكاح بينهما لا يثبت باطناً، وهما يملكان إنشاءه فالأولى أن لا يثبت بشهادة الزور، والشهود لا تملك إنشاءه[5].

ويعترض الإمام أبو حنيفة على القياس بما يلي:

١ - قياس شهادة الزور على شهادة العبد والكافر والمحدودين قياس مع الفارق لأن شهادة الفاسق مقبولة في الجملة والأصل، بخلاف شهادة العبد والكافر فلا تقبل أصلاً، وإن رد شهادة هؤلاء لأسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء[6].

ويجاب على هذا الاعتراض بأنه من المتفق عليه أنه يجب إبطال الحكم قبل صدوره عند العلم بشهادة العبد والكافر والفاسق، فكذلك يجب إبطال الحكم باطناً بعد صدوره لمن يعلم بالتزوير.

وإن القاضي يسمع شهادة العبد ويحكم بها على أنه ليس عبداً وكذلك يسمع شهادة

---

(١) بدائع المنن: ٢ ص ٢٣٣، نيل الأوطار: ٨ ص ٢٩١، شرح النووي على صحيح مسلم: جـ ١٢ ص ٦.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٠٨ ب، البحر الرائق: ٧ ص ١٤، تبصرة الحكام: ١ ص ٧٥، المبسوط: ١٦ ص ١٨١، المهذب: ٢ ص ٣٤٣.

(٣) الحاوي: ١٢ ق ١٠٨ ب، الفروق: ٤ ص ٤٢.

(٤) تبيين الحقائق: ٤ ص ١٩٠.

(٥) المبسوط: ١٦ ص ١٨١.

(٦) البحر الرائق: ٧ ص ١٥، المبسوط: ١٦ ص ١٨٣.

الزور ويحكم بها على أنها صادقة، فكما يعتبر الحكم بشهادة العبد باطلاً في الباطن فكذلك الحكم بشهادة الزور يكون باطلاً في الباطن[1].

وان تهمة الكذب تخرج الشهادة عن أن تكون حجة، فأولى أن لا تكون شهادة الزور حجة لمن تحقق من الكذب والتزوير وهو المحكوم له والشاهدان[2].

٢ ـ ويقول الامام معترضا إن الأموال لا مدخل للحكام في نقلها أي ليس لهم ولاية إنشاء فيها، ولهم مدخل في نقل الفروج بتزويج الأيامى والصغار ووقوع الفرقة بالعنة والفسخ بالعيب، فلذلك وقع الفرق وكان القياس مع الفارق.

والجواب عليه أن الحاكم له ولاية إنشاء في نقل الأموال كولايته في الفروج، فله أن يبيع مال الصغير لحاجته ومال المفلس لغرمائه، كما أن ولاية القاضي في الزواج والفسخ مقيدة بالاختيار ولو ملك الولاية حقيقة لنقلها بالإجبار.

خامسا ـ المعقول:

١ ـ القضاء اعتمد على شهادة الزور، وهو سبب باطل، والمبنى على باطل فهو باطل، وتفصيله أن شهادة الزور كبيرة من الكبائر لما ورد فيها من الأحاديث الصحيحة، وحجة القضاء وسيلة مشروعة، والكبيرة ضدها فتكون سببا باطلا لا يصح القضاء بها[3].

٢ ـ العَدالة دليل الصدق في الشهادة ظاهرا، وتعتبر الشهادة حجة من حيث وجوب العمل بها ظاهرا، ويمتنع العمل بها باطنا لانعدام الدليل وهو الحجة الصحيحة يقينا[4]، وإن نفوذه في الظاهر للضرورة، أما الحل والحرمة فيجب أن يكونا مستندين إلى سبب صحيح في نظر الشرع وفقهه.

٣ ـ إذا خالف حكم القاضي نصا يبطل ظاهرا وباطنا فوجب أن يكون فساد الشهادة موجبا لإبطاله ظاهرا وباطنا، لكنه ينفذ في الظاهر لعدم علم الحاكم به، ولوجوب القضاء بالحجة الظنية، فإن قيل ما خالف النص لا يكون حكما، قيل: وكذلك ما أمضاء بشهادة الزور لا يكون حكما[5].

---

(١) الحاوي: ١٢ ق ١٠٨ ب.
(٢) المبسوط: ١٦ ص ١٨١.
(٣) المبسوط: ١٦ ص ١٨١، كشاف القناع: ٤ ص ٢١١، بدائع الصنائع ٧ ص ١٥، المغني: ٩ ص ٥٨، المحرر في الحديث، ابن قدامة: ص ٢٠٣.
(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٤ ص ١٩٠، المدخل الفقهي العام: ١ ص ٢٨، ١٩٨.
(٥) الحاوي ١٢ ق ١٠٨ ب.

٤ ـ القضاء إظهار لما سبق في الواقع ، فإذا لم يكن الحق للمدعي أو كان الحق او النكاح معدوما في السابق فلا يتصور إظهاره بالقضاء[١]، ولا ينقل الباطل عندَ مَنْ عَلِمَه عما هو عليه من تحليل أو تحريم، لأن القاضي منفذ على الممتنع فقط .

قال الشيرازي : لا يحل له ما حكم به، لأنه يقطع بتحريم ما حكم له به، فلم يحل له بحكمه، كما لو حكم له بما يخالف النص والإجماع[٢]

الرأي الراجح :

يظهر من عرض الأراء والأدلة عدم ثبوت الدليل على رأي الامام أبي حنيفة رحمه الله، كما أن أدلة الجمهور من الكتاب والسنة واضحة وصريحة وكافية في الاحتجاج والاستدلال، ولذلك يظهر ترجيح قول الجمهور في عدم نفاذ الحكم المبني على شهادة الزور في الباطن، وإنما ينفذ ظاهرا فقط، وإن الإثبات أمام الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، ولا يغير من طبيعة الأمور ولا ينقل الحق إلى باطل أو العكس.

ويمكن أن نذكر بعض الأدلة استئناسا لذلك:

١ ـ اتفق الفقهاء على جواز نقض الحكم المخالف لنص أو إجماع[٣]، والحكم بشهادة الزور باطل بالنص والاجماع، ولا يوجد تناقض بين نفاذ القضاء في الظاهر بناء على ظاهر الشهادة، وبين بطلان الحكم في الباطن بناء على حقيقة الشهادة ، وخاصة إذا أقر الشهود بالتزوير.

٢ ـ ورد في الأثر : « أمرتُ أن أحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر، »وفي عبارة الفقهاء: «إننا مأمورون باتباع الظاهر، والله يتولى السرائر ، وجاء في رسالة عمر رضي الله عنه «فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان، وإذا كان الأثر السابق ليس حديثا بلفظه ولكنه صحيح بمعناه[٤]، ومؤيد بكثير من الأحاديث الصحيحة، روى

---

(١) المبسوط : ١٦ ص ١٨١ ، التاج والاكليل : ٦ ص ١٣٨ ، المحلى : ٩ ص ٤٢٢ .

(٢) المهذب : ٢ ص ٣٤٤ ، وانظر القواعد ، الزركشي : ق ١٠١ ب .

(٣) الفروق : ٤ ص ٤٠ ، أصول الاثبات الجعفري : ص ١٩ ،القوانين الفقيهية : ص ٣٢٢ ط بيروت ، كشاف القناع : ٤ ص ٢١٢ ، الاشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٥٥ ط ١٢٩٨ آخر القاعدة الاولى الكلية .

(٤) نقل الاستاذ سلام مدكور عن (كشف الخفاء ومزيل الالباس : جـ ١ ص ١٩٢) قوله وجاء في « اللآلى المصنوعة» : هذا الحديث غير ثابت بهذا اللفظ ولعله مروى بهذا المعنى من أحاديث صحيحة ، جاءت في الأقضية ، وقال في « المقاصد » اشتهر هذا النص بين الأصوليين والفقهاء ، بل وقع في كلام النووي أنه حديث وجاء في كلام

البخاري عن عمر رضي الله عنه قال «إن أناسا كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ وإن الوحي قد انقطع ، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيرا أمناه، وقربناه وليس لنا من سريرته شيء ، الله يحاسبه في سريرته»[1].

٣ - اتفق جميع المسليمن على أن الأصل في الأبضاع التحريم، وإن الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال ، وقد ثبت في الصحاح أن رسول الله ﷺ قال في حجة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا وفي بلدكم هذا»[2]، وقال الإمام أبو حنيفة يحل لشاهد الزور أن يشهد بطلاق المرأة من زوجها ثم يتزوجها، فأين حرمة الأبضاع، وحصانة الأعراض وصيانة الفروج؟!!

٤ - كان القاضي شريح يقول للخصم : إني والله لأقضي لك ، وإني لأظنك ظالما ، ولا أقضي بالظن ، وإنما أقضي ببينتك ، وإن قضائي لا يحل لك حراما ، والحق أحق من قضائي [3] .

وهذا نص من شريح على أن قضاء القاضي لا ينفذ في الباطن ، ولو خالفه علي رضي الله عنه لأنكره .

٥ - روى مسلم عن أبي أمامة الحارثي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال « **من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه** فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة ، فقال له رجل ، وإن كان شيئا يسيرا يا رسول الله ؟ قال وإن كان قضينا من أراك[4]». وروى البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو

=الشافعي في الأم بعد حديث « إنكم تختصمون إلى» أن الرسول أخبركم بأن يحكم بالظاهر وأمر السرائر إلى الله ، (الإباحة ، مذكور : ص ١٦ حاشية ٧) ، واستنكره المزني ووهم الفقهاء في سوقهم له مرفوعاً لأسباب كثيرة ، (انظر: التلخيص الحبير: ٢ ص ٤٠٥ ، الفروق : ٤ ص ٩٧ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٣٩٧ ، المدخل إلى علم أصول الفقه ، الدواليبي : ٧٤) .

(١) صحيح البخاري : ٢ ص ٧٧ .

(٢) المحرر في الحديث : ص ١٢٣ ، وانظر تخريجه في صفحتي ١٣٥، ١٧٨ ، وانظر : الفروق : ٣ ص ١٣٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٣٣ ط ١٢٩٨ ، يقول الأصل في الأبضاع التحريم وينقل الأصل في النكاح الحظر وأبيح للضرورة وإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة ، ولا يجوز التحري في الفروج .

(٣) السنن الكبرى ، البيهقي : ١٠ ص ١٥٠ ، وقال شريح : ولا يسعني إلا أن أقضي بما يحضرني من البينة ، وهذا يدل على إلزام الإثبات للقاضي ، ولكنه لا يغير الحق عن صاحبه ، وانظر : شرح النيل ، ١٦ ص ٥٦٤ ، الحاوي : ١٢ ق ١٠٨ ب ، ١٠٩ أ) .

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٤١ .

فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان»[1] .

وجه الدلالة : نص الحديثين صريح وواضح في الدلالة على منع نفاذ الحكم ، القائم على يمين فاجرة في الباطن ، وقد رتب لصاحبه النار ، والعقوبة بالنار للأعمال الباطلة والمحرمة ، وليس للأعمال الصحيحة والجائزة ، قال السندي في حاشيته على البخاري : بأن يأخذه بغير حق بل بمجرد يمينه المحكوم له بها في ظاهر الشرع [2].

وقال كثير من الفقهاء إن لفظ أشهد قسم ويمين ، فكيف يحل للشاهد أن ينكح امرأة بشهادته الكاذبة الآثمة .

أثر الاثبات في الظاهر والباطن في القانون :

هذا البحث في نفاذ الحكم ظاهرا وباطنا يستند إلى فكرة الحلال والحرام في الشريعة أو الجانب الديانى والجانب القضائي ، وهذا خاص في الشريعة فلا مجال لبحثه في القانون ، ولم يتعرض له أحد من الشراح إلا عند كلامهم عن الحقيقة الواقعية والنسبة بينهما .

ولم يتعرض له أحد من الشراح إلا عند كلامهم عن الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية والنسبة بينهما .

فشراح القوانين يعترفون أن القضاء نسبي ، وأن أحكام القضاء ظنية ، وكثيرا ما يخطىء القاضي أو يكون الإثبات مزورا ، ولكن القانون راعى استقرار المعاملات وقطع المنازعات واعتبر الحكم القضائي حقيقة واقعة ، ولو على حساب العدل ، ومنح الحكم القضائي قوة القضية المقضية واعتبره نافذا في الظاهر والباطن .

والحقيقة القضائية هي ما يثبته القاضي في حكمه نتيجة لتحريه حقيقة الواقع [3] ، وهذه الحقيقة نسبية ، تقتصر على طرفي الخصومة ، ولا تعتبر حقيقة إلا بالنسبة لهما ، ومع ذلك فإنها تصبح ذات حجية كاملة فيما بينهما وتمثل الحقيقة الواقعة بعد الحكم النهائي .

---

(١) سبق تخريجه في صفحة ٣٢٨.

(٢) حاشية السندي : ٢ ص ٧١ .

(٣) موجز أصول الإثبات ، ترقس ص ٥ ، نظرية الإثبات ، المؤمن : ١ ص ٦٧ .

المطلب الثانـــي

فـــي

قـــوة الإثبـــات مـــن حيـــث الظنيـــة والقطعيـــة

(قـــوة الإثبـــات الظنيـــة واليقينيـــة)

الظن عبارة عن ترجيح أحد الاحتمالين في النفس على الآخر من غير قطع [١] ، واليقين في اللغة العلم الذي لا شك فيه ، وفي الاصطلاح اعتقاد الشيء بأنه كذا مع الاعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا ، مطابقاً للواقع غير ممكن الزوال [٢] .

تنقسم طرق الإثبات بهذا الاعتبار الى قسمين :

الأول : يفيد العلم اليقيني ، ويقطع بصحة الواقعة أو الحق المثبَت به ، وهو علم القاضي والإثبات بالتواتر ، لأن علم القاضي يعتمد على يقين ، ويكون القاضي متأكداً بنفسه ، وقد اطلع على الواقعة بدون نقل ولا واسطة .

وأما الخبر المتواتر فإنه خبر جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب عن أمر محسوس ، أو هو الخبر الثابت على ألسنة قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب لكثرتهم أو لعدالتهم ، والتواتر يفيد العلم واليقين [٣] .

---

(١) إحكام الأحكام ، الامدي : ١ ص ١٠ ، وقال الشيخ الزرقا : الظن هو اعتقاد الاحتمال الراجح الذي ظهر رجحانه على نقيضه بدليل معتبر ، فإذا ازداد قوة حتى أصبح خلافه موهوماً فهو غالب الظن ، (المدخل الفقهي العام : ٢ ص ٩٧٠) .

(٢) التعريفات ، الجرجاني : ص ١٧٨ ، والظن في اللغة خلاف اليقين ، وقد يستعمل بمعنى اليقين ومنه قوله تعالى ﴿ الذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلاَقُوا رَبِّهِم ﴾ ، (انظر : المصباح المنير : ج ٢ ص ٥٢٨) .

(٣) العلم هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع ، أو ادراك الشيء على ما هو به ، وقال الآمدي : إنه عبارة عن صفة يحصل بها لنفس المتصف بها التمييز بين حقائق المعاني الكلية حصراً لا يتطرق إليه احتمال نقيضه ، (انظر : إحكام

وعرفه بعض الأصوليين بأنه خبر جماعة يفيد بنفسه العلم بصدقه [1] .

الثاني : والقسم الثاني من وسائل الإثبات يفيد الظن الغالب ، فالشهادة مثلاً تفيد الظن ، ونرجح فيها جانب الصدق على جانب الكذب ، لأنها تصدر من غير صاحب الدعوى مع توفر العدالة .

والإقرار يفيد الظن ، وذلك بترجيح جانب الصدق في الإقرار على جانب الكذب ، لأن الإنسان العاقل لا يقر غالباً على نفسه بحق لغيره كاذباً لأنه مخالف لطبيعة الإنسان ، ولكن يحتمل أن يقر كاذباً لدافع آخر ، ومثل ذلك اليمين والقرائن والخبرة وغيرها .

ويلحق بهذا القسم نوع ثالث من وسائل الإثبات وهو التحالف ، فإنه لا يفيد ظناً ولا قطعاً ولكنه يلجأ إليه للضرورة في فصل النزاع وعدم وجود مرجح في الدعوى ، وتقسم العين بينهما ، لكل واحد بمجرد يمينه ، والتحالف أضعف الحجج في الشريعة لأننا نأخذ به عند استواء الطرفين ، وفقدان المرجح فيطلب اليمين منهما [2] .

مشروعية العمل بالظن :

أجازت الشريعة الغراء العمل بغلبة الظن في الأحكام ومنها الإثبات ، وقد ثبت ذلك بالنصوص الشرعية ووجوب العمل بها كالإخبار برؤية هلال رمضان والأذان ، والرواية في الحديث ، وتبليغ الأحكام والعمل بالشاهدين ، وبالإقرار واليمين والقرائن وكل هذه الأمور تفيد الظن الراجح ويجب العمل بها شرعاً ، كما أجمع العلماء على وجوب العمل بالحكم المظنون في نظر المجتهد [3] .

= الاحكام ، الامدي : ١ ص ١٠ ، الاحكام في أصول الاحكام ، ابن حزم : ١ ص ٣٤ ، التعريفات للجرجاني : ص ١٠٤) ، واختلف علماء الأصول : هل العلم بالمتواتر ضروري أو نظري ، واختلفوا في أقل العدد المطلوب للتواتر ، والمختار عدم تعينه ، (انظر : مسلم الثبوت : ٢ ص ٨١ ، ٨٥ ، مختصر ابن الحاجب : ص ٧٠ ، ٧١ ، المدخل لابن بدران : ص ٩٠ ، تسهيل الوصول : ص ١٤١ ، ١٤٣ ، تدريب الراوي للسيوطي : ص ١٨٩ ط ١) ويتساهل الفقهاء في اطلاق العلم القطعي والظني ، فقد يطلقون العلم ويريدون به الظن ، (الفواكه البدرية : ص ١٥) .

(١) كذا في شرح المنار لابن ملك ، (انظر : الطريقة الواضحة ، محمود حمزة : ص ٢٣٤) .

(٢) الفروق : ٤ ص ٩٧ ، الفرق ٢٣٨ .

(٣) تسهيل الوصول إلى علم الاصول : ص ٥ ، القواعد في الأحكام ، العز بن عبد السلام : ٢ ص ٦٢ .

وإن الحاجة وتحقيق مصالح الناس وإقامة الحق والعدل والحفاظ على الأنفس والأموال والأعراض يقتضي قبول الأدلة الظنية في الإثبات مع مراعاة الاحتياط والحذر وتوفر الشروط التي ترجح جانب الصدق في الدليل الظني على جانب الكذب [1].

فالناس بحاجة إلى قبول الأدلة الظنية ، لتعسر الحصول على الأدلة اليقينية أو ندرة تحققها ، فالقاضي لا يعلم من الوقائع والحقوق إلا القليل النادر ، وإن خبر التواتر صعب ومتعذر ، فلا بد إذن من قبول الأدلة الظنية التي يغلب فيها الصدق على الكذب ، ولو ترك العمل بها خوف الوقوع في الكذب لتعطلت مصالح كثيرة غالبة خوفاً من مفاسد قليلة ونادرة ، وهذا يخالف حكمة التشريع [2] .

فالشهادة مثلاً دليل ظني ، والناس بحاجة إليها في فض المنازعات لتوقف القضاء على الحجة ، ويعسر إقامة الحجة الموجبة للعلم ، فتقبل الشهادة إذا توفرت شروطها وانتفت موانعها ، والأحكام الشرعية تدور مع غلبة المصلحة .

قال الشاطبي في « الموافقات » [3] : « فالمصالح والمفاسد الراجعة إلى الدنيا إنما تفهم على مقتضى ما غلب ، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفاً ، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفاً ، ولذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوباً إلى الجهة الراجحة ، فإن رجحت المصلحة فمطلوب ويقال فيه إنه مصلحة ، وان غلبت جهة المفسدة فمهروب عنه ويقال إنه مفسدة » .

وقال في تعلق الخطاب شرعاً بالمصلحة الراجحة [4] : « فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها مع المفسدة في حكم الاعتياد فهي المقصودة شرعاً . . . فإن تبعتها مفسدة

---

(١) انظر : الشيخ احمد ابراهيم في كتابيه : طرق الاثبات الشرعية : ص ٤ ، ٥ ، وطرق القضاء : ص ٥ .

(٢) قواعد الاحكام ، العز : ٢ ص ٦٠ ، نلاحظ أن الشارع الحكيم أوجب العلم في أصل الحصول على الإثبات كالمعاينة والسماع وغيرهما للتأكد من إقامته وصحة أصله وقطع دابر الإدعاء والتوهم ، واكتفى بالدليل الظني عند الحكم تسهيلاً للناس ، ولأن اشتراط الدليل القطعي متعذر الوجود ونادر الحصول ، فإذا ما ثبت الحق بالدليل الظني وأصدر الحاكم الحكم صار حكمه قطعياً ولا يجوز للحاكم نفسه أن يرجع عنه أو ينقضه إلا إذا تعارض مع نص قطعي أو إجماع ، ولا يجوز لغيره نقضه وذلك لحكمة استقرار المعاملات وإلا أدى الأمر إلى الدور والتسلسل وهكذا .

(٣) ج ٢ ص ٢٦ .

(٤) الموافقات ، له : ٢ ص ٢٦ ، ٢٧ .

أو مشقة فليست بمقصودة في شرعية ذلك الفعل وطلبه ، وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى المصلحة في حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعاً ، ولأجلها وقع النهي . . فإن تبعتها مصلحة أو لذة فليست هي المقصودة بالنهي عن ذلك الفعل » .

فالعبرة في الأحكام على الغالب منها ، ولما كانت وسائل الإثبات تفيد غالبية الظن ، ويرجح فيها جانب الصدق على الكذب كانت معتبرة في الشرع ، وتصبح الواقعة أو الحق الثابت بها كأنه ثابت بالعين ولا عبرة للاحتمالات الأخرى ، لأنها تصبح في حيز التوهم ومن القواعد الفقهية « الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان » « لا عبرة للتوهم البين خطؤه » كما أن القاضي لا يكلف بالبحث عن حقائق الأمور لأنها تخرج عن طاقته ، والله سبحانه وتعالى لا يكلف نفساً إلا وسعها ، والحرج والمشقة مرفوعان في الشريعة [1] .

وأما قاعدة « اليقين لا يزول الشك » فاليقين مستعار للظن المعتبر وقد أوجب الله تعالى علينا العمل بالظن في الأقوال والأفعال ، وأما الآية الكريمة ﴿ اجتَنِبُوا كَثِيراً مِنَ الظَّنِّ ﴾ سورة الحجرات الآية ١٢ ، والحديث « إياكم والظن فإن الظن أكذبُ الحديث » فالنهي فيهما عن بعض الظن وهو اعتماد الظن فيما لا يجوز بناؤه عليه كاعتماد الشاهد على مجرد الظن في السرقة والزنا وقطع الطريق وقتل النفس وأخذ المال ، أو النهي عن الظن فيما يطلب فيه العلم كالعقائد وأصول الدين ، لإجماع المسلمين على وجوب اتباع الظن [2] .

ومنع ابن حزم الإثبات بالظن ، كما منع العمل به مطلقاً في الأحكام ، لما ورد من النهى عنه في الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة ﴿ يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن ﴾ سورة الحجرات ، الآية ١٢ ، وقال تعالى في صفات الكفار ﴿ إنْ يَتَّبِعُونَ إلا الظَّنَّ ، وما تَهْوَى الأَنْفُسُ ﴾ سورة النجم ، الآية ٢٣ ، ﴿ مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ ، إنْ يَتَّبِعُونَ إلا الظَّنَ ، وإنْ الظَّنَ لا يُغْنِي مِنَ الحَقِّ شَيْئاً ﴾ سورة النجم ، الآية ٢٨ ، وقال ﷺ : « إياكم والظن ، فإن الظن أكذب الحديث » .

وقال ابن حزم : ان الظن هو غير الحق فهو باطل وكذب[2] ، فيجب العلم في الأحكام ، ويشترط العلم في الإثبات .

---

(١) المدخل الفقهي العام ، الشيخ الزرقا : ٢ ص ١٠٤٩ ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم : ص ٨١ ط ١٢٩٨ قاعدة : لا عبرة للظن البين خطؤه .

(٢) حاشية العطار على جمع الجوامع : ٢ ص ١٥٧ ، قواعد الأحكام ، العز : ٢ ص ٦١ ، وما بعدها .

(٣) الإحكام في أصول الأحكام ، له : ص ١١٧ .

ولكن ابن حزم توسع في مفهوم العلم ، وقال : العلم هو تيقن الشيء على ما هو عليه ، إما عن برهان ضروري موصل إلى تيقنه بأول الحس أو ببديهية العقل . . وإما عن اتباع لمن أمر الله تعالى باتباعه فوافق فيه الحق وإن لم يكن عن ضرورة ولا عن استدلال (١) ، ويقرر أن خبر الواحد العدل عن مثله إلى رسول الله ﷺ يوجب العلم والعمل معاً ، وأن الحكم بالشهادة واليمين هو حكم باليقين لأن الله أمر به بالنص ، ولم يكلفنا البحث في المغيب (٢).

ولا أثر لهذا الاختلاف لأنه اختلاف في الاصطلاح ، والعلماء يقولون لا مشاحة في الاصطلاح ، فالجماهير تقول عن خبر الواحد والشهادة واليمين تفيد الظن فيجب العمل به ، وابن حزم يقول إنها تفيد العلم لأن الله تعالى كلفنا به ، ولا يقبل غيرها .

وفائدة هذا التقسيم أن الوسائل التي تفيد علم اليقين تقدم وترجح على غيرها ، وأنه لا يقام ضدها بينة أخرى ، لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر وعلم القاضي (٣) ، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه .

وسواء كان الإثبات ظنياً أو قطعياً فإن الحكم المبني عليه يصبح قطعياً ولا يجوز نقضه إلا استثناء ، ويعتبر الحكم قرينة على ثبوت الحق للمقضي له قطعاً ، ومثاله الإجماع فإنه قطعي ، وإن كان دليله الذي اعتمد عليه المجمعون ظنياً .

قوة الإثبات الظنية والقطعية في القانون :

وسائل الإثبات في القانون لا تؤدي غالبا إلا إلى حقيقة ظنية لا قطعية ، ويحتمل أن تكون الحقيقة القضائية التي ثبتت أمام القضاء تختلف عن الحقيقة الواقعة (٤). ولذلك كانت الحقيقة القضائية نسبية ، ولكن المشرع يضحي بالحقيقة الواقعية ويضفي على الحقيقة القضائية حجية الأمر المقضي كما تنص (المادة ١٠١) من قانون الإثبات المصري ،

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ، له : ص ٣٤ ، ٣٥ .

(٢) المحلى ، له : ٩ ص ٣٦٣ ، الإحكام ، له : ص ١٠٩ .

(٣) الطريقة الواضحة : ص ٢٣٥ .

(٤) الحقيقة القضائية هي ما يثبته القاضي في حكمه نتيجة لتحريه حقيقة الواقع ، (انظر : موجز أصول الإثبات ، مرقس ص ٥) .

(والمادة ٩٠) من قانون البينات السوري[١]، ويهدف القانون من وراء ذلك تأمين التعامل واستقراره ، مع الاستجابة لمقتضيات التنظيم التشريعي في ذلك .

وجميع وسائل الإثبات في القانون تفيد الظن ، إلا أن المشرع أعطى بعض الوسائل حجية ملزمة للقاضي ، واعتبر الثابت بها ثابتاً في الواقع ونفس الأمر قبل القضاء وأوجب على القاضي الحكم بموجبها وهي الكتابة والقرائن القانونية القاطعة واليمين الحاسمة والإقرار ، بينما ترك بقية الوسائل في تصويرها الحقيقة إلى قناعة القاضي وتقديره وهي الشهادة والقرائن القضائية والخبرة والمعاينة [٢] .

وعند اليهود نص القانون العبري على جعل اليمين حجة قطعية فنصت (المادة ٢٧٥) منه : متى حلف الخصم قضى الأمر به ولم يبق للخصم الآخر وجه للطعن في ذمة الحالف ولا وصفه بسوء الضمير والسريرة لأن الأصل اعتبار السرائر ظاهرة سليمة حتى يثبت ما يشينها ، ومن رمى أخاه بالكذب في اليمين يستحق عقوبة الحرمان الكبير[٣] .

---

(١) تنص المادة ١٠١ : الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجة ، وهي نص المادة ٩٠ من قانون البينات السوري ، وانظر : الإثبات ، الصدة : ص ٦ ، موجز أصول الإثبات ص ٥ .

(٢) تنص المادة ١٠٤ من قانون الإثبات المصري : الإقرار حجة قاطعة على المقر ، أي ـ لا يجوز إثبات عكسها ، وتنص المادة ١٠٠ من قانون البينات السوري : الإقرار حجة قاصرة على المقر .

(٣) المقارنات والمقابلات ص ٢٠٨ .

المبحث الثاني
في
أثر الإثبات على الأشخاص

إن قوة الإثبات على الأشخاص تعني مدى أثره عليهم ، فهل يقتصر أثر الإثبات على طرفي الخصومة ؟ أم أنه يتعدى إلى غيرهما ويشمل جميع الأشخاص الذين لهم علاقة في موضوع النزاع ؟ .

تنقسم وسائل الإثبات من هذه الناحية إلى قسمين :

الأول : وسائل قاصرة على صاحبها ولا تتعداه إلى غيره وهي الإقرار والنكول عند القائلين به .

فالإقرار حجة قاصرة على المقر ، ولا يتعداه إلى غيره ، فمن أقر بحق عليه وعلى آخر ثبت بالنسبة له ، ولا يثبت على الثاني بهذا الإقرار ، وإذا أقر أحد الورثة بدين أو نسب فإن إقراره يقتصر عليه ولا يتعداه إلى باقي الورثة [1] ، إلا إذا أقر جميع الورثة لوارث ثبت نسبه ولحق بمن أقر عليه ، وشارك الورثة في الميراث [2] ، ومن أقر بدين مشترك عليه وعلى غيره فإن إقراره ينفذ على نفسه فقط فيؤاخذ به في ماله ، ولا يسرى على شريكه ما لم يصدقه أو يأذن

---

(١) قال الحنفية يأخذ الدائن جميع الدين من حصة المقر ، وقال الشافعية والحنابلة والمالكية يؤخذ منه ما يصيبه من حصة الدين ، (انظر : مسائل الخلاف ، الدبوسي : ص ١٧٥ مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ٣٥٩ فقه تيمور ، مجمع الأنهر : ٢ ص ٢٩٦ ، الأصول القضائية : ص ١١٠ - ١١١ ، المغنى : ٥ ص ١٩٣ ، الإفصاح : ص ٢١٢) .

(٢) القواعد ، الزركشي : ق ٣١ ب ، مرآة المجلة : ١ ص ٤٤ ، العناية على الهداية : ٦ ص ٢٨٢ ، فتح القدير : ٦ ص ٢٨٢ ، وكذا إذا أقر الأب أوالجدبقبض مهر البكر البالغة حين تزويجها فإن إقراره يسرى عليها وإن أنكرته ، لأن لهما حق قبضه حسب العرف والعادة ، ومن ملك حق القبض ملك الإقرار به كما تقول (المادة ٩٥) من الأحوال الشخصية لقدري باشا ، (انظر : المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٧٠) .

له [1] .

ويلحق بالإقرار النكولُ عند الحنابلة والصاحبين من الحنفية لأنهم يقولون إن النكول إقرار .

والسبب في كون الإقرار قاصراً على صاحبه أن الإقرار خبر يحتمل الكذب والصدق ، إلا أن المشرع جعله حجة عليه لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافاً ، وقد يكذب على غيره ، والكذب لا يكون حجة فلا يصدق المقر إلا على نفسه ، وإن كذب على نفسه فإن له الولاية إقرارها في حقه عند الإمام أبي حنيفة فتحبس وتلازم وإن تضرر الزوج ، وعند الصاحبين لا تصدق في حق الزوج ولا تحبس ولا تلازم وعليه الفتوى ، ولو أقر المؤجر بدين لا وفاء له إلا من ثمن العين فله بيعها لقضائه وإن تضرر المستأجر ، ولو أقرت مجهولة النسب بأنها بنت أبي زوجها وصدقها الأب انفسخ النكاح بينهما [4] .

القسم الثاني : الوسائل المتعدية وهي التي يسري أثرُها على غير المقضي عليه من ذوي العلاقة الذين تجمعهم وحدة السبب الموجب فيعتبر الموضوع ثابتاً بالنسبة لهم ، وهذه الوسائل هي جميع طرق الإثبات فيما عدا الإقرار والنكول ، فإذا حصل الإثبات بالطرق الشرعية المعتبرة فإنه يلزم أطراف الخصومة كما يلزم غيرهم من الناس ، فالشهادة حجة متعدية تجعل الواقعة أو الحق أمام القاضي يمثل الحقيقة الواقعية ، ويعتبر الثابت بالبينة كالثابت بالعيان ، فيحتج به على جميع الناس ولا يقتصر على الطرفين ، وكذا الكتابة والقرائن والخبرة

---

(١) قال الدبوسي : والإقرار لم يُجعل حجة على غيره إلا بإذنه ، (مسائل الخلاف : ص ١٤٨) ، وانظر : المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٥٠ .

(٢) مرآة المجلة : ١ ص ١٤٤ ، مسائل الخلاف ، الدبوسي : ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٤٩ ، المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٦٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٩٠ .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٦٢٠ ، الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ص ١٣٨ ط ١٢٩٨ في كتاب الاقرار ، الأصول القضائية : ص ٦٧ وما بعدها . وقد سبق بحث ذلك في مبحث حكم الإقرار في فصل الاقرار .

والمعاينة [1] .

أما اليمين فيختلف الأمر فيها بحسب طبيعتها وتكييفها فمن جعلها بمثابة الإقرار فتكون قاصرة ، ومن جعلها كالبينة فتكون متعدية [2] .

والسبب في اعتبار هذه الوسائل متعدية أنها تكشف عن الحقوق وتبين الواقع ، وهذا البيان والكشف والإظهار قائم بذاته ولا يرتبط بشخص دون آخر ، فإن الأمر الثابت يكون ثابتاً وواقعاً بالنسبة إلى جميع الناس ، ولا يختلف حسب الأشخاص ، ومن جهة أخرى فإن هذه الوسائل لا تعتبر حجة إلا بالقضاء ، والقضاء علم فتكون البينات حجة في حق الجميع [3] .

وأثر هذا التقسيم أنه يصح إقامة الشهادة بعد الإقرار ويحكم بالشهادة دون الإقرار ، لأنها حجة متعدية ، وفيها فائدة أكثر ، فمن ادعى على ورثة بالدين على مورثهم فأقر بعض الورثة ، فيلزم الدينُ المقِرَّ فقط ، فإن أقام الشهادة تعدى الحكم إلى جميع الورثة ، وكذا في كل حالة تكون الشهادة والكتابة وغيرها مفيدة أكثر من الإقرار كالمثال السابق ، والبينة مع الإقرار في المرض ، والبينة مع الإقرار بوضع اليد في العقار [4] .

أثر الإثبات على الاشخاص في القانون :

لم يخرج القانون في هذا المجال عن إطار الشريعة ، ولم يخالف أحكامَها ، والسبب في ذلك أن الشريعة أرست قواعدها على أساس المنطق والعدل والمصلحة والعقل وطبيعة الأمور واستجماع الخير كله ومصلحة المجتمع ، فجاءت أحكام القانون مطابقة لأحكام الشريعة ولم يجد القانون مناصاً من تبنى هذه الأحكام واقرارها .

---

(١) المدخل الفقهي العام : ٢ ص ١٠٥٠ وما بعدها ، ١٠٦٧ .

(٢) الحاوي : ١٢ ق ١٤٤ أ .

(٣) مرآة المجلة : ١ ص ٤٤ .

(٤) يقول الشيخ علي قراعة : فالبينة تسمع مع الإقرار إما لمصلحة المقر أو لمصلحة المدعى أو لأن الإقرار باطل شرعاً كالإقرار من الأب والوصي ، أو لأنه غير كاف كإقرار وضع اليد في العقار ، ومعياره كل موضع يتوقع فيه الضرر لولا البينة ، تسمع فيه مع الإقرار ، وتارة يكون سماعها جائزاً ، وتارة يكون واجباً ، (الأصول القضائية ص ١٤٣) . ونلاحظ أن الإقرار أقوى حجة من الشهادة والكتابة والقرائن في أثره على المدعى به ، ولكنه أضعف منها في أثره على الأشخاص ، فالإقرار حجة قاصرة على المقر والبينة حجة متعدية كما تنص على ذلك مجلة الأحكام العدلية في (المادة ٧٨) منها ، وانظر : فتح القدير : ٦ ص ٢٨٢ .

فنصت (المادة ١٠٠) من قانون البينات السوري على ما يلي : الإقرار حجة قاصرة ، وجاء في قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٥ /٣ /١٩٦٧ : الإقرار حجة قاصرة على المقِر وحده ولا يؤخذ به غيرُه وشرطه ألا يكذب ظاهرُ الحال المقِر في إقراره [١] .

وقال شراح القانون إن الإقرار عمل قانوني ملزم بذاته ، وإنه بمثابة عمل من أعمال التصرف ، فيترتب عليه أن يكون حجة قاصرة لا يقيد إلا المقر وخلفاءه ودائنيه ، ولا يتعداهم إلى غيرهم ، لأن الشخص لا يملك أن يلزم غيره بعمل قانوني من أعمال التصرف إلا بتفويض خاص منه [٢] ، وكذلك اليمين كالإقرار حجة قاصرة ولا تعتبر حجة إلا على من صدرت عنه .

وقد يقر على نفسه بأمر غير حقيقي رغبة في التخلص مما هو أشد من المقر به أو قصد إلحاق الضرر بغيره فيعتبر حجة قاصرة عليه .

أما الوسائل الأخرى فإنها حجة متعدية لأنها ليست ملزمة بذاتها ، وإنما بحكم القاضي سواء في ذلك الكتابة والقرائن والشهادة وغيرها [٣] .

وعند اليهود نصت (المادة ٢٧٦) على أن اليمين حجة مطلقة على المتخاصمين فقط ، أما بالنسبة إلى غيرهما ففي الأمر تفصيل ، فيكون حجة لأولاد المدين الذي حَلَف ، ولا يكون اليمين الذي حلفه الدائن حجة عليهم في أي حال من الأحوال ، والأمر كذلك بالنسبة لمن يحل محل المدين من غير الورثة ، أي أنه يجوز لورثة المدين إثبات خلاف ما حلف عليه الدائن في حالة رد اليمين [٤] .

* * *

---

(١) التعليق على قانون الإثبات ، الدناصوري وعكاز : ص ٢٠٤ .

(٢) التعليق على قانون الإثبات : ص ١٨٧ ، أصول الإثبات ، مرقس : ص ٣٥ .

(٣) موجز أصول الإثبات ، مرقس : ص ١١٩ ، ٢٧ ، أصول الإثبات ، مرقس : ص ٣٥ .

(٤) المقارنات والمقابلات : ص ٢٠٩ .

المبحث الثالث
في
حقيقة قوة الإثبات

إذا أردنا أن نعرف أثر الإثبات والنتائج التي تترتب على وسائله فيجب أن نعرف حقيقة هذه الوسائل، وما هي القوة المرجحة فيها، وما هو الأساس في اعتبارها حجة أمام القضاء، والمبرر في قبولها لإثبات الوقائع والحقوق.

الإثبات للإخبار :

حقيقة الإثبات عامة أنه للإخبار وليس للإنشاء فهو يكشف عن الواقعة التي تعتبر مصدراً للالتزام بين الخصوم، والإثبات لإظهار الواقعة أو الحق، وليس لإنشائهما، وكذلك فإن الإثبات لا يعتبر سبباً منشئاً، ولا سبب مؤكداً، وإنما هو مظهر للحقيقة، والقضاء عامة رغم أنه ملزم فإنه كذلك مظهر للأمر الشرعي، لا مثبت له[1].

والفرق بين الإخبار والإنشاء أن الإنشاء سبب لمدلوله والخبر ليس سببا لمدلوله ، فالعقد سبب للملك ، والوفاة سبب للإرث ، والضرر سبب للتعويض ، كما أن الإنشاء لا يقبل التصديق والتكذيب ، والخبر قابل للتصديق والتكذيب عند السامع[2].

---

(١) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية : ص ٩ ، قال الجرجاني : الخبر لفظ مجرد عن العوامل اللفظية مستند إلى ما تقدمه لفظاً نحو زيد قائم ، أو تقديراً نحو أ قائم زيد ، (التعريفات : ص ٦٦) ، قال بعض الحنفية : الإقرار إخبار من وجه إنشاء من وجه ، وإنما اعتبروا الإقرار إنشاء من وجه لوجود بعض الحالات التي لا يمكن أن ينطبق عليها الإخبار ، كالإقرار بملك الغير إلى الغير فإذا ملكه صح الإقرار ، وعدم إلحاق الزوائد بالمقربة ، ولو كان إخباراً لما صح في الأول ، وكانت الزوائد ملحقة به في الثاني . (انظر : حاشية ابن عابدين : ج ٥ ص ٥٨٨ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٤٩) ، وقال ابن نجيم : الإقرار إخبار لا إنشاء فلا يطيب له لو كان كاذباً إلا في مسائل فإنشاء ، فإنه يرتد بالرد ، ولا يظهر في حق الزوائد المستهلكة، (الأشباه والنظائر: ص ١٣٧ ط ١٢٩٧ ، كتاب الإقرار، وقال قاضي زاده: الإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيما مضى، لا إنشاء الحق ابتداء، (تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢٨٢).

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي: ٤ ص ٦١.

وتختلف حقيقة قوة الإثبات من وسيلة إلى أخرى .

فالإقرار : عبارة عن إخبار متردد بين الصدق والكذب ومحتمل لهما ، ورغم ذلك فقد اتفق الجميع على اعتباره حجة قوية ، ومن أقوى الحجج ، وذلك بترجيح جانب الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق والمانع من الكذب ، لأن عقل المقر ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ، والنفس ربما تحمله على الكذب ولكن في حق غيره لا في حق نفسه ، فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق ، زواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه ، فوجب قبوله والعمل به ، ولأن الإقرار إلزام ذاتي من الشخص على نفسه فيما يقبل منه التصرف فيه ، وأن الشخص لما ملك الإنشاء ملك الإقرار [1] ، ولذا كان الإقرار حجة بذاته بخلاف وسائل الإثبات الأخرى ومعها النكول فإنها لا تعتبر حجة إلا باتصال القضاء بها [2] ، وإن احتمال الكذب في الإقرار أقل بكثير من احتمال كذب الشهود ، فكان الإقرار أقوى حجة من الشهادة ، ويكون الثابت بالاقرار أقوى من الثابت بالبينة [3] ، وأن البينة لا تقام على المقر إلا إذا كان لها فائدة ، كإقرار أحد الورثة بالدين فيجوز إقامة البينة حتى يثبت الدين في حق جميع الورثة .

واختلف الفقهاء عند اجتماع البينة والإقرار بأيهما يقضي القاضي ، قال الشافعية يحكم بالإقرار لا بالشهادة لأنه أقوى ، وقال الماوردي الشافعي : في المسألة قولان ، والأصح عندي اعتبار أسبقهما [4] .

والشهادة إخبار أيضاً ، والإخبار يحتمل الصدق والكذب ، وإنما رجح فيها جانب الصدق واتخذت حجة في الإثبات لورود النصوص فيها ، ولحاجة الناس اليها ، ولأنها خبر على غيره لغيره فلا مصلحة للشاهد في الكذب ، ولا فائدة له منها ، وخاصة إذا توفرت بعض الشروط التي تحقق طمأنينة القلب ورجحان الصدق في الشاهد كالعدالة والعدد .

والإقرار في حقيقته ليس طريقاً من طرق الإثبات حقيقة ، وإنما هو وسيلة للإثبات تجوزاً أو بحسب الظاهر ، وكذلك اليمين ، فهو احتكام واستسلام إلى ذمة الشخص وضميره عند فقدان وسائل الإثبات ، وطلب لإشهاد الله تعالى على قول الحالف وعمله ، فإن حلف انقطعت الخصومة حتى تقام البينة ، ولا يسقط الحق ، فإذا أحضر المدعي البينة رفع الدعوى ثانية وطلب

---

(١) الطرق الحكمية : ص ١٩٤ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٧٤ ، المقارنات التشريعية : ٤ ص ٢٨ ، تكملة فتح القدير : ٦ ص ١٥١ .

(٣) مختصر المزنى : ٥ ص ٢٤٦ .

(٤) مغنى المحتاج ، الخطيب الشربيني : ٤ ص ١٥٠ ، ٤٠٣ .

بحقه عند الجمهور[1]، وقال بعض السلف والمالكية وبعض الفقهاء اليمين تقطع النزاع والخصومة نهائياً، ولا يجوز إقامة البينة بعدها، فينقطع النزاع في الحال والاستقبال، ولأن الإثبات بالبينة، بعد العجز عنها نادر، وليأمن المدعى عليه شغب المدعي[2]، فاليمين تبطل الدعوى بالاتفاق، ولكن الاختلاف هل يثبت بها حق المدعى عليه إذا حلف ويسقط حق المدعي منه، وهل يثبت بها حق المدعي إذا حلف[3].

والنكول عن اليمين كوسيلة للإثبات عند الحنفية يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة كما يحتمل التورع عن اليمين الصادقة ويحتمل اشتباه الحال ، ولكن لما كانت اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى ، وفيها صيانة مال الحالف وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه ، والعاقل يميل إلى هذا طبعا ، وأن اليمين الكاذبة فيها هلاك النفس ، فإذا أعرض عن اليمين مخافة الهلاك ومخالفا هواه وشح نفسه ومؤثرا الرجوع إلى الحق عن التمادي في الباطل جعل نكوله وسيلة للإثبات .

أمّا الكتابة فهي إما إقرار وإما شهادة فإن المدين يملي الدين على الكاتب لقوله تعالى ﴿ وَلْيُمْلِلِ الذي عَلَيْهِ الحَقُّ﴾ ويكون إملاله الحق إقرارا منه ، والكاتب يسجل عليه إقراره ويشهد عليه ، فتصبح الكتابة حجة في الإثبات ودليلا للقضاء ، وقد تكون الكتابة إخبارا ونقلا وتصويرا للواقعة التي حدثت بين المتخاصمين، وتسجيلا لمصدر الحق وسببه ، فتكون كالشهادة عليه .

أما المعاينة فهي اطلاع مباشر من القاضي أو نائبه على محل الإثبات المختلف فيه وكذلك الخبرة فهي رجوع إلى أهل الخبرة من كل شيء .

ترتيب وسائل الإثبات من حيث قوتها فيه :

لا شك أن الأدلة المفيدة للعلم واليقين كعلم القاضي والتواتر أقوى من غيرها من الأدلة الظنية[4]، وهي على الترتيب الآتي: فأقوى الأدلة الإقرار، لأنه حجة كاملة بذاته، ثم

---

(١) تحفة الفقهاء : ٣ ص ٢٥٠ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٨٥ ، ٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٥٥٠ ، الهداية وشروحها : ٦ ص ١٦١ ، حاشية الدسوقي : ٤ ص ٢٣٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣٠٧ ، شرح الخرشي : ٧ ص ١٥٦ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٧٢ ، الأصول القضائية : ص ٢٧٣ .

(٢) تبصرة الحكام : ١ ص ٢٨٣ ، وهذا ما رجحه الاستاذ مدكور ، المدخل للفقه الإسلامي : ص ٣٤٣

(٣) بداية المجتهد: ٢/ص ٥٠٥.

(٤) قال ابن حزم : وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة (انظر : المحلى : ٩ ص ٤٢٦) .

الشهادة فتقدم على اليمين ، لأن البينة حجة خارجة عن المحتج بها فانتفت التهمة عنها ،

والنكول عند الحنفية والحنابلة إما بذل أو إقرار ، وهو لا يعدو أن يكون القضاء به قضاء بالقرائن ، ولا تزيد قوته عن قوة اليمين ، إن لم يكن أضعف منها ، فيجوز للمدعي أن يثبت دعواه بالبينة بعده ، ويجوز للمدعى عليه أن يقيم البينة على بطلان النكول بدفع من الدفوع[٢] .

وقال الشافعية في اليمين المردودة مع النكول فيها قولان : الأول تقوم مقام الإقرار ، والثاني تقوم مقام البينة [٣] .

والكتابة أقوى من الشهادة لأنها شهادة وزيادة توثيق وضبط ولذلك أمر الله تعالى بها في التوثيق فقال تعالى ﴿يا أَيُّها الذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدايَنْتُمْ بدَينٍ إلى أَجَلٍ مُسَمىً فاكْتُبُوه﴾ولكن الفقهاء جعلوا الكتاب أضعف من الشهادة وأقل قيمة منها .

والفائدة من معرفة حقيقية الإثبات وقوة كل وسيلة وترتيبها أن ندرك الأثر المرتب عليه في جميع النواحي التي سبق شرحها ، وأن نرجح إحدى الوسائل على الأخرى عند التعارض وذلك بقوة الحجة ، كتقديم الإقرار على الشهادة ، وتقديم الشهادة على اليمين ، وفي باب الشهادات نقدم الشاهدين على الشاهد واليمين وعلى الشاهد والمرأتين إذا استووا في العدالة كما قال أشهب ، وقال ابن القاسم لا يقدمان ثم رجع إلى قول أشهب ، قال المزني : وقطع بأن سماعه الإقرار منه أثبت من الشهادة ، وهكذا قال في كتاب الرسالة : أقضى عليه بعلمي وهو أقوى من شاهدين أو بشاهدين وبشاهد وامرأتين وهو أقوى من شاهد ويمين [٤] .

وقال الماوردي : مدعي المال إذا قدر على إثبات حقه بالخيار بين ثلاثة أشياء :

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٤٣ ب ، المهذب : ٢ ص ٣٠٣ ، قال الخطيب الشربيني : وانما كانت البينة قوية واليمين ضعيفة لأن الحالف متهم في يمينه بالكذب ، لأنه يدفع بها عن نفسه بخلاف الشاهد ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٦١ .

(٢) الأصول القضائية : ص ٢٤٦ .

(٣) الحاوي : ١٢ ق ١٤٤ أ .

(٤) مختصر المزني : ٥ ص ٣٤٦ .

أحدها : أن يثبته بشاهدين وهو أقواها فيحكم بهما بلا يمين.

الثاني : أن يثبت بشاهد وامرأتين فيحكم له بالمال ، وإن قدر على الشاهدين ، وقال مالك لا يجوز . . . إلا مع عدم الشاهدين لقوله تعالى : ﴿واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فإنْ لمْ يَكُونا رَجُلَيْن فرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ﴾ ودليلنا أن الله تعالى خاطب بهذه الآية المستشهدين في توفقهم عن الشهادة دون الحكام ، وقد وافق مالك على جواز الاستيثاق بالشهادة بشاهد وامرأتين مع القدرة على الشاهدين، لأن مقصود التوثق بالشهادة إثبات الحقوق عند الحكام.

الثالث : أن يثبته بشاهد ويمين ، فإن كان مع عدم البينة الكاملة جاز وثبت به الحق ، وإن كان مع القدرة عليها ففيه وجهان : أحدهما : يجوز مع وجود ما هو أجمل منها كالشاهد والمرأتين مع الشاهدين ، والثاني : لا يجوز مع وجودها ؛ لأن نقصها عن الكمال يبعث على الحكم بها في الاضطرار دون الاختيار، ولو عدل عن إثبات حقه بالبينة بأحد الوجوه الثلاثة مع القدرة عليها إلى إحلاف المدعى عليه عند إنكاره لم يمنع لأن البينة حق له وليست بحق عليه [1] .

حقيقة وسائل الإثبات في القانون وترتيبها :

لا مجال في القانون للوسائل التي تفيد العلم اليقيني ، أما بقية الوسائل فإنها تتفاوت فيما بينها بما يقرب من الترتيب في الشريعة فالإقرار سيد الأدلة ، ثم تأتي الكتابة والقرائن القانونية القاطعة ، ثم الشهادة والقرائن والمعاينة .

والإقرار في القانون عمل من أعمال التصرف الانفرادي، والشخص إذا كان كامل الأهلية يستطيع أن يمارس حريته في التصرف ، ويجعل المقر الواقعة معترفاً بها في إقراره ، ويثبت الحق بالإقرار وليس بحكم القاضي ، وإنما يأمر القاضي المقر بأداء ما لزمه بإقراره ، ولهذا السبب كان اعتبار الإقرار من وسائل الإثبات تجوزاً لانهائه الخصومة ، وإن كان الإقرار لنفسه على غيره فلا يعتبر ولا يقبل ، لأن الإنسان لا يعتبر قوله حجة على آخر [2] .

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ١٢٦ أ ، ١٢٦ ب .
(٢) موجز أصول الإثبات ، مرقس : ص ٢٧ .

والبينة هي أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والآمانة ينقلون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع وهي لذلك تعتبر دليلا مباشرا كمعاينة القاضي والخبراء ، ولكنها دونهما مرتبة ، وبسبب كثرة احتمال الكذب والتلفيق وشهادة الزور أنزل المشرع منزلتهما وفضل الكتابة عليها [١] .

واليمين ليست طريقاً للقضاء إلا تجوزاً، لأن المدعي يلجأ إليها عند عجزه عن البينة، فإن حلفها يحكم القاضي برفض الدعوى للعجز عن الإثبات، مع الاحتكام إلى ذمة خصمه، فاليمين طريق للقضاء بحسب الظاهر كالاقرار، وهما طريقان احتياطيان في الإثبات.

أما الكتابة فهي دليل يمكن إعداده مقدما عند حدوث الواقعة فهو تسجيل لها وتثبيت للحق وتوثيق له ، فتكون الكتابة قريبة من الأصل ومصورة للحقيقة ، فإذا سجلت الكتابة في السجلات الرسمية فإنها تزداد قوة وتقطع طريق التزوير أو الشك أو الشبهة فيها [٢] .

وقرائن الحال هي أمور ثابتة يستدل منها القاضي بطريق الاستنباط على حقيقة أمر غير ثابت به، أو هي استنباط أمر غير ثابت من ثبوت أمور أخرى متصلة بها ، فهي طريق غير مباشر ، والدافع لها التأمل والتفكر والعقل والعرف [٣] .

والمعاينة اطلاع مباشرة على محل النزاع ، وهي آمن طريق للوصول إلى الحقيقة غير أنها لا تتيسر إلا نادرا لفوات محل النزاع ومضيه فيما سبق [٤] .

* * *

---

(١) موجز أصول الإثبات : ص ٢٩ .
(٢) موجز أصول الإثبات : ص ٣٠ ، أصول المحاكمات ، أنطاكي : ص ٥٤٦ .
(٣) موجز أصول الإثبات : ص ٣٠ .
(٤) موجز أصول الإثبات : ص ٢٨ .

الفصل الرابع
في
أثر الشبهة في الإثبات

اشترط الفقهاء شروطا عامة للاثبات ، كما اشترطوا شروطا خاصة لكل وسيلة من الوسائل ، فإذا تحققت الشروط وانتفت الموانع صح الإثبات ولزم الحاكم القضاء به .

ويجب في الإثبات الصحيح المفيد في الدعوى أن يبقى صحيحا عند قيامه وأدائه وأثناء الحكم به وبعد الحكم به أيضاً ، فإذا اعتراه شبهة من الشبه أثرت فيه تأثيرا متفاوتا بتفاوت نوع الشبهة وقوتها ، وقد يمتد هذا التأثير إلى الحكم فيتمنع القضاء به أو يفسخ الحكم أو يمنع تنفيذه ، فما هي الشبه التي تطرأ على الإثبات ، ما هو أثرها على الحكم به ؟ .

وقبل الدخول في الموضوع نبين تعريف الشبهة ، ونحدد النقاط التي يشملها هذا الفصل .

تعريف الشبهة في اللغة : الشبهةُ هي اللبس ، والاشتباه الالتباس وهو عدم التمييز [١] . وعرفها التهانوي بقوله : الشبهة اسم من الاشتباه وهي ما بين الحلال والحرام والخطأ والصواب ، وقال : هي ما يشبه الثابت وليس بثابت ، أو ما يشتبهه الدليل [٢] ، وعرفها الجرجاني فقال : الشبهة هي ما لم يتبين كونه حلالاً أو حراماً [٣] .

فالشبهة هي الشيء الغامض الذي يصاحب أمراً فيمنع تمييزه عن غيره ، والشبهة التي ندرسها في هذا الفصل وتؤثر في الإثبات هي التي تطرأ عليه بعد استكمال الشروط العامة

---

(١) شَبّهت الشيء بالشيء أقمته مقامه بصفة جامعة بينهما ، واشتبهت الأمور وتشابهت التبست فلم تتميز ولم تظهر ، والشبهة في العقيدة المأخذ سميت شبهة لأنها تشبه الحق .

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون : ٢. ص ٧٩٠ ، وانظر : المصباح المنير : ١ ص ٤١٢ .

(٣) التعريفات : ص ٨٥ .

والخاصة ، فعندما تتوفر الشروط وتنتفي الموانع ويقدم الإثبات إلى القاضي ليصدر الحكم بموجبه قد يعترض ذلك شبهة في الإثبات تؤثر فيه وتوقف الحكم به [1] ، وهذه الشبهة إما أن تصدر من مقدم الإثبات وإما أن تصدر من الخصم المقدم ضده الإثبات ، وإما أن تكون في الإثبات ذاته ، ولذلك نقسم الفصل إلى ثلاثة مباحث .

المبحث الأول

في

الشبهة الصادرة من مُقدِّم الإثبات

يقع عبء الإثبات على المدعي غالباً ، وقد يقع على المدعى عليه أحياناً ، ولذلك يتناول هذا المبحث الشبه التي تقع من المدعي والشبه التي تقع من المدعى عليه عندما يتقدم بالإثبات ، ولذلك نقسمه إلى مطلبين :

المطلب الأول

في

الشبه التي تقع من المدعي

إذا أقام المدعي الإثبات على دعواه ، ثم صدر منه ما يخالف دعواه أو يناقض إثباته ، فيعتبر ذلك شبهة في الإثبات ، وهذه تشمل حالتين :

---

(١) ولذلك فلا يدخل في هذا الفصل التهمة في الشهادة ، ولا شرائط الإثبات العامة ، ولا شرائط الإثبات الخاصة لكل وسيلة من الوسائل ، والضابط في ذلك : أن وسيلة الإثبات سليمة وصحيحة للقضاء بها لولاطروء الشبهة عليها ، والشبهة تؤثر في الإثبات قوة وضعفاً ، وقد تؤدي إلى ابطاله والقضاء عليه ، قال الشيخ محمد سليم البشتاوي في (جواهر الروايات : ص ١٨) : يفرق بين المردود لتهمة وبين المردود لشبهة فالثاني يقبل عند زوالها بخلاف الأول فإنه لا يقبل مطلقاً ، وانظر : الفروق : ٤ ص ٧٠ ، القواعد في الاحكام ، العز بن عبد السلام : ٢ ص ٣٦ .

الحالة الأولى : تكذيب المدعي نفسه :

إذا رفع المدعي الدعوى إلى القاضي وقدّم بينته ثم صدر منه ما يكذب دعواه ، أو صدر منه ما يناقض الدعوى [1] ، بأن يقر بأن المدعى به لغيره . . فهذه الحالة تكوّن شبهة في البينة المقدمة منه ، وتمنع الحكم بها ، لأن البينة أصبحت تخالف الدعوى الجديدة ، لأن من شروط الإثبات موافقته للدعوى ، ولأن البينة لإثبات الحق أو الواقعة ، والمدعي ينكر الدعوى ويكذبها ، فلا فائدة من الإثبات ولا موجب لإصدار الحكم .

ومن صور التناقض والتكذيب أن ينكر المدعى عليه سبب الحق فيثبته المدعي ، فيدعى المدعى عليه الأداء أو الإبراء فلا تسمع بينته ، لأن إنكاره السابق يكذب ويناقض دعواه وبينته فلا تسمع [2]، والتناقض بين الدعويين على وجه لا يمكن التوفيق بينهما يبطل الدعوى لأنها أمارة الكذب لاستحالة الجمع بين المتناقضين ، قال ابن قاضي سماونة : والتناقض يمنع الحكم بالإثبات إذا تضمن إبطال حق على أحد [3]، ويستثنى من حكم التناقض أمور لا يؤثر فيها التناقض وهي النسب والطلاق والوارث [4].

الحالة الثانية : تكذيب المدعي للإثبات :

اتفق الفقهاء على أن المدعي إذا كذب شهوده صراحة ، وطعن بهم بالكذب ، أو كذبهم في بعض ما شهدوا به بطلت شهادتهم ، ولم تقبل ، لأن الشهادة لتأييد ادعاء المدعي ، فإذا كذبهم فقد حصل التناقض ، مثاله إذا ادعى ملكية دار بالإرث من والده ، وشهد الشهود بملكيته لها بالشراء أو الهبة أو غير ذلك [5] .

---

(١) التناقض في اللغة التدافع والإبطال يقال نقضت ما أبرمته إذا أبطلته ، وانتقضت الطهارة بطلت ، وتناقض الكلامان تدافعا ، وفي الاصطلاح أن يصدر من الشخص كلام يناقض أحدهما الآخر ، وعرفته المجلة في (المادة ١٦١٥) بقولها : التناقض : هو سبق كلام من المدعي، مناقض لدعواه ، (انظر : المصباح المنير : ٢ ص ٨٥٤ ، التعريفات للجرجاني : ص ٤٧ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٢ ص ١٤١٣) .

(٢) كشاف القناع : ٤ ص ٢٠١ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢١٠ ، القول المرتضى : ق ٣٢ أ ، شرح المجموع : ٢ ص ٣٢٠ ، القوانين الفقهية : ص ٣٠٣ ، البحر الزخار : ٤ ص ٣٩٢ ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٨١ .

(٣) جامع الفصولين : ١ ص ٩٢ ، وانظر : الضوء اللامع ، الحمزاوي : ص ١٩ .

(٤) الرسائل الزينية ، الرسالة ٣٨ فيما يبطل دعوى المدعي من قول أو فعل : ق ٨١ أ ، جواهر الروايات : ص ٣٢ ، ٣٨ ، الأشباه والنظائر : ابن نجيم : ص ٨٨ .

(٥) تبصرة الحكام : ١ ص ٢٥٢ ، المبسوط : ١٦ ص ١٧٢ ، الضوء اللامع ، الحمزاوي : ص ٧ ، المغنى : ٩ ص ٢٦٩ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٠٠ ، الوجيز : ٢ ص ١٢٠ ، وقال الغزالي : بطلت الشهادة ، وفي بطلان الدعوى وجهان .

ثم اختلفوا فيما إذا كذب المدعي شهوده ضمناً كأن يقول ليس لي شهود على الحق ثم يحضر الشهود على ذلك ، أو يقول ليس لي شهود سوى فلان وفلان ، ثم يحضر غيرهما ، أو يقول كل بينة لي فهي زور، ثم أحضر بينة، اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول : لا تقبل البينة التي يقيمها ، ولا يقبل منه غير الشهود المعينين ، ذهب إلى ذلك الحنابلة والإمام محمد من الحنفية والشافعية في وجه [1] ، لأنه أقر بعدم البينة على خصمه ، فلا يقبل رجوعه عنه بعد ذلك ، لأن قوله السابق تكذيب ضمني لبينته ، والمدعي إذا كذب بينته فلا تقبل باتفاق .

القول الثاني : تقبل بينته ، ذهب إلى ذلك الشافعية في الصحيح والحنفية والمالكية والزيدية ، وقال الحنابلة إذا نفى علمه بالشهادة ثم أقامها تقبل ، وقال الشافعية في وجه ثالث إنها لا تسمع منه إن استوثق بنفسه وإلا فتسمع [2] .

ويؤيد قبول البينة عدم التنافي بينهما لاحتمال نسيانه ثم تذكره ، وقد قال تعالى « أَنْ تَضِلَ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُما الأُخْرَى » فأجاز شهادتها ، وقد نفتها ناسية .

ومن صور تكذيب المدعي للإثبات أن يكذب المقر له المقر في إقراره فيبطل الإقرار ، وفي المال وجهان ، الأول يحفظه الإمام كالمال الضائع ، والثاني يبقى في يد المقر له [3] .

والتكذيب الذي يؤثر في الإثبات هو ما يقع قبل القضاء ، فإن كذبهم بعد إصدار الحكم فلا يؤثر إلا إذا كان تكذيباً قاطعاً لا يحتمل غيره فإنه يبطل به [4] .

---

(١) لسان الحكام : ص ١٦ ، معين الحكام : ٩٣ ، المغنى : ٩ ص ٢٦٩ ، كشاف القناع : ٤ ص ٢٠٠ ، المهذب : ٢ ص ٣٠٣ ، الأشباه والنظائر ، ابن السبكي : ق ٩٠أ، الإفصاح : ٤٣٩ ، المحرر في الفقه : ٢ ص ٢٠٩ ، البدائع : ص ٦ ص ٢٢٤ ، الحاوي : ١٢ ق ٩٨ ب ، وقارن الأصول القضائية : ص ١٧٩ .

(٢) موجبات الأحكام : ص ٤٢ ، المهذب : ٢ ص ٣٠٣ ، الأشباه والنظائر ، ابن السبكي : ق ٩٠ أ ، تبصرة الحكام : ١ ص ٢٥٢ ، بدائع الصنائع : ٦ ص ٢٢٤ ، البحر الزخار : ٥ ص ٥٣ ، التاج المذهب : ٤ ص ١١٢ .

(٣) المهذب : ٢ ص ٣٤٧ .

(٤) الأصول القضائية : ص ١٧٩

المطلب الثاني
في
الشبه التي تقع من المدعى عليه

الإقرار واليمين وسيلتان للإثبات ، وتصدران من المدعى عليه ، ويحكم القاضي بموجبهما ، وقد تطرأ عليهما بعض الشبه التي تؤثر فيهما ، وتبطل حكمهما ، كأن يرجع المقر عن إقراره ، أو يكذب نفسه ، أو يستدرك في إقراره ، أو يستثنى منه ، أو يقر بما يناقض إقراره الأول ، وقد يحلف كاذباً ، ويشمل هذا المطلب فرعين :

الأول : الشبهة في الإقرار وهي الرجوع عن الإقرار بمختلف صوره .
الثاني : الشبهة في اليمين .

الفرع الأول
في
شبهة الرجوع عن الإقرار

الرجوع في اللغة : هو نقيض الذهاب ، والرجوع في الكلام رده [1] ، والمراد به أن يصدر من المقر قول أو فعل يناقض إقراره السابق ، ويحصل الرجوع بقوله : كذبت أو رجعت أو ما زنيت مثلاً [2] ، كما يحصل بالهرب من الرجم ، وبتسليم المقر به الى آخر . . . . وهكذا .

---

(١) المصباح المنير : ١ ص ٢٩٩ .
(٢) تبيين الحقائق ، الزيلعي : ٤ ص ٢٤٣ ، شرح التحرير ، زكريا الانصاري ، على هامش حاشية الشرقاوي : ٢ ص ١٤٠ .

وقد اتفق الفقهاء على أن الرجوع عن الإقرار شبهة مؤثرة في الحدود [1] ، كرجوع المقر بالزنا وشرب الخمر ، لما ورد في الصحيح من تعريض الرسول ﷺ لما عز بالرجوع عن الإقرار بالزنا ، ولغيره بالسرقة [2] ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ولأن حق الله تعالى مبني على المسامحة ، فالرجوع عن الإقرار فيها يبطل الإقرار .

أما الرجوع عن الإقرار في حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فإنه شبهة لا يؤثر فيها ، فلا يقبل الرجوع عنها لتعلق حق المقر له بالمقر به ، ولأنه لا يجوز إلغاء كلام المكلف بلا مقتض ، ولأن حقوق العباد مبنية على المشاحة للحوق الضرر بهم ، ولأنه حق ثبت لغيره فلا يملك إسقاطه بغير رضاه ، وسواء كانت حقوق الآدميين مالية أو غير مالية كالنسب والنكاح والطلاق فلا يقبل الرجوع عنها ، ولأن الرجوع عنها يحدث شبهة في ثبوتها وهذه الحقوق قد تثبت مع الشبهة [3] .

واستثنى الإمام القرافي بعض الحالات التي يجوز الرجوع فيها ، وضابطها ما يكون للمقر عذر عادي في رجوعه عنه ، كما إذا أقر الوارث للورثة بجميع التركة بينهم ثم أخبره الشهود أن هذه الدار أقر بها والده له [4] ، وكما إذا قال : له علي ألف إن حلف ، فحلف المقر له فنكل المقر ، وقال ما ظننت أنه يحلف ، فلا يلزمه شيء ، لأن هذا الاشتراط يقتضي عدم اعتقاد لزوم ما أقر به ، وقال ابن عبد الحكم : إن هذا ليس بإقرار .

والرجوع عن الإقرار يتحقق بصور كثيرة وأساليب مختلفة ، نذكر أهمها ونبين حكمها

---

(١) بدائع الصنائع : ٧ ص ٢٣٢ ، المغنى : ٥ ص ١٥١ ، كشاف القناع : ٤ ص ٣١٩ ، المحلى : ٨ ص ٢٥٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٦ ، شرح التحرير : ٢ ص ١٤٠ ، حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم : ٢ ص ٣-٤ ، الإقناع : ٣ ص ١١١ ، البحر الزخار : ٥ ص ٦ ، وخالف أبو ثور جميع العلماء وقال لا يقبل الرجوع في الحد لأنه حق ثبت بالإقرار فلا يسقط بالرجوع كالقصاص وحد القذف . (انظر : المهذب : ٢ ص ٢٤٦) .

(٢) انظر صفحة ١٢٦ في تلقين المقر بالحدود في الرجوع عنها ، وروى أبو داود النسائي وابن ماجه عن أبي أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتي بلص قد اعترف اعترافاً ولم يوجد معه متاع ، فقال رسول الله ﷺ ما أخالك سرقت ، قال : بلى ، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع ، (انظر : سنن أبي داود : ٢ ص ٤٤٧ ، سنن النسائي : ٨ ص ٦٠ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٨٦٦ ، المهذب ، الشيرازي : ٢ ص ٢٤٦) .

(٣) المغنى : ٥ ص ١٥١ ، كشاف القناع : ٤ ص ٣١٩ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٦ ، شرح التحرير مع حاشية الشرقاوي : ٢ ص ١٤٠ ، حاشية الباجوري : ٢ ص ٣ ، البحر الزخار : ٥ ص ٦ ، ١٥ التاج المذهب : ٤ ص ٦٣ ، أحكام القرآن ، ابن العربي : ٤ ص ١٨٨ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ٢٣٢ ، المحلى : ٨ ص ٢٥٢ ، المهذب : ٢ ص ٣٤٦ ، مرآة المجلة : ٢ ص ٣٤٣ ، ونصت المادة ١٥٨٨ من المجلة : لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد ، وهو إذا أقر لآخر بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن إقراره فلا يعتبر رجوعه ، ويلزم بإقراره .

(٤) الفروق : ٤ ص ٣٨ ، وانظر : تهذيب الفروق : ٤ ص ٧٧ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٦ .

واختلاف الفقهاء فيها ، لاختلافهم في اعتبارها رجوعاً أم لا ؟ وهي الاستثناء في الإقرار ، والاستدراك به ، وتعقيب الإقرار بما يرفعه أو ينقصه .

الاستثناء في الإقرار : (١)

يصح الاستثناء في الإقرار باتفاق الفقهاء ، لوروده في القرآن الكريم والحديث الشريف وأساليب العرب ، وذلك. إذا كان متصلاً ، غير مستغرق ، ومن جنس المستثنى منه ، وكان المستثنى أقل من نصف المستثنى منه ، واختلف الفقهاء في اشتراط الاتصال والاستغراق والجنس والعين والأقل ، وغير ذلك من الشروط ، وهذا لا يدخل في بحثنا ، وكل من اشترط شرطاً من هذه الشروط اعتبر خلافه رجوعاً عن الإقرار ، فإذا انفصل الاستثناء عن الإقرار فلا يصح ويعتبر الاستثناء رجوعاً عن الإقرار وهو غير جائز عند جماهير العلماء (٢) ، خلافاً لابن عباس رضي الله عنه ، كما اعتبر الفقهاء أن الاستغراق في الاستثناء رجوع عن الإقرار فلا يصح ، ويلزم المقر جميع المال لعدم صحة الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد ، وقال الإمام أحمد إذا استثنى الأكثر فلا يصح ويعتبر رجوعاً ويؤخذ بالكل ، وقال الجمهور يجوز استثناء الأكثر، وإذا استثنى من غير جنسه فقال المالكية والشافعية والظاهرية يجوز ، وقال الحنابلة لا يجوز ويعتبر رجوعاً عن الإقرار فلا يصح في حقوق العباد وقال الحنفية يجوز الاستثناء من غير الجنس إذا كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً لأنه يثبت في الذمة ، ولا يجوز في غير ذلك ويعتبر رجوعاً فلا يصح (٣) .

---

(١) الاستثناء من الثني وهو الرجوع والطي ، قال في (المصباح المنير) : الاستثناء صرف العامل عن تناول المستثنى ويعرف في اللغة : هو إخراج ما لولاه لدخل فيما قبله بإلا أو نحوها ، وهو من النفي إثبات ومن الإثبات نفي ، واصطلاحاً إخراج لما بعد إلا وأخواتها من حكم ما قبلها في الايجاب ، وإدخاله في النفي ، (انظر : مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٥٨ ، المصباح المنير : ١ ص ١١٨) .

(٢) انظر تفصيل ذلك في المراجع الآتية : الحاوي : ٧ ق ١٧٨ أ ، مغنى المحتاج : ٢ ص ٢٥٨ ، الاقناع : ٣ ص ١١٦ ، الوجيز : ١ ص ١٢١ ، شرح المحلي : ٣ ص ١٤ ، المهذب : ٢ ص ٢٥٠ ، مختصر المزني : ٣ ص ١٥ ، رحمة الأمة : ١ ص ٢٢٧ ، فيض الاله المالك : ٢ ص ١٠٢ ، مجمع الانهر : ٢ ص ٢٩٧ ، الهداية وتكملة فتح القدير : ٦ ص ٣١٢ ، تحفة الفقهاء : ٣ ص ٢٧٨ ، بدائع الصنائع : ٧ ص ٧١١ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٢ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٤٠٢ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٦ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، الصاوي : ٢ ص ١٨٠ ، شرح الخرشي : ٦ ص ٩٩ ، الإفصاح : ص ٢١١ ، شرائع الإسلام : ٢ ص ١١١ ، المختصر النافع ٢٤٤ ، كشاف القناع : ٤ ص ٣٠٩ ، مراتب الإجماع : ص ٥٦ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٢٧٠ ، الروضة البهية : ٢ ص ٢٢١ ، النبذ في أصول الفقه الظاهري : ص ٣٦ ، المحلى ، ابن حزم : ٨ ص ٢٥٦ .

(٣) المراجع السابقة .

فهذه الحالات التي لا يقبل فيها الاستثناء اعتبرها الفقهاء رجوعاً عن الإقرار ، وهو شبهة في الإثبات لا تؤثر في حقوق العباد ، أما الحالات التي يقبل فيها الاستثناء فليست رجوعاً ولا شبهة في الإثبات أصلاً .

الاستدراك في الإقرار :

هو أن يقر بشيء ثم يعقبه ويتبعه بما يغير بعضه أو كله ، ويقع الاستدراك إما في المقر به أو في المقر له ، مثاله أن يقول : لفلان علي مائة دينار بل مائتان ، وهذه الدار لفلان بل لفلان .

فإذا كان المقر به عيناً وذكر سببه كالوديعة ثبت المقر به للأول ، ويجب مثله للثاني ، لأن الاستدراك رجوع ، فقد رجع عن إقراره للأول ، وأثبته للثاني ، ولا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد فكان إقراره إقرارين عند الحنفية ، والحنابلة والأقيس عند الشافعية ، والإمامية [1] والقول الثاني عند الشافعية لا يغرم للثاني لمصادقة الإقرار بها له ملك الغير ، ولأن العين قائمة فلا يستحق قيمتها [2] .

وكذلك الحكم إذا لم يذكر سبب الضمان ودفعها للأول بنفسه لأنه أتلفها على الثاني فيضمن ، أما إذا لم يذكر سبب الضمان ودفعها إلى الأول بحكم القاضي فلا يضمن للثاني شيئاً ؛ لأنه مجبور بالدفع إلى الأول ، ولم يَتحقق الإتلاف [3] .

وإن كان المقر به ديناً في الذمة فيجب عليه لكل واحد منهما سواء ذكر سبباً للضمان أو لم يذكر لأنهما إقراران ، ولا يقبل الرجوع عن الأول ، والإقرار به للأول لا يمنع من الإقرار به للثاني ، لأنهما دينان في الذمة [4] .

أما إذا كان الاستدراك في المقر به فإن كان المقر به مرتين من جنس واحد وجب الأفضل منهما مطلقاً قدراً وصفة ، لأنه مما يجري فيه الغلط ، مثل له علي خمسة بل عشرة، أوله علي ثوب جديد بل خلق ، أوله علي عشرة دراهم جيدة بل رديئة .

---

(١) بدائع الصنائع : ٧ ص ٢١٣ ، الوجيز : ١ ص ١٢١ ، المهذب : ٢ ص ٣٥١ ، شرح المحلى : ٣ ص ١٣ ، مختصر المزنى : ٣ ص ١٨ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٤ ، المغني : ٥ ص ١٥١ ، كشاف القناع : ٤ ص ٣٢ .

(٢) شرح المحلي : ٣ ص ١٣ ، المهذب : ٢ ص ٣٥١ ، المغني : ٥ ص ١٢٠ ط. القاهرة .

(٣) بدائع الصنائع : ٧ ص ٢١٣ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٤ ، الروضة البهية : ٢ ص ٢٢٤ ، المغنى : ٥ ص ١٥١

(٤) بدائع الصنائع : ٧ ص ٢١٣ البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٤ .

وإن كان المقر به من جنسين مختلفين وجبا جميعاً ، لأن الاستدراك لرفع الغلط ، والغلط في مثل هذا نادر ، فألحق بالعدم ، مثل إذا قال : لفلان علي ألف درهم ، لا بل مائة دينار ، لزمته الدراهم والدنانير ، أو له على كر حنطة بل كر شعير ، ولأنه رجوع عن الأول ولا يصح [1] .

وقال الإمامية يلزمه الاثنان سواء كانا من جنسين مختلفين أو من جنس واحد [2] .

تعقيب الإقرار بما يرفعه أو ينقضه:

وقد يقر الشخص ثم يعقب إقرارة بما يرفع الإقرار أو ينقضه، وقد يقيده بقيد من القيود التي تحدد وتحصر الإقرار في جانب دون آخر، وقد اختلف الفقهاء في جواز هذه الحالات وأثرها على الإقرار، ونحن نذكر بعضها.

١ ـ أن يقر بمال ثم يعقبه بقوله: بأنه من ثمن خمر أو خنزير أو ربا، قال الشافعية في الأظهر عندهم والصاحبان من الحنفية، والمالكية في قول بصحة هذا القيد، وعدم لزوم الإقرار، لأن المسلم لا يجوز له التعامل بهذه الأمور، وتعتبر غير متقومة في حقه فلا يضمنها المقر [3].

وقال الشافعية في قول آخر والمالكية والحنابلة والإمام أبو حنيفة والإمامية: لا يجوز هذا القيد، ولا يصدق المقر في ذلك، ويلزمه ما أقر به، لأنه يسقط ما أقر به، واحتج المالكية بأن الكلام بآخره، والآخر لا يستقل بنفسه فيكون جزءاً من الإقرار، والمسلم لا يصح أن يشتري ويبيع الخمر والخنزير، ولأن قوله من ثمن خمر. . من باب رفع الواقع فيعد ندماً ورجوعاً فلا يعتبر [4].

---

(١) بدائع الصنائع : ٧ ص ٢١٢ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٥٤ ، القوانين الفقهية : ص ٣١٦ ، المهذب : ٢ ص ٣٤٩ ، المغنى : ٥ ص ١٥٧ ، الروضة البهية : ٢ ص ٢٢٤ .

(٢) شرائع الإسلام : ٢ ص ١٠٨ ، ١١٤ ، الروضة البهية : ٢ ص ٢٢٤ ، ونلاحظ أن بعض الشبه التي ترد على وسائل الإثبات لا تؤثر عليها ولا تبطلها ولا تلغي اعتبارها كالاستدراك ، وبعضها الآخر يؤثر عليها فيمنع الحكم بها كالتكذيب .

(٣) القوانين الفقهية: ص ٣١٦، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٩، المهذب: ٢ ص ٣٥٠، شرح المحلى: ٣ ص ١٢، الوجيز: ١ ص ١٢١.

(٤) الشرح الصغير للدردير على هامش حاشية بلغة السالك: ٢ ص ١٧٩، تبصرة الحكام: ٢ ص ٤٢، تهذيب الفروق: ٤ ص ٧٨، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٩، الروضة البهية: ٢ ص ٢٢٤، الوجيز: ١ ص ١٢١، شرح المحلى: ٣ص ١٢، المختصر النافع: ص ٢٤٤، المغني: ٥ ص ١٥١، كشاف القناع: ٤ ص ٣٠٩.

٢ ـ إذا اقر شخص وقال لفلان علي ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه، لم يلزمه تسليم الألف؛ لأن الأصل أنه لم يقبض المبيع فلا يلزم تسليم ما في مقابله، وهذا إذا اتصل كلامه ولم يقطع، وهو قول الشافعية والصاحبين من الحنفية والإمامية والظاهرية[١].

ونقل المزني في «مختصره» عن الإمام الشافعي أن الإقرار المركب مع الخيار أو القبض كلام واحد، فقال: إذا أقر بشيء فوصفه ووصله قبل قوله، ولم أجعل قولاً واحد إلا حكماً واحداً[٢].

وقال الإمام أبو حنيفة والمالكية والحنابلة[٣] لا يقبل قوله ويلزمه الإقرار كما لو وصفه من ثمن خمر أو خنزير، لأن آخر كلامه يناقض ما أقر به فلا يقبل، ولأن قوله لم أقبضه رجوع، ولا يصح الرجوع بعد الإقرار.

٣ ـ إذا أقر بألف وقال وديعة ديناً أو عارية أو مؤجلة لزمه الألف في الصحيح عند الشافعية[٤]، وقال الحنفية إن وصف المقر به بأنه وديعة ووصل صح ويكون إقراراً بالوديعة[٥].

٤ ـ الوصف بالجيد والرديء: وإذا أقر بثمن مبيع أو قرض، ثم ادعى الزيوف، لزمه الجياد لأن البيع أو القرض يقع على الجيد، وإن تفسيره رجوع عن الإقرار، فلا يقبل وصل أو فصل عند الإمام أبي حنيفة[٦].

وقال الحنابلة والصاحبان يقبل تفسيره إن وصل، لأنه بيان تغيير فيصدق موصولاً[٧].

وإن قال بالرديء في الغصب والوديعة يصدق عند الحنفية سواء وصل أم فصل لاحتمال غصب الردىء أو إيداعه ولا يكون رجوعاً بل بياناً للنوع فيصدق[٨].

---

(١) المهذب: ٢ ص ٣٥٢، مختصر المزني: ٣ ص ٢٥، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٩٩، شرائع الإسلام: ٢ ص ١١٣، المحلى: ٨ ص ٢٥١، الروضة البهية: ٢ ص ٢٢٣.

(٢) مختصر المزني: ٣ ص ٢٦.

(٣) المغني: ٥ ص ١٥١، بلغة السالك: ٢ ص ١٧٩، مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٩٩.

(٤) المهذب ٢ ص ٣٥٢، شرح المحلى: ٣ ص ٩، الحاوي: ٧ ق ١٩٣ ب.

(٥) بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٠٩.

(٦) مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٩٩، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٣.

(٧) مرآة المجلة: ٢ ص ٢٤٣، المغني: ٥ ص ١٥٤.

(٨) مجمع الأنهر: ٢ ص ٣٠٠، البحر الرائق: ٧ ص ٢٥٣.

الفرع الثاني

في

الشبهة في اليمين الكاذبة[1]

هي أن يرجع عن يمينه أو يقر بأنها غير صحيحة وأنه حلف كاذباً، واليمين الكاذبة تسمى غموساً لأنها تغمس صاحبها في النار، أو يمناً آثمة أو يمين صبر، واليمين وسيلة للإثبات والنفي، فإذا حلف المدعى عليه على نفي الاستحقاق بريء، وإذا حلف المدعي يمين الاستحقاق أو اليمين مع الشاهد استحق وأخذ، ويحكم القاضي باليمين وتنقطع الخصومة، ولكن إذا ران على القلب غشاوة المادة فإنه يحلف كاذباً ليقتطع بها مال الآخر[2]. ثم يصحو فيرجع عنها أو يقر بكذبها، ويترتب على اليمين المرجوع عنها أو الكاذبة أثر في الحكم المبني عليها وفي ضمان المدعى به، وقد تظهر اليمين الآثمة بإثبات كذبها يقيناً، ويكون ذلك شبهة في الإثبات، ونفصل القول في ذلك.

إذا رجع المدعي عن اليمين إذا حلف مع شاهده فإن ذلك يعتبر شبهة مؤثرة في الإثبات وضمان المال، واختلف الفقهاء في توزيع الضمان على قولين، فقال المالكية في المشهور والحنابلة والشافعية في قول الضمان على الشاهد، ولا ضمان على الحالف لأن يمينه للاستظهار أو للاحتياط، واليمين قول المدعي فلا يحكم له بها، لأن الشاهد حجة الدعوى[3]،

---

(١) اليمين تكون من المدعي وتكون من المدعى عليه، وإنما وضعت شبهة اليمين الكاذبة في مطلب المدعى عليه لأن الأصل في اليمين أن تكون على المدعى عليه كما ورد في نص الحديث الشريف «واليمين على من أنكر».

(٢) سبق بيان إثم اليمين الفاجرة وأنها كبيرة من الكبائر في «صفحة ٤١)، كما سبق بيان حكم اليمين في قطع الخصومة وإسقاط الدعوى وسقوط الحق بها في فصل اليمين.

(٣) المغني: ٩ ص ٢٥٥، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٠، الخرشي: ٧ ص ٢٢٨، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٤٥، المحرر في الفقه: ٢ ص ٣٥١، ٣٥٢، الافصاح: ص ٤٣٦، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٤٣، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٥٢.

وقال الشافعية في الأصح والزيدية وبعض المالكية وبعض الحنابلة والإمامية[1] : يوزع الضمان عليهما نصفين إذا رجع الشاهد لأن الحالف أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين فرجع أحدهما، أما إذا رجع الحالف عن اليمين فيضمن الكل، لأنه إقرار ولا شيء على الشاهد.

أما إذا رجع المدعي عن يمين الاستحقاق، أو رجع المدعى عليه عن يمين الدفع فإن الحق يبقى لصاحبه باتفاق، ولا يسقط الحق باليمين الكاذبة أو الآثمة، واعتبر ابن قدامة (٢) اليمين الغموس التي تقع من الشخص وهو يعلم كذبها تقع منعدمة، وإذا حكم بموجبها نقض الحكم لأنها غير منعقدة لمقارنتها الحنث لها كالرضاع إذا قارن النكاح.

وصرح الإمامية بأثر اليمين الكاذبة بالإقرار أو بالرجوع عنها فقال صاحب «المختصر النافع»[3]: ولو أكذب نفسه بعد اليمين جاز مطالبته وحل مقاصته، وقال «صاحب شرائع الإسلام»[4]: أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته وحل مقاصته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

ويتعلق باليمين الغموس وجوب الكفارة بها لوجود اليمين والمخالفة مع القصد فيلزم بالكفارة كاليمين المستقبلة، وهذا رأي الشافعية ورواية عن أحمد وقول عطاء والزهري والحكم والبتي[5].

وقال المالكية والحنفية والحنابلة لا كفارة على اليمين الغموس وهو قول ابن مسعود وسعيد والحسن والأوزاعي والثوري والليث وأبي عبيد وأبي ثور[6]، لأن الحالف أتى أمراً هو أعظم من أن تكون له كفارة، ويجب التوبة والاستغفار.

---

(١) النكت والفوائد: ٢ ص ٣٥٢، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٤١، والمراجع السابقة، ولا يرد هذا الحكم عند الحنفية لأنهم لا يقولون بالقضاء بالشاهد واليمين.

(١) المغني: ٩ ص ٤٩٦ط القاهرة.

(٣) المحقق الحلّي: المختصر النافع: ص ٢٨١.

(٤) المؤلف السابق، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢١٢.

(٥) مغني المحتاج: ٤ ص ٣٢٥، المغني: ٩ ص ٤٩٦ ط القاهرة.

(٦) بدائع الصنائع: ٣ ص ١٥، الموطأ: ص ٢٩٥ ط الشعب، المغني: ٩ ص ٤٩٦ ط القاهرة.

واليمين الغموس هي عقد القلب على أمر معلوم الكذب، ويقال لها الزور والفاجرة وسميت في الأحاديث يمين صبر ويميناً مصبورة، وسميت غموساً لأنها تغمس صاحبها في النار، وقال البعض[1] لا تسمى غموساً إلا إذا اقتطع بها مال امرىء مسلم، وإلا سميت فاجرة، لحديث ابن عمر السابق.

المبحث الثاني

الشبهة الصادرة من المقدم ضده الإثبات

ويتناول هذا المبحث الطعن في الإثبات لوجود مانع من موانع قبوله، أو عدم تحقق شروطه، ويشمل تجريح الشهود والطعن في عدالتهم.

الحالة الأولى: الطعن في الإثبات لمانع:

قال ابن عابدين[2]: للخصم أن يطعن بثلاثة أمور: برقٍ وحدٍ وشركة، ويفهم من عبارته أن الخصم يستطيع أن يطعن في الإثبات المقدم من المدعي ولا يقبل طعنه إلا بأمر اعتبره الشارع مانعاً من موانع الإثبات، أو لظرف مؤثر فيه، بأن يكون الشاهد مثلاً محدوداً في قذف عند الحنفية، أو كان الشاهد شريكاً للمشهود له، أو عدواً للمشهود عليه، لأن الحد والشركة والعداوة تمنع الشهادة عند بعض الأئمة، وكذا القرابة وعيرها كابنه أو أبيه أو زوجه أو عبده، كما يمكن للمدعى عليه أن يطعن بصحة الإقرار من آخر كأن يقول إن الإقرار كان صورياً، أو في

---

(١) شرح التحرير: ٢ ص ٤٧٧، وانظر: سبل السلام: ٤ ص ١٠٥ ـ ١٠٦، واليمين ثلاثةُ أنواع عند الجمهور اليمين الغموس وقد سبق معناها واليمين المنعقده، ويمين اللغو، واختلف الفقهاء في يمين اللغو فقال الشافعية إنها سبق اللسان أو السهو والقول لا والله، وبلى والله كما ورد في البخاري والموطأ عن عائشة، وقال المالكية والحنفية والحنابلة هي اليمين الكاذبة لا عن قصد بل خطأ أو غلطاً، (انظر: مغني المحتاج: ٤ ص ٣٢٤، الموطأ ص ٢٩٥ ط الشعب، بدائع الصنائع: ٣ ص ٣، المغني: ٩ ص ٤٩٦، ط القاهرة، التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٧٥ ط ٤)، عن عائشة رضي الله عنها في قوله تعالى: ﴿لا يُؤاخِذُكُمْ اللهُ باللَّغْوِ فِيْ أَيْمَانِكُمْ﴾، قالت أنزلت في قوله: لا والله وبلى والله رواه البخاري، وعنها أن رسول الله ﷺ قال هو كلام الرجل في بيته كلا والله، وبلى والله، رواه أبو داود وابن حبان والبيهقي، فلغو اليمين هو ما يجري على اللسان من غير قصد اليمين وعليه جماعة من الصحابة والتابعين والشافعي، وقال مالك والليث والأوزاعي والحنفية هو أن يحلف على شيء يظن صدقة فيظهر خلافه، وعن أحمد روايتان، (التاج الجامع للأصول: ٣ ص ٧٧).

(٢) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٧٨، وانظر: البحر الرائق: ٧ ص ١٠١، جواهر الروايات: ص ٨٣.

حالة الغيبوبة أو كان لوارث، أو كان الإ قرار في حالة المرض. . . .

فإذا طعن المدعى عليه بالإثبات المقدم ضده، واستطاع أن يثبت طعنه، ويبرهن عليه، بطل الإثبات، وامتنع الحكم به، لأنه يشترط في الحكم أن يعتمد على وسيلة صحيحة للإثبات تنتفي عنها جميع الشبهات والمطاعن، وتتوفر فيها جميع الشروط. ومن صور الطعن بالإثبات من الخصم تكذيب المقر له للمقر في إقراره إذا كان الإقرار لمعين، فإذا كذبه بطل الإقرار لرده[1]، لأنه يشترط في الإقرار ألا يكذب المقر له في إقراره، كيلا يدخل شيء في ملكه بدون إرادته ورغماً عنه، فإذا كذبه ترك المال في يد المقر في الأصح عند الشافعية[2].

قال الكاساني[3]: لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم، واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك. وإذا بطل الإقرار سقط حكمه وانعدم موجبه.

وتكذيب المقَر له للمقِر إنما يعتبر في حقوق العباد التي يشترط لصحتها أو لتنفيذها قبول المقَر له للمقَر به، ويستثنى منها حالات لا يؤثر فيها الرد مثل الإقرار بالنسب فيما يصح الإقرار به، والإقرار بالطلاق وإن كذبته المرأة، والإقرار بالوقف وبالنكاح إن كذبته ثم صدقته يصح، وبالإرث لآخر، والضابط في ذلك أن ما فيه تمليك مال من وجه يقبل الارتداد، وما ليس فيه تمليك مال لا يقبل الارتداد بالرد[4].

ومن صور الطعن بالإثبات الطعن بتزوير الكتابة أو تزوير الختم، أو عدم صحة التوقيع.

الحالة الثانية: تجريح الشهود والطعن في عدالتهم:

اتفق الفقهاء على جواز تزكية الشهود واختلفوا في حكمها هل هي واجبة أم لا؟ قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية وعليه الفتوى عندهم[5]: بوجوب التزكية على الحاكم في الحدود والقصاص والمعاملات سواء طلبها

---

(١) المهذب: ٢ ص ٣٤٧٦، بدائع الصنائع: ٧ ص ٢٣٣.

(٢) مغني المحتاج: ٢ ص ٢٤٢، الاقناع: ٣ ص ١١٣، حاشية الباجوري: ٢ ص ٢، المحلى: ٤ ص ١٤، الحاوي: ٧ ق ١٨٤ ب، مختصر المزني: ٣ ص ١٤.

(٣) بدائع الصنائع، له: ٧ ص ٢٣٢.

(٤) الأصول القضائية: ص ١٣٩.

(٥) حاشية العدوى على شرح الرسالة: ٢ ص ٣١٦، بلغة السالك في أقرب المسالك: ٢ ص ٣٢٣، المغني: جـ ١٠ ص ٥٧ ط القاهرة، البحر الرائق: ٧ ص ٦٣، الخرشي: ٧ ص ١٩٥، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٢٨.

الخصم أم لم يطلبها.

وقال الإمام أبو حنيفة[1]: بوجوبها في الحدود والقصاص أما المعاملات فلا تجب إلا إذا طلبها الخصم.

وقال الإمام أحمد[2] في رواية أخرى يكفي ظاهر الحال من الشاهد سواء في ذلك الحد والمال.

وتكون أوجه الطعن في الشاهد بكل أمر يخل بعدالته ومروءته ويقدح بشروط الشاهد بما لا يفسق قائله بل يقصد منه رد الشهادة، فيطعن بالجرح في عدالة الشهود ويطلب تزكيتهم والتحقق من عدالتهم، وذلك بأن يكون الشاهد ممن يرتكب المعاصي، ويجاهر بالفواحش، ويهمل القيام بالفرائض والواجبات الدينية، وقد توسع الفقهاء توسعاً كبيراً في بيان العدالة والتجريح وحالات كل منهما، والحدود الفاصلة بينهما وغير ذلك.

وإذا ثبت الطعن والتجريح سقط الحكم كما يقول ابن رشد[3]، لأن الخصم إذا طعن في عدالة الشهود وجب على الحاكم باتفاق الفقهاء أن يبحث عن حالتهم، ويسأل عن عدالتهم، ويتحقق من صحة الجرح الموجه إليهم، ويسلك في ذلك طريقين: التزكية السرية والتزكية العلنية، فإذا عدّل المزكون الشاهد قبلت شهادته، وإذا جرحوه ردت شهادته، وإن عدله شخص وجرحه آخر تقدم الجرح على التعديل، لأن الجارح يعلم من حقيقة الشاهد في التزكية ما لا يعلمه من عدله بظاهر أمره، ويشترط العدد في التزكية عند الجمهور خلافاً لأبي حنيفة[4].

ونلاحظ أن طريقة التزكية ألغيت في العصور الحاضرة، واتجه الفقهاء المحدثون إلى تعويض التزكية بتحليف الشهود اعتماداً على بعض الآراء الفقهية في المذاهب الأربعة[5].

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٠، البحر الرائق: ٧ ص ٦٣.

(٢) المغني: ٩ ص ٦٣.

(٣) بداية المجتهد، له: ٢ ص ٥١٤.

(٤) انظر: أحكام التعديل والتجريح للشهود في مطولات كتب الفقه ومنها (تحفة الفقهاء: ٣ ص ٥٤٠، المغني: ٩ ص ٦٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٦، شرح النيل: ٦ ص ٦٧١، الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص ٩٢، المبسوط: ١٦ ص ١٥٨، منح الجليل، الشيخ عليش: ٤ ص ٢٢٥ وما بعدها).

(٥) البحر الرائق: ٣ ص ٦٣، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ١٢٦ ط ١٢٩٨ قال: وفي التهذيب وفي زماننا لما تعذرت التزكية لغلبة الفسق اختار القضاة استحلاف الشهود كما اختاره ابن أبي ليلى لحصول غلبة الظن، ثم نقل رأي أبي يوسف أن تحليف الشهود منسوخ، وينصح السلطان بعدم إقراره، (وانظر: صفحة ١١٤هامش ٣ من هذه الرسالة).

المبحث الثالث
في
الشبهة في ذات الإثبات

ونتناول فيه النقاط التالية:

الأولى: ما يطرأ على أهلية الشاهد، أو تغير حاله.

الثانية: بطلان الشهادة وتقادم العهد فيها.

الثالثة: شبهة الرجوع عن الشهادة وشهادة الزور.

الرابعة: الاختلاف في الشهادة وأثره فيها.

وسيكون كلامنا عليها في أربعة مطالب.

المطلب الأول
في
شبهة تغير حال الشاهد

يشترط في الإثبات أن يبقى صحيحا ومستوفيا لشروطه منذ الأداء حتى الحكم به، ويشترط في بعض الحالات أن يبقى كذلك بعد الحكم.

فإذا طرأ عليه ما يخالف ذلك أثر في الإثبات وذلك على درجات بحسب الوقت الذي حصل فيه التغيير قبل الحكم أو بعده، وبحسب نوع التغيير الذي حصل كالعداوة والخصومة والتهمة في جر المنفعة أو دفع المفسدة والفسق والكفر وغير ذلك.

ففي الشهادة مثلا يشترط ألا يطرأ على الشاهد فسق أو عداوة بينه وبين المشهود عليه قبل

أداء الشهادة، فإذا طرأ الفسق أو العداوة بعدا التحمل وقبل الأداء فلا تقبل الشهادة[1].

وإن طرأ الفسق أو العداوة بعد الحكم فلا يؤثر في الحكم ولا يمنع من تنفيذه، لجواز أن يكون الفسق قبل الحكم أو بعده، ولا ينقض الحكم في المال والعقد بأمر محتمل[2]، وإن كان بحد وقصاص فقال الشافعية لا يستوفى للشبهة[3]، وقال الحنابلة إذا طرأ الفسق بعد الحكم بشهادتهم على القصاص أو الحد فإنه يستوفى[4].

أما إذا طرأ الفسق أو العداوة بعد الأداء وقبل الحكم فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين ،فقال الشافعية وابن القاسم واصبغ من المالكية والزيدية والإباضية إذا حدث الفسق بعد الأداءوقبل الحكم لم يجز الحكم بشهادته، لأن الفسق يوقع شكا في عدالته عند الشهادة، لأنه دليل على أن الشاهد كان يخفي فسقه أثناء الشهادة، وأنه كان متلبسا به وقت أداء الشهادة، فتكون شهادته باطلة[5].

وقال ابن الماجشون من المالكية تقبل الشهادة ولا تؤثر العداوة والفسق في الشهادة بعد الأداء ،لأنها وقعت صحيحة[6].

وإذا طرأ الموت والجنون والعته بعد الأداء وقبل الحكم فإنها لا تؤثر على الشهادة ولا تبطلها، لأن ما حدث لا يوقع شبهة في الشهادة فلا يمنع الحكم بها، ولأنها ليست من فعل

---

(١) الخرشي: ٧ ص ١١٩، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢١٩، بلغة السالك: ٢ ص ٣٢٧.

(٢) الخرشي: ٧ ص ١٩٢، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٢٨، المهذب: ٢ ص ٣٤٣، المحلي: ٩ ص ٤٢٩.

(٣) المهذب: ٢ ص ٣٤٣.

(٤) كشاف القناع: ٤ ص ٢٧٩.

(٥) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦٠، الخرشي: ٧ ص ١٩٢، المهذب: ٢ ص ٣٤٣، البحر الزخار: ٥ ص ٤٨، منح الجليل: ٤ ص ٢٤١، شرح النيل: ٦ ص ٦٣٠.

قال الخرشي: وإن ثبت أنه شرب خمرا بعد الأداء وقبل الحكم فإنه ينقض، كما إذا ظهر أنه قضى بفاسقين، (شرح الخرشي: ٧ ص ١٩٢).

وقال الشيرازي: وإذا ثبت أنه فاسق عند الحكم فالصحيح عند الشافعية نقض الحكم قياسا على العبد والكافر، وقيل بعدم النقض، (المهذب: ٢ ص ٢٤٢، وأضاف: وعلى القول بالنقض في الأموال فإنه يرد من يد المحكوم له، وان أتلفه ضمنه ،لأنه حصل في يده بغير حق.

(٦) حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢١٩، تبصرة الحكام: ١ ص ٢٦.

الشاهد[1].

وفي الشهادة على الشهادة تبطل شهادة الفرع إذا خرج الشاهد الأصلي عن أهلية الشهادة بغير الموت بأن طرأ عليه طارىء فأصبح أخرس أو أعمى أو مرتدا أو مجنونا، أما موت الشاهد الأصلي ففيه قولان في بطلان شهادة الفرع وعدم بطلانها[2].

وإذا طرأت المخاصمة بين الشاهد والمشهود عليه بعد أداء الشهادة فترد شهادته عند المالكية ولا يحكم بها، إلا إذا كانت المخاصمة والاتهام مثلا بالجنون للشاهد من المشهود عليه، على وجه الشكاية فلا يؤثر[3].

ويدخل في هذا المطلب تغيير الشهادة من الشاهد بالزيادة والنقص، فإذا غير الشاهد العدل شهادته عند الحاكم قبل الحكم بها بأن زاد عليها أو نقص منها، كأن يشهد بمائة ثم يقول: هي مائة وخمسون، أو يقول هي تسعون، فإنه يقبل منه رجوعه عند الحنفية والحنابلة (٤) ويحكم بما شهد به أخيرا، وهو مروي عن الثوري وسليمان بن حبيب المحاربي واسحاق، لأن شهادته الثانية من عدل غير متهم ولم يرجع عنها، فوجب الحكم بها، كما لو لم يتقدمها ما يخالفها، ولا تعارضها الأولى، لأنها قد بطلت بالرجوع عنها، ولا يجوز الحكم بها لأنها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه، ويفارق رجوعه بعد الحكم، لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه.

وقال بعض الحنابلة لا تقبل شهادته الأولى ولا الآخرة لأنَّ كل واحدة منهما ترد الأخرى وتعارضها، ولأن الأولى مرجوع عنها، والثانية غير موثوق بها، لأنه مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن الوقوع في الغلط كالأولى[5].

وقال المالكية تقبل شهادته الثانية بشرط أن يكون مبرزا في عدالته وإلا فلا تقبل. (٦) هذا: وهناك صور كثيرة تؤدي إلى بطلان الإثبات إذا حدث بعد أدائه كما إذا شهد شاهد لآخر

---

(١) المهذب: ٢ ص ٣٤٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٤، البحر الزخار: ٥ ص ٤٨، المحلى: ٩ ص ٤٢٩، شرح النيل: ٦ ص ٦٣٠.

(٢) الأصول القضائية: ص ١٣٩.

(٣) الخرشي: ٧ ص ١٨٤، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٢٨، منح الجليل: ٤ ص ٢٣١.

(٤) المغني: ٩ ص ٢٦٢.

(٥) المغني: ٩ ص ٢٦٢.

(٦) منح الجليل: ٤ ص ٢٢٤.

ثم صار أجيرا له قبل الحكم بشهادته فتبطل شهادته[1]، وكذا لو شهد رجل لامرأة بحق ثم تزوجها قبل القضاء بطلت الشهادة عند الحنفية[2]، وقال المالكية في زواج الشاهد بالمرأة قبل الحكم لا يضر لخفة التهمة[3]. وكذلك الحكم في الكتابة إذا وجد عليها كشط أو تحريف أو محو فإن ذلك يؤثر في الكتابة ويمنع من الاعتماد عليها في القضاء والحكم، ولذلك اشترط الفقهاء في قبول الكتابة أن تكون سليمة من هذه الشوائب وألا يتخللها كتابة أخرى أو اضافة بين سطورها.

والخلاصة أن الإثبات يبطل إذا طرأ على أحد وسائله مانع من الموانع بعد الأداء وقبل الحكم، كالإجارة والزوجية والخصومة والعداوة والتهمة في الشهادة، وتغيير الكتابة بعد كتابتها وقبل الحكم بها.

المطلب الثاني
في
شبهة بطلان الشهادة وتقادم العهد

إذا قدم المدعي الإثبات ثم تبين أن الشهادة التي قدمها باطلة فلا يحكم بها، وإذا سبق الحكم بها فقد بطل الحكم ووجب نقضه، وينقضه نفس القاضي كما يحق لغيره أن ينقضه إذا تبين أن الحكم مبني على شهادة باطلة.

والشهادة الباطلة هي كل شهادة محرمة لا يقرها الشرع ولا يقبلها، سواء كانت باطلة باتفاق الفقهاء، أم باطلة عند بعضهم وخالف القاضي مذهبه - بدون اجتهاد - وحكم بالشهادة الباطلة، كما إذا حكم الحاكم بشهادة شاهدين ثم ظهر أنهما فاسقان أو كافران فيجب نقض الحكم ورد المال إن كان قائما، وعوضه إن كان تالفا، لأنه أخذ بغير حق، فإن تعذر رده ضمنه الحاكم ثم يرجع على المشهود له عند الحنابلة[4]، وفي رواية عن أحمد لا ينقض حكمه إذا

---

(١) معين الحكام: ص ٨٨.

(٢) معين الحكام: ص ٨٨.

(٣) شرح الخرشي: ٧ ص ١٩٢.

(٤) المغني: ٩ ص ٢٥٨، القواعد، لابن رجب: ص ٢١٨.

كانا فاسقين ويغرم الشهود المال، قال ابن رجب: وهذه الرواية ضعيفة جدا ولا أصل لها في كلام أحمد[1].

وقال ابن قدامة: ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا حكم بشهادة كافرين، ونقيس عليها الحكم بشهادة الفاسقين، لأن شهادة الفاسقين مجمع على ردها[2].

وقال الشافعية إذا ظهر كون الشهود عبيدا أو كفارا أو صبيانا بعد الحكم بطل القضاء واندفع الطلاق وغيره، ليتقين الخطأ في حكمه فوجب نقضه كما لو حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه [3].

وقال ابن نجيم: إذا ظهر الشهود عبيدا أو محدودين في قذف بالبينة فإنه يبطل القضاء لكونه غير صحيح[4].

وقال ابن قدامة: إذا قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين، نظر في الحاكم الذي حكم بشهادتهما، فإن كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه، لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد، ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهما نقض، لأن الحاكم به يعتقد بطلانه، وليس له الحكم بما يخالف اعتقاده[5].

وتبطل الشهادة أيضا، ويبطل الحكم بها إذا بطل بعض الشهادة للتهمة عند المالكية في المشهور وعند الحنفية[6].

وفي قول للمالكية لا تبطل، وقالوا إن الشهادة إذا اشتملت على ما تجيزه السنة ومالا تجيزه، فالمشهور قبول ما أجازته السنة دون مالا تجيزه، وقيل: يرد الجميع كشهادة النساء في

---

(١) القواعد، له: ٢١٨.

(٢) المغني: ٩ ص ٢٥٨.

(٣) الوجيز للغزالي: ٢ ص ١٥٦، المهذب: ٢ ص ٣٤٣.

(٤) الأشباه والنظائر، له: ص: ص ١٣١ ط ١٢٩٨.

(٥) المغني: ٩ ص ٢٥٩، وانظر كشاف القناع: ٤ ص ٢١٢، الأم للشافعي: ٧ ص ٤٢، فعنده تجوز شهادة الأخ والزوجة ولا تجوز شهادة الوالد والولد، وقال ابن القيم في (أعلام الموقعين: ١ ص ١٢٨): تجوز شهادة الوالد والولد والأخ لعموم الأحاديث والآيات، ولما ورد عن عمر رضي الله عنه في جوازه كما ورد عن عمر بن عبد العزيز مثله، وترد عند التهمة فقط (انظر: الفروق: ٤ ص ٧٠).

(٦) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٩١، الأشباه والنظائر، ابن نجيم: ص ٨٧.

الوصية، أما إذا اشتملت على ما فيه تهمة ومالا تهمة فيه ردت كلها على المشهور[1].

وتبطل شهادة الفرع إذا أنكر الأصل الإشهاد في الشهادة على الشهادة، أو أنكر أنه حمله شهادة، لأن التحميل شرط ولم يثبت، ولأن إنكار الأصل للشهادة إنكار للتحميل[2].

ويبطل الإقرار بتكذيب المقر له ورده في حقوق العباد، كما يبطل برجوع المقر عن إقراره في حقوق الله تعالى المحضة، وإذا بطل الاقرار سقط حكمه وهو ثبوت الحق المقر به للمقر له على المقر.

التقادم وأثره في الإثبات:

التقادم هو مرور الزمن على وقوع الحادثة، فهل يؤثر التقادم على الإثبات بأن يورث فيه شبهة أو تهمة أم لا يؤثر؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

فقال الحنفية والمالكية والظاهرية بتأثير التقادم على الشهادة مع تفصيل في ذلك وقال الشافعية والحنابلة بعدم تأثيره عليها، وتفصيل ذلك هو: اشترط الحنفية عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها إلا حد القذف لتعلق حق العبد فيه، لأن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر عليها، فإن اختار الستر ثم أقدم على الأداء فقد يكون الباعث شبهة من عداوة أو ضغينة أو رشوة أو غير ذلك، وهذه التهمة تمنع الشهادة، وإن أخرها لغير الستر فيصير فاسقا آثما لا تقبل شهادته، وفي السرقة يضمن المال ولا يقطع[3].

وإذا أخر شاهد الحسبة شهادته بدون عذر لم تقبل شهادته لفسقه في التأخير، وذلك في الحالات التي تستمر فيها الحرمة كالعشرة بين الزوجين بعد الطلاق البائن، وبقاء الزوجين مع ثبوت الرضاع بينهما والوقف[4]، ومن الأعذار المقبولة البعد عن الحاكم ومرض الشاهد وخوفه وعلمه بعدم قبول الحاكم لشهادته وحده فيما يجب فيه شاهدان[5].

---

(١) تبصرة الحكام: ١ ص ٢٥١، ٢٥٢، جـ ٢ ص ٣ ١ ٥ ، ٧.

(٢) تبيين الحقائق، الزيلعي: ٤ ص ٢٤١، حاشية الشلبي عليه: ٤ ص ٢٤١، المهذب: ٢ ص ٣٣٨، منح الجليل: ٤ ص ٢٨٥.

(٣) الاستفادة من كتاب الشهادة، الشرنبلالي: ق ٢٠٣أ، الرسائل الزينية، الرسالة ٢٥ فيما تسمع فيه الشهادة حسبة: ق ٥٥أ.

(٤) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٣، الرسائل الزينية، الرسالة ٢٥ : ق ٥٤ ب، البحر الرائق: ٧ ص ٥٨، شرح الخرشي: ٧ ص ١٨٧، الدر المنتقى: ٢ ص ١٨٦، منح الجليل: ٤ ص ٢٣٣، جواهر الروايات: ص ٤٢.

(٥) الرسائل الزينية: ق ٥٥ ب، قال ابن عابدين: ٥ ص ٤٦٣ فإن أخروا الشهادة صاروا فسقه، حاشية الحموي على الأشباه: ١ ص ٣٤٧.

وقال الحنفية كذلك إذا أخر الشاهد الشهادة بعد الطلب بدون عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة[1].

واختلف أئمة الحنفية في تحديد مدة التقادم في الشهادة فقال أبو حنيفة إنه مفوض الى رأي القاضي في كل عصر، وقال محمد أنه مقدر بشهر، وهو مروي عن الشيخين، وقال الحموي: إن المدار في التأخير على التمكن من الشهادة[2].

ومذهب الظاهرية عدم قبول الشهادة في الحد عند التأخير، ونقل ابن حزم ذلك عن عمر رضي الله عنه، وقال يشهد على ضغن[3].

وقال المالكية إذا أخر الشاهد الشهادة وكتمها مدة انتهكت فيها الحرمات فلا تقبل ، فمن شهد على طلاق فأخفى شهادته حتى استحل في ذلك الحرام، ثم جاء يشهد فلا تقبل شهادته إذا كان عالما به، وكذلك إذا شهد في طلاق ثم كتم ذلك عن الزوجة حتى طال الوقت ووقعت الخلوة بها فذلك جرحة، ولا شهادة له فيها[4].

وقال ابن القاسم من شهد على مال يعلمه ورأى غيره يبيعه ويهبه فلم يتكلم ثم يأتي ليشهد عند القاضي لاتقبل شهادته، لأنه لم يعمل بعلمه حين رأى المال يباع، وقال سحنون تقبل ولا يضره ذلك[5].

وقال الشافعي والأوزاعي والليث والحسن بن حي والحنابلة تقبل الشهادة في الحدود ولو تقادم العهد ، ولا يؤثر عليها التأخير، فتجوز الشهادة بحد قديم كالشهادة بالقصاص، لأنه قد يعرض للشاهد ما يمنعه الشهادة في حينها ثم يتمكن بعد[6]، وهو قول الكمال بن الهمام حيث قال : والوجه القبول ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره[7].

---

(١) مجمع الانهر: ٢ ص ١٨٦، البحر الرائق: ٧ ص ٥٩.

(٢) وفي المعاشرة المحرمة خمسة أيام (انظر: البحر الرائق: ٧ ص ٥٨، رسالة في الشهادات، خليف: ص ٤٤، حاشية الحموي على الأشباه والنظائر: ١ ص ٣٤٧).

(٣) المحلي: ١١ ص ١٤٤.

(٤) تبصرة الحكام: ٢ ص ٣٢، جـ ١ ص ٢٠٧، شرح الخرشي: ٧ ص ١٨٧.

(٥) تبصرة الحكام: ٢ ص ٣١.

(٦) كشاف القناع: ٤ ص ٢٤٣، المحلى: ١١ ص ١٤٤.

(٧) تكملة حاشية ابن عابدين : ٧ ص ٦٦.

وأخذ بمنع الشهادة جزئيا للتقادم الشرع اليهودي فجاء في (المادة ٢٦١) من القانون العبري ما يلي: إذا مضى على تاريخ العقد ثلاث سنوات فلا يعمل بشهادة الشهود عليه إلا فيما يتعلق بموضوعه فقط، أما شروطه ومفصلاته فلا يعول على الشهادة فيها[١].

المطلب الثالث
في
شبهة الرجوع عن الشهادة

رجوع الشاهد عن الشهادة هو نفي ما أثبته أولاً بشهادته كأن يقول رجعت عما شهدت به، أو شهدت بزور أو كذبت، ويكون الرجوع بأن يصرح به أو بأن يقول شهادتي باطلة، أو لا شهادة لي فيه، أو يقول هي باطلة أو منسوخة، لأنها إخبار بأنها لم تكن صحيحة من أصلها[٢].

ومن صور الرجوع عن الشهادة أن يكذب الأصل فرعه في الشهادة على الشهادة قبل الحكم، لأن تكذيبه قبل الحكم رجوع عن الشهادة، أما إذا كذبه بعد الحكم فلا يضر لعدم القطع بكذبه ولأن الحكم صدر عن اجتهاد فلا ينقض[٣].

ومن صور الرجوع أيضاً الإنكار بعد الإقرار لأن الإقرار أثبت حقاً لآخر، فإن أنكره فقد رجع عنه، فلا يقبل رجوعه إلا بالبينة، وكذا الاستدراك في المقر به أو المقر له[٤].

أما إنكار الشهادة فليس رجوعاً عنها، ولا يضمن[٥]، إلا في الحد فإن أقر به ثم أنكر سقط عنه[٦].

والرجوع عن الشهادة أمر مشروع ومرغوب فيه ديانة إذا كانت الشهادة غير صحيحة أو أخطأ فيها، لأنه رجوع إلى الحق والعدل والصدق، وخلاص من ارتكاب الكبائر وعقوبتها،

---

(١) المقارنات والمقابلات: ص ٢٠٠.

(٢) قال ابن عرفة الرجوع عن الشهادة هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه فيدخل انتقاله إلى شك (شرح حدود ابن عرفة، الرصّاع: ص ٤٠٣) وانظر: مواهب الجليل: ٦ص١٩٩، نهاية المحتاج: ٨ص٣٢٧ البحر الرائق: ٧ص ١٢٧.

(٣) شرح الخرشي: ٧ص ٢١٩.

(٤) الأشباه والنظائر، السبكي: ق ٨٩ب.

(٥) جامع الفصولين: ١ص١٣٨.

(٦) المختصر النافع: ص ٢٩٢.

والرجوع إلى الحق واجب ديانة[1]، فإذا شهد بزور عمداً أو خطأ وجبت عليه التوبة، ولا يمنعه عنها الاستحياء من المخلوقين، لأن الخوف والاستحياء من الله تعالى أولى بكثير من الاستحياء من الناس، ولأن في الرجوع تدارك ما أتلف بالزور، وتداركه وتحمل عبئه في الدنيا أخف بكثير من مسؤوليته عنه يوم الحساب والجزاء.

أثر الرجوع عن الشهادة :

ينتج عن الرجوع عن الشهادة أثر في الحكم وأثر في الضمان، والرجوع عن الشهادة إما أن يكون قبل الحكم أو بعده.

أولاً ـ أثر الرجوع عن الشهادة قبل الحكم :

فإذا كان الرجوع قبل الحكم فلا يحكم بالشهادة عند جماهير العلماء من المذاهب الأربعة والظاهرية والإمامية والزيدية والإباضية[2]، لأن الشهادة بطلت قبل الحكم فلا يصح القضاء بها، لأن الرجوع عنها تكذيب لها فيبطلها، والشهادة الصحيحة شرط الحكم فيشترط استدامتها إلى صدور الحكم، ولأن الرجوع يظهر كذبها فتسقط، والرجوع عن الشهادة يؤدي إلى التناقض، ولا قضاء بكلام متناقض، كما أن القضاء يستدعى قيام الحجة، فإذا رجع الشهود زالت الحجة، فالحكم يمتنع بالرجوع عن الشهادة لزوال سببه، ولأن الحاكم يلزم بالقضاء عند الشهادة، وعند الرجوع عنها سقطت الشهادة وسقط اللزوم عنه، والشهادة ترجيح لجانب الصدق على الكذب، وعند الرجوع يظهر الكذب ويزول الظن بترجيح الصدق.

ولا يضمن الشاهد في الرجوع عن شهادته قبل الحكم، لأنه لم يتلف شيئاً على المدعي ولا على المدعى عليه، لأن الإتلاف يتحقق بإصدار الحكم، كما تتأكد الشهادة بالحكم، والشهادة لا تصير حجة إلا باتصال القضاء بها، فلا تعتبر سبباً إلى الإتلاف بدونه[3].

---

(١) تبيين الحقائق: ٤ص ٢٤٣، البحر الرائق: ٧ص ١٢٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ص ٢٨٣، مجمع الأنهر: ٢ص ٢١٦، المبسوط: ١٦ ص ١٨٩، مرآة المجلة: ١ص٤٥، البحر الرائق: ٧ص ١٢٧، تبصرة الحكام: ١ص٢١٥، بداية المجتهد: ٢ص٥١٤، التاج، المواق ٦ص٢٠٠. قال المالكية لا يقبل رجوع الصغار إذا كانت شهادتهم مستوفية(انظر حاشية العدوى على الرسالة: ٢ص ٣٢٠، بلغة السالك: ٢ص٣٣١، مواهب الجليل: ٤ص٢٥٠، تحفة المحتاج: ١٠ص٢٧٨، شرح المحلى: ٤ ص ٣٣٢، مغنى المحتاج: ٤ص ٤٥٦، شرح التحرير: ٢ص٥٠٣، المغنى: ٩ص٢٤٦، كشاف القناع: ٤ص٢٧٩، النكت والفوائد: ٢ص٣٥٤، المختصر النافع: ص ٢٩٠، شرائع الإسلام: ٢ص٢٤٠، التاج المذهب: ٤ص٩٦، شرح النيل: ٦ص٦١١، البحر الزخار: ٥ص٤٤، المحلى: ٩ص٤٢٩.

(٣) تبيين الحقائق: ٤ص٢٤٤، الهداية والعناية: ٦ص ٨٧، البدائع: ٦ص ٢٨٦، حاشية العدوى على الرسالة

ورجوع شاهد واحد قبل الحكم كرجوع الشاهدين في عدم الحكم وعدم الضمان[1]، ولكن إذا رجع الشهود قبل الحكم يعزرون إذا قالوا تعمدنا الكذب والزور[2].

وقال أبو ثور والزركشي ـ كما نقله ابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج ـ إذا رجع الشاهد قبل الحكم يحكم بشهادته لأنها قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها، كما لو رجع بعد الحكم[3].

وقال المحققون من الفقهاء هذا رأي فاسد، لأن الشهاد شرط للحكم، فإذا زالت قبله لم يجز الحكم بها، وقياسه على الرجوع بعد الحكم قياس مع الفارق، لأن الشهادة في الحالة الثانية اتصل بها القضاء وهي صحيحة فاكتسبت الحجية بخلاف الحالة الأولى فلم يتصل القضاء بها، فلا تعتبر حجة، قال ابن قدامة وشذ أبو ثور[4].

والراجح ما ذهب إليه جماهير الفقهاء لقوة دليله وصحة تصوره.

ثانياً ـ أثر الرجوع بعد الحكم:

أما إذا رجع الشهود بعد الحكم فيترتب على ذلك أثران: أثر على الحكم وأثر في الضمان.

١ـ أثر الرجوع عن الشهادة في الحكم:

اختلف الفقهاء في أثر رجوع الشاهد في الحكم على قولين:

القول الأول: إذا رجع الشاهد عن شهادته بعد الحكم نقض الحكم، لأن الحكم أصبح غير معتمد على سبب، لأن الشهادة سبب للحكم، فإذا بطلت الشهادة بطل الحكم، ضرورة أنه إذا بطل السبب بطل المسبب، كما لو تبين أن الشهود كانوا كفاراً أو عبيداً، قال ابن حزم: لو أن عدلين شهيدين شهدا بجرحة الشاهد حين شهد لوجب رد ما شهد به، وإقراره على نفسه بالكذب أو الغفلة أثبت عليه من شهادة غيره عليه بذلك[5].

= ٢ص٣٢٢، النكت والفوائد: ٢ص٣٥٤، البحر الزخار: ٥ص٤٤، القوانين الفقهية: ص ٣١٣، البحر الرائق: ٧ص ١٢٧.

(١) المغنى: ٩ ص ٢٤٨.

(٢) تحفة المحتاج: ١٠ ص ٢٧٨، حاشية الجمل على شرح المنهج: ٥ص ٤٠٤، رد المحتار: ٥ص ٥٠٤، البحر الرائق: ٧ص ١٢٨.

(٣) تحفة المحتاج: ١٠ص٢٧٨، الحاوي: ١٣ق٣١آ، المهذب: ٢ص٣٤١، القوانين الفقهية: ص٣١٣.

(٤) المغنى: ٩ص٢٤٥، والمراجع السابقة.

(٥) المحلى: ٩ص ٤٢٩.

ذهب إلى ذلك الظاهرية وقول لحماد بن سليمان والحسن البصري وسعيد بن المسبب والأوزاعي ورأي أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه[1].

واعترض جمهور الفقهاء على ذلك بما يلي:

١ - إن قياس الرجوع عن الشهادة على ظهور الشهود كفاراً قياس مع الفارق، لأنه في الحالة الثانية تبين أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول من الأصل، أما في الرجوع فإن الشهادة كانت صحيحة ومستوفية الشروط، بالإضافة إلى أن الرجوع يحتمل الصدق ويحتمل الكذب به، ولم نتحقق من صحة الرجوع وقد اقترن بالشهادة حكم فلا ينقض[2].

٢ - إن الرجوع في الأحكام المالية وغير المالية تختلف عن الرجوع في العقوبات، لأن العقوبات تدرأ بالشبهات، ولذلك يمنع تنفيذ الحكم فى الحدود والقصاص إذا رجع الشهود بعد الحكم وقبل التنفيذ، أما بقية الأحكام فلا تدرأ بالشبهة[3]، ولذلك تستوفى الأحكام ولو رجع الشهود بعد الحكم وقبل الاستيفاء في الأموال والعقود، لأن القضاء قد تم ولا يسقط بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع، خلافاً للحدود والقصاص، وبعد الاستيفاء ينعدم الفرق بين النوعين[4].

وقال ابن القاسم[5] من المالكية يستوفى القصاص كالأموال إذا رجع الشهود بعد الحكم وقبل الاستيفاء.

٣ - إن الشهادة ملزمة للجميع بعد الحكم، أما الرجوع فهو إقرار فلا يجوز أن ينقض به الحكم لئلا يصير إقراره ملزماً لغيره[6].

---

(١) الحاوي: ١٣ق٣٢أ، المحلى ٩ ص ٤٢٩، المهذب: ٢ص٣٤١، مجمع الانهر: ٢ص٢١٦، تبيين الحقائق: ٤ص٢٤٤، البحر الرائق، ٧ص ١٢٨، القوانين الفقهية: ص ٣١٣، المغنى: ٩ ص ٢٤٦.

وكان أبو حنيفة يقول في قوله الأول إذا كان الشاهد عند الرجوع أفضل في العدالة منه عند الشهادة ينقض الحكم برجوعه، وقال عبيد الله بن الحسن العنبري: ينقض الحكم إذا رجعوا بعد الحكم وقبل الاستيفاء لأن الشهادة بعد الرجوع باطلة، ويسوى في ذلك بين العقوبات وغيرها ولأن الحكم قبل الاستيفاء غير مستقر(انظر: المهذب: ٢ص ٣٤١، الحاوي: ١٣ ق٣١ب).

(٢) المغنى: ٩ص٢٤٧، الحاوي: ١٣ق ٣٢أ.

(٣) المهذب: ٢ص٣٤١، كشاف القناع: ٤ص٢٧٩، المغنى: ٩ص ٢٤٦.

(٤) المغنى: ٩ص ٢٤٧، مغنى المحتاج: ٤ص ٤٥٦، الحاوي: ١٣ق٣١ب، كشاف القناع: ٤ص٢٧٩، الوجيز: ٢ص١٥٦، نهاية المحتاج: ٨ص ٣٢٨.

(٥) التاج والإكليل: ٦ص ٢٠٠، الأبواب والفصول: ق ١٨٥أ.

(٦) الحاوي: ١٣ ق ٣٢أ.

٤ ـ إن الحكم نفذ باجتهاد فلا ينقض باحتمال[١].

٥ ـ إن الشهادة فيها إثبات حق، والرجوع إنكار له فكما لا يبطل حكم الإقرار بالإنكار، فكذلك لا يبطل إثبات الحكم بالرجوع[٢].

ويرجح القول بعدم نقض الحكم لاكتسابه الحجية، وأن الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد، وإذا تغير اجتهاد الحاكم نفسه فلا ينقض حكمه السابق ومنه قصة سيدنا عمر رضي الله عنه «تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي»[٣].

القول الثاني: إنه إذا رجع الشاهد عن شهادته بعد الحكم فلا ينقض، ذهب إلى ذلك جماهير الفقهاء[٤]، فلا ينقض الحكم ولا يجب على المشهود له، رد ما أخذه، وإذا شهد بطلاق بائن ورضاع ولعان مما يترتب عليه البينونة وفرق القاضي بينهما ثم رجع الشهود دام الفراق ويغرم الشهود المهر أو نصفه[٥]، ولا يقبل الرجوع عن الرجوع لا تهامهم بالندم والتحايل على إسقاط الغرم بالرجوع، ولأنه كرجوع المقر فلا يقبل[٦].

واستدلوا على عدم نقض الحكم بما يلي:

١ ـ إن الشهادة، وإن كانت ظنية، لكنها تأكدت بالقضاء، وإن الرجوع ظني يحتمل الصدق والكذب فلا يؤثر في الحكم بنقضه، لأنه مبني على سبب مؤكد، والنقض مبني على سبب ظني[٧].

٢ ـ إن الحكم ثبت بقول عدول وسبب شرعي صحيح، ودعوى الكذب والرجوع اعتراف منهم بأنهم فسقة، والفاسق لا ينقض الحكم بقوله، فبقى الحكم على ما كان، والنقض يؤدي إلى

---

(١) الحاوي: ١٣ ق ٣١ب.

(٢) الحاوي: ١٣ ق ٣١ب.

(٣) سنن البيهقي: ٦ص ٢٥٥.

(٤) المغني: ٩ص ٢٤٧، ٢٦٣، بداية المجتهد: ٢ص٥١٤، الخرشي: ٧ص ٢٢٢، المجموع للأمير: ٢ص ٣٤٢، الأبواب والفصول: ق ١٨٥أ، الوجيز: ٢ص١٥٦، منح الجليل: ٤ص ٢٨٩، البحر الزخار: ٥ص٤٥، التاج المذهب: ٤ص ٩٧، شرائع الإسلام: ٢ص٢٤٠، المختصر النافع: ص ٢٩٠، البدائع: ٦ص ٢٨٣، تحفة الفقهاء: ٣ص ٥٢٩، المبسوط: ١٦ ص ١٧٩.

(٥) مغني المحتاج: ٤ص ٤٥٨، الوجيز: ٢ص١٥٦، نهاية المحتاج: ٨ص ٣٣٠.

(٦) الخرشي: ٧ص ٢٢٢، المجموع: ٢ص ٣٤٢، منح الجليل: ٤ص ٢٩٤، البحر الزخار: ص ٥ص ٥٣، التاج المذهب: ٤ص ٩٦.

(٧) المهذب: ٢ص ٣٤١، مجمع الأنهر: ٢ص٢١٦، تبيين الحقائق: ٤ص ٢٤٤، المهذب: ٢ص١٥٦.

ما لانهاية[1].

٣ ـ لقد أثبت القضاء للمشهود له حقاً، فلا يسقط بقول الشهود كما لوادعوه لأنفسهم، وحق الإنسان لا يزول إلا ببينة، ورجوعهم ليس بينة[2].

٤ ـ إن الرجوع عن الشهادة إقرار من الشهود بالغلط والكذب، والإقرار قاصر على صاحبه، فلا يتعدى إلى حقوق الآخرين، ولذا يقتصر الرجوع على الشاهد، ولا يتعدى إلى نقض الحكم وهدم حقوق المحكوم له، فالرجوع لا يصح في حق الخصم، وإنما يصير متلفاً في حق المشهود عليه، ولذلك يلزم الشهود بالضمان[3].

٥ ـ إن كلام الشهود في الرجوع يناقض كلامهم في الشهادة فلايعتبر، لأنه لا يحكم بالكلام المتناقض، ولا ينقض الحكم بالمتناقض[4].

والراجح قول الجمهور لما يترتب على النقض من مفاسد، ولتأمين الاستقرار وتحقيق النظام في القضاء.

٢ ـ أثر الرجوع عن الشهادة بعد الحكم في الضمان:

اتفق الفقهاء على تضمين الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد الحكم، ثم اختلفوا في التفاصيل على قولين:

القول الأول: أن الشاهد يضمن مطلقاً سواء أكان المشهود به مالاً أم غيره، وسواء أكانت عدالة الشاهد عند الرجوع مثل عدالته عند الشهادة أم لا، وسواء تاب بعد الرجوع أم لا، وسواء كانت العين قائمة أم تالفة.

ذهب إلى ذلك جماهير الفقهاء[5].

---

(١) المبسوط: ١٦ ص ١٧٩، الهداية وفتح القدير: ٦ص ٨٦، البدائع: ٦ص ٢٨٣، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٤٩.

(٢) المغني: ٩ ص ٢٤٧، التاج والإكليل: ٦ص ١٩٩.

(٣) المغنى: ٩ ص ٢٤٧، الخرشي: ٧ص ٢٢٢، البدائع: ٦ص ٢٨٣، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ص٣٤٢، البحر الزخار: ٥ص٥٣، التاج المذهب: ٤ص ٩٦، الشرح الكبير للدردير: ٤ص ٢٠٩، تحفة الفقهاء: ٣ص ٥٢٩، تبصرة الحكام: ١ص٢٥١.

(٤) تحفة الفقهاء: ٣ص٥٢٩، مرآة المجلة: ١ص٤٥، تبيين الحقائق: ٤ص ٢٤٤.

(٥) البدائع: ٧ص ٢٣٩، الهداية وشروحها: ٦ص ٨٦، الإفصاح: ص ٤٣٨، المغنى: ٩ص ٢٤٩، تحفة المحتاج: ١٠ص ٢٨٣، نهاية المحتاج: ٨ص ٣٣١، المهذب: ٢ص٣٤١، تحفة الفقهاء: ٣ص٥٢٩، شرح الخرشي: ٧ص ٢٢٨، المجموع للأمير: ٢ص ٣٤٢، حاشية العدوى على الرسالة: ٢ص ٣٢٢، البحر الزخار: ٥ص٤٨، ٥٣، التاج =

القول الثاني: أن الشاهد يضمن في حالات دون أخرى، وكل مذهب فصل هذه الحالات بأسباب وظروف وهي:

١ - قال الإمام أبو حنيفة في رأيه القديم مع أستاذه حماد: إن الشاهد إذا رجع عن الشهادة وكانت حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الأداء في العدالة صح الرجوع في حق نفسه وحق غيره، وينقض الحكم، ويرد المال على المشهود عليه، ويعزر الشاهد على شهادته، وإن كان كحاله عند الأداء، أو دونه يعزر ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان ولا يرد المشهود به على المشهود عليه، وقد رجع الإمام أبو حنيفة عن رأيه وقال بوجوب الضمان وعدم نقض الحكم دون النظر إلى حال الشاهد، وهو ما عليه إجماع فقهاء الحنفية، واعتبروا القول بعدم الضمان غير صحيح في المذهب[١].

٢ - ونص الإمام الشافعي في مذهبه الجديد على عدم الرجوع على الشهود بالغرامة والضمان **إذا رجعوا عن شهادتهم في المال فقط**، ويضمن الشاهد في الرجوع عن القصاص والدية والمهر في الطلاق[٢]، ثم اختلف الأصحاب في ذلك فقالت طائفة من الشافعية بالضمان والغرامة للاستهلاك، وقالت طائفة أخرى بعدم الغرم لعدم الاتلاف وعدم اليد، ورجح المحققون في المذهب القول بالضمان[٣].

قال الشيرازي: والصحيح من القولين أنه يجب الضمان عليهم[٤]، وقال النووي في المنهاج: ولو رجع شهودُ مالٍ غرموا في الأظهر[٥]، ويحتجون للإمام الشافعي في قوله بعدم الضمان باجتماع المباشرة من القاضي والسبب من الشهود، والمباشرة تقدم على السبب، ولا عبرة للسبب مع وجود المباشرة فلا يجب الضمان.

= المذهب: ٤ص٩٦، منح الجليل: ٤ص ٢٨٩، شرح النيل: ٦ص ٦٣٩، المختصر النافع: ص ٢٩٠

قال ابن قدامة: ويغرم الشهود إذا رجعوا المال وهو قول أكثر أهل العلم، (المغنى: ٩ص ٢٤٩).

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ٤ص ٢٤٣، البحر الرائق: ٧ص ١٢٨.

(٢) الأم: ٧ص٥٠، الحاوي: ١٣ق٣٥ب، المهذب: ٢ص ٣٤٣.

(٣) من الغريب أن فقهاء المذاهب الأخرى لا ينقلون عن الشافعية إلا الرأي المرجوح، (انظر على سبيل المثال: حاشية الشلبي على الزيلعي: ٤ص٢٤٤، الدر المنتقى: ٢ ص ٢١٦، الهداية وشروحها: ٦ص ٨٨، الإفصاح: ص ٤٣٨، الميزان الكبرى، الشعراني: ٢ص ٢١٩، بداية المجتهد: ٢ ص٥١٤، تبيين الحقائق: ٤ص ٢٤٤، المغني: ٩ص ٢٤٩).

(٤) المهذب: ٢ص ٣٤٢.

(٥) مغني المحتاج: ٤ص٤٥٩، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج: ٤ص٣٣٣، وانظر: الوجيز: ٢ص ١٥٦، شرح التحرير: ٢ص ٥٠٣.

ويظهر أن القول بعدم الضمان على الشهود في المال فيه تناقض مع أقوال الإمام الشافعي في وجوب الضمان في الحدود والقصاص والعتق والطلاق وأن الإمام الشافعي يأخذ بالسبب في الضمان، وأن الاحتجاج بأن الشاهد لم يتلف عيناً ولا استهلك ديناً كلام باطل، لأن الشافعية يقولون بالضمان في السبب إذا انتفت المباشرة، وهنا انتفت المباشرة حكماً، لأن القاضي ملجأ شرعاً للحكم، ونلاحظ أن جميع كتب الشافعية تنقل القول بالضمان على الشاهد في الرجوع في المال وغيره.

٣ ـ قال بعض الإمامية: إن كانت العين قائمة ارتجعت ولم يغرم الشهود، وإن كانت تالفة ضمن الشهود[١].

٤ ـ وقال الإباضية بالضمان قبل التوبة وعدم الضمان بعد التوبة[٢].

والراجح في جميع الحالات وجوب الضمان على الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد الحكم لتحقق الإتلاف منه، وهو سبب الضمان[٣]، وذلك أنه يترتب على بقاء الحكم أن يأخذ المحكوم له المال، وأن يدفع المحكوم عليه المال، ثم يرجع الشهود عن شهادتهم ويقرون بأنها باطلة أو مزورة، وأنهم تسببوا في إتلاف المال على المحكوم عليه، فيجب عليهم أن يضمنوه له، لأن رجوع الشهود لا يصح في حق المقضي له، فإنه أخذ المال بموجب الحكم، والحكم باق لم ينقض، فلا يضمن المشهود له، وكذلك لا يضمن القاضي باتفاق الفقهاء[٤]، لأنه مأمورشرعاً بالحكم بموجب الشهادة، فإنه وإن كان مباشراً للحكم والأمر بتسليم المال ولكنه كالملجأ إلى ذلك فلا يضمن، لأن القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهراً، فتعين الضمان على الشهود المتسببين في إزالة مال متقوم للغير بغير حق[٥].

فالسبب في الضمان هو الإتلاف المترتب على الشهادة، والرجوع لا يصح في حق المحكوم له، لأنه بحكم الإقرار، وإنما يصير الرجوع متلفاً في حق المشهود عليه فيلزم الشهود ضمان ما أتلفوه[٦].

---

(١) المختصر النافع: ص ٢٩٠.
(٢) شرح النيل: ٦ص ٦٣٩.
(٣) قال ابن رجب: أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف، (القواعد: ص ٢٠٤).
(٤) رد المحتار: ٥ص ٥٠٥.
(٥) تبيين الحقائق وحاشية شلبي عليه: ٤ص ٢٤٤.
(٦) تحفة الفقهاء: ٣ص ٥٢٩، المغني: ٩ص ٢٤٨.

روى الشعبي أن رجلين شهدا عند علي رضي الله عنه بالسرقة، فقطع يده، فقالا أوهمنا، فقال عليّ لهما: لا أصدقكما على هذا الآخر، وأضمنكما دية يد الأول، ولو علمت أنكما فعلتما ذلك عمداً قطعت أيديكما، قال السرخسي: وهذا دليل على أن الرجوع صحيح في حق نفسه، وغير صحيح في حق غيره[1]، ولأن الشاهد سبب في إتلاف المال على المشهود عليه، والسبب إذا كان تعديا فهو بمنزلة المباشرة في إيجاب ضمان المال، وهذا السبب هو الذي سلط المشهود له على مال المشهود عليه، ولو تسلط الشاهدان عليه بأنفسهما ضمنا فكذلك إذا سلطا الغير عليه[2]، وإن التناقض بين الشهادة والمرجوع عنها لا يمنع من الضمان، لأن الرجوع بمثابة إقراره، والتناقض لا يضر في الإقرار، فقد نصت مجلة الأحكام في(المادة ٨٠) على ما يلي: لاحجة مع التناقض ولكن لا يختل معه حكم الحاكم، مثلاً لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولا لا ينقض ذلك الحكم وإنما يلزم الشاهدين ضمان المحكوم به[3].

شاهد الزور:

إذا رجع الشاهد عن شهادته فإنه يتحمل مسؤ ولية ذلك، ومسؤ ولية الرجوع عن الشهادة إما مالية وذلك بالضمان كما سبق، وإما بدنية وهو التعزير، والصلة بين الرجوع وشاهد الزور أن الرجوع طريق وسبب لبيان التزوير في الشهادة، والأداء بغير الحق سواء كان خطأ أو عمداً.

والزور في اللغة الكذب[4]، وفي الاصطلاح عرف بعض أهل العلم شهادة الزور بأنها«أن يؤدي الشاهد شهادة لم يسبق له بها علم» وعرفها الخرشي بقوله: هي أن يشهد بما لم

---

(١) المبسوط: ١٦ ص ١٧٨.

(٢) المبسوط: ١٦ ص ١٧٩، الهداية: ٦ص ٨٨، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٨٣.

(٣) مرآة المجلة: ١ص٤٥، شرائع الإسلام: ٢ص٤٠، المبسوط: ١٦ ص ١٧٩، الهداية وشروحها: ٦ص ٨٦، مجمع الأنهر: ٢ص٢١٦.

وذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب الضمان سواء صرح الشهود بالخطأ أو العمد، لأنه لا فرق بين العمد والخطأ في ضمان المال بخلاف الدماء، وقال بعض المالكية لا يضمن إلا إذا تعمد الكذب، كما قال جمهور الفقهاء بثبوت الضمان سواء قبض المحكوم له المال أم لا، وقال بعض الفقهاء لا يضمن إلا بعدا لقبض، وفصل آخرون، وتوسع الفقهاء في بيان المضمون في التفريق للرضاع وشهود اليمين والشرط، وفي النسب وشهود الاحصان والتزكية وشهود الفرع، وفي مقدار الضمان وشروطه وكيفية توزيع الضمان عند رجوع جميع الشهود أو بعضهم، وفي تقسيم الضمان على الرجال والنساء وغير ذلك مما يطول ذكره، وتتشعب أبحاثه فنمسك القلم عنه.

(٤) الزور الكذب قال تعالى: «والذين لا يشهدون الزور» وزور كلامه زخرفه وزورت الكلام في نفسي هيأته، وأزور عن الشيء وتزاور عنه مال، قال الثعالبي: الزور تحسين الشيء ووصفه بخلاف صفته حتى يخيل إلى من سمعه أو رآه أنه بخلاف ما هو به فهو تمويه الباطل بما يوهم أنه حق، (انظر: المصباح المنير: ١ص ٣٥٤، سبل السلام: ٤ص١٣٠).

يعلم عمداً وإن طابق الواقع[1].

فأداء الشهادة فرض على المسلم، ولا يصح له أن يكتم الشهادة لأنها تحيي الحقوق ولكن لا يصح للشاهد أن يشهد بالباطل وإلا كان شاهداً بالزور، ﴿ وقع الزور من المسلم عمداً أو خطأ وجب عليه أن يرجع عنه ويتوب منه، ويتحمل أثرها في الدنيا قبل أن ينوء[2] بعذابه في الآخرة، لأن شهادة الزور من أكبر الكبائر.

روى البخاري ومسلم والترمذي وأحمد والبيهقي عن أبي بكرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا بلى يا رسول الله، قال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فجلس، وقال ألا وقول الزور ألا وشهادة الزور فمازال يكررها حتى قلنا ليته سكت[3].

ويعرف شاهد الزور بأحد ثلاثة أوجه:

١ ـ الإقرار على نفسه.

٢ ـ أن يشهد بما يُقطع بكذبه كأن يشهد بقتل رجل لتوزيع التركة أو بالقتل ثم يقدم حياً، أو أن يشهد على رجل في مكان معين وزمان معين وقد ثبت يقيناً أنه كان في غير ذلك البلد، أو شهد على آخر بالزنا وثبت أن المتهم مجبوب قبل ذلك[4]

٣ ـ أن تقوم عليه البينة أنه شهد بالزور[5].

أما الرجوع عن الشهادة فلا يُجرح صاحبُها ولا يُعتبر شاهدُ زور إلا حيث أقر بتعمد الزور[6].

قال الماوردي: إنَّ تعمّدَ الشهادة ثم رجع عنها فهو قدح في عدالته ويوجب فسقه ويعزر

---

(١) شرح الخرشي: ٧ص ١٥٢، سبل السلام: ٤ص ١٢٦.
(٢) تبيين الحقائق: ٤ص ٢٤٣، المبسوط: ١٦ ص ١٧٧.
(٣) مسند أحمد: ٥ص ٣٦ وسبق تخريجه في صفحة ٤٠.
(٤) القواعد، ابن رجب ص ٢١٨، الخرشي: ٧ص ٢٢٠، الشرح الكبير: ٤ص ٢٠٦، الحاوي: ١٢ ق ١٠٠أ،
قال الحنابلة يثبت بالإقرار أو الشهادة عليه ولا يستحلف (انظر: المغنى: ١٠ ص ٥٦ ط مكتبة القاهرة، مجمع الأنهر ٢ص ٢٢١، الدر المنتقى: ٢ص٢٢١).
(٥) الحاوي: ١٢ ق ١٠٠أ، المغني: ١٠ ص ٥٦ ط القاهرة.
(٦) البحر الزخار: ٥ ص ٤٨.

لأنه زور[1].

قال الحنفية: لا يعرف شاهد الزور إلا بإقراره بذلك ولا يحكم برد شهادته لمخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعي له إذ قد يكون محقاً في المخالفة أو للمدعي غرض في أذاه، وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت أحد فيجيء حياً[2].

وقال كثير من الفقهاء بفسق شاهد الزور وعدم قبول شهادته مطلقاً ولو تاب منها قياساً على المحدود بالقذف، وخالف بعضهم في ذلك[3].

قال ابن نجيم: شاهد الزور إذا تاب تقبل توبته إلا إذا كان عدلاً عند الناس فلا تقبل[4].

حكم شهادة الزور:

ويترتب على ثبوت شهادة الزور أمران:

١ - أثر شهادة الزور على الحكم:

إذا ثبتت شهادة الزور وجب نقض الحكم واستعادة المال وإن تعذر غرم الشهود[5].

وقال المالكية: وينقض الحكم قبل الاستيفاء في القتل ويضمنان الغرم بعده، وفي المال لا ينقض الحكم قبل الاستيفاء ولا بعده[6].

وقال الحنابلة ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلاً ولزم نقضه لأنه تبين كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به، فإن كان المحكوم به مالاً رد إلى صاحبه وإن كان اتلافاً فعلى الشاهدين ضمانه لأنهما سبب اتلافه[7].

---

(١) الحاوي: ١٣ ق ٣١ ب.

(٢) فتح القدير: ٦ ص ٨٣، العناية على الهداية: ٦ ص ٨٣.

(٣) صحيح البخاري مع السندي: ٢ ص ٦٧.

(٤) الأشباه والنظائر، له: ص ١٢٣ ط ١٢٩٨.

(٥) شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٤١، المختصر النافع: ص ٢٩٠.

(٦) الشرح الكبير: ٤ ص ٢٠٦، ٢٠٧، الخرشي: ٧ ص ٢٢٠، منح الجليل: ٤ ص ٢٨٨.

(٧) المغني: ١٠ ص ٢٣٤ ف ٨٥٠٧ ط القاهرة، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٤.

٢ ـ عقوبة شاهد الزور:

اختلف الفقهاء في عقوبة شاهد الزور على رأيين:

الرأي الأول: قال الإمام أبو حنيفة لا يعزر شاهد الزور وإنما يشهر بين الناس ويعلن أمره بأنه شَهِدَ زوراً حتى يعلمه الناس ولا يعزر، لأنه ارتكب أكبَر الكبائر، وشهادة الزور أكبر من أن يعاقب مرتكبها بالتعزير[١].

القول الثاني: قال المالكية والحنابلة والشافعية والإباضية والإمامية والصاحبان من الحنفية والزيدية يعاقب شاهد الزور بالتعزير والتشهير[٢]، والتعزير يكون بالحبس وبالضرب بشرط ألا يصل إلى أربعين سوطاً ومقدار الضرب مفوض إلى الإمام أو القاضي وهو رأي عمر وشريح والأوزاعي وابن أبي ليلى، والتشهير بأن يطاف به في المجالس، وقال ابن العربي: يسوّد وجهه ولا تقبل شهادته أبداً، وقال الماوردي إن تعمد الراجع فسق وعزر.

وسبب التعزير أنه جاء بقول محرم يَضُر به الناس فوجبت العقوبة على قائله كالسب والقذف، وعقوبته غير مقدرة وإنما تفوض إلى الحاكم المسلم، وشهادة الزور كبيرة من الكبائر التي ورد النص عليها صراحة في الحديث الشريف المتفق عليه، ولأن عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً، وقال أبو يوسف من الحنفية: لا تقبل شهادته أبداً، وروي عن أبي جعفر أنه تقبل شهادته وعليه الفتوى[٣].

ويؤدب الشاهدان إذا رجعا عن الشهادة سواء اعتبرت شهادتهما زوراً أم لم تعتبر[٤].

---

(١) جرت كتب الحنفية على بيان مذهب الإمام في تشهير شاهد الزور وبيان رأي الصاحبين في تعزيره وتشهيره، وحاول بعض فقهاء الحنفية الجمع بين الرأيين فقالوا يجب تعزيره باتفاق، وقال الكافي يعزر بالاجماع، والاختلاف في الكيفية فالإمام قال يعزر بالتشهير، والصاحبان قالا يعزر بالضرب والحبس، وهو كلام معقول، وإن اصرت بعض كتاب الحنفية على التصريح بعدم جواز تعزير شاهد الزور، (انظر: فتح القدير: ٣ ص ٨٣، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٢١، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٤٣، الدر المنتقى: ٢ ص ٢١٦، المرافعات الشرعية، السبكي: ص ٨٨).

(٢) القوانين الفقهية: ص ٣٠٩، الافصاح: ص ٤٣٩، كشاف القناع: ٤ ص ٢٨٣، المغني: ٩ ص ٢٥٩، شرح النيل: ٦ ص ٦١١، المختصر النافع: ص ٢٩٠، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٤١، الحاوي: ١٣ ق ٣١ ب، مختصر المزني: ٥ ص ٢٤٦، الحاوي: جـ ١٢ ق ١٠٠ أ.

(٣) مُوجبات الأحكام: قُطْلُوبُغا: ص ٤٢، فتح القدير: ٦ ص ٨٣، الآثار، الإمام محمد: ص ١١٢.

وقال أبو يوسف يجلد تسعاً وسبعين سوطاً، وقال ابن أبي ليلى خمسة وسبعين، وقال الأوزاعي في شاهدي الطلاق يجلدان مائة، مائة، وقال الحنابلة عشر جلدات، (انظر: المغني: ٩ ص ٢٥٩).

(٤) منح الجليل: ٤ ص ٢٩١.

المطلب الرابع
في
شبهة الاختلاف في الشهادة

سبق الكلام على أنه يشترط في الشهادة نصاب معين، كما يشترط فيها اتفاق الشهادتين، فإن اختلفت الشهادتان حصلت شبهة في الإثبات تؤثر فيه، لأن اختلاف الشهادتين يوجب الاختلاف بين الدعوى والشهادة، ولأنه عند اختلاف الشهادتين لم يوجد إلا أحد شطري الشهادة، وهو لا يكفي فيما يشترط فيه العدد[1]، ولكن أثر هذه الشبهة يختلف من حالة إلى حالة، لاختلاف الفقهاء في مفهوم الاتفاق بين الشهادتين أولا، وإمكان التلفيق بينهما ثانياً، واعتبار الاختلاف بين الشهادتين تناقضاً أم لا ثالثاً.

والاختلاف بين الشهادتين إما أن يكون في مقدار المشهود به، وإما أن يكون في الزمان والمكان، وإما أن يكون في سبب الحق المشهود به، وندرس كل حالة من هذه الحالات على حدة.

اتفق الفقهاء على أن الاختلاف في الشهادتين باللفظ والمعنى شبهة ترد بها الشهادة للتباين والتناقض بينهما، كما إذا شهد أحدهما بعين وشهد الآخر بدين، واتفقوا على أن الاختلاف بين الشاهدين باللفظ دون المعنى ليس شبهة ترد بها الشهادة بشرط أن يكون كلا اللفظين موضوعين لنفس المعنى كالعطية والهبة، والنكاح والزواج بحيث يكون اللفظان متطابقين على إفادة المعنى بطريق الوضع[2]، واختلفوا فيما عدا ذلك.

الاختلاف في مقدار المشهود به:

إذا اختلفت الشهادتان في مقدار المشهود به بأن تكون احدى الشهادتين تزيد في مقدار

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، الاستفادة من كتاب الشهادة، الشرنبلالي: ق ٢٠٣ أ، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٦.

(٢) الأشباه والنظائر، السيوطي: ٥٠٦.

المشهود به عن الأخرى، فقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الاختلاف شبهة ترد بها الشهادة أم لا على قولين:

القول الأول: أن الاختلاف بين الشهادتين في مقدار المشهود به شبهة ترد بها الشهادة ولا يحكم بها.

ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة والزيدية والإمامية والإباضية[1]، وقالوا يشترط اتفاق الشهادتين بالتطابق دون التضمن، أما موافقة الشهادة للدعوى فيكفي فيها الموافقة بالتطابق أو بالتضمن.

قال الشلبي: والاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدا على إقراره به تقبل، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لا تقبل[2].

وقال ابن نجيم: واختلاف الشاهدين يمنع قبولها ولا بد من التطابق لفظاً ومعنى إلا مسائل الوقف فيقضي بأقلهما، والمهر فيقضي بالأقل، والهبة والعطية أو النكاح والتزويج[3].

وقال الإمام أبو حنيفة المراد بالاتفاق هنا تطابق اللفظين على إفادة المعنى بطريق الوضع، سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادفه[4]، فلو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت، أو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت، وإن اختلفتا في الزيادة والنقص فلا تقبل، ولا تكمل إحداهما الأخرى، فمن ادعى ألفين فشهد أحدهما بألفين، والآخر بألف فلا تقبل، وكذلك الطلقة والطلقتين، والمائة والمائتين وهكذا، فلا تقبل رغم أن إحداهما تدخل في الأخرى.

ويستثني حالة واحدة وهي إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، أو بمائة والآخر بمائة وخمسين أو بطلقة والآخر بطلقة ونصف، فتقبل لأنهما اتفقا على الألف والمائة

---

(١) تحفة الفقهاء: ٣ ص ٥٢٧، المبسوط: ١٦ ص ١٧٦، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣١، الاستفادة من كتاب الشهادة: ق ٢٠٦ أ، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٩، شرح النيل: ٦ ص ٦٢٠، ٦٢١، البحر الزخار: ٥ ص ٤١، التاج المذهب: ٤ ص ٨٥.

(٢) حاشية على تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣٠، وأنظر حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٩٢، الأشباه والنظائر، السيوطي: ص ٥٠٦.

(٣) الأشباه والنظائر: ص ٨٧، وانظر حاشية الحموي عليه: ١ ص ٣٤٥.

(٤) مجمع الأنهر والدر المنتقى: ٢ ص ٢٠٦، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٢٩، الهداية: ٦ ص ٥٥.

والطلقة لفظاً ومعنى، وتفرد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف، والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه، أما العدد المركب كالعشرة، والخمسة عشر فلا يقبل لأنه مركب كالألفين، فلم يتفقا لفظاً ومعنى، والعدد خمسة عشر اسم واحد لعدد واحد وليس فيه حرف العطف[1].

وقال الزيدية يشترط في اتفاق الشهادتين أن يصح التعبير بأحد اللفظين على الآخر، كألف وعشر مائة أما لو شهد أحدهما بعشر مائة والآخر بخمسمائة فلا تكمل الشهادة في الخمسمائة إذ لا يطلق عليها عشر مائة، ولا تقبل شهادة أحدهما على ألف وشهادة الآخر على ألفين لأن الشهادتين لم يتفقا على الألف لفظاً، وإنما اتفقا عليه معنى وهو لا يكفي في إكمال الشهادة[2].

وقال الإمامية يشترط أن تقع الشهادتان على معنى واحد، أو على الشيء الواحد وإن اختلف اللفظ، أما إذا اختلفا في المعنى فلا يحكم بشهادتهما مثل أن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالإقرار بالبيع، لأنهما شيئان مختلفان لكن لو حلف مع أحدهما ثبت[3].

واستدلوا على ذلك بأن اختلاف اللفظين يدل على اختلاف المعنى، لأن لفظ الواحد غير لفظ الاثنين، ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر، ولم يثبت واحد من اللفظين لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا واحد، ولأن لفظ الألفين مثلاً إسم وضع للدلالة على عدد، والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الأعداد، فانفردت الشهادة عن الشهادة فيما يشترط فيه العدد، أما الألف وخمسمائة والألف فتقبل، لأن الألف والخمسمائة اسم لعددين؛ لأنه يعطف أحدهما على الآخر، فكان كل واحد بإنفراده داخل في الشهادة الثانية فالشهادتان متفقتان قصداً.

القول الثاني: أن الاختلاف في مقدار الشهادة لا يعتبر شبهة ترد بها الشهادة، ويصح ما اتفقا عليه، وتترك الزيادة أو يحلف عليها المدعي.

ذهب إلى ذلك الأئمة الثلاثة والصاحبان من الحنفية والإباضية في قول والمؤيد بالله

---

(١) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣١، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٠٦.

(٢) التاج المذهب: ٤ ص ٨٦، وهذا قول القاسمية والناصرية من الزيدية، (انظر: البحر الزخار: ٥ ص ٤١).

(٣) شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٩.

ويحيى من الزيدية[1]، وقالوا يكفي الاتفاق في المعنى ولو اختلف اللفظ، ويكفي الاتفاق بطريق التضمن، فيقبل ما اتفقا عليه ضمناً كالألف والألفين فتقبل على الألف، لأنهما اتفقا على إثباتها، وللمدعي أن يحلف مع شاهد الألفين (عند القائلين بالشاهد واليمن) وتثبت له الألف الأخرى، ومثله المائة والمائتين والطلقة والطلقتين والدار والدارين وهكذا.

واستدل الماوردي على ذلك فقال إنه لا يجوز إسقاط الشهادة مع إمكان العمل بها على شروطها، ولا تكون شهادة أحدهما بالزيادة تمنع من قبول شهادة الآخر، بالأقل، كما لو شهد أحدهما بمائتين والآخر بمائة، أو شهد أحدهما بألف وعبده والآخر بألف، وإذا اختلفا في الزيادة والنقص والإطلاق والتقييد يثبت ما اتفقا عليه ويحلف على الزيادة[2].

وقالوا يكفي الموافقة بالمعنى، لأنه قد يكون الكلام في الشهادتين مختلفا، والمعنى واحد فيقبل، وقال المالكية تلفق الشهادة في ست حالات: إذا اتفقا معنى واختلفا لفظاً مثل حرام وطالق البتة، فاتفقا على البينونة واختلفتا في اللفظ، وفي اختلاف الزمان والمكان في القول، والعدد فيقع ما اتفقا عليه ويحلف على الزائد، وتلفق الشهادة في الأموال وإن اختلفت ألفاظها وأوقاتها، وتلفق في الأفعال إذا كانت من جنس واحد ولو اختلفت أزمنتها[3].

وقال المؤيد بالله ويحيى: لأن الألف مندرجة في الألفين فيلزمه كما لو قال الآخر ألف وخمسمائة أو ألف وألف، قال صاحب «البحر الزخار»: وهو قوي لأن العبرة في المعنى[4].

وروى البيهقي عن شريح قال: شهد عنده رجلان أحدهما على ألف وثلاث مائة والآخر على ألف فقضى عليه بألف، فقال: تقضي علي وقد اختلفت شهادتهما؟ قال: استقامت على ألف، أو قال: إنهما اجتمعا على ألف[5].

ونرى أن الراجح ما ذهب إليه الجمهور في القول الثاني لأن العمل بالقدر المتفق عليه في

---

(١) المهذب: ٢ ص ٣٣٩، ٣٤١، مختصر المزني: ٣ ص ٢٦، شرح النيل: ٦ ص ٦٢١، البحر الزخار: ٥ ص ٤٢، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣٠، الهداية: ٦ ص ٥٦، كشاف القناع: ٤ ص ٢٠٦، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٤٥، ٣٧٧، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٤٢، المغني: ٩ ص ٢٦٤.

(٢) الحاوي: ٧ ق ٢٠٥ ب، ق ٢٠٦ أ.

(٣) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٧٤، ٣٧٧، القول المرتضى: ق ١٧٢أ، ق ١٧٢ ب.

(٤) البحر الزخار: ٥ ص ٤٢.

(٥) السنن الكبرى: ٦ ص ٨٦.

الشهادتين خير من ترك الشهادتين، ولأنه لا معنى للتفريق بين الأعداد المفردة والمركبة من جهة والأعداد المعطوفة من جهة أخرى، لأن كل عدد ذو مدلول معين مهما كان لفظه سواء كان مفرداً أو مركباً أو معطوفاً، فلفظ سبعة يدل على قدر معين وكذا لفظ خمسة عشر ولفظ المائة ولفظ المائة وخمسين كلها ألفاظ متماثلة في الدلالة على قدر معين، ولا دليل على التفريق بينهما من اللغة أو الشرع.

وقد عقب الشيخ أحمد إبراهيم على رأي الإمام أبي حنيفة فقال «إن لي نظراً في التفرقة بين الأعداد المتعاطفة وغيرها وذلك أن المعدودات مقادير تبتدىء من الواحد ولا نهاية لها. . . فاقتضت حكمة من أحاط بكل شيء علماً أن توضع ألفاظ قليلة يسهل حفظها والإحاطة بها للدلالة على جميع المقادير، فبعضها يدل عليه بلفظ مفرد وبعضها بلفظ مركب وبعضها بلفظين بالعطف. . . والحاصل أن مدلول كل لفظ من هذه الألفاظ. . هو مقدار من المقادير منظور إلى جملته عند إطلاق اللفظ عليه. . فلا معنى أصلاً لهذه التفرقة التي لاحظها الإمام أبو حنيفة. . . فالحق أن هذه التفرقة بين الأعداد لا أساس لها ترتكز عليه[1].

أما إذا ادعى ألفاً فشهد له أحدهما بألف والآخر بألفين فلا تقبل عند أصحاب الرأي الأول وعند الصاحبين من الحنفية، إلا إذا وفق، مثل استوفيت الزائد أو أبرأته عنه، وذلك لأنه كذّب أحد شاهديه فأوجب تهمة في الباقي[2].

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة تقبل الشهادتان ويثبت له الألف بشهادتهما، ويحلف ويستحق الألف الأخرى، ولا يصير مكذباً بالشهادة، لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعي بعضه، ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين، أي يقبل من الشهادة القدر المتفق عليه، وقال الشافعية في قول آخر يحلف مع الذي شهد له بالألف ويقضي له، وتسقط شهادة من شهد له بالألفين، لأنه صار مكذباً له فسقطت شهادته في الجميع[3].

الاختلاف في الزمان والمكان:

إذا اختلفت الشهادة بين الشاهدين في الزمان والمكان فإن الحكم يختلف حسب كون

---

(١) طرق الإثبات الشرعية، له: ص ٢١٠ هامش ١.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، شرح النيل: ٦ ص ٦٢٠، المبسوط: ١٦ ص ١٧٦، البحر الزخار: ٥ ص ٤١.

(٣) المهذب: ٢ ص ٣٣٩، الحاوي: ٧ ق ٢٠٦ ب، ١٣ ق ٣٦ أ، مختصر المزني: ٣ ص ٢٦، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٤٢، المغني: ٩ ص ٢٦٤.

المشهود به فعلاً أو قولاً.

فإن كان المشهود به **قولاً** واختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع والطلاق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف وسائر الأقارير فلا يمنع القبول عند عامة العلماء[1].

واستدلوا بأن القول مما يعاد ويكرر، فالإقرار يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين ولا يتحقق الاختلاف ولا يضر، لاحتمال أن يكون في وقتين أو في مجلسين إقراران أو إنشاءان سواء في المال أو في غيره، ولأن المشهود به شيء واحد.

ويشترط لقبول الاختلاف في الأقوال في الزمان والمكان إمكان تصورها فلو شهد شاهد بأن فلاناً طلق امرأته يوم الجمعة في القاهرة، والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم في دمشق لم تقبل شهادتهما، لأنا نتيقن بكذب أحدهما، فإن الإنسان في يوم واحد لا يكون في القاهرة ودمشق كما لو شهد بكل واحد من اللفظين شاهدان لم تقبل الشهادة لهذا[2]. أما إن كان المشهود به **فعلاً** كالغصب والجناية والقتل والنكاح، واختلف الشاهدان في الزمان والمكان، فلا تقبل الشهادة عند عامة العلماء أيضاً[3].

لأن الفعل في زمان ومكان غير الفعل في زمان ومكان آخر فاختلف المشهود به، والأفعال لا تتحمل التكرار، والاختلاف فيها في الزمان والمكان يدل على تغاير الفعلين، فلو شهد أحدهما أنه غصب ديناراً يوم السبت وشهد الآخر أنه غصبه ديناراً يوم الجمعة أو غصبه بدمشق والآخر غصبه بمصر لا تقبل، لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان، وهكذا إن اختلفا في زمان القتل أو مكانه وفي شرب الخمر، أما لو شهد أحدهما على الإقرار والآخر على الفعل يقبل، وإن كل واحد على إقرارين في وقتين أو مكانين فتقبل.

---

(١) جامع الفصولين: ١ ص ١١٩ المبسوط: ١٦ ص ١٦٠، ١٧٣، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٥٢٣، الاستفادة من كتاب الشهادة: ق ٢٠٣ أ، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٩، تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣٢، المغني: ٩ ص ٢٤٢، ٢٤٣، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٤٠، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٧٧، الفروق: ٣ ص ١٨١، القول المرتضى: ١٧٢ أ، التاج المذهب: ٤ ص ٨٥ وما بعدها، البحر الزخار: ٥ ص ٤١، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٩.

(٢) المبسوط: ١٦ ص ١٧٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٤٥.

(٣) المراجع السابقة، ويلاحظ أن النكاح قول ولكن يشترط فيه حضور الشهود عند الجمهور فألحق بالفعل، وقال الزيدية المذهب أن النكاح كغيره من العقود، وقيل كالفعل، كما يلاحظ أن القرض لا يتم إلا بفعل ومع ذلك اعتبر ملحقاً بالأقوال ومثله الهبة والصدقة على قول محمد، (انظر: جواهر الروايات: ص ٤٥).

ونقل ابن قدامة عن أبي بكر الحنبلي قبول الشهادة على الفعل مع اختلاف الزمان والمكان حتى بوجوب القطع والحد[1].

وقال القرافي: القاعدة في ضم الشهادتين في الأقوال وعدم ضمهما في الأفعال، لأن الأقوال يمكن تكررها ويكون الثاني خبراً عن الأول فيكون الأول أنشأ والثاني أخبر عنه، ولفظ الإخبار والإنشاء صورتهما واحدة (وهبت مثلاً) فشرع الضم وإكمال النصاب، أما الأفعال فلا يمكن تكررها إلا مع التعدد[2].

الاختلاف في السبب:

السبب هو مصدر الحق كالبيع سبب لملكية المبيع والثمن، والاجارة سبب لملك المنفعة، ووفاة المورث سبب لنقل الملكية، فإن اختلف الشاهدان في سبب الحق فلا تكمل الشهادتان، فلو شهد أحدهما بألف من ثمن دابة، والآخر بألف من قرض أو بيع دار فلا تكمل الشهادة، لأن البيع الأول غير البيع الثاني أو القرض، فلا تكمل الشهادة سواء كانت في الدين أم في العين كما قال الشافعية والحنابلة والزيدية[3].

وقال الحنفية إن الاختلاف في السبب لا يمنع من صحة الشهادة في الدين ويمنع في العين، فإذا شهد أحدهما بخمسمائة من ثمن عبد قبضه، والآخر بخمسمائة من ثمن دابة قبضها أو من قرض، فيقضي له بخمسمائة، لأن الدين لا يشترط ذكر السبب في إثباته لكثرة الأسباب وعدم حصرها، فإن ذكر سببان مختلفان فلا يؤثر، وأما إذا شهد رجل بالهبة والآخر بالشراء فالشهادة باطلة لأن المدعي يدعي أحد السببين، وبه يكون مكذباً أحد الشاهدين، وليس في واحد منهما شهادة كاملة[4].

---

(١) معين الحكام: ص ١٠٤، وعند المالكية لا تجمع، القول المرتضى ١٧٣ أ.

وقال أبو بكر من الحنابلة تجمع الشهادة على الفعل مع الشهادة على الإقرار به، (انظر: المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٤٠، المغني: ١٠ ص ٢١٧ ط جديدة، المبسوط: ١٦ ص ١٧٣، ١٧٦).

(٢) الفروق، له: ٣ ص ١٧٧ ـ ١٨١.

(٣) مختصر المزني: ٣ ص ٢٦، الحاوي: ٧ ق ٢٠٥ ب، البحر الزخار: ٥ ص ٤١، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٤٢، وتعتبر كل شهادة لوحدها ولا تكمل إلا بيمين مع كل شاهد.

(٤) المبسوط: ١٦ ص ١٥٩، ١٧٢، الاستفادة من كتاب الشهادة: ق ٢٠٦ أ، معين الحكام: ص ١٠٤، جامع الفصولين: ١ ص ١١٨.

هذا في الاختلاف في السبب أما إذا حصل اختلاف بين الشهادتين في مقدار الثمن في السبب بأن شهد أحدهما على بيعٍ بألف، وشهد الآخر على البيع بألف وخمسمائة فلا تكمل الشهادة باتفاق الفقهاء، لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد، والبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة، فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلا يتم النصاب[1]، وذلك لعدم إمكان التوفيق بينهما، لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة.

قال الكاساني: واختلاف الشهادتين في البدل في العقد تبطل بالإجماع، لأن اختلاف البدلين يوجب اختلاف العقدين[2].

واستثنى الإمام أبو حنيفة النكـاح، فإن شهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة فيصح بألف، يعني بأقل المالين، سواء كانت الدعوى من الزوج أو من المرأة، وسواء ادعي الأقل أو الأكثر، لأن التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده، فلا يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد، خلافاً للصاحبين، فعندهما لا يقضي بشيء، لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب، والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة، فتبطل الشهادة كما في البيع لامتناع ثبوت النكاح بإقرار أحدهما[3].

وقال الزيدية إذا اختلفا في قدر العوض فلا تكمل الشهادة إن جهل البائع أو المشتري الأصل، وإلا ثبتت الشهادة وحكم بالأقل إن اتفقا لفظاً ومعنى[4].

الاختلاف في جنس المشهود به:

إذا اختلف الشاهدان في جنس المشهود به أو نوعه فلا تقبل شهادتهما[5]، بأن قال أحدهما إنه مكيل والآخر موزون، أو قال أحدهما سرق دنانير والآخر دراهم، أو ثوباً أبيض والآخر أسود فلا يحكم بشهادتهما، ويجوز أن يحلف المدعي مع أحدهما عند القائلين

---

(١) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣٤، المبسوط: ١٦ ق ١٧٢، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، تحفة الفقهاء: ٣ ص ٥٢٧.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٩.

(٣) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣٩.

(٤) التاج المذهب: ٤ ص ٨٧.

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٧٨، المغني: ٩ ص ٢٤١، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٩، التاج المذهب: ٤ ص ٨٧، البحر الزخار: ٥ ص ٤١.

بالشاهد واليمين، ويثبت له الغرم لا القطع[1].

الغلط والوهم في الشهادة قبل الحكم:

إذا شهد الشهـود بحق على شخص ثم قالوا بعد الشهادة وقبل الحكم بها وهمنا، فإن الحق على هذا الشخص وليس على ذلك، تسقط الشهادات لاعترافهم بأنهم شهدوا على الوهم والشك، وثبوت عدم عدالتهم في الثانية[2].

وقال الحنفية ولو شهد عدل ثم قال من نفسه في مجلس القضاء: أو همت وأخطأت بعض شهادتي، ولا تناقض بين شهادتيه، قبلت شهادته بجميـع ما شهد به لو كان عدلاً ولو بعد القضاء وعليه الفتوى[3].

وقال الحنفية: ولو شهدا بألف وقال أحدهما: قضاه منها خمسمائة تقبل بألف، ولم يسمع أنه قضاه إلا أن يشهد معه آخر لأنهما اتفقا على وجوب الألف فتقبل، وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم النصاب، وعند أبي يوسف ومحمد يقضي بخمسمائة فقط لاعتبار المعنى[4].

وقال الحنابلة تبطل شهادته نص على ذلك، أما إذا شهدا أنه أقرضه ألفاً ثم قال أحدهما قضاه خمسمائة فشهادتهما صحيحة بالألف، ويتخرج منه في التي قبلها[5].

وقال المالكية: إذا شهد الشاهد، ثم زاد في شهادته أو نقص منها، فإن كان بارزاً في العدالة قبلت شهادته، وإن لم يكن مبرزاً فلا تقبل[6]، وكذلك قال الحنابلة: إذا غيّر العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته، وبهذا قال أبو حنيفة والثوري، وسليمان بن حبيب المحاربي واسحاق، وقال الزهري: لا تقبل شهادته الأولى ولا الآخرة[7].

---

(١) شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٣٩، التاج المذهب: ٤ ص ٨٧، البحر الزخار: ٥ ص ٤١.

(٢) شرح الخرشي: ٧ ص ٢٢٠، الشرح الكبير: ٤ ص ٢٠٦، منح الجليل: ٤ ص ٢٨٧.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٥ ص ٤٨٨.

(٤) تبيين الحقائق: ٤ ص ٢٣٢.

(٥) المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٤٢، المغني: ١٠ ص ٢٣٥ ف ٨٥١٠ ط القاهرة.

(٦) منح الجليل، الشيخ عليش: ٤ ص ٢٢٤.

(٧) المغني: جـ ١٠ ص ٢٣٤ ط القاهرة.

وإذا كان الشاهد ناسياً ثم تذكر وشهد ثانياً فشهادته صحيحة بشرط أن يكون مبرزاً في العدالة كالزائد والناقص[1].

الرجوع عن الإقرار في القانون:

سار القانون مع الشريعة الغراء في عدم جواز الرجوع عن الإقرار لأن المرء مؤاخذ بإقراره، نصت (المادة ٩٩ ف ٢) من قانون البينات السوري على ما يلي: ولا يصح الرجوع عن الإقرار إلا لخطأ في الواقع على أن يثبت المقر ذلك.

ويلاحظ أنه يستثنى من عدم جواز الرجوع عن الإقرار الخطأ في الواقع فيصح الرجوع عن الإقرار إذا ثبت الخطأ المادي، وإذا كان الرجوع عن الإقرار لا يجوز فلا يشمل الاستثناء إذا كان متصلاً فإنه يصح[2].

ولم يرد نص في قانون الإثبات المصري الجديد لعام ١٩٦٨ في ذلك، ولكن شراح القانون تعرضوا لذلك وبينوا أنه متى صدر الإقرار في مجلس القضاء فلا يجوز للمقر أن يعدل عنه ولو قَبْل قبول المقَر له الإقرار، بأن يدعي أنه كان كاذباً في إقراره، ولكن يجوز له أن يتمسك ببطلان إقراره أو يطلب إبطاله لمبرر كالسكر والإكراه والغلط[3].

كما نظم القانون طرق الطعن بالتزوير في المحررات الرسمية والعرفية، فإذا طعن المدعى عليه بالتزوير وأثبته فتبطل حجية المحررات ويحكم على المزوِّر بالعقوبات، وكذا إنكار التوقيع أو الخط، وهذا بحث طويل ومتسع في القانون[4].

وأما الرجوع عن الشهادة فيبحثه شراح القانون في شهادة الزور من الناحيتين الجزائية والمدنية[5].

الاختلاف في الشهادة في القانون:

منع القانون العبري من الحكم بالشهادة إذا اختلفت عن بعضها كما يمنع الحكم عند

---

(١) فتح العلي المالك، عليش: ٢ ص ٣٠٨.

(٢) أصول المحاكمات، أنطاكي: ص ٦٠٧.

(٣) موجز أصول الإثبات، مرقس: ص ١٢٣.

(٤) موجز أصول الإثبات: ص ٩٢ وما بعدها، الإثبات: الصدة: ص ١١٤، المواد ٤٩ ـ ٥٩ إثبات مصري.

(٥) نظرية الإثبات، المؤمن: ٢ ص ٣٤٩، ٣٥١، وانظر: المادتين: ٢٩٧، ٢٩٨ من قانون العقوبات المصري اللتين تنصان على عقوبة شاهد الزور.

تعمد الكذب والزور، ولا يوجه اليمين إلى الشهود[1].

نصت (المادة ٦٠) منه على ما يلي:

«إذا رأى القضاة من شهادة شهود الطرفين اختلافاً بيناً لايمكن حمله على السهو والنسيان أو سوء التفاهم فلا يجوز تحليف الشهود اليمين، وإذا رأوا من الشهود تعمد الكذب والزور رفضوا شهادتهم ولا يحلفونهم كي لا يلزمهم إثم اليمين الفاجرة».

ولا يرد مبحث الاختلاف بين الشهادتين في القانون لأن القانون لا يشترط النصاب أصلاً، وإذا تعارضت واختلفت الشهادتان من شاهدين فالحكم يرجع إلى القاضي في تكوين قناعته بإحداهما دون الأخرى.

الطعن في الشهادة:

أجاز القانون العبري الطعن في الشهادة وتجريح الشهود ونص القانون في (المادة ٥٢) أن أسباب تجريح الشهود كأسباب تجريح القاضي[2] وجاء في (المادة ٣١) منه:

يجوز اختصام القاضي:

١ - إذا كان قريباً للمتهم أو لأحد الطرفين قرابة بعيدة أو قريبة.
٢ - إذا حكم أحد الطرفين على القاضي فيما سبق.
٣ - إذا كان القاضي دائناً أو مديناً لأحدهما.
٤ - إذا ذمَّ أو أثنى أحد الطرفين عليه.
٥ - إذا كان أحدهما تحت مباشرته أو رئاسته.
٦ - إذا شهد لأحدهما أو عليهما سابقاً.
٧ - صداقته أو إلفة عظيمة.
٨ - إذا كان ساكناً مع أحدهما.
٩ - إذا نزل ضيفاً أو أحد أقاربه عند أحدهما.
١٠ - إذا كان معلماً أو تلميذاً أو قريناً في التعلم لأحدهما.
١١ - إذا علم النزاع أو الخصومة قبل الجلسة من أحدهما.

---

(١) المقارنات والمقابلات: ص ٦٢.

(٢) المقارنات والمقابلات: ص ٤١.

الفصل الخامس
في
التعارض والترجيح

إن موضوع التعارض والترجيح في وسائل الإثبات ذو أهمية عظيمة في مجال القضاء، لأن القاضي يقف أمام شخصين، كل منهما يدعي الحق، ويدعم قوله بالحجة والبرهان والدليل، فإذا أراد أن يحكم لأحدهما بحجته برزت حجة الآخر ودليله حائلاً دون ذلك، فيخرج النزاع من صورته الأولى على المدعى به، إلى صورة ثانية وهي النظر في الأدلة المتعارضة لفحصها والتأمل فيها والحكم عليها، ومما يزيد الأمر تعقيداً أن معظم الأدلة ظنية، وأنها تعتمد في غالب الأحيان على جوانب شخصية يمكن التأثير عليها، وقد تكون كلتا البينتين صحيحتين في الواقع، ولكن هناك فارقاً زمنياً بينهما بأن يكون المدعى به ملك فلان ثم صار ملك الآخر، وهذا يحتاج إلى كدّ الذهن وشحذ الهمم وإمعان النظر والتفكر للوصول إلى الحقيقة، وعدم الاقتصار على ظاهر الأمر، ولذلك فقد وضع الفقهاء القواعد والأسس في تعارض البينات وترجيحها، وبينوا طرق الترجيح إجمالاً، وتعرضوا لها مفصلة في أبواب الفقه، فذكروا البينة الراجحة عند الاختلاف في الأحكام الفرعية كالبينة الراجحة في النكاح، وفي البيوع والشهادات والشركة وغيرها[1].

وموضوع التعارض والترجيح يحتل مكاناً عالياً في كتب الفقه من جهة وفي كتب الأصول من جهة ثانية مع الفارق بينهما، وهو أن التعارض في كتب الفقه هو تعارض بين وسائل الإثبات أو المرجحات الأولية، أما التعارض في كتب الأصول فهو تعارض في أدلة الأحكام التي

---

(١) نظراً لأهمية التعارض والترجيح فقد افردها بعض العلماء بالتأليف، منها كتاب: ترجيح البينات لخصالي زاده، وكتاب ترجيح البينات للمولي وان قولي، والكتابان مخطوطان بدار الكتب المصرية، الأول برقم ١٦٤٧ فقه حنفي والثاني برقم ٦١ م مجاميع فقه حنفي، وكتاب ملجأ القضاة عند تعارض البينات لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي (٩١ صفحة) مخطوط بدار الكتب الظاهرية بدمشق رقم ق ٤٢٥، وفي جامعة القاهرة برقم ١٧٢٨٢، ورسالة في ترجيح البينات، ضمن مجموعة في جامعة القاهرة برقم ٢١٢٧٩، وكتاب الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة للشيخ محمود حمزة مفتي الشام عام ١٢٩٠ هـ.

يدرسها المجتهد ليستنبط منها الأحكام الشرعية[1]، كما أن التعارض في أصول الفقه تعارض ظاهري بحسب ما يظهر للمجتهد عند النظر في الأدلة، ولكنه في الواقع وحقيقة الأمر غير موجود، لأنه لا يعقل وجود تعارض بين الأدلة الشرعية الصحيحة، لأنها من عند الله تعالى الذي أحكم كل شيء خلقه، فلا تعارض في الشريعة، وإنما تسير الأحكام الشرعية على أساس واحد ومنهج قويم لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، ولو كان الكتاب العزيز من عند غير الله لوجد فيه التعارض والاختلاف والتناقض، قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافاً كَثِيراً﴾ سورة النساء، الآية ٨٢.

فالقاضي أمام تعددٍ لوسائل الإثبات المقدمة في إثبات المدعى به من المتنازعين سواء أكان أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه أم كان كل منهما مدعياً، وحالات التعارض كثيرة وأحكامها متشعبة، وقد اختلف الفقهاء فيها، كما اختلفوا في طرق الترجيح، ونقتصر في البحث على التعارض والترجيح في الفقه، أما تعارض الأدلة فمحله كتب الأصول.

وسنعرض هذه الحالات في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: في التعارض بين وسائل الإثبات وشروطه وحكمه.

المبحث الثاني: في الجمع والترجيح.

المبحث الثالث: تعذر الترجيح، وموقف القاضي من ذلك.

المبحث الأول
في
التعارض بين وسائل الإثبات وشروطه وحكمه

التعارض لغة: التقابُل والتمانُع والتعادل، من اعترض الشيء: صار له عارضاً كالخشبة المعترضة في النهر[2].

---

(١) انظر التوضيح على التنقيح: ٣ ص ٤٣ ـ ٦٢، المدخل لابن بدران: ص ١٩٦، بحث في التعارض والترجيح لفضيلة الشيخ العميد محمد حسن فايد.

(٢) عرض الشيء يعرض واعترض انتصب ومنع وصار عارضاً كالخشبة المنتصبة في النهر والطريق ونحوها تمنع السالكين سلوكها، ويقال اعترض الشيء دونه أي حال دونه واعترض الشيء تكلفه، وقد عرض عارض أي حال حائل ومنع =

وعرف التهانوي التعارض بين البينتين فقال:

«وتعارض البينتين اختلافهما بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى حيث لا يمكن الجمع بينهما فتتساقطان»[1].

وعرفه ابن عرفة فقال: «تعارض البينتين اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى»[2].

فالتعارض بين البينات هو أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر، بحيث لو انفرد دليل أحدهما لحكم له به.

أنواع التعارض:

والتعارض إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون سلبياً.

التعارض الإيجابي: هو أن تلتقي وسيلتان من وسائل الإثبات على أمر واحد بحيث تثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، وذلك بأن يكون محل الإثبات واحداً والجهة واحدة، وإنما يأتي التعارض من اختلاف طبيعة كل وسيلة عن الأخرى، بأن يجتمع الإقرار والبينةعلى شيءٍ واحد، مثاله: إذا أقر المدعي عليه بعد إقامة البينة عليه، فقد اجتمع الإقرار والبينة، واختلف الفقهاء في ذلك هل يقضى عليه بالبينة أم يقضى عليه بالإقرار؟.

قال بعض الفقهاء: يقضى عليه بالبينة لأنه بإنكاره وإقامة البينة عليه استحق المدعي الحكم له عليه، فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق، ولأن زيادة التعدي (تعدي الشهادة إلى الكافة) الثابتة بالبرهان حقُه فلا يؤثر فيه الإقرار اللاحق في بطلانه (لأن الإقرار حجة قاصرة).

= مانع، وكل مانع منعك من شغل وغيره من الأمراض فهو عارض، وأعترضه قابله بنفسه، وعارض فلاناً ناقضه في كلامه وقاومه، واعترض عليه أنكر قوله أو فعله ،وتعارضا: عارض أحدهما الآخر، وعارضه بمثل ما صنع أي اثبت له بمثل ما اتى، وعارضت كتابي بكتابه قابلته، وفي الحديث: «إن في المعاريض لمندوحةً عن الكذب» أي سعة، وهو حديث مرفوع عن عمران بن حصين واعترض لي عارض أي مانع يمنع من المضي، ومنه اعتراضاتالفقهاء، لأنها تمنع من التمسك بالدليل، وتعارض البينات لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها (انظر: المصباح المنير: ٢ ص ٥٥٢، أساس البلاغة: ص ٦٢٢، الصحاح: ٣ ص ١٠٨٤، ١٠٨٨، لسان العرب: ٧ ص ١٦٨، ١٧٩، المعجم الوسيط: ٢ ص ٥٩٩، ٦٠٠، النهاية، ابن الأثير: ٣ ص ٢١).

(١) كشاف اصطلاحات الفنون: ١ ص ٩٩٠.

(٢) البينتان هما الشهادتان، وعبر بالبينة لأنها وردت في حديث «أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في دابة ليس لواحد منهما بينة، فقضى بينهما نصفين»، (أنظر: شرح حدود ابن عرفة، الرصاع: ص ٤٦٥).

وقال الشافعية: يقضى بالإقرار لأن البينة تسمع عند عدمه، فحيث وجد لم تكن للبينة حاجة فلا يلتفت إليها، ولأنه حجة بنفسه والبينة لا تكون حجة إلا باتصال القضاء بها فهو أقوى منها، والعمل بالأقوى واجب، وقال الماوردي الشافعي: يعتبر الأسبق منهما. قال الخطيب الشربيني: إن المعول على البينة حيث وجدت[1].

التعارض السلبي: وهو تعارض البينتين بحيث تشتمل كل منهما على ما ينافي الأخرى، وتكون البينة الأولى تناقض الأخرى بالايجاب والسلب في محل واحد، وهذا مناط البحث.

شروط التعارض:

يشترط في تعارض البينتين ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون التعارض بين بينتين كاملتين، لأن التعارض لا يتحقق في الشهادة مثلا إلا مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو[2]، فلا تعارض بين بينة كاملة وبينة ناقصة؛ لأن التعارض يعتمد على المساواة، كما أنه لا تعارض بين بينتين ناقصتين كما إذا حصل تعارض بين شاهد وشاهد أو اختلاف في شهادة الأول عن شهادة الثاني، لأن التعارض يقع بين بينتين كل منهما توجب الحكم عند زوال الأخرى، ولا تعارض مع المرجحات الأولية التي سبق ذكرها في عبء الإثبات، لأن هذه المرجحات لا يعمل بها عند وجود وسيلة للاثبات، لاتفاق الفقهاء على ترجيح وسائل الاثبات على المرجحات الأولية[3].

الشرط الثاني: أن يكون التعارض بين بينتين لا يمكن الجمع بينهما، لتحقق التنافي بينهما بأن تكون كل منهما على محل واحد، وفي وقت واحد، وتكون إحداهما مثبتة الحق لشخص، والأخرى تنفيه عنه وتثبته لآخر، فإذا أمكن الجمع بينهما، فلا تعارض كبينة الملك وبينة الحوز، لأن الحوز يكون عن ملك وعن غيره فيعمل بهما معا ويحكم لصاحب بينة الملك

---

(١) مغني المحتاج: ٤ ص ١٥٠، ٤٠٣، الأصول القضائية: ص ١٤٤، وانظر: تفصيل ذلك في بحث سماع البينة بعد الإقرار: ص ٢٥٦، وفي فصل قوة الإثبات.

(٢) المغني: ٩ ص ٢٦٥، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٢٤.

(٣) قال القرافي: يقع التعارض في الشرع بين أصلين وظاهرين وأصل وظاهر ودليلين وبينتين، ويختلف العلماء أيهما يقدم. (الذخيرة، له: ٥ ص ٦ مخطوطة بدار الكتب (ب ١٩٧٨٣)، وانظر: قواعد الأحكام، للعز: ٢ ص ٥٢ وما بعدها.

مع إمكان الجميع بين البينتين[1].

وليس من السهل التأكد من إمكان الجمع بين البينتين، ولذلك تظهر البينات متعارضة في الظاهر، ويبحثها الفقيه أو القاضي، وتدخل في بحث التعارض والترجيح، فإذا أمكن الجمع بينها فقد زال التعارض[2].

الشرط الثالث: أن تكون البينات المتعارضة في قوة واحدة، فإذا كانت إحداهما أقوى من الأخرى فلا تعارض، وتقدم البينة الأقوى، مثاله الشهادة وعلم القاضي، فالشهادة تفيد الظن، وعلم القاضي يفيد اليقين والقطع، والقطع أقوى من الظن، ولذلك قال الفقهاء لا يحكم القاضي بخلاف علمه باتفاق، ولا يقبل الجرح والتعديل في الشهود إذا خالف علمه[3]، وكذلك الشهادة والقرائن فتقدم الشهادة على القرينة إلا إذا كانت قاطعة.

والفقهاء مختلفون في الحكم على قوة كل بينة، وهل هي تساوي الأخرى أم لا، كالشاهدين والشاهد والمرأتين والشاهد واليمين، وهكذا، ولذلك يبحث الفقهاء هذه الأمور في التعارض والترجيح أيضا لاختلافهم في الحجة القوية والحجة الضعيفة، وسوف نرى ذلك في الترجيح بقوة الحجة.

حالات التعارض:

يقع التعارض بين البينات في صور كثيرة وذلك كالتعارض بين الإقرار والإقرار، والتعارض بين الأدلة الخطية مع بعضها، أو بين الأدلة الخطية والإقرار أو بينها وبين الشهادة، والتعارض بين الشهادات وهو أهم حالات التعارض، وهو المقصود في اصطلاح الفقهاء عند الاطلاق.

حكم التعارض:

إذا ظهر التعارض بين البينات فقد اختلف الفقهاء في موقف القاضي من ذلك على

---

(١) تسهيل الوصول: ص ٢٤١.

(٢) مواهب الجليل: ٦ ص ٢١٠، الخرشي: ٧ ص ٢٣١، الطريقة الواضحة الى البينة الراجحة: ص ٢٣١، الطريقة المرضية، جعيط: ص ٦٨، بحث في التعارض والترجيح، العميد فايد: ص ٤، أصول الإثبات الجعفري: ص ١٠٤.

(٣) قال العز بن عبد السلام: فإن قيل لم رجعتم في الجرح والتعديل إلى علم الحاكم؟ قلنا: لو لم نرجع إليه في التفسيق لنفذنا حكمه بشهادة من أقرأنه لا يصلح للشهادة، وإقراره بفسق الشاهد يقتضي ابطال كل حكم ينبني على شهادته.. فإن قيل: لم حرمتم على الحاكم ألا يحكم بخلاف علمه؟ قلنا: لأنه لو حكم بخلاف علمه لكان قاطعا ببطلان حكمه، والحكم على الباطل محرم في كل ملة.. (قواعد الأحكام: ٢ ص ٣٧)، وانظر: فصل القضاء بعلم القاضي، بحث في التعارض والترجيح: ص ٦ شرح التحرير وحاشية الشرقاوي: ٢ ص ٤٩٥.

قولين:

القول الأول: إذا تعارضت البينات في الدعوى فيلجأ القاضي أولا إلى الترجيح فإن تعذر الترجيح فيجمع بينها.

ذهب إلى ذلك الحنفية جريا مع قواعدهم في تعارض الأدلة في أصول الفقه في الترجيح ثم الجمع[1].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ - البينة حجة في الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في الأحكام فيعمل به[2].

٢ - إذا ترجح أحد الدليلين على الآخر فلا تتحقق المعارضة أصلا ولا ترجيح، لأن الترجيح مبني على التعارض، والتعارض مبني على التماثل، وعند الترجيح فلا تماثل ولا تعارض، وإنما يعمل بالأقوى ويترك الأضعف لكونه في حكم العدم بالنسبة إلى الأقوى[3].

ويعترض عليه بأن التعارض إنما هو من حيث الظاهر، وقد تحقق التعارض بين الأقوى والأضعف من حيث الظاهر، وإذا زال التعارض الظاهري بقي معنا دليلان صحيحان، يجب العمل بهما معا، ولا يجوز العمل بأحدهما، وإهمال الآخر

٣ - يجب العمل بالراجح وإن ترك الراجح خلاف المعقول والإجماع[4].

ويعترض عليه أن العمل بالراجح الحقيقي واجب عقلا، ولا يصح تركه، أما في التعارض الظاهري فلا ترجيح وإنما يجب اعتبار الاثنين معا.

القول الثاني: إذا تعارضت البينات في الدعوى فيلجأ القاضي إلى الجمع بينها، فإن تعذر الجمع لجأ القاضي إلى الترجيح.

---

(١) قال نظام الدين الأنصاري: وإلا (يعلم المتقدم منهما) فالترجيح إن أمكن، ويعمل بالراجح لأن ترك الراجح خلاف المعقول والإجماع، وإلا فالجمع بقدر الإمكان للضرورة، وإن لم يمكن الجمع تساقطا، (فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت: ٢ ص ١٨٩)، وقال الكاساني: وأما حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين . . . . فالاصل أن البينتين إذا تعارضتا . . . فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح . . وإن تعذر الترجيح فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه (الجمع) وجب العمل به، وان تعذر العمل بهما أصلا سقط اعتبارهما وألحقا بالعدم إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة (البدائع: ٦ ص ٢٣٦)، وانظر: التلويح على التوضيح: ٣ ص ٣٩ ط الخشاب.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٢، الطريقة الواضحة: ص ٥١.

(٣) التلويح على التوضيح: ٣ ص ٣٩ ط الخشاب.

(٤) فواتح الرحموت: ٢ ص ١٨٩، بحث في التعارض والترجيح: ص ٢٨.

ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء في المذاهب الأخرى، جريا مع قواعدهم في تعارض الأدلة في أصول الفقه في الجمع ثم الترجيح[1].

واستدلوا على ذلك بأن العمل بالدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر، لأن الأصل في الدليلين إعمالهما، فإن تعذر إعمالهما فنعمل بالراجح.

والراجح القول الثاني، لأن التعارض ظاهري فإذا أمكن رفع التعارض ظهر أمامنا بينتان صحيحتان كل منها توفرت فيها الشروط وانتفت الموانع فيجب العمل بها، ولا يصح تركها بلا مسوغ، وقد أمكن إعمال كل منهما فوجب الجمع أولا ،ولأن الواجب أن تحمل البينات على السلامة ويعمل بها معا ويحكم بالصحة، فإن تعذر الجمع وتحقق التعارض من كل وجه، وأثبتت كل منهما ما تنفيه الأخرى فنلجأ إلى الترجيح.

وتختلف صور الجمع بين البينات، كما أن طرق الترجيح كثيرة جدا، وتختلف من حالة إلى أخرى، ولذلك ندرسها في المبحث التالي.

* * *

(١) قال ابن فرحون: إذا تعارضت البينتان وأمكن الجمع بينهما جمع وإن لم يمكن رجع إلى الترجيح إن أمكن، والترجيح يحصل بوجوه، (تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩، ٣١١) ، وقال الدردير: وإن أمكن الجمع بين البينتين المتعارضتين جمع ، أي وجب الجمع بينهما وإن لم يمكن الجمع بينهما رجح أي وجب على الحاكم أن يرجح بينهما (الشرح الكبير: ٤ ص ٢١٩) وانظر: مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، الوجيز: ٢ ص ١٦١، الخرشي: ٧ ص ٢٢٩، مواهب الجليل: ٦ ص ٢٠٧، منح الجليل: ٤ ص ٣١٦، المجموع: ٢ ص ٣٤٥، القواعد ، ابن رجب: ص ٣٦٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٣٧، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٨، المغني : ١٠ ص ٢٤٥ ط القاهرة، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٢٤، المختصر النافع: ص ٢٨٥، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٠٠، التاج المذهب: ٤ ص٩٣،٩٥،٩٦، تسهيل الوصول: ص ٢٤٢، حاشية العطار على جمع الجوامع : ٢ ص ٤٠٤، المستصفي : ٢ ص ٣٧٨، علم أصول الفقه، خلاف: ٢٢٩ ط الكويت، الاحكام في أصول الاحكام، ابن حزم: ١ ص ١٦١، تعارض النصوص الشرعية، عيسى زهران: ص ٣٣٩، ٣٦٣ وما بعدهما.

المبحث الثاني
في
الجمع والترجيح

المطلب الأول
في
الجمع بين البينات

اتفق الفقهاء على جواز الجمع بين البينات سواء أكان الجمع بعد اشتباه التعارض الظاهري كما يقول الجمهور أم بعد تعذر الترجيح بينها كما يقول الحنفية.

والجمع بين البينات هو التوفيق بينها[1]، وذلك بإعمال كل منهما فيما أثبتته من كل وجه إذا أمكن، فإن تعذر العمل بها من كل وجه وأمكن العمل بها من وجه وجب العمل بها، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان[2].

وقال الحنفية: إن القسمة هي إعمال للبينات من وجه دون وجه، ولذلك يشترط في العمل بالدليلين أن يكون المحل يقبل ذلك وإلا فلا يجمع، كالاختلاف في نكاح امرأة فإذا برهن الاثنان على نكاحها تهاترت البينتان لتعذر العمل بهما، لأن المحل لا يقبل الاشتراك، وإذا تهاترت البينتان فرق القاضي بينهما حيث لا مرجح، ولاشيء عليهما، أما إذابرهنا بعد موتها، فإنه يقضي بالنكاح بينهما، وعلى كل واحد منهما نصف المهر،وهما يرثان ميراث زوج

---

(١) الجمع هو التوفيق، والتوفيق لغة جعل الأسبابمتوافقة للمطلوب ،أي متوافقة للحصول والتأدي إلى المسبب، (انظر: كشاف اصطلاحات الفنون: ٢ ص ١٥٠١).

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٢، تدريب الراوي: ٢ ص ١٩٧ ط ثانية، ت عبد الوهاب عبد اللطيف.

واحد، وإن جاءت بولد يرث منهما ويرثان منه عند الحنفية[1].

وإذا أمكن الجمع بين البينات فلا تعارض بينها، كبينة شهدت للمدعي بالملك، وأخرى شهدت للمدعى عليه بالحوز، لأن الحوز يكون عن ملك وغيره فيعمل بهما معاً، ويقضى لذي بينة الملك، وكذا إذا شهدت بينة أنه أسلمه هذا الثوب في مائه أردب، وشهدت أخرى أنه أسلمه ثوبين غيره في مائة لزمه الأثواب الثلاثة في مائتين، ويحملان على أنهما سلمان[2]، وكما إذا شهدت بينة أنه طلق الكبرى وشهدت أخرى أنه طلق الصغرى، فإنه يجمع بينهما ويقع طلاق الاثنتين[3].

ويمكن الجمع بين البينات بأن نحمل كلا منها على جهة، كأن يتنازع اثنان دارا وكل منهما يضع يده على نصفها، وأقام كل منهما بينة على ملكيته لكامل الدار فإنه يقضى لكل منهما بما في يد الآخر.

المطلب الثاني
في
الترجيح

تعريف الترجيح:

الترجيح في اللغة: التفضيل والتقوية والميل[4].

وفي الاصطلاح: عرفه الجرجاني بقوله: «هو إثبات مرتبة في أحد الدليلين على

---

(١) البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٥ ـ ٢٣٧، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٦، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٧٣.

(٢) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩، الخرشي: ٧ ص ٢٢٩، الطريقة المرضية: ص ٦٨، فتح العلي المالك: ٢ ص ٢٠٨، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٩، منح الجليل: ٤ ص ٣١٦، المجموع: ٢ ص ٣٤٥، المغني: ١٠ ص ٢٤٨، م ٨٥٣٨.

(٣) مواهب الجليل: ٦ ص ٢٠٨.

(٤) رجح الشيء رجوحاً ورجحاناً ورجاحة نقل، ويقال رجحت إحدى الكفتين الأخرى: مالت بالموزون، رجحه: أرجحه، فضله وقوّاه، ترجّح مال، رجح الميزان يرجَح ويرجُح ويرجِح رجحاناً أي مال، رجح الشيء بيده وزنه، وأرجح الميزان أثقله حتى مال، وأرجحت لفلان ورجحت ترجيحاً إذا أعطيته راجحاً، وأرجح أعطى راجحاً، واستعمال الرجحان =

الآخر[1].

وعرفه التهانوي بقوله: هو جعل الشيء راجحاً أي فاضلاً غالباً زائداً، ويطلق مجازاً على اعتقاد الرجحان، وفي اصطلاح الأصوليين هو بيان الراجح وإثباته، والرجحان زيادة أحد المثلين المتعارضين على الآخر وضعاً ومعنى، قولهم وضعاً أن الترجيح يقع بما لا عبرة له في المعارضة ـ فكان بمنزلة الوصف التابع للمزيد عليه. . وخرج بهذا القيد الترجيح بكثرة الأدلة كحديث وقياس، وحديثان أو قياسان، وإن ذهب إليه بعض أصحاب الشافعي وأبي حنيفة[2].

واتفق الفقهاء على ترجيح احدى البينات على الأخرى عند التعارض بينهما، ويطبق الترجيح سواء أكان التعارض بين البينات أصلياً كتعارض بينة المدعي وبينة المدعى عليه عند الجمهور الذين يقبلون البينة من المدعى عليه، أم كان التعارض غير أصلي، وإنما هو تعارض مفترض شكلي كتعارض بينة المدعى عليه لبينة المدعي عند الحنفية والحنابلة، فإنهم لا يقبلون بينة المدعى عليه أصلاً، ولا يسمحون له بتقديم البينة، لأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر[3]، ومع ذلك فكثيراً ما يشتبه المدعي والمدعى عليه أو يكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه فيحق لكل منهما تقديم البينة فتتعارض البينتان.

وطرق الترجيح لا تدخل تحت حصر، وتختلف باختلاف الدعوى وموضوعها، فطرق الترجيح في الأموال كثيرة، ومنها الترجيح باليد أو بعدم اليد وبالنتاج، وطرق الترجيح في النكاح كثيرة، ومنها التاريخ أو الدخول أو الإقرار مع إحداها، وطرق الترجيح في النسب كثيرة، ومنها القيافة، وطرق الترجيح في العقود كثيرة، ومنها التاريخ والتفصيل وذكر السبب والقبض وهكذا[4].

= حقيقة إنما هو في الأعيان الجوهرية، ثم استعمل في المعاني مجازاً. (انظر: المعجم الوسيط: ١ ص ٣٢٩، الصحاح: ١ ص ٣٦٤).

(١) التعريفات، له: ص ٣٨.

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون: ١ ص ٥٣٩، المدخل، ابن بدران: ص ١٩٧.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٢، الطريقة الواضحة: ص ٥١، المغني: ١٠ ص ٢٤٥ ط القاهرة، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٨.

(٤) البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٧، الهداية وتكلمة فتح القدير: ٦ ص ٢١٩، ترجيح البينات، خصالي: ق ١ ب، الطريقة الواضحة: ص ١٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩، الخرشي: ٧ ص ٢٢٩، الطريقة المرضية: ص ٦٨، الفروق: ٤ ص ٦٢، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢١٩، مواهب الجليل: ٦ ص ٢٠٧، القول المرتضى: ق ١٧٦ أ، شرح المحلى: ٤ ص ٣٤٦، الوجيز: ٢ ص ١٦١، ١٦٢، المغني: ١٠ ص ٢٤٥ ط القاهرة، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٢٤، المختصر النافع: ص ٢٨٥، التاج المذهب: ٤ ص ٩٣، ٩٥.

وإن بعض طرق الترجيح تستعمل في جميع الحالات وباختلاف الدعاوى كالترجيح بقوة الدليل، وذلك لأن سبب الترجيح قائم في البينة ذاتها، وبعض الطرق يستعمل في حالات دون أخرى، أو في حقوق دون أخرى.

ويمكننا أن نعدد على سبيل المثال أهم طرق الترجيح وهي الترجيح باليد والتاريخ والنتاج والسبب الأقوى والخارج والزيادة في الإثبات، وزيادة العلم وقوة الحجة والعدالة، كما ترجح بينة الأصالة والصحة والطوع والرشد والعسر والعدالة والحرية على بينة الفرع والمرض والإكراه والسفه واليسر والجرحة والرق[1].

وقد يتفق الفقهاء على اعتبار أحد الأسباب مرجحاً ويتخذون منه مبدأ في الترجيح، ولكنهم يختلفون في اعتباره أصلاً، وغيره تبعاً أو فرعاً أو استثناء، مثال ذلك الترجيح باليد وترجيح بينة الخارج، فقال بهما جميع الفقهاء، غير أن الحنفية والحنابلة ومن معهم يقولون إن ترجيح بينة الخارج هو الأصل، وعند التعذر فيرجح باليد، وقال المالكية والشافعية والحنابلة في وجه: إن ترجيح بينة ذي اليد هو الأصل، وعند التعذر ترجح بينة الخارج، كما سنرى تفصيله في الترجيح باليد، ومثل الترجيح بالتاريخ فقال به جميع الفقهاء، ثم اختلفوا في الحالات والصور التي يعتمد فيها كل مذهب على الترجيح بالتاريخ الأسبق أو اللاحق أو البينة المؤرخة على غيرها أو العكس.

ونستعرض بعض المرجحات التي اختلف فيها الفقهاء، ونفردها بالبحث والدراسة والمناقشة نظراً لأهميتها وشهرة الخلاف فيها وهي الترجيح بزيادة العدد، والترجيح بقوة الحجة، والترجيح بالعدالة، والترجيح باليد.

أولاً ـ الترجيح بزيادة العدد:

إذا تعارضت البينتان، وكانت إحداهما تزيد في عدد الشهود عن الأخرى فإن زيادة العدد يتحقق في ثلاث صور وهي:

١ ـ أن يبلغ عدد الشهود حد التواتر في إحدى البينات دون الأخرى فتترجح البينة الأولى بزيادة العدد باتفاق، لأن التواتر يفيد العلم واليقين فيترجح على الظن باتفاق.

٢ ـ أن يبلغ عدد الشهود حد التواتر في البينتين، ويزيد عدد إحداهما على الأخرى، فلا ترجح الأولى بزيادة العدد باتفاق، لأن كلا منهما يفيد العلم القطعي، فيتحقق التعارض بينهما.

---

(١) المراجع السابقة.

لأنهما بقوة واحدة، والعدد لا يزيد العلم القطعي عن غيره، وهذه الصورة لا يمكن وقوعها كما يقول علماء الأصول لأنها تؤدي إلى التنافي[1].

٣ ـ أن يكون عدد الشهود في كل منهما أقل من حد التواتر، وزاد العدد في إحداها عن الأخرى، وقد اختلف الفقهاء في الترجيح بزيادة العدد فيها على قولين[2].

القول الأول: أن البينة لا ترجح بزيادة العدد، فإذا كانت بينة الأول شاهدين وبينة الثاني ثلاثة شهود أو أربعة فالشهادتان متعارضتان، ولا ترجح إحداهما على الأخرى، ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة في المشهور والمالكية في المشهور والزيدية والإباضية في قول[3].

واستدلوا على ذلك بثلاثة أدلة:

أولاً ـ أن الترجيح يكون بقوة الدليل لا بكثرته، والترجيح يكون بتابع لا بمستقل بالتأثير، فالكثرة لا تصلح للترجيح، ولذلك لا ترجح الآية بالآية ولا الخبر بالخبر، وإنما يرجح بقوة فيه بأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً، فالقوة وصف في المتواتر، وكل دليل مستقل بإيجاب الحكم يعارض كل دليل من الجانب الآخر، ولو كان متعدداً ويسقط الكل عند عدم المرجح أو يستعملات معاً على الخلاف في ذلك[4].

ثانياً ـ أن الشارع الحكيم حدّد نصاب الشهادة الموجب للحكم، فشهادة الاثنين علة كاملة موجبة للحكم، وكذلك الأكثر من إثنين، فالكثرة لا تصلح للترجيح[5].

---

(١) بحث في التعارض والترجيح: ص ٥، ٥٦، يقول العطار: ويمتنع تعادل القطعيين أي تقابلهما بأن يدل كل منهما على ما ينافي ما يدل عليه الآخر إذ لوجاز ذلك لثبت مدلوهما فيجتمع المتنافيان (حاشية العطار: ٢ ص ٤٠٠).

(٢) روي ابن قدامة قولاً ثالثاً عن الأوزاعي وهو العمل بالشهادتين، ويقسم المدعى به على عدد الشهود، فإذا شهد لأحدهما شاهدان، وللآخر أربعة شهود قسمت العين بينهما أثلاثاً، لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها، ورواه الخطابي عن الشعبي بينما نقل عن الأوزاعي الترجيح بكثرة العدد، (أنظر: المغني: ٩ ص ٢٨٢، البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٨، معالم السنن: ٥ ص ٢٣٣)، ويفهم من هذا القول عدم الترجيح بكثرة العدد وتحقق التعارض في ذلك، ثم يحل التعارض بالقسمة على عدد الشهود.

(٣) المغني: ٩ ص ٢٨٢، الدر المنتقى، ومجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨٠، البحر الرائق: ٧ ص ٢٤٦، الخرشي: ٧ ص ٢٣٠، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٠، المجموع للأمير: ٢ ص ٣٤٦، القول المرتضى: ق ٧٨ نمرة ٧٢، الوجيز ٢ ص ١٦١، المحلى: ٩ ص ٤٣٨، شرح النيل: ٦ ص ٦٩٩، البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٩، المهذب: ٢ ص ٣١٢، مواهب الجليل: ٦ ص ٢٠٩، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٨، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٢.

(٤) المراجع السابقة، بحث في التعارض والترجيح: ص ٥٠.

(٥) بحث في التعارض والترجيح: ص ٥٢.

ثالثاً ـ قال ابن حزم: إن الله تعالى قال: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾ سورة النساء، الآية ٥٩، فعند التعارض يجب الرجوع إلى القرآن والسنة، ولم يأمر الله تعالى قط بالرجوع إلى الأكثر، والشذوذ هو خلاف الحق، ولو أنهم أهل الأرض، كما أن الله تعالى وصف أهل الفضل بقوله: ﴿وَقَلِيلٌ مَا هُمْ﴾ سورة ص، الآية ٢٤، فالعبرة لوجود الحق وليس لكثرة الأشخاص[١].

القول الثاني: أن البينة ترجح بزيادة العدد وكثرة الشهود[٢]، فإذا شهد لأحدهما أربعة شهود عدول، وشهد لآخر شاهدان عدلان ترجحت شهادة الأربعة وحكم له بذلك.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية والإمامية والإباضية والشافعية في قول والحنابلة في قول والحنفية في قول. وهو مروي عن عطاء والحسن وعلي بن أبي طالب[٣].

واستدلوا بما يلي:

١ ـ قياس الشهادة على الرواية، بجامع أن كلا منهما إخبار، والخبر أو الرواية يترجح بزيادة العدد فكذلك الشهادة[٤].

واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق، لأن الرواية يقبل فيها خبرُ الواحد بالاجتهاد فيرجح بالزيادة للاطمئنان، ويعمل بأرجح الظنين أما الشهادة فهي ذات نصاب محدد بالنص، فصار الحكم متعلقاً به دون اعتبار الظن، يؤيد ذلك أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وإن كثرن بحيث يصبح الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين[٥]

---

(١) النبذ في أصول الفقه الظاهري، ابن حزم: ص ٣٣، تحقيق الكوثري.

(٢) قال ابن عبد السلام من المالكية: من رجح بزيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق وإنما اعتبره مع قيد العدالة، والقائلون بالترجيح بزيادة العدد من المالكية هم مطرف وابن ماجشون وابن عبد الملك، وهو الوارد في أكثر كتب المالكية، وقال بعدم الترجيح بزيادة العدد ابن القاسم وسحنون وهو المذكور في المدونة، وابن عبد السلام هو محمد بن السلام الهواري التونسي قاضي الجماعة بتونس وأحد شيوخ ابن عرفة توفي سنة ٧٤٩، (انظر: تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩، الذخيرة: ٥ ص ٦ مخطوط رقم (١٩٧٨٣ ب) الأبواب والفصول: ق ١٧٦ أ، حاشية العدوى: ٧ ص ٢٣٠).

(٣) المغني: ٩ ص ٢٨٢، مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨٠، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٢٤، المختصر النافع: ص ٢٨٥، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٠، الخرشي: ٧ ص ٢٣٠، القوانين الفقهية: ص ٣٠٢، بداية المجتهد: ٢ ص ٥١٢، القول المرتضى: ق ٧٧ ب (نمرة ٧٢)، الأبواب والفصول: ق ١٧٦ أ، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٢، شرح النيل: ٦ ص ٣٩٠، ٦٩٩، المحلى: ٩ ص ٤٣٨.

(٤) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٢، المغني: ٩ ص ٢٨٢، الفروق: ٤ ص ٦٥.

(٥) المغني: ٩ ص ٢٨٢، المهذب: ٢ ص ٣١٢، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٢، الوجيز: ٢ ص ١٦١.

٢ - تعتبر الشهادة حجة لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد كان الظن به أقوى، والكثرة تزيد الظن بالحكم، وأن الظَّنْيَنَ فصاعداً أقوى من ظن واحد، والقلب أميل إلى قول الأكثر، والعمل بالأقوى واجب فيترجح.(١)

واعترض عليه بأن الشارع لم يعتبر زيادة الظن ولم يعول عليها، لأن الشارع حدد نصاب الشهادة وناط الحكم بعدد معين، واكتفى بالظن الذي يفيده هذا العدد في الإثبات، فلا معنى للقول بأن شهادة ثلاثة مثلاً تفيد ظناً أقوى من الاثنين.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو عدم الترجيح بكثرة العدد لقوة أدلتهم ولما يترتب على الترجيح بكثرة العدد من المشقة والحرج في إحضار العدد الكبير، ولما يترتب عليه من مفاسد وفتح باب التزوير بجلب الأعداد الكثيرة في شهادة الزور، وكلا الأمرين مرفوع في الشريعة.

ويتفرع عن الاختلاف في الترجيح بزيادة العدد الاختلاف في الترجيح بشاهدين على شاهد وامرأتين أو بشاهدين وشاهد وامرأتين على شاهد ويمين، وهذا يؤدي بنا إلى بحث الترجيح بقوة الأدلة.

ثانياً: الترجيح بقوة الحجة:

لا شك أن قوة الحجة وسيلة للترجيح في الإثبات، فالشهادة أقوى في الإثبات من اليمين، والإقرار أقوى من الشهادة، والإقرار أو الشهادة أقوى من القرائن، غير أن الفقهاء يختلفون في تحقق القوة في وسيلة دون أخرى كما سبق في فصل قوة الإثبات، ونضرب مثالين في هذا الخصوص وهما بينة الشاهدين مع بينة الشاهد والمرأتين، وبينة الشاهدين أو الشاهد والمرأتين مع بينة الشاهد واليمين، وقد اختلف الفقهاء في قوة الإثبات في هذه الوسائل، فمن جعلها في قوة واحدة قال بتحقق التعارض بينهما، ومن فاوت بينها في القوة جعل التعارض بينها شكلياً فتترجح إحداهما على الأخرى بقوة الدليل، ولا يتحقق فيها التعارض، لأنه يشترط في التعارض أن تكون الأدلة في قوة واحدة(٢)، ونبحث كلا منهما على حدة.

---

(١) مجمع الأنهر: ٢ ص ٢٨٠، بحث في التعارض والترجيح: ص ٥٠.

(٢) قال القرافي: ويرجح بقوة الحجة كالشاهدين يقدمان على الشاهد واليمين، (الفروق: ٤ ص ٦٢)، وقد يعترض على ذلك بأن الترجيح فرع عن التعارض، وعند عدم التعارض فلا ترجيح، والجواب عليه أننا نسلم بذلك ولكن يظهر التعارض للناظر في أول وهلة، فإذا محّص قوة الدليلين قدم الدليل القوي على الضعيف، ولذلك ذكر الفقهاء الترجيح بقوة الحجة تجوزاً.

المثال الأول: تعارض الشاهدين مع الشاهد والمرأتين.

إذا قدم الخصمان بينتين، وكانت إحداهما شاهدين، والثانية رجلاً وامرأتين فيما تجوز فيه شهادتهما.

فاختلف الفقهاء في تحقق التعارض والترجيح على قولين:

القول الأول: أن بينة الشاهدين ترجح على بينة الشاهد والمرأتين ولا يتحقق التعارض بينهما.

ذهب إلى ذلك أكثر المالكية[1].

واحتجوا بأن بينة الشاهدين أقوى من بينة الشاهد والمرأتين كما سبق في فصل قوة الإثبات، لأن البينة الثانية احتياطية: وتقبل عند فقد الأولى لقوله تعالى: ﴿فإنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامْرَأَتَانِ﴾ فجعل الله مرتبة الرجل والمرأتين عند عدم الشاهدين، فكانت شهادة الرجلين أصلاً، والثانية فرعاً، ولا يلجأ إلى الفرع إلا عند فقدان الأصل.

ويرجح الشاهدان على الشاهد والمرأتين ما لم يكن الشاهد الذي مع المرأتين أعدل فيقدم هو والمرأتان على الشاهدين باتفاق أصحاب الإمام مالك بينما اختلفوا حالة كون الشاهد مع اليمين أعدل من الشاهدين، كما سنرى في المثال الثاني[2].

القول الثاني: أن بينة الشاهدين لا ترجح على بينة الشاهد والمرأتين، وإنما يتحقق التعارض بينهما.

ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية وبعض المالكية والحنابلة والإمامية والزيدية[3]، واستدلوا بالآية الكريمة السابقة، قال تعالى: ﴿ يا أيُّها الذينَ آمنوا إذَا تَدَايَنْتُمْ بدَيْنٍ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى فاكتبوه﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ واسْتَشْهِدُوا شَهيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ، فإنْ لَمْ يكونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وامرَأتانِ﴾ فالله تعالى خاطب بهذه الآية المستشهدين وأمرهم بالإشهاد لتوثيق البيوع والحقوق، فالشخص مخير في إشهاد رجلين أو رجل وامرأتين، فمن أشهد منهما فهو حجة له

---

(١) التاج والإكليل: ٦ ص ٢٠٨، حاشية العدوى: ٧ ص ٢٣١، الخرشي: ٧ ص ٢٣١، تبصرة الحكام: ١ ص ٣١٠، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢١، الطريقة المرضية: ص ٧٢.

(٢) حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢١، القول المرتضى: ق ٧٩ ب، (نمرة ٧٢)، وانظر المراجع السابقة.

(٣) الحاوي: ١٣ ق ٤٢ب، المهذب: ٢ص ٣١٢، التاج والإكليل: ٦ص ٢٠٨، المغنى: ٩ص ٢٨٣، المحرر في الفقه: ٢ص ٢٢٨، تبصرة الحكام: ١ص ٣١٠، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٥، ٢٤٢، الوجيز: ٢ص ١٦١، البحر الزخار: ٤ص ٣٩٩

أمام القاضي، ويلزمه الحكم بها، فالآية خطاب للمستشهدين وليس للقضاة والحكام، والبينتان في قوة واحدة فلا ترجع إحداهما على الأخرى.

ويظهر ترجيح قول الجمهور، لأن كلا من الشاهدين والشاهد والمرأتين بينة كاملة وحجة صحيحة ووسيلة كافية في الإثبات باتفاق الفقهاء ، فلا ترجح إحداهما على الأخرى إلا بأمر آخر.

المسألة الثانية: تعارض الشاهدين أو الشاهد والمرأتين مع الشاهد واليمين:
اختلف الفقهاء في ترجيح الشاهدين والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين عند التعارض على قولين:

القول الأول: أن بينة الشاهدين والشاهد والمرأتين ترجح على بينة الشاهد واليمين، ويقضي لصاحب البينة الأولى، وإن الشاهد واليمين لا يعارض الشاهدين.

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية في قول وبعض الزيدية والحنابلة في الوجه الأصح والإمامية[1]، لأن البينة الأولى متفق عليها والبينة الثانية مختلف فيها، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين ، فيجب تقديمها على يمين المنكر، ولأن التهمة متوجهة إلى اليمين، وإن بينة الشاهد واليمين نقص عن الكمال يبعث على الحكم بها في الاضطرار دون الاختيار[2].

قال الخرشي: فإنه يرجع بالشاهدين على الشاهد واليمين ولو كان الشاهد أعدل أهل زمانه، وهذا عند مطرف وابن الماجشون إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم باليمين مع الشاهد، وقال ابن القاسم إذا كان أعدل من كل واحد منهما حكم به مع اليمين[3].

وقال الشافعية بالترجيح إذا لم يكن لصاحب الشاهد واليمين يد، وإلا قدم على الأصح للاعتضاد باليد المحسوسة، والقول المقابل للأصح التعارض[4].

---

(١) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٢، الحاوي: ١٣ ق ٤٨ب، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٥، الحاوي: ١٣ ق ٤٢ ب، الوجيز: ٢ص ١٦١، المهذب: ٢ص ٣١٢، البحر الزخار: ٤ص ٣٩٩، المغنى: ٩ص ٢٨٣، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢١، الخرشي: ٧ ص ٢٣٠، التاج والإكليل: ٦ ص ٢٠٨، المحرر في الفقه: ٢ص ٢٢٨، تبصرة الحكام: ١ص ٣١٠.

(٢) الحاوي: ١٢ ق ١٢٦أ، ١٢٦ب، مختصر المزنى: ٥ ص ٣٤٦.

(٣) شرح الخرشي: ٧ ص ٢٣٠- ٢٣١، وانظر الأبواب والفصول: ق ١٧٦ب، المجموع وحاشية حجازي: ٢ص ٣٤٧، تبصرة الحكام: ١ص ٣١٠.

(٤) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٢، الوجيز: ٢ص ١٦١.

القول الثاني: عدم ترجيح بينة الشاهدين أو الشاهد والمرأتين على بينة الشاهد واليمين، وتكون البينتان متعارضتين.

ذهب إلى ذلك الشافعية في قول والقاسمية من الزيدية والحنابلة في وجه والإمامية في قول[1]، لأن كلا منهما حجة صحيحة كاملة مقبولة شرعاً، وتساويتا في إثبات المال، ولأن العمل بالظني واجب في كل منهما فاستوى العمل بهما، كتعارض الرجلين مع الرجل والمرأتين.

ويجري الخلاف السابق في تعارض الشاهد واليمين مع الرجل والمرأتين[2]، كما يجري الخلاف في تعارض الشاهدين أو الشاهد والمرأتين مع اليمين والمرأتين عند القائلين[3].

ويرجح القول الأول في تقديم الشاهدين أو الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين ضرورة أن الحجة الكاملة تقدم على الحجة القاصرة، ولا يتحقق التعارض بينهما لاختلافهما في القوة.

ثالثاً ـ الترجيح بزيادة العدالة:[4]

إذا تداعى رجلان شيئاً في يد آخر، وأقام كل منهما بينة، وكانت إحداهما أكثر عدالة فاختلف الفقهاء في الترجيح بزيادة العدالة على قولين:

القول الأول: أن زيادة العدالة لا ترجح إحدى البينتين المتعارضتين على الأخرى.

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنفية والحنابلة في الأصح والزيدية والظاهرية ومالك في راوية كما قال ابن عبد السلام[5].

واستدلوا على ذلك بأربعة وجوه:

---

(١) المهذب: ٢ص ٣١٢، البحر الزخار: ٤ ص ٣٩٩، المغنى: ٩ص ٢٨٣، المحرر في الفقه: ٢ص ٢٢٨، مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٠، الحاوي: ١٣ ق ٤٨ ب، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٥.

(٢) مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٨٢، الحاوي: ١٢ ق ١٢٦أ ـ ١٢٦ب، مختصر المزنى: ٥ص ٣٤٦، حاشية العدوى على الخرشي: ٧ ص ٢٣١.

(٣) الخرشي: ٧ص ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(٤) العدالة هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، وزيادتها تكون بزيادة الأوصاف من الورع والتقوى والصلاح والاستقامة.

(٥) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٢، المهذب: ٢ص٣١٢، البحر الرائق: ٧ص ٢٤٦، مجمع الأنهر: ٢ص ٢٨٠، المغنى: ٩ص ٢٨٢، المحرر في الفقه: ٢ص ٢٢٨، الإفصاح: ص٤٤٠، المحلى: ٩ص ٤٣٨، البحر الزخار: ٤ص ٣٩٨، تبصرة الحكام: ١ص ٣٠٩.

١ ـ أنهما بينتان كاملتان، وهما متساويتان في إثبات الحق، وكل منهما علة تامة فلا موجب لترجيح إحداهما على الأخرى[١].

٢ ـ أن العدالة ليست بذي حد، فلا يقع الترجيح بها[٤].

٣ ـ أن المطلوب شرعاً هو عدالة الشهود مع النصاب، فإذا توفرت العدالة في كل منهما فلا فضل لأحداهما على الأخرى، كما يلزم من الترجيح بالعدالة قبول شهادة الشخص الواحد إذا كانت عدالته بقوة شخصين، وهذا لم يقل به أحد، فلو شهد أفضل صحابي بطلاق مثلاً فلا يقضي بذلك، ولو شهد به رجلان عدلان من عامة الناس قضى به[٣].

٤ ـ قياس الشهادة على الدية بجامع أن كلا منهما مقدر بالشرع، فكما أن الدية لا تختلف من شخص إلى آخر، ولو اختلف الأشخاص فضلاً وعدالة وسناً وغنى.. فكذلك الشهادة لا تختلف من عدل إلى آخر[٤].

القول الثاني: أن زيادة العدالة ترجح إحدى البينتين على الأخرى ويحكم بها.

ذهب إلى ذلك المالكية والإمامية والإباضية والحنابلة في قول[٥].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

١ ـ قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلاً منهما خبر فكما ترجح رواية الأعدل، فترجح شهادة الأعدل كذلك[٦].

واعترض عليه بأن الشهادة تفترق عن الرواية، لأن الشارع حدد نصاب الشهادة فيتبع، أما الرواية فلم يحدد فيها النصاب ويؤخذ فيها بأرجح الظنين[٧].

٢ ـ إن زيادة العدالة تقوي غلبة الظن بالمشهود به، فيكون الظن أقوى، والعمل بالأقوى أولى[٨].

---

(١) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٢، المهذب: ٢ص ٣١٢، البحر الرائق: ٧ص ٢٤٦.

(٢) البحر الرائق: ٧ص ٢٤٦، مجمع الأنهر: ٢ص ٢٨٠.

(٣) المحلى: ٩ص ٤٣٨، البحر الزخار: ٤ص ٣٩٩.

(٤) المغنى، ابن قدامة: ٩ ص ٢٨٢.

(٥) تبصرة الحكام: ١ص ٣٠٨، القول المرتضى: ق ٧٨أ(نمرة ٧٢) حاشية الدسوقي: ٤ص ٢٢٠، بداية المجتهد: ٢ص ٥١٢، الخرشي: ٧ص ٢٣٠، القوانين الفقهية: ص ٣٠٢، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٤، المختصر النافع: ص ٢٨٥، شرح النيل: ٦ص ٣٩٠، ٦٩٨، المغنى: ٩ص ٢٨٢.

(٦) المغنى: ٩ص ٢٨٢، الفروق ٤ص ٦٤.

(٧) مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٨٢.

(٨) المغنى: ٩ص ٢٨١، الفروق، : ٤ص ٦٤.

واعترض عليه بأن المفروض في الشهادة الأولى توفر العدالة الكاملة الموجبة للحكم وزيادتها في الثانية لا توجب الترجيح.

٣ ـ إن زيادة العدالة بمثابة زيادة عدد الشهود، وهو سبب للترجيح.

واعترض عليه بعدم الترجيح بزيادة العدد، فكذلك زيادة العدالة.

وبعد اعتبار المالكية أن زيادة العدالة تعتبر من المرجحات اختلفوا في الحكم بالبينة الراجحة بمقتضى هذا المرجح فذهب أكثر المالكية إلى تحليف صاحب البينة الراجحة بزيادة العدالة بناء على أن زيادة العدالة كشاهد واحد، فكأن البينتين تعارضتا وتساقطتا، وبقيت زيادة العدالة بمثابة شاهد، ويحلف المشهود له مع شاهده ويقضى له، وقال بعضهم يحكم بمقتضى الترجيح، ولا يحلف مع البينة بناء على أن زيادة العدالة كشاهدين فلا يحلف معهما[1].

كما اختلفوا في الترجيح بزيادة العدالة في غير الأموال فقال أكثر المالكية إن الترجيح بزيادة العدالة خاص في الأموال ونحوها من كل ما يثبت بالشاهد واليمين دون غيرها مما لا يثبت إلا برجلين كالطلاق والنكاح والحدود، لأن زيادة العدالة بمنزلة الشاهد الواحد على المشهور، وهو المنصوص عليه في المدونة، وقال بعض المالكية يرجح بزيادة العدالة في غير الأموال أيضاً كالأموال، بناء على أن زيادة العدالة بمنزلة شاهدين[2].

وزيادة العدالة المعتبرة في الترجيح هي عدالة الشهود أما إذا كان المزكي في إحدى البينتين أعدل من مزكي الأخرى فلا تعتبر عند ابن القاسم وابن الماجشون، واعتبره مطرف[3].

ويبدو ترجيح قول الجمهور بعدم الترجيح بزيادة العدالة لقوة أدلتهم، ولأن زيادة العدالة ذات صفات شخصية ترتبط بين الإنسان وربه.

رابعاً ـ الترجيح باليد:

المراد بذلك وضع اليد على متاع أو عقار، لأن وضع اليد قرينة على ملك المنقول أو العقار لصاحب اليد حتى يظهر خلاف ذلك، وصاحب اليد يسمى الداخل، ومن يدعي شيئاً في يد الداخل يسمى خارجاً، ولذلك يستعمل الفقهاء في التعارض والترجيح اصطلاحي: بينة

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤ص ٢٢٠، الخرشي: ٧ص ٢٣٠، تبصرة الحكام: ١ص٣٠٩، حاشية العدوي: ٧ص ٢٣٠، القول المرتضى: ق ٧٨أ(نمرة ٧٢).

(٢) حاشية الدسوقي: ٤ص ٢٢٠، الخرشي: ٧ص ٢٣٠، الطريقة المرضية: ص ٦٩، الذخيرة: ٣ص ٣٩١ مخطوط. الطريقة المرضية: ص ٦٩، الأبواب والفصول: ق ١٧٦ب.

الداخل وبينة الخارج[1].

وإن وضع اليد يلعب دوراً كبيراً في الإثبات ويكون له أثر في الأحكام ويعتبر المناط في نظر الدعوى، وفي تقديم الإثبات ويحكم به، وفي التعارض والترجيح، وقد اتفق الفقهاء على بعض أحكام الترجيح باليد واختلفوا في بعضها الآخر.

وإن اختلاف الفقهاء في تعارض بينة الداخل وبينة الخارج وترجيح إحداهما على الأخرى هو فرع من اختلافهم في عبء الإثبات وتكليف المدعي والمدعى عليه به وتوزيعه عليهما[2].

الأمور المتفق عليها:

١ ـ اليد الصحيحة دليل الملك حتى يثبت عكسه، لأن اليد تدل على الملك في الظاهر وصاحب اليد هو المدعى عليه، لأن المدعى عليه من يوافق قوله الظاهر، والمدعي خلافه، وتعتبر اليد هي الأساس في معرفة المدعي والمدعى عليه، لإلقاء عبء الإثبات على الأول دون الثاني في ابتداء الدعوى.

٢ ـ اليد مرجح أولي في الإثبات عند فقد البينات.

٣ ـ إذا ادعى شخص عيناً في يد آخر، وليس له بينة، فلا يحكم له، وتبقى العين في يد صاحبها باتفاق الفقهاء[3].

٤ ـ إذا تداعى اثنان عينا في يد ثالث وليس لهما بينة، فإن كان صاحب اليد يدعيها لنفسه، فيحكم له بذلك باتفاق الفقهاء[4].

وإن كان لا يدعيها فإما أن تقسم بينهما كالتي بأيديهما أو يقرع بينهما وتعطى لمن قرع،

---

(١) تثبت اليد على المنقول بالمشاهدة والمعاينة أو بإقرار المدعى عليه أو بالبينة، كمن أنكر كون المنقول في يده فأحضر المدعي شاهدين شهدا بذلك، أما اليد على العقار فلا تثبت بالمعاينة القصيرة لاحتمال كونها يداً صحيحة للملك أو يداً أمينة كالإجارة والوكالة والشركة والوصاية، أو يداً فاسدة كالغصب والسرقة، كما لا تثبت اليد على العقار بإقرار الخصم لاحتمال التواطؤ بينهما بأن يقر المدعي أن العقار في يد المدعى عليه، وأنه ملكه، ويطالب بحقه فيه ويحكم له القاضي ويصدر الحكم بذلك، بينما العقار في الواقع لشخص ثالث، فلا تثبت اليد في العقار إلا بالبينة. وإن وضع اليد على الشيء يعني أن صاحبه يستطيع التصرف فيه تصرف المالك في ملكه بلا معارض، ولا خلاف في أن وضع اليد يدل على الملك بالعقل وجاء الشرع وأقر ذلك(انظر: أصول الإثبات الجعفري: ص ١١٩، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة: ص ٥).

(٢) سبق بحث ذلك بالتفصيل في فصل عبء الإثبات صفحة ٦٤٥.

(٣) المغنى: ٩ ص ٢٧٩، البحر الرائق: ٧ص ٢٣٤، الفروق: ٤ص ٩٧.

(٤) المغنى: ٩ ص ٢٧٨.

مع يمينه في القسمة والقرعة[1].

أما إذا أقر بها لأحد المدعيين، فيقضى للمقر له، ويعتبر إقراره مرجحاً للدعوى، لأن المدعى في يده وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالإقرار وغيره ويصبح المقر له هو صاحب اليد.

وكذلك الحال إذا قدما بينتين متعارضتين فتسقطان وتبقى العين في يد الحائز أو لمن يقر له[2]، وإن أقر لأحد المتنازعين، وليس لهما بينة، فيأخذه المقر له بدون يمين، وإن كان لهما بينة يأخذه المقر له مع اليمين، وينزل إقراره منزلة اليد للمقر له[3].

ثم حصل اختلاف بين الفقهاء في تحليف المقر للمدعي الثاني على نفس استحقاقه، أو نفي علمه بحقه فيها على قولين.

أما إذا أقر لأحدهما بدون تعيين فيقرع بنيهما.

وقال الحنابلة من قرع له يأخذها مع يمينه في قول، وفي قول آخر بدون يمين

ونص أحمد أنه عليه اليمين، واستدل بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحباً أو كرهاً[4].

٥ ـ إذا ادعى شخصان عينا في يدهما وقال كل منهما إنها ملكه دون صاحبه، ولم تكن لهما بينة، حلف كل منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين، لأن يد كل واحد منهما على نصفها، والقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن نكلا عن اليمين فهي بينهما قضاء ترك؛ لأن كل واحد منهما يستحق ما في يده عند بعض الفقهاء أو يستحق ما في يد الآخر بنكوله عند آخرين، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها إما باليمين واليد وإما باليمين والنكول[5].

٦ ـ إذا ادعى شخصان عيناً في يدهما وأقام كل منهما بينة أنها ملكه دون صاحبه، وتعارضت البينتان، فيجري عليهما حكم التعارض بأن تسقط البينتان وتبقى العين

---

(١) القواعد، ابن رجب: ص ٣٦٣، الفروق: ٤ص ٩٧.

(٢) الخرشي: ٧ ص ٢٣٢، القول المرتضى: ق ٧٧ب(نمرة ٧٢)، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٤٠، الفروق: ٤ص ٩٧.

(٣) الخرشي: ٧ص ٢٣٣، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩.

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٣٨١.

(٥) المغنى: ٩ص ٢٨٠، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٤، المحلى: ٩ ص ٤٣٦، مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٠، المختصر النافع: ص ٢٨٥، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٥، شرح النيل: ٦ص ٧٠٠.

في يدهما، أو تستعمل البينتان وتقسم بينهما، أو يقرع بينهما[1].

٧ - إذا ادعى شخصان عينا في يد آخر وأحضر كل منهما بينة على دعواه فهنا تتعارض البينتان باتفاق ولا ترجح إحداهما على الأخرى باليد ويتحقق التعارض.

الصورة المختلف عليها:

أما الصورة المختلف عليها فهي أن يدعي شخص عينا في يد آخر، ويحضر بينة على ملكه، فينكر المدعى عليه ذلك، وهو صاحب اليد والملك الظاهر، ويقيم بينة على حقه وملكه، فهل يتحقق التعارض بين بينة المدعي وبينة المدعى عليه؟ أو بين بينة الخارج وبينة الداخل؟ وهل تقدم بينة أحدهما على الآخر أم لا؟.

اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن بينة الداخل«المدعى عليه» تقدم على بينة الخارج«المدعي» ويكون الترجيح باليد.

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية وأحمد في رواية[2].

والأصل عندهم: ترجيح بينة الداخل إلا إذا كانت بينة الخارج ترجح عنها بزيادة العلم والانتقال وغيره أو كان التنازع في سبب اليد.

القول الثاني: ان بينة الخارج« المدعي» تقدم على بينة الداخل«المدعى عليه».

ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم والزيدية والظاهرية وعبد الملك من المالكية والإمامية[3].

فالأصل تقديم بينة الخارج وترجيحها على بينة الداخل ذي اليد، لتحقق اسبقية اليد من الخارج، أما إذا لم يعلم أسبقية اليد من الخارج فلا ترجح بينته كالنتاج.

---

(١) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٠، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٤.

(٢) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٠، تبصرة الحكام: ١ص ٣٠٩، حاشية الدسوقي: ٤ص ٢٢٣، المجموع وحاشية حجازي عليه: ٢ ص ٣٤٧، القواعد ابن رجب: ص ٣٦٤، القول المرتضى: ق ٧٩ب، الوجيز: ٢ ص ١٦١، شرح المحلي: ٤ ص ٣٤٥، الفروق: ٤ ص ٦٣.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٨، المبسوط: ١٦ص ١٦١، المحلى: ٩ ص ٤٣٦، تبصرة الحكام: ١ص ٣٠٩، الدرر شرح الغرر: ٢ص ٣٤٤، كشاف القناع: ٤ص ٢٢٨، القواعد، ابن رجب: ص ٣٦٤، التاج المذهب: ٤ص ٩٥، المغنى: ١٠ص ٢٤٦ ط القاهرة، شرائع الإسلام: ٢ص ٢٢٤، المختصر النافع: ص ٢٨٥، الروض النضير: ٣ص ٤٥١، الطريقة الواضحة في البينة الراجحة: ص ٥١، ترجيح البينات: خصالى: ق ١٠ب.

القول الثالث: أن بينة الداخل والخارج متعارضتان، ولا ترجح إحداهما على الأخرى ويقرع بينهما.

ذهب إلى ذلك بعض الحنابلة[1]، وعيسى بن إبان، والقاسم من الزيدية وذلك لأن اليد مقوية لبينة الداخل فتساوت مع بينة الخارج فحصل التعارض

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على الترجيح باليد، أي على ترجيح بينة الداخل على بينة الخارج بما يلي:

١ ـ روى الشافعي رضي الله عنه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رجلين تداعيا دابة، فأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يديه[2].

وجه الدلالة:

أن البينتين تعارضتا، وإذا تعارضت البينات فكأنها سقطت وصارت كالعدم، وكان وجود الدابة في يد أحدهما مرجحاً له فحكم له.

والحديث يدل على البينة في النتاج، ويقاس عليه غيره سواء كانت البينة على ملك مطلق أو مقيد بسبب.

٢ ـ روى الدارقطني عن جابر أن رجلين تداعيا دابة، وأقام كل واحد منهما بينة أنها دابته، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده[3].

وجه الدلالة:

أن تعارض البينتين هنا عام ولم يقيد بالنتاج، ورغم أن الحديث ضعيف فإنه يتقوى بالرواية السابقة، أو يؤكد عموم الرواية السابقة وعدم تقييدها بالنتاج.

٣ ـ الترجيح باليد هو لاستواء الاثنين في إقامة البينة وترجحت بينة صاحب اليد، باليد، كالخبرين اللذين مع أحدهما قياس فيقضي له بها بشرط أن بينة الداخل لا تسمع إلا بعد سماع بينة المدعي الخارج[4].

٤ ـ ان بينة الداخل تعارضت مع بينة الخارج فسقطت البينتان، وأصبحت الدعوى بدون

---

(١) القواعد، ابن رجب ص ٣٦٣، بدائع الصنائع: ٦ص ٢٣٤، الروض النضير: ٣ص ٤٥٢.

(٢) بدائع المنن: ٢ص ٢٣٩، تداعيا: أي ادعى كل واحد منهما أنها له، نتجها: أي ولدت عنده.

(٣) التلخيص الحبير: ٢ص ٤١٢، وقال حديث ضعيف، وانظر الروض النضير: ٣ص ٤٥٣.

(٤) مغنى المحتاج: ٤ص ٤٨٠، ٤٨١، تبصرة الحكام: ١ص ٣٠٩، شرح المحلى: ٤ص ٣٤٥.

بينة، والأصل عند عدم البينة أن يحكم بالمدعى به إلى صاحب اليد، وهو بمعنى الترجيح بإبقائه بيد الحائز، وليس ترجيحاً للبينة لسقوطهما[1].

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني على ترجيح بينة الخارج على بينة الداخل بما يلي:

١ - أن بينة صاحب اليد غير مسموعة، لأن الله تعالى لم يكلفه بينة، وإنما حكم الله تعالى على لسان رسول الله ﷺ بأن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، قال عليه الصلاة والسلام «بينتك أو يمينه، ليس لك غير ذلك».

وهذا يدل على أنه لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه، والتحقت بينته بالعدم، وبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها، لأنه جعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة[2].

ويعترض عليه بأن الحديث لا يمنع قبول البينة من المدعى عليه، كما أن المدعى عليه يطالب لنفسه بقاء اليد فتكون بينته مشروعة لأنه طالب[3].

٢ - أن بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى، لأنه لما ثبت له الملك واليد في العين في زمان سابق، ولم يعرف لثالث فيها يد وملك علم أنها انتقلت من يده فوجب إعادة يده ورد المال إليه حتى يقيم صاحب اليد الآخر الحجة أنه انتقل اليه، بخلاف النتاج لأنه لم يسبق للخارج لانعدام تصور السابق والتأخير فيه، لأن النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجه آخر فتترجح بينه صاحب اليد باليد في النتاج[4].

ونلاحظ أن هذا القول يعتمد ترجيح بينة الخارج على يده السابقة فرضا بينما ينكر يد المدعى عليه الثابتة حقيقة وواقعا.

٣ - البينة من أجل الإثبات، وبينة المدعى عليه لا تثبت شيئا، وإنما تشهد للظاهر الثابت فلا تقبل هذه البينة[5]، وبينة المدعي أكبر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على

---

(١) حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٣، المجموع وحاشية حجازي: ٢ ص ٣٤٧، القول المرتضى: ٧٩ ب، الفروق: ٤ ص ٦٣.

(٢) المحلي: ٩ ص ٤٣٦، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٢، المغني: ١٠ ص ٣٤٦ ط القاهرة، شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٢٤، الروض النضير: ٣ ص ٤٥٢، الطريقة الواضحة: ص ٢٣١.

(٣) الفروق: ٤ ص ٦٣.

(٤) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٢، المغني: ١٠ ص ٢٤٦ ط القاهرة.

(٥) التاج المذهب: ٤ ص ١٩.

التعديل ، ودليل فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤ ية اليد والتصرف فإن ذلك جائز عند أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المنفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليمين[1].

ويعترض عليه بأن بينة المدعى عليه لا تسمع ابتداء، ولكن بعد إقامة البينة من المدعي فإن بينته فيها فائدة وتثبت صحة الملك[2].

حالات عدم ترجيح بينة الخارج:

١ ـ النتاج:

إذا تنازع اثنان دابة في يد أحدهما، وأقام كل منهما بينة أنها ملكه نتجت عنده، فترجح بينة صاحب اليد في النتاج، لانعدام تصور السبق والتأخير في ملك النتاج، ولأن النتاج لا يحتمل التكرار فبطل الترجيح من وجه آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد، ولحديث جابر السابق.

ويقاس على النتاج كل حالات سبق الملك الذي لا يتكرر[3]، وهذا باتفاق المذاهب في القولين السابقين في النتاج، وسبب الملك الذي لا يتكرر كالنسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كالثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن والجبن واللبد وجز الصوف، وإن كان سببا يتكرر لا يكون في معناه ويجري فيه الاختلاف السابق، وإن أشكل في كونه مما يتكرر أم لا يرجع إلى أهل الخبرة.

٢ ـ الملك بالشراء من بعضهما والتاريخ:

ادعى شخصان ملك عين بيد أحدهما، وأن كلا منهما ملكها بسبب الشراء من خصمه، وأقاما البينتين ووقتاهما، ووقت الخارج أسبق، فإن لم يذكروا قبضا، يقضي بالدار لصاحب اليد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يقضي للخارج، وقال: لأن وقت الخارج إن كان أسبق جعل كأنه اشترى الدار أولا ولم يقبضها حتى باعها من صاحب اليد، وبيع العقار قبل

---

(١) المغني: ١٠ ص ٢٤٦ ط القاهرة.

(٢) الفروق: ٤ ص ٦٤.

(٣) النتاج هو الولادة في الملك (انظر: بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٣، ٢٣٤، البحر الرائق: ٧ ص ٢٤٢، ٢٤٣، التاج المذهب: ٤ ص ٢٠، مغنى المحتاج: ٤ ص ٤٨٢، الروض النضير: ٣ ص ٤٥١، ٤٥٢، الطريقة الواضحة: ص ٧٣).

القبض لا يجوز عند محمد، وإذا لم يجز بقي على ملك الخارج، وعندهما ذلك جائز فصح البيعان.

ولو ذكرا القبض جاز البيعان ويقضي بالدار لصاحب اليد عند الثلاثة لأن بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان[1].

وإن كان وقت صاحب اليد أسبق ولم يذكروا قبضا يقضى بها للخارج[2].

٣ ـ أقام الخارج بينه بالملك المطلق والداخل بالشراء منه تقدم بينة ذي اليد[3].

٤ ـ اليد والشراء من ثالث:

إذا تعارضت بينتان على دار بسبب الشراء، وهي بيد أحدهما، فإن ادعيا الشراء من واحد، فصاحب اليد أولى، سواء أرّخ الآخر أو لم يؤرخ، وسواء ذكر الشهود القبض أو لم يذكروا، لأن **القبض من صاحب اليد أقوى لثبوته حسا ومشاهدة**، وقبض الآخر لم يثبت إلا بينة تحتمل الصدق والكذب، فكان القبض المحسوس أولى، فصار الثابت بالحس أولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ أيضا، وكذا إذا ادعيا الشراء من اثنين ووقت صاحب اليد أسبق فهي له[4].

ويظهر ترجيح قول الجمهور في الترجيح باليد، لأننا قبلنا البينة من المدعي عليه مع بينة المدعي، فتعارضتا وتقدم بينة المدعى عليه باليد، ولأنه عند تعارض البينات فيجب ترك المتنازع به مع صاحب اليد، وهذا يؤدي إلى استقرار المعاملات والاطمئنان على الأموال والأملاك.

اليمين مع الترجيح:

إذا ظهر التعارض بين البينات ثم ترجحت إحدى البينات بسبب من أسباب الترجيح فقد اختلف الفقهاء في وجوب اليمين مع البينة الراجحة أم لا على قولين:

القول الأول:

أنه يقضى لصاحب البينة الراجحة من غير يمين فلا يحلف صاحبها معها، لأن البينة

---

(١) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) البحر الرائق: ٧ ص ٢٤٣، كشاف القناع: ٤ ص ٢٣١.

(٤) المبسوط: ١٦ ص ١٦١، ، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٨، البحر الرائق: ٧ ص ٢٤٢.

الراجحة صحيحة موجبة للحكم بها منفردة ، كما لو لم يعارضها شيء، لأن البينة الراجحة قائمة لم تسقط، وإنما سقطت البينة المرجوحة.

ذهب إلى ذلك الشافعية في الصحيح والحنابلة والحنفية[1].

القول الثاني:

أنه لا يقضي لصاحب البينة الراجحة إلا باليمين ، ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية في قول، لأن البينات إذا تعارضت سقطت، ويكون الرجحان بالتاريخ أو اليد أو العدالة أو العدد سبباً في تقوية أحد الجانبين على الآخر، واليمين مشروعة في أقوى الجانبين ويتحقق الترجيح باليمين[2].

* * *

(١) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، ٤٨١، المذهب : ٢ ص ٣١٢، الوجيز: ٢ ص ١٦١، المغني : ١٠ ص ٢٤٦ ط القاهرة.

(٢) الفروق: ٤ ص ٩٧، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، المهذب: ٢ ص ٣١٢، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩، فتاوي عليش : ٢ ص ٣٠٥، ٣٠٦.

المبحث الثالث
في
تعذر الترجيح وموقف القاضي

إذا تعذر الجمع بين البينات وتعذر الترجيح بطريق من طرق الترجيح فقد تحقق التعارض بين البينات واختلف الفقهاء في النظر إلى البينات المتعارضة على قولين:

القول الأول: أن البينات المتعارضة تسقط ولا تسعمل، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة في رواية[1].

وذلك لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر وكشف الخفي وبيان صاحب الحق فإذا عارضتها بينة أخرى ومنعت تحقيق ذلك فقد بطل الهدف منها فتسقطان وتصبح الدعوى مجردة عن البينات، ويعالج القاضي الموضوع كما لو كانت الدعوى جديدة بدون بينة فيلجأ إلى المرجحات الأولية التي يستخدمها عند فقدان وسائل الإثبات فيرجح قول أحد الخصمين باليد في نزاع على دابة مثلاً، أو يحكم بظاهر الحال المبني على أصل كالدين في الذمة، أو ظاهر الحال المبني على عرف كتحديد المهر وتقسيمه إلى معجل ومؤجل، أو ظاهر الحال المبني على نص شرعي كأيمان اللعان في قذف الزوجة، وقبول قول الأمين، والتحالف من كل منهما[2]

وإنَّ تعارض البينتين يشبه تعارض الدليلين ولا مرجح فتسقطان، وتصبح الدعوى بدون بينة، وإن البينات المتعارضة تكذب بعضها بعضاً، ويؤدي إلى التناقض بين موجب كل منهما[3].

---

(١) المغني: ١٠ ص ٢٥٩ ط القاهرة، تبصرة الحكام: ١ ص ٣٠٩، حاشية المجموع: ٢ ص ٣٤٥، الطريقة المرضية: ص ٦٨، القواعد ابن رجب: ص ٣٦٣، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٨، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٦.

(٢) قال الشيخ عليش: وإن تكافأت البينتان بقي المدعى به مجهول الأصل بيد حائزه بدون يمين، (فتح العلى المالك: ٢ ص ٢٠٩)، وانظر: مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، شرح التحرير: ٢ ص ٥٠٨، تبصرة الحكام: ١ ص٣٤٣.

(٣) يطلق الفقهاء على سقوط البينات لفظ التهاتر، وتهاترت الشهادات تساقطت وبطلت، وتهاتر الخصمان ادعى كل منهما على صاحبه باطلاً، والشهادات المتهاترة هي التي يكذب بعضها بعضاً، (انظر: المصباح المنير: ٢ ص ٨٧٠،

ونضرب لذلك بعض الأمثلة:

١ - إذا كان المتنازع فيه بيد أحدهما، وأقاما بينتين متعارضتين، كأن يقيم كل منهما بينة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما، ووقتهما واحد، فتسقط البينتان وتبقى الدابة في يد صاحبها[١].

٢ - إذا كان المتنازع فيه بأيديهما معاً، وأقاما بينتين متعارضتين سقطتا، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر[٢]، وقال الحنابلة والشافعية في قول يحلف كل منهما يميناً على النصف المحكوم له به، لأن البينتين لما تعارضتان من غير ترجيح وجب إسقاطهما كالخبرين، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما، ولأن اليمين يجب على الداخل وكل منها داخل في النصف الذي حكم له به[٣]، وقال الحنفية والمالكية والحنابلة في قول والشافعية في قول لا يحلفان وتبقى العين بينهما بدون يمين، لما ورد في الحديث عن أبي موسى أن رجلين اختصما في دابة وأقام كل منهما بينة أنها له فحكم رسول الله ﷺ بها نصفين[٤]، فلم يرد ذكر اليمين، ولأن كل بينة راجحة في نصف العين، والبينة الراجحة يحكم بها بدون يمين[٥].

٣ - إذا كان المتنازع فيه بيد ثالث، وأقام كل منهما بينة، وتعارضت البينتان وامتنع الترجيح سقطت البينتان ويبقى المتنازع فيه في يد حائزه إذا كان يدعيه لنفسه[٦].

وقال الشافعية يحلف لكل منهما يميناً على أنها له، فإن رضيا يميناً واحدة فلا تقبل في الأصح عند الشافعية، وفي قول تقبل[٧].

= القاموس المحيط: ٢ ص ١٥٧، الصحاح: ٢ ص ٨٥٠، الطريقة الواضحة: ص ٢٢٦، ترجيح البينات، خصالي: ق ٩ أ.

(١) تبصرة الحكام: ١ ص ٣٤٣، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨١، الوجيز: ٢ ص ٢٦٧، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٤٦، ترجيح البينات، خصالي: ق ٢ ب، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٣، الأبواب والفصول: ق ١٧٧ ب، المغني: ١٠ ص ٢٥٦ ط القاهرة.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٤٦.

(٣) مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، الحاوي: ١٣ ق ٦١ ب المغني: ١٠ ص ٢٤٩ ط القاهرة.

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٥٠٨.

(٥) المغني: ١٠ ص ٢٥٠ والمراجع السابقة.

(٦) حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٢، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨١، الوجيز: ٢ ص ٢٦٢، شرح المحلى: ٤ ص ٣٤٥.

(٧) المراجع السابقة.

أما إذا كان لا يدعيها لنفسه، وأقرأنه لا يملكها وسقطت البينتان فقال الحنابلة يقترع الاثنان على اليمين، كما إذا لم يكن لهما بينة، فمن خرجت قرعته حلف وأخذ لأن البينتين تعارضتا من غير ترجيح لإحداها على الأخرى فسقطتا كالخبرين[1]، وقال الحنفية لا يعتبر إقراره، لأنه تضمن إبطال حق المتخاصمين الثابت بالبينة فكان إقراراً على الغير فلا يصح ويلحق بالعدم[2].

أما إذا أقر بها لأحدهما فيعمل بإقراره ويحكم بها للمقر له[3]، وينزل إقراره منزلة اليد للمقر له، ويظهر ذلك في تنازع اثنين نكاح امرأة وأقرت لأحدهما، أما إذا أقر بها لواحد منهما لا يعرفه بعينه، قال الحنابلة يقرع بينهما ويحلف من خرجت له القرعة[4].

القول الثاني: أن البينات المتعارضة تستعمل ولا تسقط ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة[5].

واستندوا إلى أنه يجب صيانة البينات عن الإلغاء بقدر الإمكان.

ثم اختلفت الروايات والأقوال في طريقة استعمال البينات المتعارضة على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: القسمة بين أصحاب البينات.

ذهب إلى ذلك الشافعية في قول والحنابلة في رواية، كما قال بالقسمة عند الجمع بين البينات أو سقوطها أو عند فقد البينات الظاهريةُ والإمامية والحنفية والزيدية[6].

الرأي الثاني: القرعة بينهم، فمن خرجت قرعته أخذ المدعى به.

ذهب إلى ذلك الحنابلة في رواية والشافعية في قول والإمامية[7].

---

(١) المغني: ١ ص ٢٥٦ ط القاهرة.

(٢) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٤٠.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٤، القول المرتضى: ق ٧٩ ب (نمرة ٧٢) تكلمة فتح القدير: ٦ ص ٢٢٠، البدائع: ٦ ص ٢٤٠.

(٤) المغني: ١٠ ص ٢٥٥ ط القاهرة، القواعد: ابن رجب: ص ٣٦٤، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٨.

(٥) القواعد، ابن رجب: ص ٣٦٣، المحرر في الفقه: ٢ ص ٢٢٨، شرح المحلى: ٤ ص ٣٤٥، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، المغني: ١٠ ص ٢٥٦ ط القاهرة.

(٦) المراجع السابقة، المحلى: ٩ ص ٤٣٧، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٢٤، جواهر الكلام: ٦ ص ٤٠، وقال بعض الإمامية: يقضي بالقرعة في الشهادة بالملك المطلق وبالقسمة في الشهادة بالملك المقيد. (التاج المذهب: ٤ ص ٩٣، ٩٥، ٩٦، المختصر النافع: ص ٢٨٥).

(٧) المراجع السابقة، وقال الظاهرية بالقرعة عند عدم البينات، (المحلى: ٩ ص ٤٣٧).

الرأي الثالث: التوقف في الحكم حتى يظهر دليل آخر أو تترجح بينة على أخرى.
ذهب إلى ذلك الشافعية في الصحيح وأبو ثور[1].
ونبين كل رأي مع أدلته في مطلب.

المطلب الأول
في
استعمال البينتين بالقسمة
«قسمة المتنازع فيه»

القسمة لغة اسم من الاقتسام، وهو الفرز، قسمته قسماً من باب ضرب، فرزته أجزاء فانقسم، واقتسموا المال بينهم، وتطلق القسمة على النصيب[2]

وعرف الجرجاني القسمة في الاصطلاح بأنها: تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء[3]، والمقصود من القسمة في موضوعنا تمييز المدعي به وجعله قسمين أو أكثر واعطاء كل من المتخاصمين قسماً.

ومن صورها:

أولاً - إذا ادعى اثنان ملكاً مطلقاً أو بسبب واحد في يد ثالث لا يدعيه لنفسه وأقام كل منهما بينة له دون صاحبه، وتعارضت البينتان وتعذر ترجيح إحداهما على الأخرى قسم المدعى به بينهما نصفين[4].

ثانياً - إذا ادعى إثنان ملكاً مطلقاً في أيديهما، وأقام كل منهما بينة أن الملك له دون

---

(١) المراجع السابقة: الحاوي: ١٣ ق ٦١ ب.

(٢) المصباح المنير: ٢ ص ٦٩٠.

(٣) التعريفات، له: ص ١٥٢ ط الحلبي.

(٤) المحلى: ٩ ص ٤٣٩، الخرشي: ٧ ص ٢٣٣، المغني: ١٠ ص ٢٥٦ ط القاهرة التاج المذهب: ٤ ص ٩٥.

صاحبه، وتعذر الجمع والترجيح بينهما، قسم المدعى به بينهما وترك بأيديهما، لأن يد كل واحد على النصف[1].

ثالثاً ـ إذا تنازع اثنان ملكاً مطلقاً أو بسبب واحد وكان الملك في يد ثالث ولا يدعيه لنفسه أو في يدهما ولا بينة لواحد منهما قسم الملك بينهما[2].

مشروعية القسمة في القضاء:

اتفق الفقهاء على مشروعية القسمة في القضاء عند التنازع على شيء، وادعاء كل واحد من المتخاصمين أنه ملكه المطلق فيه سوا أكان لهم بينة أم لا، فإن المدعى به يقسم بينهم[3]، والقسمة مشروعة سواء في حالة فقدان البينات أو في حالة تعذر الجمع والترجيح واستعمال البينات بالقسمة، أو اسقاط البينات واستعمال القسمة، والأصل في هذا أحاديث كثيرة وردت في السنة نذكر أهمها:

١ ـ أخرج أبو داود والحاكم والبيهقي والنسائي وابن ماجه وأحمد والطبراني وابن حبان عن أبي موسى «أن رجلين ادّعيا بعيراً أو دابة إلى النبي ﷺ، ليست لواحد منهما بينة فجعله النبي ﷺ بينهما»[4].

وجه الدلالة: أن المتنازع فيه بين اثنين ولا بينة لأحدهما يجعل بينهما ويقسم لكل منهما نصفه، والراجح أن يكون البعير أو الدابة في أيديهما.

قال الخطابي: يشبه أن يكون هذا البعير أو الدابة في أيديهما معاً، فجعله النبي ﷺ بينهما لاستوائهما في الملك باليد، ولولا ذلك لم يكونا بنفس الدعوى يستحقانه لو كان الشيء في يد غيرهما[5].

---

(١) شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٢٤، المحلى: ٩ ص ٤٣٩، التاج المذهب: ٤ ص ٩٥.

(٢) الخرشي: ٧ ص ٢٣٣، المجموع وحاشية حجازي: ٢ ص ٣٤٨، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٧ وما بعدها، الهداية وتكلمة فتح القدير: ٦ ص ٢٢١.

(٣) البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٤، الهداية وشروحها وتكملة فتح القدير: ٦ ص ٢١٧، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٦، حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٢٣، الخرشي: ٧ ص ٢٣٣، المجموع وحجازي عليه: ٢ ص ٣٤٨، مغني المحتاج: ٤ ص ٤٨٠، القواعد، ابن رجب: ص ٣٣٦، المغني: ١٠ ص ٢٤٩ ط القاهرة، الروضة الندية، صديق حسن خان: ٢ ص ٢٦٥، المحلى: ٩ ص ٤٣٧، شرائع الإسلام: ٢ ص ٢٢٤، المختصر النافع: ٢٨٤، شرح النيل: ٦ ص ٣٦٠، التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل، ضياء الدين الثميني: ص ٧، التاج المذهب: ٤ ص ٩٣، ٩٥.

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٦٨٣.

(٥) معالم السنن: ٥ ص ٢٣٢.

٢ ـ أخرج أبو داود والنسائي وأحمد وابن ماجه عن أبي موسى أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد رسول الله ﷺ، فبعث كل واحد منهما شاهدين، فقسمه النبي ﷺ بينهما نصفين[١].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ حكم بقسمة البعير قسمين لما قدما بينتين متعارضتين.

ويحتمل أن يكون البعير في يدهما وسقطت البينات بالتعارض، وصارت الدعوى كمن لا بينة فيها، فحكم لهما بالشيء نصفين بينهما لاستوائهما باليد.

ويحتمل أن يكون البعير في يد غيرهما، وبعد إقامة البينتين نزع من يده وقسم بينهما[٢]، لما أخرج الحاكم والطبراني وابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفه والبيهقي في المعرفة عن جابر أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى به بينهما نصفين[٣].

ودلالته كالحديث السابق لأنه في نفس معناه مع تفسير البينة بالشاهدين.

المعقول: وذلك من وجهين:

١ ـ البينة حجة شرعية يجب العمل بها، وعند وجود بينتين يجب العمل بهما، ولكن لا يكون المحل الواحد مملوكاً لاثنين على الكمال، فنعمل بالبينتين ما أمكن، وقد أمكن العمل بالتقسيم فيجب اللجوء إلى القسمة[٤].

٢ ـ إن البينة دليل من أدلة الشرع، والعمل بالدليلين أولى بالقدر الممكن، فإن أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل من وجه، فيصار اليه، وهنا تعذر العمل بالبينتين بإظهار الملك في الكل، فأمكن في النصف[٥]، فيقسم الملك بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق، كما إذا ادعى كل من الخارجين أن

---

(١) سنن أبي داود: ٢ ص ٢٧٩ ط الحلبي، المحرر في الحديث: ص ٢٠٣، نيل الأوطار: ٨ ص ٣١١، ورواه الطبراني في معجمه عن جابر بن سمرة، ورواه ابن حبان عن أبي هريرة وصححه، (نصب الراية: ٤ ص ١٠٩ ـ ١١٠، مجمع الزوائد: ٤ ص ٢٠٣، التلخيص الحبير: ٢ ص ٤١٢)، وقال المنذري: إسناده كلهم ثقات، (مختصر أبي داود: ٥ ص ٢٣٢).

(٢) معالم السنن: ٥ ص ٢٣٢.

(٣) رواه الحاكم وصححه، ووافقه الذهبي، (المستدرك: ٤ ص ٩٥)، رواه الخطابي وقال: هذا منقطع، (معالم السنن: ٥ ص ٢٣١)، ووصله الطبراني وغيره، (نصب الراية: ٤ ص ١٠٩)، وانظر: الهداية وشروحها وتكملة فتح القدير: ٦ ص ٢١٧، البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٤.

(٤) البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٤.

(٥) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٦.

الدابة نتجت عنده وأقام كل منهما البينة على ملك مطلق أو على ملك مؤقت والوقت واحد[1].

وإن القسمة لا تكون إلا في الأشياء التي يمكن قسمتها وفرز الأنصباء فيها، وتقبل المشاركة كالدار[2]، فإذا قضي بها بينهما نصفين بسبب الشراء من واحد كان الخيار لكل منهما إن شاء أخذ نصف الدار بنصف الثمن وإن شاء نقض، لأن غرض كل منهما الوصول إلى المبيع كاملاً، فاختلف الرضا، وإن اختار الرد رجع بجميع الثمن، والثاني له النصف فقط بعد القضاء، أو كله قبل القضاء[3].

المطلب الثاني
في
القرعة

تعريف القرعة:

القرعة لغة: السُهْمَة: والمقارعة المساهمة[4].

وعرفها التهانوى فقال: إنها طينة مدورة أو عجينة مدورة مثلاً يدرج فيها رقعة يكتب فيها اسم المتنازعين في قسمة الشيء ثم تسلم إلى صبي يعطى لكل واحد من المتنازعين واحدة منها[5].

والقرعة لا تكون إلا عند الاستواء في الاستحقاق قال الإمام الشافعي رحمه الله: فلا تكون القرعة ـ والله أعلم ـ إلا بين قوم مستوين في الحجة[6].

---

(١) البحر الرائق: ٧ ص ٢٣٤، الهداية وتكملة فتح القدير: ٦ ص ٢١٧، بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٨.

(٢) شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٢٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢١٧، التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل، الثميني: ص ٨.

(٣) بدائع الصنائع: ٦ ص ٢٣٧، ولا تقبل القسمة في النكاح، انظر: شرائع الاسلام: ٢ ص ٢٢٥، تكملة فتح القدير: ٦ ص ٢١٦.

(٤) قَرَع السهمُ القرطاس قرعا من باب نفع اذا أصابه، وقد اقترح القوم وتقارع وقارع بينهم، وأقرع أعْلى، والاقتراع الاختيار، يقال اقترح فلان أي اخْتير، واقترع الشيء اختاره، وأقْرَعتُ بين الشركاء في شيء يقتسمونه، ويقال كانت له القُرعة إذا قرع أصحابه، وقارَعه فَقَرَعه يَقْرَعَهُ: أي أصابته القرعة دونه، (انظر: المصباح المنير: ٢ ص ٦٨٤، لسان العرب: ٨ ص ٢٦٦، ٢٦٧، أساس البلاغة: ص ٧٥٩، النهاية في غريب الحديث: ٤ ص ٤٣ ـ ٤٤).

(٥) كشاف اصطلاحات الفنون: ٢ ص ١١١٩، وانظر كيفية القرعة: الطرق الحكمية: ص ٢٩١.

(٦) الام: ٧ ص ٣٣٦.

فيشترط في صحة الإقراع أن تكون الحقوق والمصالح متساوية بين الأطراف [1] .

أما إذا تعينت المصلحة أو الحق في جهة فلا يجوز الإقراع بينها وبين غيرها ، لأن فيه ضياع ذلك الحق المتعين .

قال القرافي : اعلم أنه متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة لا يجوز الإقراع بينه وبين غيره ، لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المتعين أو المصلحة المتعينة ، ومتى تساوت الحقوق أو المصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد والرضى بما جرت به الأقدار وقضى به الملك الجبار [2] .

استعمال القرعة :

تستعمل القرعة في حالات كثيرة [3] ، منها القرعة عند تعارض البينات .

وقد اتفق الفقهاء على استعمال القرعة عامة ، واختلفوا في مشروعيتها عند تعارض البينات .

مشروعية القرعة :

اختلف الفقهاء في مشروعية القرعة في القضاء وفصل النزاع عند تعارض البينات أو فقدانها على قولين:

القول الأول: أن القرعة مشروعة وجائزة في القضاء عند تعارض البينات أو فقدانها .

---

(١) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٧٧ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٤٨ .

(٢) الفروق : ٤ ص ١١١ .

(٣) قال ابن فرحون في (تبصرة الحكام : ٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧) : والقرعة مشروعة في مواضع وهي : تعدد الخلفاء ، الأئمة في الصلاة ، المؤذن للمغرب ، التقدم للصف الأول ، تغسيل الأموات عند تزاحم الأولياء ، بين الزوجات للسفر معه ، القسمة بين الشركاء ، تقديم الخصوم للحاكم ، تعيين المحكمة ، حفظ اللقيط ، البدء باليمين المتبايعين ، اختلاف الزوجين ، تعيين المدعي من المدعى عليه عند الإشكال ، تقسيم الغنيمة ، وقال الزركشي في (القواعد : ق ٢٠٢ ب) ؛ تستعمل القرعة في مواضع الأول : تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداء لمبهم غير معين ، عند تساوي المستحقين كاجتماع الأولياء في النكاح ، الثاني : في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز عن الاطلاع عليه كما لو قال إن كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر ، وإن لم يكن فزوجتي طالق ، وأشكل ، الثالث : في تمييز الأملاك ، وقيل إنه لم تجيء إلا في ثلاث صور : ١ - الإقراع بين العبيد ، ٢ - الإقراع بين الشركاء عند تعديل السهام في القسمة ٣ - الإقراع في القسمة عند تعارض البينتين في قول . ومن خرجت له القرعة استقر بالحق ولا يحتاج إلى إذن الباقين ، (وانظر تفصيل ذلك في : القواعد لابن رجب : ص ٣٤٨ ، ومعالم السنن للخطابي ٣ ص ١٧٧ ، والفروق للقرافي : ٤ ص ١١١ وقواعد الأحكام ، للعز بن عبد السلام : ١ ص ٩٠ - ٩١ ، المحلى : ٣ ص ١٤٢ ، ج ١٠ ص ٦٣ ، والطرق الحكمية : ص ٢٩٢ ، ٢٩٥) .

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الإمامية والظاهرية والزيدية [1] .

القول الثاني : أن القرعة غير مشروعة في القضاء عند تعارض البينات أو فقدانها .

ذهب إلى ذلك الحنفية [2] .

الأدلة :

ادلة القول الاول : استدل أصحاب القول الأول على مشروعية القرعة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب :

فأولا : قوله تعالى : ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقلاَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِم إذ يَخْتَصِمُونَ﴾ سورة آل عمران ، الآية ٤٤ .

وجه الدلالة : أن إلقاء الأقلام كان للاستهام والاقتراع لكفالة السيدة البتول مريم رغبة في الأجر ، وهذا شرع من قبلنا وقد اقصّه الله علينا فصار شرعا لنا [3] .

ثانياً : قوله تعالى : ﴿وإنَّ يُونُسَ لَمِنَ المُرْسَلِينَ ، إذْ أَبَقَ إلى الفُلْكَ المَشْحُونِ ، فَساهَمَ فكانَ مِنَ المُدْحَضِينَ﴾ [4] سورة الصافات ، الآيات ١٣٩ ـ ١٤١ .

---

(١) الحاوي : ١٢ ق ٨٠ ب ، القواعد في الفروع ، الزركشي : ق ٢٠٣ ب (نمرة ٢٣٠ ـ أصول) تبصرة الحكام : ٢ ص ١٠٧ ، الطرق الحكمية : ص ٢١٦ ، المغنى : ٩ ص ٢٨٨ ، أصول الإثبات الجعفري : ص ١٠٥ ، المحلى : ٩ ص ٤٣٧ ، البحر الزخار : ٤ ص ١٠٨ ، الأم : ٧ ص ١٦٤ ، ٣٣٦ ، أحكام القرآن للشافعي : ٢ ص ١٦٣ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٤٨ ، شرائع الإسلام : ٢ ص ٢٢٤ ، الروضة البهية : ٢ ص ٢٢٦ .

(٢) البحر الرائق : ٧ ص ٢٣٧ ، تكملة فتح القدير : ٦ ص ٢١٨ .

(٣) أقلامهم : أزلامهم وهي قداحهم التي طرحوها في النهر مقترعين ، وقيل هي الأقلام التي كانوا يكتبون بها التوراة ، اختاروها للقرعة تبركابها ، وقد خاطب الله تعالى فيه نبينا محمد ﷺ وأنهم اختصموا في ذلك وتنافسوا في الحرص على كفالتها فاقترعوا فيما بينهم فخرجت قرعة زكريا ، (انظر : تفسير الكشاف ، للزمخشري : ١ ص ٤٢٩ ـ ٤٣٠ ، تفسير ابن كثير : ١ ص ٣٦٣ ، تفسير الطبري : ٣ ص ٢٦٧ ـ ٢٦٨ ، تفسير النسفي : ١ ص ٢١٥ ط الحكومة ١٩٦٧ ، صحيح البخاري مع السندي : ٣ ص ٨٣) .

(٤) ساهم أي قارع ، والمُساهمة المقارعة ، واستهم القوم إذا اقترعوا والمُدْحض ، المغلوب المقروع ، وأدحَض الله حجة فلان فَدَحَضَت أي أبطلها فبطلت ، روى أنه حين ركب يونس في السفينة وقفت ، فقالوا ههنا عبد آبق من سيده ، والسفينة إذا كان فيها آبق لم تجر ، فاقترعوا فخرجت القرعة على يونس ، فقال : أنا الآبق وزّج بنفسه في الماء ، وسمى هربه من قومه بغير إذن ربه إباقا على طريقة المجاز ، والفلك المشحون هو الموقر أي المملوء بالأمتعة ، وقال ابن كثير : إن السفينة لعبت بها الأمواج من كل جانب وأشرفوا على الغرق فساهموا على أن من تقع عليه القرعة يلقى في البحر لتخف =

وجه الدلالة : قوله تعالى ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ صريح في الدلالة على القرعة وتطبيقها والاحتكام إليها وتنفيذ ما خرج عنها ، وقد ذكرها الله تعالى في كتابنا فدل على أنها مشروعة في حقنا(١) .

وأما السنة :

فأولا : أخرج مسلم وأبو داود والنسائي ومالك والترمذي وابن ماجه ، عن عمران بن حصين « أن رجلا أعتقَ سِتَّةَ مملوكين له عند موته لم يكن له مالٌ غيرُهم فدعا بهم رسولُ الله ﷺ فجَزَّأهم أثلاثا ثم أقرعَ بينهم ، فأعتق اثنين وأرّق أربعة ، وقال له قولا شديداً»(٢) .

وجه الدلالة : أن الحديث نص صريح في القرعة عند الإبهام في المستحق فيقرع بينهم لتعيينه ، وجعل العتق تاما لثلثهم وأسقط عن ثلثيهم بالقرعة(٣) .

واعترض الإمام أبو حنيفة على القرعة في العتق ، وقال لا تجوز لأن فيها ظلما للعبيد لأن السيد قصد عتق الجميع ، والمانع هو حق الورثة فوجب أن يقع العتق شائعا فيهم فينالَ كلُّ واحد حصته منه(٤) .

وأجاب الخطابي على ذلك بقوله : هذا قياس ترده السنَّةُ ، وإذا قال صاحب الشريعة قولا ، وحكم بحكم لم يجز الاعتراض عليه برأي ولا مقابلته بأصل آخر ، ويجب تقريره على حاله واتخاذه أصلا(٥) .

ثانيا : وقد وردت القرعة في السنة الفعلية عن الرسول ﷺ في أمور كثيرة .

= بهم السفينة فوقعت القرعة على نبي الله يونس ثلاث مرات وهم يضنون به أن يلقى من بينهم ، (تفسير ابن كثير : ٤ ص ٢٠) ، وانظر : تفسير الكشاف : ٣ ص ٣٥٣ ، تفسير الطبري : ٣ ص ٩٨ .

(١) الحاوي : ١٢ ق ٨٠ أ .

(٢) صحيح مسلم : ١١ ص ١٣٩ ، الموطأ : ص ٤٨٤ ، سنن أبي داود : ٢ ص ٣٥٢ ط ـ الحلبي ، جامع الترمذي مع تحفة الاحوذي : ٤ ص ٦٠١ ، التاج الجامع للأصول : ٢ ص ٢٦٦ ، معالم السنن : ٥ ص ٤١٧ ، سنن ابن ماجه : ٢ ص ٧٨٥ .

(٣) قال النووي : وفي هذا الحديث دلالة لمذهب مالك والشافعي وأحمد واسحاق وداود وابن جرير والجمهور في إثبات القرعة في العتق ونحوه . . وقال أبو حنيفة القرعة باطلة لا مدخل لها في ذلك . . ، قال له قولاً شديداً : أي قال في شأنه قولاً شديداً كراهية لفعله وتغليظاً عليه ، (شرح النووي على صحيح مسلم : ١١ ص ١٤٠) ، وانظر : الأم ، للشافعي : ٧ ص ١٧ ، ٣٣٧ . وقال الخطابي في (معالم السنن : ٥ ص ٤١٧) : وفيه إثبات القرعة في تمييز العتق الشائع .

(٤) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٧٨ ، معالم السنن : ٥ ص ٤١٧ .

(٥) معالم السنن : ٥ ص ٤١٧ .

ذكر الواقدي في غزوة بني قريظة أن رسول الله ﷺ قسم غنائم بني قريظة على خمسة أجزاء ، وكتب في سهم منها « لله » [1] .

وذكر النووي أن رسول الله ﷺ كان يقسم بين زوجاته بالقرعة في الحضر ، وكان ﷺ إذا أراد السفر يقرع بينهم فأيتهن خرج سهمها خرج بها وسقط حق غيرها في غيبته بها ، وقسم خيبر فكان أربعة اخماسها لمن حضر ثم أقرع فأيهم خرج سهمه على جزء مجتمع كان له بكماله وانقطع منه حق غيره وانقطع حقه عن غيره [2] .

ثالثا : أخرج الطبراني في « المعجم الوسيط» عن أبي هريرة « أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ فجاء كل واحد منهما بشهود عدول وفي عدة واحدة ، فساهم بينهما رسول الله ﷺ وقال : اللهم اقض بينهما» ، وقال : تفرد به أبو مصعب [3] .

وجه الدلالة : صريح في القرعة عند تعارض البينتين .

واعترض عليه بضعفه [4] .

وأجيب عليه بأنه رواه أبو داود في « مراسيله » ، ورواه عبد الرزاق في « مصنفه» في البيوع ايضا مرسلا ، فيتقوى به ، قال البيهقي : اعتضد هذا المرسل بطريق آخر [5] .

رابعاً : أخرج أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم : عن زيد بن أرقم قال كنت جالسا عند النبي ﷺ فجاء رجل من أهل اليمن ،فقال إن ثلاثة نفر من أهل اليمن أتوا عليا يختصمون إليه في ولد ، وقد وقعوا على امرأة في طهر واحد ، فقال لاثنين : طَيِّبا بالولد لهذا ، فغَلَيَا (صاحا) ، ثم قال لاثنين : طيبا بالولد لهذا ، فغليا ، ثم قال لاثنين : طيبا بالولد لهذا فغليا ، فقال أنتم شركاء متشاكسون ، إني مقرع بينكم ، فمن قرع فله الولد ، وعليه لصاحبيه ثلثا الدية ، فأقرع بينهم ، فجعله لمن قرع ، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أضراسه أو نواجذه [6] .

---

(١) المغازي ، للواقدي : ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) شرح النووي على مسلم : ١٠ ص ٤٦ ، وانظر أحكام القرآن للشافعي : ٢ ص ١٦٣ ، مختصر سنن أبو داود : ٤ ص ٢٣٨ حديث ٢٨٩٣ ، المحلى ، ابن حزم : ١٠ ص ٦٣ ، الطرق الحكمية : ص ٢٨٩ .

(٣) نصب الراية : ٤ ص ١٠٨ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٢٠٣ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤١٢ ، المحلى : ٩ ص ٤٣٨ ، كنز العمال : ٢ ص ٢٠٧ ، كما جاء في حاشية المغني : ١٠ ص ٢٥٥ ط القاهرة

(٤) نصب الراية ، حاشية : ٤ ص ١٠٨ .

(٥) نصب الراية : ٤ ص ١٠٨ ، التلخيص الحبير : ٢ ص ٤١٢ .

(٦) وهو حديث صحيح الاسناد ، ورجاله ثقات ، (انظر : مختصر سنن أبي داود ، ومعالم السنن وتهذيب السنن : ٣ ص ١٧٦ - ١٧٧) وللحديث روايتان ، (انظر : سنن ابن ماجه : ٢ ص ٧٨٦ ، المستدرك : ٤ ص ٩٦) .

وجه الدولالة : واضح وصريح وهو أن ضحك النبي ﷺ اقرار لعمل سيدنا علي في القرعة ، فالقرعة مشروعة .

واعترض عليه بأن الشافعية والحنابلة القائلين بالقرعة لا يقولون بها في النسب ، وإنما يقولون بالقافة .

ويجاب عن هذا الاعتراض بأنه لا تعارض مع العمل بالقافة ويمكن الجمع بينهما ، وذلك باللجوء إلى القافة عند وجود القائف ، لثبوت ذلك بالحديث الصحيح ، وعند تعذر القافة فيعمل بالقرعة ، وقد سئل أحمد عن حديث زيد ؟ فقال حديث القافة أحب إليّ (١) ، ويفهم منه عدم إنكاره العمل بكلا الأمرين ، ولكن يقدم العمل بالقافة عند التنازع في الولد ، ويؤكد هذا قول ابن القيم : والمعهود عن استعمال القرعة إنما هو إذا لم يكن هناك مرجح سواها ومعلوم أن القافة مرجحة إما شهادة وإما حكما وإما فتيا فلا يصار إلى القرعة مع وجودها (٢) .

الإجماع :

اتفق فقهاء التابعين على العمل بالقرعة ، ومنهم عمر بن عبد العزيز وخارجة بن زيد وابان بن عثمان وابن سيرين ولم يخالفهم في ذلك أحد فحصل الإجماع (٣) .

أدلة القول الثاني :

استدل اصحاب القول الثاني على عدم مشروعية القرعة بالسنة والقياس .

أولا : السنة :

احتج الحنفية على عدم مشروعية القرعة بالأحاديث التي وردت في القسمة بين المتخاصمين وعدم الإقراع بينهم ، وقد سبق ذكرها في مطلب القسمة ، وأهمها ما رواه أبو داود وأحمد والحاكم والنسائي عن أبي موسى الأشعري أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد النبي ﷺ فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي ﷺ نصفين (٤) .

وجه الدلة : أن الرسول ﷺ استعمل القسمة ، ولم يقرع بين الخصمين فدل على عدم مشروعية القرعة .

---

(١) معالم السنن : ٣ ص ١٧٦ .

(٢) الطرق الحكمية : ص ٢٣٤ ، وقال ابن حزم بالقرعة في الولد بين الرجلين ، (المحلى : ١٠ ص ١٤٨) .

(٣) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٧٨ ، الفروق : ٤ ص ١١١ ، وقال في (البحر الزخار : ٤ ص ١٠٨) : مشروعة في القسمة إجماعاً وفي غيره الخلاف .

(٤) سبق تخريجه في صفحة ٨٣٣ .

واعترض عليه بأنه لا تعارض بين القسمة والقرعة ، وذكر القسمة في الحديث لا ينفي مشروعية القرعة الثابتة بالسنة أيضاً .

ثانيا : قياس القرعة على الميسر بجامع أن كلا منهما يعين المستحق ، والميسر محرم لقوله تعالى ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ سورة المائدة، الآية ٩٠، فكذلك القرعة محرمة، والقرعة من الميسر، لأن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق، خلافا لقسمة المال المشترك، فإن القاضي له فيه ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطييباً للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه[1].

واعترض عليه بأنه قياس مع الفارق ، وإن القرعة ليست من الميسر والقمار ، لأن الميسر يعين الشخص غير المستحق ، وإنه يجري بين غير مستحقين ، أما تمييز الحقوق فليس قمارا ، وإن القرعة لا تجري إلا بين أطراف متساويين في الاستحقاق ، فلو انفرد كل منهم لكان مستحقا بمفرده ، ولكن تعارض استحقاقه مع آخر ، ولا يمكن لشيء أن يكون مستحقا لكل ظرف بشكل مستقل فيرجع إلى القرعة في ذلك ، ولا فرق بين هذه القرعة والقرعة في القسمة ، لأن القاضي يستطيع أن يحكم بإحدى البينات دون غيرها لأقوى الأسباب ، ولكنه يقرع بينهم لتطييب النفوس وإزالة التهمة عن نفسه كالقسمة ، ولو كانت القرعة ميسرا وقمارا لوجب تحريمها بإطلاق ، وإلا فكيف يصح للقاضي اللجوء إليها بالقسمة ؟ فلا يصح استعمال الوسائل المحرمة في سبيل الغايات الطيبة [2].

قال المروذي : قلت لأبي عبد الله (الإمام أحمد) : إن ابن أكثم يقول : إن القرعة قمار : قال : هذا قول رديء خبيث ، ثم قال : كيف ؟ وقد يحكمون هم بالقرعة في وقت إذا قسمت الدار ، ولم يرضوا ، قالوا : يقرع بينهم [3].

وقال الحنفية : إن كل شهادة من الشهادتين المتعارضتين أثبتت الحق لصاحبها وهي شهادة صحيحة فيجب العمل بها ، وعند التعارض تعذر العمل بالشهادتين بإطلاق ، ولكن يمكن العمل بهما من وجه وذلك بالقسمة بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، أما القرعة فإنها تعطي جميع الحق لأحدهما وتحرم الآخر دون مبرر [4] ، وإن القرعة كانت مشروعة في

---

(١) العناية في شرح الهداية ، وتكملة فتح القدير : ٦ ص ٢١٨ ، مجمع الأنهر ٢ ص ٢٧٣ ، البحر الرائق : ٧ ص ٢٣٤ .

(٢) تهذيب الفروق : ٤ ص ١٧٨ ، القواعد ، ابن رجب : ص ٣٤٨ .

(٣) الطرق الحكمية : ص ٢٨٨ .

(٤) البحر الرائق : ٧ ص ٢٣٤ ، الهداية والعناية وتكملة فتح التقدير : ٦ ص ٢١٨ ، مجمع الأنهر : ٢ ص ٢٧٣.

أول الاسلام ثم نسخت كما ذكر ذلك الطحاوي في « المشكل» عن سعيد بن المسيب قال فوجدنا القرعة قد كانت في أول الإسلام ، فإن عليا أقرع بين النفر الثلاثة ، ثم ترك العمل بها بعد وفاته ﷺ في رجلين ادعيا ولدا فقضى به بينهما وأنه للباقي منهما ، ولا يظن بعلي ترك الإقراع الذي حكم به واستحسنه النبي ﷺ إلا لما هو أولى بالعمل ، فانتهى القضاء بالقرعة وانتسخ (١) .

ويعترض على ذلك بأن ترك الصحابة العمل بالحديث لا يدل على نسخه ، ولعل الإمام علي لم يعمل بالقرعة في النسب لوجود مرجح آخر أو لاشتباه الأمر عليه أو على القافة ، وقال الإمام أحمد : من ادعى أن القرعة منسوخة فقد كذب وقال الزور ، القرعة سنة رسول الله ﷺ أقرع في ثلاث مواضع : أقرع بين الأعبد الستة ، وأقرع بين نسائه لمّا أراد السفر ، وأقرع بين رجلين تداراءا في دابة ، وهي في القرآن في موضعين(٢) .

الراجح :

ويظهر ترجيح قول الجمهور القائلين بمشروعية القرعة ، لقوة أدلتهم ، وصحة الأحاديث التي استندوا إليها ، ولأن القرعة يتحقق فيها كثير من المصالح في المساواة بين المتخاصمين ، وتدفع كثيرا من التهمة الموجهة إلى القضاة ، وتزيل الحقد والحسد والضغينة التي تنشأ عن إعطاء الحق لأحدهما دون الآخر ، كما تدفع ضرر القسمة بين الاثنين ، وذلك لأن حجة كل منهما صحيحة كاملة وسبب شرعي يوجب الحكم به ، وإذا أخذ أحدُ الأطراف بدون قرعة أدى ذلك إلى مقته وبغضه والوقوع في حسده فشرعت القرعة دفعا لهذا الفساد والعناد (١) .

هذا : ونريد أن نؤكد أن القرعة إنما تقع بين مستحقين بحيث لو انفرد كل منهم استحق جميع المدعى به ، وأريد أن أعيد عبارة الإمام القرافي الجامعة في هذا الشأن :

قال القرافي في « الفروق » : « اعلم أنه متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة فلا يجوز الإقراع بينه وبين غيره ، لأن القرعة ضياع ذلك الحق المعين والمصلحة المتعينة ، ومتى

---

(١) نصب الراية : ٤ ص ١٠٨ حاشية ، البحر الرائق : ٧/٢٣٤ ، قال البابرتي : والجواب عن حديث القرعة ، أنه كان في الابتداء وقت إباحة القمار ثم انه انتسخ بحرمة القمار ، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق ، (العناية على هامش تكملة فتح القدير : ٦ ص ٣١٨) .

(٢) الطرق الحكمية : ص ٢٨٩ .

(٣) الحاوي : ١٢ ق ٨٠ ب ، قواعد الاحكام ، العز بن عبد السلام : ١ ص ٩١ ، المحلى : ٩ ص ٤٣٧ .

تساوت الحقوق والمصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار »[1] .

وقال الإمام يحيى : إنما شرعت لتطييب النفوس كما كان يفعل رسول الله ﷺ في إقراعه بين نسائه[2] .

اليمين مع القرعة :

وإذا خرجت القرعة لأحد الخصمين فقد اختلفت الفقهاء في تكليف صاحبها باليمين على قولين :

القول الأول : أن صاحب القرعة لا يحلف اليمين ، لأنه يأخذ الحق المحكوم له به بالبينة ، والقرعة ترجيح لبينته على بينة الآخر ، والبينة تغني عن اليمين .

ذهب إلى ذلك الشافعية والحنابلة[3] .

القول الثاني : أن صاحب القرعة يحلف اليمين مع القرعة ، لأن البينتين قد تساويتا وتعارضتا وتهاترتا فلا تصح إحداهما أن تكون حجة دون الأخرى،وأصبحت الدعوى كأنها بدون بينة ، وقاسوا تعارض البينتين على فقدان البينة ، فإذا فقدت البينة وأقرع بين الخصمين حلف صاحب القرعة واستحق ، فكذلك عند تعارض البينتين ،وتكون القرعة لترجيح الدعوى ، وأن حجة الحكم إما أن تكون بالبينة واليمين معا ، وإما أن تكون باليمين ترجيحا للبينة ، واحتجوا بالحديث السابق الذي رواه عبد الرزاق وأبو داود والطبراني في « الاوسط» والشافعي في « مسنده» عن أبي هريرة أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في أمر ، وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة ، فأسهم النبي ﷺ بينهما على اليمين .

ذهب إلى ذلك أبو الخطاب من الحنابلة والإمامية والشافعية في قول[4] .

ويعترض على هذا بأن القرعة كانت سبيلا للقضاء على الرأي القائل باستعمال البينتين المتعارضتين ، وهذا الاستعمال إما بالقسمة أو بالقرعة ، فكما لا يحلف أحدهما للآخر عند القسمة فكذلك لا يحلف له عند القرعة ، وإلا حصل التناقض بالقول باستعمال البينتين ثم القول بسقوطهما .

---

(١) الفروق : ٤ ص ١١١ الفرق ٢٤٠ .

(٢) البحر الزخار : ٤ ص ١٠٨ .

(٣) المغني : ١٠ ص ٢٥٦ ط القاهرة ، مغنى المحتاج : ٤ ص ٤٨٠ ، الحاوي : ١٣ ق ٥٢ ب .

(٤) المغني : ١٠ ص ٢٥٥ ـ ٢٥٦ ط القاهرة ، شرائع الاسلام : ٢ ص ٢٢٤ ، الحاوي : ١٣ ق ٥٢ ب .

والراجح :

عدم تكليف صاحب القرعة باليمين لبقاء بينته على صحتها والحكم له بموجبها ، أما إذا فقدت البينات وقرع بين المتنازعين فيكلف صاحب القرعة باليمين حتى يعتمد القضاء على حجة شرعية .

المطلب الثالث
في
التوقــف

ذهب الإمام الشافعي في قول إلى التوقف عند تعارض البينات وتعذر الجمع والترجيح بينها ، وذلك لأن العمل بالبينات المتعارضة متعذر ، وكل منهما تثبت ما تنفيه الأخرى ، ويستحيل أن تكون العين الواحدة مملوكة لاثنين فأكثر على الكمال في زمان واحد فاشتبه الأمر فوجب التوقف ، لأنه ليس العمل باحداها أولى من العمل بالأخرى لاستوائهمافي القوة وينتظر حتى تترجح احدى البينات أو يَقِر أحدُهما لصاحبه أو يتصالح الأطراف ، ووجوب التوقف لانتفاء الظن الذي هو مستند الأحكام ، إذ لا يجوز الحكم إلا بعلم أو ظن [1] .

ويعترض على التوقف أنه يؤدي إلى تعطيل الحكم .

الرأي الراجح :

ويظهر من البحث عن تعذر الترجيح وموقف القاضي وعمله إما بالقسمة أو بالقرعة أو بالتوقف : أن هذه الأدلة متساوية وكل قول يعتمد على دليل صحيح أو مصلحة راجحة ، ولا تعارض بينهـا فيمكن الجمع بينها ، وإعمالها باختلاف الحالات ، وأن الأمر يرجع إلى القاضي وفطنته وذكائه وخبرته وتقديره للأمور ، وإبصاره بالحقائق والأشخاص والبينات ، فمن المحتمل ان تكون الظروف المحيطة بالدعوى والأشخاص والبينات وصلت إلى طريق مسدود ، ولا مرجح لإحداها عن الأخرى ، وإن الحكم لأحدهما قد يضر بالآخر ويترك في

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٤٨٠ ، الوجيز : ٢ ص ١٦١ ، المغني : ١٠ ص ٢٥٦ ط القاهرة ، قواعد الاحكام ، العز : ٢ ص ٥٣ .

نفس القاضي شيئا من الحسرة وعدم الراحة والاطمئنان ، فإنه يتوقف في الأمر حتى يتضح أمامه أو يظهر الحق مع مرور الزمن وجمع المعلومات الجديدة .

أما إذا كانت البينات قوية متينة رصينة لا يمكن أن يتوجه إليها طعن ، ولا يمسها خدش ، وتوحي الظروف بصدقها فإن القاضي يقرر إعمال البينات ، ثم النظر في الوسيلة الأسمى بحسب التوافق بين البينةودعوى المتنازعين ، فإما أن يقسم المدعى به بينهما ، وإما أن يقرع بينهما ويترك الأمر لتقدير الله وقضائه ، وإما أن يقرر إهمال البينات ، واعتبارالدعوىبدون بينة ويلجأ إلى مرجح أولي للبت فيها.

وهذا الاختلاف الفقهي العظيم يؤكد مرونة الشريعة وسعة بحورها ، وتفتح المجال أمام المشرع أولاً والقاضي ثانياً بأن يطوف في أرجائها بدون حرج ولا مشقة ليختار ما يراه أقرب للحق والعدالة ، وأصلح للناس في حياتهم ومعاشهم .

تعارض البينات في القانون :

يتحقق التعارض بين كل وسيلتين متساويتين في القانون ونضرب لذلك أمثلة :

١ ـ إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين كان للمحكمة أن تقرر إما تهاتر البينتين المتعارضتين ، وإما الأخذ بإحداهما دون الأخرى على ما يظهر لها من ظروف القضية ، لأنها المرجع النهائي للفصل فيما يقدمه الخصوم من الأدلة[١] .

ويجب على المحكمة أن تبين الأسباب والعلل في ترجيح بينة على أخرى أو في تهاتر البينتين .

فحكم التعارض في القانون هو الترجيح بأحد الأسباب التي تراها المحكمة دون أن ينص عليها القانون، فإن تعذر الترجيح سقطت البينتان وأصبحت الدعوى بلا بينة.

٢ ـ الترجيح بقوة الدليل : ويرجح الدليل الكتابي على الشهادة ، لأن القانون منع الإثبات بالشهادة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي [٢] ، وهذه نتيجة طبيعية للرجحان الذي أقره القانون للأدلة الكتابية على الشهادة ، كما أنه موافق لارادة الطرفين الظاهرة في اختيارهما طريق التعاقد بدليل خطي ، وأن إثبات ما يخالف هذا الدليل أو يجاوزه لا يقبل الأسلوب الذي اختاره الطرفان للتعاقد [٣] .

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون البينات السوري : ص ٢٧ ف ٤٥ .

(٢) المادة ٥٥ ف أ من قانون البينات السوري .

(٣) المذكرة الإيضاحية السابقة : ص ٤٥ ف ١٠٠ .

وقد نص القانون العبري على ترجيح شهادة الشهود المحققة على شهادة الشهود المحتملة فجاء في (المادة ٥٦) منه : إذا شهد أحد الطرفين شهادة تفيد الأمر المشهود عليه إفادة بوجه التحقيق وشهد شهود الطرف الثاني شهادة تفيد الأمر على وجه الاحتمال فترجح شهادة من شهد على وجه التحقيق (١) .

والواقع أن أبحاث التعارض والترجيح هي نتائج طبيعية ومنطقية للنظرية العامة للإثبات وقوته في كل شريعة أو قانون .

الخاتمة

وبعد هذه الجولة الطويلة في روضات الفقه الإسلامي ، وبعد كتابة هذه الفصول الممتعة التي أنستني عناء البحث ، وأزالت آثار الصعاب والإجهاد ، وأبصرتني معالم الطريق ، وأشعرتني أنس الكتاب وعظمة الكُتّاب وفائدة المقارنة في دراسة أحكام الإثبات في الكتاب العزيز والسنة الشريفة وأقوال السلف والفقهاء ، فكان الوصول إلى الحقائق يزيل مشاق السفر ، وآثار الغربة ، وعثـرات الطريق ووعورة المسلك .

فإني أقرر النتائج التالية :

١ - تبين من خلال البحث أن الإثبات في الشريعة الإسلامية لا يقتصر على القواعد العملية والأحكام التشريعية ولكنه يمتزج بالعقيدة التي تنبع من القلب والضمير ، فالعقيدة تواكب الإثبات من أوله إلى آخره ، وفي مختلف صوره وأشكاله ، وهذا يشكل ميزة عظيمة ظاهرة لأحكام الإثبات الشرعي ، وليس لها مثيل في الإثبات القانوني .

وإن الإثبات الشرعي يسير في إطار الحياة العامة للمسلم ، ومن خلال مقاصد الشريعة وأهدافها الرئيسية التي تلتزم بالأخلاق ومبادىء السلوك والآداب في جميع وسائل الإثبات .

ولذلك أقول : إن العقيدة والأخلاق دعامتان أساسيتان في وسائل الإثبات الشرعية .

٢ - إن الشريعة الغراء أقرت جميع الحقوق للناس ، وخولتهم حق حمايتها والدفاع عنها ، وإثباتها أمام القضاء عند التنازع ، ومنع الاعتداء عليها ، فشرعت الإشهاد والتوثيق في المعاملات ، ونصت على البينات وطرق الإثبات لإحقاق الحق وتطبيق العدالة بين الناس في نطاق النظام القضائي .

---

(١) المقارنات والمقابلات ، محمود حافظ صبري : ص ٥٩ .

٣ ـ لقد ظهر لنا من نصوص الفقهاء أن محل الإثبات هو الحق أو السبب المنشىء له ، فتارة يقع الإثبات على الحق المجرد عن سبب ، وتارة يقع على الحق المقترن بسبب كالعقود والإرث والوصية والإتلاف ، وتارة يقع على السبب الذي يعتبر مصدراً للحق ، فإذا ثبت السبب ترتب عليه حكمه الشرعي وألزم به الخصم .

٤ ـ تبين لنا أن الشهادة وسيلة للإثبات بشروطها الشرعية ، مهما اختلفت الظروف والأحوال ، وأنها تصلح حجة في جميع الحقوق ، وأن النصاب في الشهادة شرط أساسي فيها ، فلا تعتبر الشهادة بدونه خلافاً لابن تيمية وابن القيم ، وتقبل شهادة الرجلين في جميع الحقوق إلا الزنا ، وتقبل شهادة الرجل والمرأتين فيما تقبل به شهادة الرجلين ، وإن شهادة النساء مشروعة فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً ، وأن نصاب شهادتهن اثنتان ، وأن الشاهد واليمين دليل ثابت بالنصوص الصحيحة ، ويحكم به في الأموال وما يؤول الى المال ، سواء أكان الشاهد رجلاً أم امرأتين ، وأن القضاء يقع بمجموع الشاهد واليمين ، فإن رجع الشاهد ضمن نصف المال ، أما شهادة الشاهد الواحد فلا تقبل إلا استثناء في رؤية الهلال وأحكام الديانة لورود النص فيها ، وتعتبر شهادة الشاهد ـ فيما سوى ذلك ـ خبرة شخصية أو قرينة يعتمد عليها القاضي ، ويظهر ذلك جلياً باعتبار شهادته لوثاً في أيمان القسامة ، وقرينة على الخلطة لحلف اليمين . وقد ثبت في فصل الشهادة التكامل في الأحكام الشرعية بارتباط حكم الشهادة وحجيتها بشروطها وأركانها ، بينما نرى التناقض في القانون ويبدو ذلك في التساهل المطلق في شروط الشهادة وتحقيق صحتها ثم التشدد المطلق في حجيتها وأثرها في الإثبات .

٥ ـ الإقرار سيد الأدلة في الإثبات ، وهو حجة بنفسه ، وإنه دليل كامل ، وحجة قاصرة على صاحبه ، وأن الإقرار لا يقبل التجزئة مطلقاً ، وقال الجمهور يختلف ذلك حسب تفصيل أنواعه البسيط والمركب والموصوف ، ويقبل في جميع الحقوق على الإطلاق ، ويصح أن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة ، والإقرار حجة سواء صدر في الصحة أو في المرض ، وسواء أكان لوارث أم لأجنبي ، ويثبت به النسب المباشر ، كما يعتبر حجة في إثبات النسب غير المباشر إذا صدر من جميع الورثة .

٦ ـ اليمين حجة للدفع ، ووسيلة للإثبات ، وتعتمد على العقيدة والضمير والأخلاق ، وهي صلة الوصل بين الأحكام القضائية والأحكام الأخروية أو بين أحكام القضاء وأحكام الديانة ، ومشروعية اليمين في الشريعة تؤكد التناسق والتكامل والترابط والانسجام بين الأحكام وبين العقيدة ، وتكون اليمين بلفظ « والله » ، ويجوز تغليظها في الزمان والمكان واللفظ ، ولا تصح بالطلاق ، ويمين الكافر بالله ، وتغلظ عليه بما يتفق مع عقيدته ، ويقره

المسلم عليه ، واليمين على البت إلا على نفي فعل غيره ، وتكون الصيغة والترتيب بحسب الدعوى والجواب ، وتقع اليمين على نية المستحلف ، ولا يصح فيها التورية ، واليمين تسقط الدعوى ، وتسقط الحق قضاء ، وتجوز اليمين في الأموال والأبدان ولا توجه في حقوق الله المحضة ، ويصح رد اليمين إلى المدعي كما ثبت في السنة .

أما القانون فلا يرعى العقيدة، ولا يرتب أثراً على الأخلاق والضمير، وعندما تعجز وسائله المادية في الإثبات يضطر إلى اللجوء إلى العقيدة فيقبل الإثبات باليمين وهذا من ثغرات القانون .

٧ ـ انتهينا إلى أن الكتابة حجة شرعية في الإثبات ، إذا توفرت شروطها ، وكانت مأمونة من التغيير والتحريف سواء أكانت صادرة من جهة حكومية أم صادرة من الأفراد ، وأن الشريعة الغراء كانت أسبق الشرائع في استخدام الكتابة في العقود والمعاملات ، ولا نرى مانعاً من التوسع بها في جميع الحقوق ، وتنظيم التوثيق بالكتابة في الدوائر الحكومية لضمان صحتها وثبوتها .

٨ ـ ثبت لنا أن القرائن وسيلة للإثبات ، وهي وسيلة احتياطية ، وتعتبر المعول الأساسي في يد القاضي لتمحيص الحقائق ، واستكشاف الصواب ، وتمييز الغث من الثمين ، وأن بعض القرائن وردت بالنص الشرعي فيلتزم القاضي إعمالها وتنفيذها كالفراش والقيافة في ثبوت النسب ، وبعضها الآخر نص عله الفقهاء من خلال التطبيق العملي للأحكام ومن خلال العرف وظروف القضاء ، واتباعاً للتقدم العلمي والاكتشافات الجديدة ، وبعضها الآخر يستنبطها القاضي من الوقائع المعروضة عليه ، وتكون القرينة كذلك طريقاً من طرق الترجيح ، والقرائن لا حصر لها ولا عدّ ، وإن ما يعتمد منها على العرف والعادة يتبدل بتبدل العرف والعادة ويدخل في هذا الفصل قبول شهادة الشاهد الواحد إذا اقترنت شهادته بقرينة تؤ يدها وتشهد لها بالصحة ، كما يدخل فيه قبول شهادة الصبيان في الجروح وشهادة النساء في القصاص والقتل وغير ذلك .

٩ ـ لا يجوز القضاء بعلم القاضي ، سداً للذرائع ، ومنعاً للتهمة ، وارتكاباً لأخف الضررين ودفع أشدهما ، واتفق الفقهاء على جواز الاعتماد على علم القاضي في بعض الحالات .

١٠ ـ المعاينة وسيلة مساعدة للقاضي في كشف الحقيقة ، وبيان الواقع بالرؤ ية ووضع النقط على الحروف ، سواء قام بها بنفسه أو بواسطة نائبه .

والخبرة استعانة بأهل الاختصاص في الأمور الدقيقة التي تحتاج إلى ممارسة ودراسة ،

ولا تكفي فيها الثقافة العامة والمعلومات البسيطة .

١١ ـ يجب على القاضي إحقاق الحق ، وإقامة العدل ، وإنهاء النزاع ، وتترك له حرية التصرف في مناقشة الأدلة وقبولها أو رفضها ، أو اتخاذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من صحتها ، لكنه مقيد بالشروط الشرعية التي لا يجوز التنازل عنها ، ولذلك ظهر أن أحكام الإثبات في الشريعة قسمان : قسم يتعلق بحق الأفراد ويجوز لهم التنازل عنه والاتفاق على مخالفته ، وقسم يتعلق بحق الله تعالى ، فلا يصح التنازل عنه ولا الاتفاق على مخالفته ولا يصح الإثبات إلا بتحققه ، وهذا القسم يمثل النظام العام في الإثبات أو حق الله تعالى .

١٢ ـ أسفر البحث في تحقيق النصوص وجمعها أن وسائل الإثبات ليست محصورة العدد من الناحية النظرية والفقهية ، وأن طرق الإثبات كثيرة جداً ، وبعض هذه الوسائل عامة في جميع الحقوق ، يقدمها صاحب الحق في إثبات حقه والكشف عنه ، وبعضها الآخر يلجأ إليها القاضي في حالات وظروف معينة ، وقد ورد بحثها في أماكن متفرقة من الرسالة ، نظراً لتقسيم الرسالة وتبويبها بالطريقة السابقة ، ومن هذه الأنواع التحالف والقرعة والقسمة والقيافة والنكول والقسامة . . . ، ومع أن وسائل الإثبات ليست محصورة بالنص ولكن يجب أن يحدد عددها من الناحية التشريعية والقضائية تسهيلاً على الأفراد والقضاة .

١٣ ـ يقع عبء الإثبات على كلا الخصمين ، والأصل أن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه جرياً على الظاهر ، ولكن لا مانع من قبول البينة من المدعى عليه ، واليمين من المدعي ، لعدم التوصل إلى ضابط فاصل بين المدعي والمدعى عليه ، وأن كلا من الخصمين قد يكون مدعياً ومدعى عليه في وقت واحد ، وأن المدعي قد ينقلب إلى مدعى عليه وبالعكس في نفس الدعوى ، وأن الشريعة الغراء وزعت عبء الإثبات على المدعي والمدعى عليه بما يتفق وطبيعة الأمور واستقرار المعاملات ، ومقتضيات المنطق والعقل ، فيحلف المدعي اليمين ويستحق ، أو يقدم البينة ويحكم له بها ، ويدفع المدعى عليه الدعوى باليمين أو بإثبات حقه بالبينة .

١٤ ـ الإثبات مظهر للحق وليس منشئاً له ، وهذا الإظهار إما أن يكون قطعي الدلالة كالتواتر وعلم القاضي فيما يصح الاعتماد عليه ، وإما أن يكون ظني الدلالة وهو غالب وسائل الإثبات ، والإثبات أمام القاضي والحكم بموجبه لا يغير حقيقة الأمر فلا يحل الحرام ولا يحرم الحلال ، والأحكام تنفذ من حيث الظاهر دون الباطن سواء في ذلك الأموال والديون والعقود والفسوخ وغيرها ، لأن الأحكام الشرعية تنبني على الظاهر ، وتترك البواطن لله تعالى ، ولذلك تُجَلّلُ بالمواعظ والترغيب والترهيب ، وترتبط بالحساب والعقاب الأخروي .

١٥ - تبين من البحث أن الشبهة لها تأثير متفاوت في الإثبات ، فتلغي اعتباره مطلقاً في الحدود والقصاص ، وتؤثر بعض التأثير في المعاملات ، ويختلف هذا التأثير بحسب قوة الشبهة ، وصلتها بحقيقة الأمور أو بظاهرها ، ويتدرج التأثير إما بإبطال الإثبات أو التشكك فيه وطلب تأكيده ودعمه ، وإما بأن تؤدي إلى نقض الحكم أو تكليف صاحب الشبهة بالأثر المترتب عليها ، ولذلك يجب أن تبرأ وسائل الإثبات من الشبهة التي تقارن الوسيلة في الزمن أو تطرأ عليها بعد تقديمها ، سواء صدرت هذه الشبهة من المدعي أو المدعى عليه أو من الإثبات ذاته ، ولا عبرة للشبهة الضعيفة ، وإذا صدرت الشبهة من الشهود مثلاً فإنهم يضمنون جميع الأضرار التي لحقت بالمشهود عليه أو الحقوق التي فوتوها عليه ، ويوزع الضمان عليهم .

١٦ - إذا تعارضت البينات فيجب السعي إلى الجمع بينها ، لأن العمل بالدليلين أفضلُ من إهمالهما ، وإذا تعذر الجمع لجأ القاضي إلى الترجيح بمختلف طرقه ووسائله ، لأن إعمال أحد الدليلين خير من إهمالهما ، وإذا تعذر الترجيح ينظر القاضي في الأمر ويتحقق منه ويقرر إما إسقاط البينات لتعارضها والحكم بالدعوى بأحد المرجحات الأولية ، وإما باستعمال البينات عن طريق القرعة بين الخصوم أو القسمة بينهم ، وإما أن يقرر التوقف في الأمر ريثما يظهر الحق أو يحصل على دليل أو مرجح محتمل .

وطرق الترجيح كثيرة وغير محصورة ، والقاضي مفوض في استخدام إحداها دون الأخرى،وأهم طرق الترجيح العدالة والعدد واليد وبيان السبب وزيادة العلم والتاريخ ، وقد يستخدم مرجحين متناقضين ولكن كل منهما في حالة كالترجيح باستصحاب الأصل والترجيح بالنقل دون الأصل .

١٧ - نرى أن قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي تكّون نظرية كاملة ، وهي نسيج وحده ، ولا يصح أن تخلط بغيرها ، فيجب أن تؤخذ كاملة رجاء الاستفادة منها والحصول على مقاصدها ومراميها وفوائدها ، وإن اقتباس بعض أحكامها والنظر إليها بمنظار جانبي كالنظر إلى الشهادة دون البحث في شروطها الشرعية ، يشوه معالمها ويطمس محاسنها ، ويسيء إليها ، ويفقدها رونقها ، ويضيع ثمراتها ، فهي كل لا يتجزأ .

١٨ - إن كل مذهب يشكل وحدة متكاملة ، ويكّون نظرة شاملة لأحكام الشريعة المطهرة ، ويربط بين الأحكام في مختلف فروع الفقه ، وكان هدف أئمة المذاهب الوصول إلى الحق والاعتماد على نصوص الكتاب والسنة ، وقبول الحكمة والمصلحة أينما وجدت ، ثم ظهر بعض الفقهاء المتعصبين في العصور المتأخرة فحاولوا إقامة الحدود وبناء الأسوار

والحواجز حول المذهب ، ورَدِ أو إبطال ما يخالف مذهبهم مما يضطرهم إلى تأويل النصوص ، والانحراف في تفسيرها ومحاولة إبطالها أو ردها ، وأوضح مثال على ذلك القضاء بالشاهد واليمين الذي ثبت بالحديث المروي عن بضعة وعشرين صحابياً ، وقد نسج التعصب حاجباً كثيفاً عن التأمل في سماحة الإسلام وحب الحقيقة والنظر في الأدلة والرجوع إلى الأصول ، وقد زالت هذه التعصبات والحمد لله بظهور الدراسات المقارنة بين المذاهب .

١٩ ـ إن فقه السلف الصالح من الصحابة والتابعين وأقوال المذاهب التي انقرض العمل بها يشكل ثروة فقهية طيبة يستأنس بها ، وقد نقل فقهاء المذاهب آراءهم وخاصة ابن قدامة في « المغني » وابن حزم في « المحلى » والماوردي في « الحاوي الكبير » ، وأصحاب السنن والشروح عليها ، ولكن في بعض الأحيان يضطرب النقل عنهم فينقل عن صحابي معين أو تابعي أو امام عدة آراء متضاربة في المسألة الواحدة .

المقارنة مع القانون :

٢٠ ـ تكّون عندي من الدراسة السابقة والمقارنة مع القانون ثقة مطلقة وطمأنينة كاملة بصلاحية الشريعة للتطبيق في كل زمان وفي كل مكان .

وإن الفقه الإسلامي يفوق الدراسات القانونية في الدقة والتكامل والترتيب والتنسيق ، وإن المقارنة هي لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما والتأكد من مزايا الشريعة ونواقص القانون وثغراته .

٢١ ـ المجال الوحيد الذي يصح أن يقارن فيه بين الشريعة والقانون هو الجانب الاجتهادي الذي يبنى على اعتبار المصلحة والعرف ، ويقوم على أساس عقلي لتحقيق مصالح الناس وتسيير أمورهم وهذا هو معيار النص القانوني .

ومع ذلك يبقى الفارق بينهما وهو أن الأحكام الاجتهادية الشرعية يحوطها سور من الأحكام الإلهية يحدد منطلقها وسيرها ، ويبين السبيل عند الاختلاف في الاجتهاد العقلي ، أو إثارة النزاع في الأمور ، وذلك برده إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله ، قال تعالى : ﴿ فإنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْ ء فَرُدُّوهُ إلى اللهِ والرَّسُولِ إنْ كُنتم تُؤمِنُونَ باللهِ واليَوْمِ الآخِرِ ﴾ سورة النساء ، الآية ٥٩ ، وقال تعالى : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَى يُحَكِّمُوكَ فيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا في أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مما قَضَيْتَ ويُسَلِّمُوا تَسْليماً ﴾ سورة النساء ، الآية ٦٥ .

٢٢ـ الفقه الإسلامي بحر زاخر ، لا تعلم شواطئه ، ولا تعرف أغواره ولا تسبر خفاياه على مر الأيام ، ويرحب بكل دارس ، ويلبي حاجة كل طالب ، ويشبع رغبة كل سائل ، ويهب الطمأنينة والسعادة لكل سالك ، ولذلك فهو جدير بأن يكون قبلة الباحثين والدارسين ، وكعبة المشرعين في الرجوع إليه لاستقاء الأحكام التي تتفق مع جميع الأزمنة والأمكنة ، ومع مختلف الاتجاهات التي تبغي الخير والحق والصلاح والتقدم .

٢٣ ـ يستحق الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه أن يكون أساساً وحيداً ومصدراً رئيسياً للتشريع في جميع البلاد العربية والإسلامية [١] ، وبذلك نعيد الحياة إلى تراثنا الزاخر ، ونصل ما انقطع منه ، ونوجه العاملين بالقوانين ـ فقهاء وقضاء وإدارة ومحاماة ـ صوب الشريعة في الدراسة والتفسير والتطبيق ، ونقضي على الاستعمار الفكري والقانوني في بلادنا ، لتحكم أرضنا شريعةُ الله ، ونكون مؤمنين حقاً ، ونلغي التبعية التشريعية إلى الأجانب الذين نسير في ركبهم ونستورد أحكامهم ونقتدي بهم ، والله تعالى يقول ﴿ يا أيُّها الذين آمَنُوا لا تَتَّخِذُوا اليَّهُودَ والنَّصَارَى أَوْلِياءَ ، بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ، ومَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فإنَّهُ مِنْهُمْ ، إنَّ الله لا يَهْدِي القومَ الظَّالِمينَ ﴾ سورة المائدة ٥١ .

٢٤ ـ أما في مجال الإثبات فقد ثبت بالدراسة والبحث والتقصي سعة الشريعة الغراء وسماحتها ، وتبين لي أنه ما من قول مقبول عقلاً أو عرفاً ، أو صالح للتطبيق أو يحقق مصلحة إلا وقد قال به الفقهاء جماعة أو انفراداً سواء كان قولاً معتمداً في المذهب أو مرجوحاً فيه ، وسواء كان قوياً أو شاذاً ، ولا يوجد نص قانوني إلا وله نظير في الفقه الإسلامي ، ولم أر اجتهاداً لرجال القانون إلا وقد سبق إليه أحد الأئمة أو أحد الفقهاء .

وكثير من الأحكام القانونية التي بهرت أعين الناس ، واستهوت أفئدتهم ، وقادتهم إلى التبعية والذيلية إلى الغرب ، والتنكب عن الشريعة ، نجد علماء المسلمين قد سبقوا إليها ونادوا بها ، وهذا يقطع الطريق ، ويفند الحجج التي تدعو إلى مسايرة التطور القانوني الغربي

---

(١) نصت المادة الثالثة من الدستور السوري الصادر سنة ١٩٥٠ والدساتير المتعاقبة بعده على أن « الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع » ونصت المادة الثانية من دستور الكويت بأن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع « ونصت المادة ١١٣ من مشروع الدستور السوداني على أن « الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي لقوانين الدولة » بالإضافة إلى نصوص معظم الدساتير العربية والإسلامية التي تنص في موادها الأولى على أن « دين الدولة الإسلام » وقد بقيت معظم هذه النصوص نظرية ولم يطبق منها إلا القليل ، (انظر : عمر بن الخطاب ، للدكتور سليمان الطحاوي : ص ٥ ـ ٦) .

لكونه مسايراً للعصر ومتجاوباً مع التقدم والتطور ، ولو صدقت النية ، وتجردت عن المصالح ، وانسلخت عن الحقد الدفين ، والضغينة المدسوسة ، وكان القصد هو تحقيق مصلحة الأمة والوطن، لسهل الأمر في التيمم شطر الشريعة الغراء لنجد مبتغانا ،ونظفر بمقصودنا الذي يحقق هذه الغاية ، ونمد يدنا إلى بطون المؤلفات لنسبر غورها ونأخذ منها ما يتفق مع الاتجاهات القانونية المعاصرة ، ونضرب مثالاً لذلك آراء ابن تيمية وابن القيم في عدم حصر طرق الإثبات وعدم اشتراط النصاب في الشهادة ، والاكتفاء بالشاهد الواحد ، وكذلك آراء عطاء وغيره في قبول شهادة النساء في كل شيء .

ورغم أن هذه الأقوال مرجوحة أمام غيرها ، وشاذة عن اتفاق الفقهاء ، فإنها تمتد إلى الشريعة بجذورها وأصولها ، وإن الاعتماد عليها خير ألف مرة من أخذ ما يقابلها من القوانين ، وذلك لضمان إبقاء الشريعة في حيز التطبيق ، وعدم تركها على الرفوف ليتراكم عليها التراب ، وتغشاها طبقة كثيفة من الإهمال تحجب الأنظار ، وتشوه الجوهر .

إذن ، فالفقه الإسلامي كفيل بأن يلبي حاجة الجميع ، مهما اختلفت الاتجاهات ، وما علينا إلا أن نحدد الرغبة لنرى الإجابة التي تحقق آمال الأمة ، قال تعالى ﴿وأَنَّ هَذا صِرَاطِي مُسْتَقِيماً فاتَّبِعُوهُ ، ولا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَنْ سَبيلِه ، ذلكم وَصّاكم به لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ سورة الأنعام ، الآية ١٥٢ .

وقال تعالى : ﴿ قُلْ هذهِ سَبيلي أَدْعُو إلى اللهِ عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَا ومَنْ اتَّبَعَنِي ، وسُبْحَانَ اللهِ وما أَنَا مِنَ المُشْرِكينَ ﴾ سورة يوسف ، الآية ١٠٨ .

وفي الختام فإني أضع القلم ـ وليس ذلك عن كلل ولا ملل ، وليس عن ادعاء باستيفاء البحث حقه وإكمال دراسته ، لأن هذا الموضوع الجليل يحتاج إلى المجلدات لايفاء حقه ـ وإنما أضع القلم وأقف عند هذا الحد التزاماً بالخطة التي وضعتها في مقدمة الرسالة ، وهي لا تخرج عن كونها مفتاحاً للعلم ، ومصباحاً أستنير به ، واستضيء بنوره وأرجو من الله تعالى أن أكون قد وفقت في الطريق والقصد والهدف ، واعتذر للقارىء الكريم عن كل نقص قد يظهر ، أو خطأ قد يهتدي إليه أو رأي لا يعجبه ، وقد سعيت أن تكون دراستي وأبحاثي وكتابتي مفيدة نافعة ، وتحملت فيها المشاق والمصاعب في الكتب المطبوعة والمخطوطة لأتجنب النقص والزلل والخطأ، فإن وفقت إلى قصدي فذلك من نعم الله تعالى التي لا

تحصى، وإلا فحسبي أني بشر معرض للخطأ، وأن العصمة والكمال لله وحده، ولا أعدم الأمل في الاستفادة من كل تصويت أو نصح أو ارشاد، والله ولي التوفيق والسداد وعليه الاعتماد.

وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين

حرف الألف:

حرف الباء:

حرف التاء:

حرف الثاء:

حرف الجيم:

حرب الحاء:

حرف الخاء:

حرف الدال:

حرف الذال:

حرف الراء:

حرف السين:

حرف الشين :

حرف العين :

حرف الغين :

حرف الفاء :

حرف القاف :

حرف الكاف:

حرف اللام:

حرف الميم :

حرف النون:

حرف الهاء:

حرف الواو:

حرف الياء:

حرف اللام ألف:

الآثار:

* * *

المراجـــع

١ ـ كتب التفسير وأحكام القرآن
٢ ـ كتب الحديث وعلومه .
٣ ـ كتب اللغة .
٤ ـ كتب أصول الفقه .
٥ ـ كتب الفقه الحنفي .
٦ ـ كتب الفقه المالكي .
٧ ـ كتب الفقه الشافعي .
٨ ـ كتب الفقه الحنبلي .
٩ ـ كتب المذاهب غير الأربعة .
١٠ ـ كتب المصطلحات والفقه العام .
١١ ـ كتب عامة وحديثة في الشريعة .
١٢ ـ كتب القانون .
١٣ ـ كتب الأدب والسير والتاريخ والتراجم .
١٤ ـ كتب الفهارس .
١٥ ـ المجلات .

ملاحظات :

أولاً ـ راعيت في ذكر المراجع الترتيب الموضوعي ثم الترتيب الهجائي في كل موضوع .

ثانياً ـ أعرضت عن ذكر الفهارس والكتب التي أرشدت إلى غيرها في معرض البحث والدراسة والكتابة ، كما أغفلت ذكر بعض المراجع هنا ، واكتفيت بذكرها بالهامش .

ثالثاً ـ لقد مرت هذه الرسالة في ظروف زمانية صعبة وقاسية ، وفي ظروف مكانية مختلفة ومتنوعة بين سورية ومصر ، ولذلك اضطررت إلى الرجوع إلى طبعتين أو ثلاث طبعات في بعض الكتب ، واعتبرت احدى الطبعات أصلاً ، وقدمت ذكرها في هذا الفهرس ، وتركتها مطلقة غالباً في الهامش ، واعتبرت ما عداها فرعاً وأخرت ذكره في الفهرس ، وأنص على طبعته في الهامش .

رابعاً ـ استعملت بعض الاصطلاحات في العرض وهي :

ص = صفحة ، ق = ورقة في مخطوط ، ط = طبعة ، أ = الصفحة الأولى من ورقة المخطوط ، ب = الوجه الثاني لورقة المخطوط ، م = مادة في القسم القانوني ، ف = فقرة ، ت = تحقيق ، قارن = أقصد به الرأي المخالف في الموضوع .

(١) كتب التفسير وأحكام القرآن

١ ـ القرآن الكريم

٢ ـ أحكام القرآن الكريم (تفسير الجصاص) : أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠ هـ) مط البهية المصرية ١٣٤٧ هـ.

٣ ـ أحكام القرآن الكريم (للشافعي ٢٠٤) : جمعه أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨ هـ) ط أولى بالقاهرة ١٣٧١ ـ ١٩٥١ تحقيق فضيلة الشيخ عبد الغني عبد الخالق .

٤ ـ أحكام القرآن الكريم : محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (٥٤٣ هـ)ط أولى بالقاهرة ١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨ م مط عيسى الحلبي .

٥ ـ إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم : المنلا أبو السعود (٩٨٢هـ) محمد بن محمد بن مصطفى دار الطباعة المصرية ١٣٧٥ هـ.

٦ ـ تفسير آيات الأحكام : بإشراف الشيخ محمد علي السايس مط صبيح بالقاهرة .

٧ ـ تفسير القرآن العظيم : اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي (٧٧٤هـ) مط عيسى الحلبي بالقاهرة .

٨ ـ جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري) : محمد بن جرير الطبري (٣١١ هـ)ط ثانية ١٣٧٣ ـ ١٩٥٤ مط مصطفى الحلبي بالقاهرة .

٩ ـ الجامع لأحكام القرآن الكريم (تفسير القرطبي) : محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (٦٧١هـ) مصور عن الطبعة الثالثة ١٣٨٧ ـ ١٩٦٧ دار الكاتب العربي بالقاهرة .

١٠ ـ الكشاف عن حقائق التنزيل: أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٨٥ ـ ١٩٦٦. وبذيلة الانتصاف فيما تضمنه الكشاف من الاعتزال، أحمد بن محمد بن المنير الاسكندري المالكي. (٦٨٣هـ).

١١ ـ لباب التأويل في معاني التنزيل : علي بن محمد المعروف بالخازن (٧٢٥هـ ـ ١٣٤١ م) مط العامرة بمصر ١٣٢٨هـ.

١٢ ـ مدارك التنزيل وحقائق التأويل : عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي(٧٠١ هـ) على هامش تفسير الخازن ، + مط الحكومة بمصر ١٩٦٧ /١٣٧٨

(٢) كتب الحديث وعلومه

١٣ ـ الآثار ، محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) مط أنوار محمدي بالهند ـ لكنو.

١٤ ـ احكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، تقي الدين ابن دقيق العيد (٧٠٢ هـ) مط السنة المحمدية بالقاهرة ١٣٧٢ ـ ١٩٥٣ .

١٥ ـ الأزهار المتناثرة في الأحاديث المتواترة ، جلال الدين السيوطي (٩١١ هـ) مط دار التأليف بالقاهرة.

١٦ ـ أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب ، محمد ابن السيد درويش ط أولى ١٣٥٥ المكتبة التجارية بالقاهرة.

١٧ ـ بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن، أحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي ط أولى ١٣٦٩ مط الأنوار بمصر.

وبذيله القول الحسن شرح بدائع المنن للمؤلف.

١٨ ـ التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول، منصور علي ناصف، مط عيسى الحلبي بالقاهرة ـ طبعة ثانية + رابعة. وبذيلة غاية المأمول ـ شرح التاج الجامع للأصول للمؤلف.

١٩ ـ تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري (١٣٥٣ هـ)، مط المدني بالقاهرة ـ ط ثانية ١٣٨٣ ـ ١٩٦٣ .

٢٠ ـ الترغيب والترهيب من الحديث، عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة . ط ثالثة ١٣٨٨ ـ ١٩٦٨ .

٢١ ـ التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) مط الأنصاري بالهند + ط مكتبة الجمهورية بالقاهرة.

٢٢ ـ التيسير شرح الجامع الصغير، عبد الرؤوف المناوي دار الطباعة العامرة ١٢٨٦ .

٢٣ ـ جامع العلوم والحكم، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي (٧٩٥ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط ثالثة ١٣٨٢ ـ ١٩٦٢ .

٢٤ ـ الجوهر النقي، علاء الدين بن علي المارديني المشهور بان التركماني (٧٤٥ هـ) ـ مطبوع في ذيل السنن الكبرى.

٢٥ ـ سبل السلام: محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢ هـ) ط رابعة ١٣٧٩ ـ ١٩٦٠.

٢٦ ـ السراج المنير شرح الجامع الصغير: علي بن أحمد الشهير بالعزيزي (١٠٧٠ هـ) المطبعة العامرة الشرفية ١٣٠٤.

٢٧ ـ سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣ هـ) مط عيسى الحلبي بالقاهرة، ط. أولى ١٣٧٢ هـ ١٩٥٢ م. تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٨ ـ السنن الكبرى: أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨ هـ). ط. أولى ـ حيدر آباد بالهند ١٣٤٤ هـ ويذيله الجوهر النقي لابن التركمان.

٢٩ ـ سنن النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي (٣٠٣ هـ) مط مصطفى الحلبي بمصر ١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٤) م ومعه زهر الربى للسيوطي مع تعليقات من حاشية السندي.

٣٠ ـ شرح الزرقاني على الموطأ: محمد الزرقاني (١١٢٢ هـ) مط عيسى الحلبي بالقاهرة.

٣١ ـ شرح معاني الآثار: أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي (٣٢١ هـ) مط الأنوار المحمدية بالقاهرة ١٩٦٨ م.

٣٢ ـ صحيح البخاري: محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦ هـ). ط الشعب بالقاهرة.

٣٣ ـ صحيح البخاري مع حاشية السندي: وفي الهامش حاشية السندي بتمامها وتقريرات أخرى مط العثمانية بمصر ط أولى ١٣٥١ هـ ١٩٣٢ م.

٣٤ ـ صحيح الترمذي بشرح ابن العربي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (٢٧٩ هـ) ط أولى ١٣٥٠ ـ ١٩٣١ م.

٣٥ ـ صحيح سنن المصطفي (سنن أبي داود): أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ) ط التازي بالقاهرة ١٣٤٨ + ط الحلبي ١٩٥٢ م. + مط المكتبة التجارية بالقاهرة بتحقيق محي الدين عبد الحميد.

٣٦ ـ صحيح مسلم بشرح النووي: مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١ هـ) بشرح يحيى ابن شرف النووي (٦٧٦ هـ) مط المصرية، القاهرة، ط أولى ١٣٤٩ هـ ١٩٣٠ م. + مختصر صحيح مسلم للمنذري (٦٥٦ هـ) ط الكويت.

٣٧ ـ عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة: محمد مرتضى الحسيني (١٢٠٥ هـ) ط أولى، المطبعة الوطنية بالاسكندرية ١٢٩٢ هـ.

٣٨ ـ الفتح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الصغير: وهما للجلال السيوطي ـ جمع يوسف النبهاني (١٣٥٠ هـ) مط مصطفى وعيسى الحلبي بالقاهرة.

٣٩ ـ كتاب الشهاوي في مصطلح الحديث: الشيخ إبراهيم دسوقي الشهاوي. طبع ١٩٦٦، القاهرة.

٤٠ ـ اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان: محمد فؤاد عبد الباقي مط عيسى الحلبي بالقاهرة.

٤١ ـ مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧ هـ) مط القدسي بمصر ١٣٥٣ هـ.

٤٢ ـ المحرر في الحديث: محمد بن أحمد المقدسي الشهير بابن قدامة (٦٨٢ هـ) وهو ابن أخ ابن قدامة، مط المكتبة التجارية بمصر.

٤٣ ـ مسالك الدلالة: أحمد بن محمد بن الصديق الغماري ط أولى ـ مكتبة الجمهورية بالقاهرة.

٤٤ ـ المستدرك على الصحيحين: أبو عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم (٤٠٥ هـ) ط حيدر آباد بالهند (١٣٤٠ هـ).

٤٥ ـ مسند الإمام أحمد: أحمد بن حنبل (٢٤١ هـ) مط دار المعارف تحقيق أحمد شاكر + ط أولى ١٣١٣ هـ.

٤٦ ـ مسند الإمام الشافعي: محمد بن ادريس الشافعي (٢٠٤ هـ) على هامش كتاب الأم ـ الجزء السادس.

٤٧ ـ معالم السنن: أبو سليمان حمد بن محمد البستي الخطابي (٣٨٨ هـ) مط أنصار السنة ١٣٦٧ ـ ١٩٤٨، بذيل مختصر أبي داود.

٤٨ ـ المغير على الأحاديث الموضوعة في الجامع الصغير: أحمد بن محمد بن الصديق الغماري ط أولى: دار العهد الجديد، القاهرة.

٤٩ ـ مقدمة ابن الصلاح: أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح (٦٤٢ هـ) ط شرف الدين الكتبي بالهند ١٣٥٧.

٥٠ ـ المنهج الحديث في علوم الحديث: محمد محمد السماحي مط الأنوار بالقاهرة ١٣٨٢ ـ ١٩٦٣.

٥١ ـ المنهل العذب المورود شرح سنن أبي داود: أمين خطاب السبكي مط الجمعية الشرعية بمصر. ومعه تكلمة المنهل لمحمود أمين خطاب (١٣٥٢ هـ).

٥٢ ـ الموطأ: الإمام مالك بن أنس (١٧٩ هـ) ١ ـ ط الشعب ١٩٧٠ ط٢ مط مصطفى الحلبي وترتيب فؤاد عبد الباقي.

٥٣ ـ نصب الراية لأحاديث الهداية: عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢ هـ) ط أولى بمصر ١٣٥٧ ـ ١٩٣٨. وبذيلها بغية الألمعي في تخريج الزيلعي.

٥٤ ـ نيل الأوطار: محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ). مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ـ ط ثالثة ١٩٦١.

(٣) كتب اللغة

٥٥ ـ أساس البلاغة: محمود بن عمر الزمخشري (٥٣٨ هـ) ط الشعب بالقاهرة ١٩٦٠.

٥٦ ـ تاج العروس شرح القاموس: محمد مرتضى الزبيدي (١٢٠٥ هـ) مط الخيرية بمصر ـ ط أولى ١٣٠٦ هـ.

٥٧ ـ تهذيب اللغة: محمد بن أحمد الأزهري (٣٧٠ هـ) ط الدار القومية للطباعة ١٣٨٤ ـ ١٩٦٤. تحقيق عبد السلام هارون.

٥٨ ـ الصحاح: إسماعيل بن حماد الجوهري (٣٩٣ هـ) مط دار الكتاب العربي بمصر.

٥٩ ـ القاموس المحيط: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي (٨١٧ هـ) مط المكتبة التجارية بمصر ١٣٣٢ ـ ١٩١٣.

٦٠ ـ لسان العرب: محمد بن بكر بن منظور المصري (٧١١ هـ) ط دار صادر ـ دار بيروت ١٩٥٦ ـ ١٣٧٥.

٦١ ـ مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (بعد ٦٦٦ هـ) المطبعة الأميرية ـ ط سادسة ١٣٧٠ ـ ١٩٥٠.

٦٢ ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (٦٢٣ هـ): أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (٧٧٠ هـ) المطبعة الأميرية ـ ط سادسة ١٩٢٦.

(٤) كتب أصول الفقه

٦٣ ـ الإحكام في أصول الأحكام: أبو محمد علي بن حزم الأندلسي (٤٥٦ هـ) مط العاصمة بالقاهرة ـ نشر زكريا على يوسف.

٦٤ ـ الإحكام في أصول الأحكام: علي بن أبي علي بن محمد الآمدي (٦٣١ هـ) ط محمد علي صبيح بالقاهرة + ط مؤسسة الحلبي.

٦٥ ـ أصول الفقه: الشيخ محمد الخضري ١٩٢٧ م، مط المكتبة التجارية بالقاهرة، ط خامسة ١٣٨٥ هـ ١٩٦٥ م.

٦٦ ـ تسهيل الوصول إلى علم الأصول: محمد عبد الرحمن عيد المحلاوي مط مصطفى الحلبي ١٣٤١.

٦٧ ـ تيسير التحرير على كتاب التحرير للكمال بن الهمام: محمد أمين المعروف بأمير بادشاه مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٥٠ هـ.

٦٨ ـ التلويح والتوضيح: صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود (٧٤٧ هـ) والتوضيح لسعد الدين التفتازاني (٧٩٢ هـ) ط صبيح + ط أولى مط الخيرية ١٣٢٢.

٦٩ ـ حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: حسن العطار والشرح للجلال المحلى: وجمع الجوامع للإمام ابن السبكي، توفي العطار (١٢٥٠ هـ) مط المكتبة التجارية بالقاهرة ١٣٥٨ هـ.

٧٠ ـ فواتح الرحموت: عبد العلى محمد بن نظام الدين الأنصاري اللكنوي (١١٨٠ هـ) مطبوع بذيل المستصفى للغزالي.

٧١ ـ مختصر المنتهى: ابن الحاجب الكردي الأسنوي المالكي (٦٤٦ هـ) مط كردستان بالقاهرة ١٣٢٦ هـ.

٧١ ـ المدخل إلى مذهب أحمد: مط كردستان بالقاهرة ١٣٢٦ هـ. ابن بدران، انظر: كتب الفقه الحنبلي.

٧٢ ـ المدخل إلى علم أصول الفقه: الدكتور محمد معروف الدواليبي مط جامعة دمشق، ط ثالثة ١٣٧٨ هـ ١٩٥٩ م.

٧٣ ـ الرسالة: الإمام محمد بن ادريس الشافعي (٢٠٤ هـ) مط مصطفى الحلبي، القاهرة ١٣٥٨، تحقيق أحمد شاكر.

٧٤ ـ المستصفى من علم الأصول: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ هـ) المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط أولى (١٣٢٢ هـ)

٧٥ ـ مسلم الثبوت: محب الله بن عبد الشكور البهاري (١١١٩ هـ). مط كردستان بالقاهرة ١٣٢٦ هـ.

٧٦ ـ منهاج الوصول إلى علم الأصول: القاضي ناصر الدين البيضاوي (٦٨٥ هـ) مط كردستان بالقاهرة ١٣٢٦ هـ.

٧٧ ـ الموافقات: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشهير بالشاطبي مط السلفية بالقاهرة ١٣٤١ + مط مكتبة التجارية.

٧٨ ـ النُبَذ في أصول الفقه الظاهري: علي بن أحمد بن حزم الأندلسي (٤٥٦ هـ) طبع عزت العطار والخانجي ١٩٤٠، تحقيق محمد زاهد الكوثري.

٧٩ ـ الوسيط في أصول الفقه الإسلامي: الدكتور وهبه الزحيلي مط جامعة دمشق ـ ط ثانية ١٩٦٨ م.

(٥) كتب الفقه الحنفي

٨٠ ـ الأشباه والنظائر: زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠ هـ) مط الحسينية ١٣٢٢ + ط ١٢٩٨ + الطبعة الجديدة في مؤسسة الحلبي.

٨١ ـ إعلام الأعلام بأحكام الإقرار العام: محمد أمين بن عمر عابدين (١٢٥٢ هـ) ط دمشق ١٣٠١ هـ.

٨٢ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زيد الدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠ هـ) مط دار

الكتب العربية للحلبي بمصر ١٣٣٣ هـ.

٨٣ ـ بدائع الصنائع: علاء الدين بن مسعود الكاساني (٥٨٧ هـ) مط الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ ١٩١٠ م.

٨٤ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣ هـ) مط بولاق، ط أولى ١٣١٤.

٨٥ ـ تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي (٥٤٠ هـ) مط دار الفكر بدمشق، حقق أحاديثه وخرجها محمد المنتصر الكتاني والدكتور وهبه الزحيلي.

٨٦ ـ التحقيقات القدسية والنفحات الرحمانية: حسن الشُرُنْبُلاليّ (١٠٦٩ هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (٤٧٧ فقه حنفي) ويحتوي على الرسائل ٣٨ ـ ٤٤ وأهمها: الاستفادة من أحكام الشهادة رقم ٣٨، الدر الثمين في اليمين رقم ٣٩، الحكم المسند بترجيح بينة غير ذي اليد، رقم ٤٠، إيضاح الخفيات لتعارض بينة النفي والإثبات رقم ٤٢.

٨٧ ـ حاشية على الدرر على الغرر: محمد بن مصطفى بن عثمان الخادمي (١١٥٥ هـ) مطبعة در سعادة عام ١٣١٠ هـ.

٨٨ ـ حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: أحمد الشلبي مطبوع على هامش تبيين الحقائق.

٨٩ ـ جامع الفصولين: محمد بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة (٨٢٣ هـ) مط الأميرية ببولاق مصر ١٣٠٠هـ. وبهامشه حواشي خير الدين الرملي.

٩٠ ـ جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعاوي والبينات: محمد سليم البشتاوي ـ قاضي محكمة المنصورة مط العامرة الشرفية، ط أولى ١٣١٩ هـ.

٩١ ـ درر الحكام في شرح غرر الأحكام.: منلاخسرو (٨٨٥ هـ) مط العامرة الشرقية ١٣٠٤ هـ وبهامشه حاشية الشُرُنبلالي عليه.

٩٢ ـ الدر المنتقى في شرح الملتقى: علاء الدين الحصكفي (١٠٨٨ هـ) مطبوع على هامش مجمع الأنهر.

٩٣ ـ الرسائل الزينية في فقه الحنفية (أربعون رسالة): زين الدين بن إبراهيم بن نجيم (٩٧٠ هـ) مخطوط بدار الكتب (٤٧٩ فقه حنفي) جمعه ابنه أحمد بن زين.

٩٤ ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: محمد أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢ هـ) مط مصطفى الحلبي (١٣٨٦ ـ ١٩٦٦)، والدر المحتار للحصكفي (١٠٨٨ هـ) وتنوير الأبصار للتمرتاشي (١٠٠٤ هـ).

٩٥ ـ شرح مجلة الأحكام العدلية: محمد سعيد المحاسني مط الترقي بدمشق ١٣٤٦ هـ ١٩٢٧.

٩٦ ـ شرح منلا مسكين على كنز الدقائق: معين الدين الهروي المعروف بمنلا مسكين (٨٥٠ هـ) طبع محمود توفيق بمصر، ١٣٥٥ هـ ١٩٣٦ م.

٩٧ ـ الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة: محمود الحمزاوي مفتي الشام ١٣٠٥ هـ. مط نهج الصواب ١٣٠٠ هـ.

٩٨ ـ ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي: محمد بن صديق حسن خان بهادر (١٣٠٧ هـ) مط بهو بال بالهند ١٢٩٥ هـ.

٩٩ ـ غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم: أحمد بن محمد المعروف بالحموي (١٠٩٨ هـ) مط العامرة ١٢٩٠ هـ.

١٠٠ ـ الفتاوي الهندية المسماة بالفتاوي العالمكيرية: جماعة من علماء الهند مط بولاق بمصر، ط ثانية ١٣١٠ هـ. وبهامشها فتاوي قاضيخان حسن بن منصور الأوزجندي ٥٩٢ هـ.

١٠١ ـ فتح القدير في شرح الهداية للمرغيناني (٥٩٣): الكمال بن الهمام (٨٦١ هـ) مط المكتبة التجارية بمصر ١٣٥٦ هـ وبهامشه العناية لمحمد بن محمد البابرتي (٧٨٦ هـ) وعليه حاشية سعد الله بن عيسى الجلبي (٩٤٥ هـ).

١٠٢ ـ الفرائض في مسائل الخلاف: عبيد الله بن عمر الدبوسي (٤٣٠ هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (٣٥٩ فقه تيمور)

١٠٣ ـ الفروق: أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي (٥٧٠ هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (فقه حنفي ٢٩٣).

١٠٤ ـ الفواكه البدرية: محمد بن محمد بن خليل المعروف بابن الغرس (٩٣٢ هـ) مطبوع مع المجاني الزهرية.

١٠٥ ـ قروة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار): محمد علاء الدين عابدين (١٣٠٦ هـ)

مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٩٦٦.

١٠٦ ـ لسان الحكام في معرفة الأحكام: إبراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة الحلبي (٨٨٢ هـ) مط جريدة البرهان بالاسكندرية ١٢٩٩ هـ. ومعه التكملة لإبراهيم الخالفي العدوي.

١٠٧ ـ المبسوط: شمس الدين محمد بن أبي سهل السرخسي (٤٨٣ هـ) مط السعادة بمصر.

١٠٨ ـ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للحلبي (٩٥٦ هـ): عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده (١٠٨٧ هـ) المطبعة العثمانية ١٣٢٧.

١٠٩ ـ مجمع الضمانات: أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي مط الخيرية بمصر، ص أولى ١٣٠٨ هـ.

١١٠ ـ المجاني الزهرية على الفواكة البدرية: محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارمي مط النيل بشارع محمد علي بالقاهرة.

١١١ ـ محاسن الإسلام: محمد بن عبد الرحمن البخاري (٥٤٦ هـ) مكتبة القدسي بالقاهرة ١٣٥٧ هـ.

١١٢ ـ مختصر الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامه (٣٢١هـ) ط دار الكتاب العربي بالقاهرة ١٣٧٠ هـ.

١١٣ ـ مرآة المجلة: يوسف آصاف (١٩٣٨ م) مط العمومية بمصر ١٨٩٤ هـ.

١١٤ ـ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤ هـ) مط الأميرية ببولاق، مصر، ط أولى ١٣٠٠ هـ.

١١٥ ـ مُوجِبات الأحكام: قاسم بن قُطْلُوبُغا (٨٧٩ هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (١٧١٤ فقه حنفي).

١١٦ ـ نتائج الأفكار تكلمة فتح القدير: شمس الدين المعروف بقاضي زاده (٩٨٨ هـ) مط المكتبة التجارية بمصر ١٣٥٦ هـ.

١١٧ ـ نَشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف: محمد بن عابدين (١٢٥٢ هـ) مط المعارف بسورية ١٣٠١ هـ.

١١٨ ـ النور اللامع في أصول الجامع (الكبير للإمام محمد): محمود الحمزاوي مفتي

الشام (١٣٠٥ هـ) طبع دمشق ١٣٠٣.

(٦) كتب الفقه المالكي

١١٩ ـ الأبواب والفصول في أحكام شهادة العدول: بدر الدين محمد بن عبد الرحمن البرلسي المالكي مخطوط ضمن مجموعة بدار الكتب (١٣٦ فقه مالكي).

١٢٠ ـ الإحكام في تمييز الفتاوي من الأحكام وتصرفات القاضي والامام: احمد بن ادريس القرافي (٦٨٤ هـ) مط الانوار بمصر ١٣٥٨ ـ ١٩٣٨م.

١٢١ ـ إدرار الشروق على أنواء الفروق: قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشّاط (٧٢٣ هـ) مطبوع بذيل الفروق.

١٢٢ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن احمد بن محمد بن رشد (٥٩٥ هـ) ط مكتبة الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٦ ـ ١٩٦٦.

١٢٣ ـ بُلغة السالك لأقرب المسالك: أحمد الصاوي (١٢٤١ هـ) مط المكتبة التجارية بالقاهرة.

١٢٤ ـ البهجة في شرح التحفة: علي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨ هـ) مط مصطفى الحلبي، ثانية ١٣٧٠ ـ ١٩٥١.

١٢٥ ـ التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف الشهير بالموّاق (٨٩٧ هـ) مطبوع على هامش مواهب الجليل.

١٢٦ ـ تاريخ قضاة الاندلس (أبحاث في أحكام القضاء والقضاة): أبو الحسن بن عبد الله النُباهي المالقي (٧٩٣ هـ) ط المكتب التجاري للطباعه والنشر، بيروت ـ مصور بالاوفست.

١٢٧ ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: ابراهيم بن علي بن فرحون المالكي المدني (٧٩٩ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٨ هـ ١٩٥٨، على هامش فتح العلي المالك.

١٢٨ ـ تبصرة القضاة والإخوان في وضع اليد: حسن العدوى الحمزاوي (١٣٠٣ هـ ١٨٨٦ م) ط مصر ١٢٧٦ هـ.

١٢٩ ـ تهذيب الفروق: محمد على بن حسين مفتي المالكية (القرن ١٤ هـ) مطبوع على هامش الفروق.

١٣٠ ـ حاشية الأمير «ضوء الشموع على شرح المجموع»: محمد الأمير (١٢٣٢ هـ) المطبعة البهية الشرقية بالقاهرة بذيل حاشية حجازي .

١٣١ ـ حاشية حجازي على شرح المجموع: الشيخ حجازي العدوى المطبعة البهية الشرقية بالقاهرة ـ ١٣٠٤ هـ.

١٣٢ ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) مط عيسى الحلبي بمصر.

١٣٣ ـ حاشية العدوى على شرح أبي الحسن على رسالة القيرواني. (٣٨٩ هـ): علي الصعيدي العدوي (١١٨٩هـ) مط عيسى الحلبي بمصر. وبالهامش شرح أبي الحسن على رسالة أبي زيد القيرواني.

١٣٤ ـ حلمي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم: أبو عبد الله محمد التاودي (١٢٦٦ هـ) مطبوع على هامش البهجة.

١٣٥ ـ الذخيرة: أحمد بن ادريس القرافي (٦٨٤ هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (١٩٧٨٣ ب) + (٣٤، ٣٥ فقه مالك) طبع الجزء الأول بالأزهر.

١٣٦ ـ شرح حدود الإمام محمد ابن عرفه (٨٠٣ هـ) محمد الانصاري المشهور بالرّصاع التونسي (٨٩٤ هـ) المط التونسية بتونس ، ط أولى ١٣٥٠.

١٣٧ ـ شرح الخرشي على مختصر خليل: أبو عبد الله محمد الخرشي (١١٠١ هـ) المط الأميرية ببولاق، مصر، ط ثانية ١٣١٧. وبهامشه حاشية علي العدوى.

١٣٨ ـ الشرح الكبير على مختصر خليل: أحمد الدردير (١٢٠١هـ) مطبوع على هامش حاشية الدسوقى.

١٣٩ ـ الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية : محمد العزيز جعيط ـ شيخ الاسلام بتونس (القرن ١٤ هـ) مط الارادة بتونس ، الطبعة الثانية.

١٤٠ ـ فتح العلى المالك: الشيخ محمد أحمد عليش (١٢٩٩ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٨ هـ ١٩٥٨م.

١٤١ ـ الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق: أحمد ابن ادريس القرافي (٦٨٤ هـ)

مط عيسى الحلبي بمصر، ط أولى ١٣٤٦ هـ.

١٤٢ ـ القوانين الفقهية (أو قوانين الأحكام الشرعية): محمد بن أحمد بن محمد بن جزىء (٧٤١ هـ) ط المكتبة الأدبية بفاس ١٣٥٤ ـ ١٩٣٤ . + ط دار العلم للملايين ـ بيروت ١٩٦٨.

١٤٣ ـ القول المرتضى في أحكام القضا: محمد بن عبد الرحمن البرلسي المالكي مخطوط بدار الكتب (١٣٦ فقه مالك) + (٧٢ فقه مالك)

١٤٤ ـ مجموع الإفادة في علم الشهادة: محمد البشير التواني (١٢٢٦ هـ ـ ١٨١٣ م)مطبوع بتونس، ط ثالثة ١٣١٤ هـ.

١٤٥ ـ المجموع الفقهي: محمد الأمير. (١٢٣٢ هـ) المطبعة البهية الشرفية بالقاهرة ١٣٠٤هـ . وعليه حاشية حجازي وحاشية الأمير.

١٤٦ ـ المقدمات الممهدات: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الجد (٥٢٠ هـ) مط السعادة بمصر، ط أولى ١٣٢٥ هـ.

١٤٧ ـ منح الجليل على مختصر خليل: الشيخ محمد عليش (١٢٩٩ هـ) المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٨٤ هـ وبهامشه تسهيل منح الجليل.

١٤٨ ـ مواهب الجليل شرح مختصر خليل: محمد بن محمد المعروف بالحطاب (٩٥٤ هـ) مط السعادة بمصر، ط أولى ١٣٢٩ هـ.

(٧) كتب الفقه الشافعي

١٤٩ ـ الأحكام السلطانية: علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ـ ط ثانية ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م .

١٥٠ ـ أدب القضاء أو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات: ابراهيم عبد الله المعروف بابن أبي الدم (٦٤٢هـ) مخطوط بدار الكتب (فقه حنفي ١٢ حليم) وهو فقه شافعي، وقد انتهيت من تحقيقه، وطبعه مجمع اللغة العربية بدمشق ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م.

١٥١ ـ الأشباه والنظائر: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (٩١١ هـ) مط مصطفى

الحلبي ١٣٧٨ هـ ١٩٥٩ م + ط المشهد الحسيني.

١٥٢ ـ الأشباه والنظائر في الفروع والقواعد: عبد الوهاب بن السبكي (٧٧٦ هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية (١٤٧٦ فقه شافعي).

١٥٣ ـ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: محمد الشربيني الخطيب (٩٩٧ هـ) مطبوع على هامش حاشية البجيرمي.

١٥٤ ـ الأم: الإمام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ٢٠٤ هـ. مط الشعب ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م مصورة عن طبعة دار الكتب.

١٥٥ ـ تحفة المحتاج بشرح المنهاج: أحمد بن حجر الهيتمي (٩٧٢ هـ). مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي.

١٥٦ ـ جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود: محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي (٨٩٠ هـ) مط السنة المحمدية بالقاهرة، ط أولى ١٣٧٤ هـ، ١٩٥٥ م.

١٥٧ ـ حاشية الجمل على شرح المنهج للأنصاري: الشيخ سليمان الجمل (١٢٠٤ هـ ـ ١٧٩٠ م) مط المكتبة التجارية بالقاهرة ١٣٥٧ هـ.

١٥٨ ـ حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي: الشيخ ابراهيم الباجوري (١٢٧٦ هـ) المطبعة الميمنية ١٣٠٩.

١٥٩ ـ حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب: سليمان البجيرمي (١٢٢١ هـ) مط التقدم العلمية بدمشق ١٣٤٨ هـ.

١٦٠ ـ حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري: عبد الله بن حجازي المشهور بالشرقاوي (١٢٢٦ هـ ـ ١٨١٣ م) طبع ١٣٤٦ هـ ١٩٢٨ م.

١٦١ ـ الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني): علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) مخطوط بدار الكتب (فقه شافعي ٥٠١، ١٣ مجلدا) + (٨٢ فقه شافعي ٢٣ مجلدا)

١٦٢ ـ حواشي العلامتين على تحفة المحتاج: عبد الحميد الشرواني، أحمد بن قاسم العبادي المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٥.

١٦٣ ـ حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي (٨٦٤هـ): أحمد بن أحمد القليوبي (١٠٦٩هـ)، أحمد البرلسي الملقب بعميرة ٩٥٧هـ. مط مصطفى الحلبي، ط ثالثة ١٣٧٥ هـ ١٩٥٦م.

١٦٤ ـ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي مطبوع على هامش الميزان ١٣٠٢ هـ.

١٦٥ ـ الزواجر عن اقتراف الكبائر: أحمد بن حجر الهيمتي (٩٧٢ هـ) المطبعة الازهرية بمصر، ط أولى ١٣٢٥ هـ.

١٦٦ ـ عماد الرضابيان أدب القضا: أبو يحيى زكريا الأنصاري (٩٢٦ هـ) مخطوط بدار الكتب (١٧٦٠ فقه شافعي)

١٦٧ ـ فتاوي السبكي تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (٧٥٦هـ) طبع مكتبة القدسي بالقاهرة.

١٦٨ ـ فيض الإله المالك: عمر بركات الشامي البقاعي المكي مط المكتبة التجارية بالقاهرة ١٣٧٤ ـ هـ ـ ١٩٥٥ م . وبهامشه متن عمدة السالك وعدة الناسك.

١٦٩ ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام: عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي (٦٦٠ هـ) مط الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م.

١٧٠ ـ القواعد في الفقه: بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي (٧٩٤ هـ) مخطوط بدار الكتب (٢٣٠ أصول تيمور) + (٢٥ أصول فقه)

١٧١ ـ متن الغاية والتقريب: القاضي أبو شجاع أحمد بن الحسين الأصفهاني (٥٩٣ هـ) طبعة الحلبي ١٣٤٣ هـ.

١٧٣ ـ المجموع شرح المهذب: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) وعلي بن عبد الكافي السبكي (٧٥٦ هـ) ومحمد بخيت المطيعي معاصر ومحمد حسين العقبي معاصر مط الامام لزكريا على يوسف بالقاهرة ١٩٦٦ م.

١٧٣ ـ مختصر المزني: أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني (٢٦٤ هـ) مطبوع على هامش الأم في الأجزاء الخمسة الأولى.

١٧٤ ـ مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج: محمد الشربيني الخطيب (٩٩٧ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٠ هـ ١٩٦٨م.

١٧٥ ـ المهذب: أبو اسحاق ابراهيم بن يوسف الشيرازي (٤٧٦هـ) مط مصطفى الحلبي ،ط ثانية ١٣٧٩ ـ ١٩٥٩. وبذيلة النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي (٦٣٠ هـ).

١٧٦ ـ الميزان الكبرى: عبد الوهاب الشعراني (٩٧٣ هـ) المطبعة البهية

١٣٠٢هـ ط رابعة ١٣٥١ ـ ١٩٣٢م.
١٧٧ ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب الدين الرملي المشهور بالشافعي الصغير (١٠٠٤ هـ) مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٨٦ هـ ١٩٦٧ م. ومعه حاشية الشبرا ملسي (١٠٨٧ هـ) وحاشية المغربي الرشيدي (١٠٩٦ هـ).

١٧٨ ـ الوجيز في فقه الامام الشافعي: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (٥٠٥ هـ) مط حوش قدم بالغورية، القاهرة ١٣١٨ هـ.

(٨) كتب الفقه الحنبلي

١٧٩ ـ الأحكام السلطانية: أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء الحنبلي (٤٥٨ هـ) مط مصطفى الحلبي، ط ثانية ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦م.

١٨٠ ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين: محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) ط مكتبة الكليات الأزهرية بمصر ٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م.
١٨١ ـ الإفصاح عن معاني الصحاح: الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة (٥٦٠ هـ) المطبعة العلمية بحلب، ط أولى ١٣٤٨ هـ ١٩٢٩ م + ط ثانية، المكتبة الحلبية بحلب ١٣٦٦ هـ ١٩٤٧ م.

١٨٢ ـ رسالة في العمل بالخطوط؛ قاضي القضاة علاء الدين بن مفلح (٧٦٣هـ)، مخطوط بدار الكتب (٨٤فقه حنبل).

١٨٣ ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) مط السنة المحمدية بمصر ١٣٧٨ هـ ١٩٥٣ م.
١٨٤ ـ القواعد: عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ)، طبعة مكتبة الخانجي بمصر ـ طبعة أولى ١٣٥٣ هـ ١٩٣٣م.

١٨٥ ـ كشاف القناع على متن الإقناع: منصور بن ادريس البهوتي الحنبلي (١٠٥١ هـ) المطبعة العامرة الشرفية بمصر، ط أولى ١٣١٩ هـ.
١٨٦ ـ كشف المسائل من كتاب القواعد: علاء الدين على بن عباس البعلي الحنبلي (٨٠٣ هـ) مخطوط بدار الكتب (٧٤ فقه حنبل) وقد طبعته مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٩٥٦ م باسم القواعد والفوائد الأصولية.

١٨٧ ـ المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد: أبو البركات عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية الحراني (٦٥٢ هـ) مط السنة المحمدية بمصر ١٣٦٩ هـ ١٩٥٠م.

١٨٨ ـ مختصر الفتاوي المصرية لابن تيمية (٧٢٨ هـ) محمد بن علي الحنبلي البعلي (٧٧٧ هـ) مط السنة المحمدية بمصر ١٣٦٨ هـ ١٩٤٩ م

١٨٩ ـ المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبد القادر بن أحمد المعروف بابن بدران (١٣٤٦ هـ) ط ادارة الطباعة المنيرية بمصر، وهو كتاب أصول وفقه.

١٩٠ ـ المغني: عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) ط دار المنار بمصر، ط ثالثة ١٣٦٧ ـ ٩ أجزاء. + طبعة إمام عشرة أجزاء + طبعة مكتبة الجمهورية ١٠ اجزاء.

١٩١ ـ منتهى الإرادات: منصور بن يونس بن ادريس البهوتي (١٠٥١ هـ) مطبوع على هامش كشاف القناع.

١٩٢ ـ النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر: شمس الدين علاء الدين بن مفلح المقدسي (٧٦٣ هـ) مطبوع بذيل المحرر.

(٩) كتب المذاهب غير الأربعة

أ ـ كتب الفقه الظاهري:

١٩٣ ـ المحلي: أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي (٤٥٦ هـ) مط المنيرية بالقاهرة ١٣٥٠ هـ.

١٩٤ ـ مراتب الاجماع: للمؤلف السابق نشر مكتبة القدسي بالقاهرة ١٣٥٧ هـ.
وعليه: نقد مراتب الإجماع لابن تيمية (٧٢٨ هـ)

ب ـ كتب الفقه الزيدي:

١٩٥ ـ البحر الزخار: أحمد بن يحيى بن المرتضي (٨٤٠ هـ) مكتبة الخانجي بالقاهرة ط أولى ١٣٦٦ هـ ١٩٤٧ م وبهامشه جواهر الأخبار والآثار للصعيدي (٩٥٧ هـ).

١٩٦ ـ التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار): أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني الطبعة الأولى.

١٩٧ ـ الروض النضير (شرح المجموع للإمام زيد ١٢٢ هـ): الحسين بن أحمد السياغي (١٢٢١ هـ) مط السعادة بالقاهرة ـ ط أولى ١٣٤٧.

جـ ـ كتب الفقه الجعفري الإمامي:

١٩٨ ـ أصول الإثبات في الفقه الجعفري: محمد جواد مغنيّة (معاصر) مط دار العلم للملايين، بيروت، ط أولى ١٩٦٤ م.

١٩٩ ـ جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام: محمد حسن بن الشيخ باقر النجفي (١٣٢٢ هـ) طبعة حجر بإيران ١٢٧١ هـ.

٢٠٠ ـ الروضة البهية (شرح اللمعة الدمشقية): زيد الدين الجعبي العاملي (٩٦٥ هـ) الجزء الأول في مط الكتاب العربي بمصر ١٣٧٨، والجزء الثاني في بيروت.

٢٠١ ـ شرائع الإسلام في الفقه الجعفري: نجم الدين جعفر بن الحسن، الملقب بالمحقق الحلي (٦٧٦ هـ) مط دار الحياة، بيروت.

٢٠٢ ـ كتاب القضاء: ضياء الدين العراقي (١٣٦١ هـ) مط العلمية بالنجف.

٢٠٣ ـ المختصر النافع: المحقق الحلي (٦٧٦ هـ) مط وزارة الأوقاف بمصر، ط ثانية ١٣٧٧ هـ.

د ـ كتب الإباضية:

٢٠٤ ـ التكميل لبعض ما أخل به كتاب النيل: ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثميني (١٢٢٣ هـ) مط العرب بتونس ١٣٤٤ هـ.

٢٠٥ ـ شرح النيل: محمد بن يوسف أطفيش (١٣٣٢ هـ) ط الباروني + مط السلفية، ١٣٤٣ هـ

٢٠٦ ـ الورد البسام في رياض الأحكام: ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثميني (١٢٢٣ هـ) المطبعة التونسية بتونس، ١٣٤٥ هـ.

(١٠) كتب المصطلحات والفقه العام

٢٠٧ ـ الأموال: أبو عبيد القاسم بن سلام (٢٢٤ هـ) ط مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ١٣٨٩ هـ ١٩٦٩ م.

٢٠٨ ـ التعريفات: السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني (٨١٦ هـ) ط مكتبة صبيح بالقاهرة ١٣٨٢ هـ.

٢٠٩ ـ الخراج: القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (١٨٢ هـ) مط السلفية بالقاهرة ١٣٨٢ هـ.

٢١٠ ـ الخراج: يحيى بن آدم القرشي (٢٠٣ هـ) مط السلفية بالقاهرة ١٩٦٧ م تحقيق أحمد شاكر.

٢١١ ـ كشاف اصطلاحات الفنون: محمد علي بن علي التهانوي (بعد ١١٥٨ هـ) ط كلكتا بالهند ١٨٦٢ م.

٢١٢ ـ مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زادة (٩٦٨هـ) ط دار الكتب الحديثة بالقاهرة:

(١١) كتب عامة وحديثة في الشريعة

٢١٣ ـ أحكام البينات: أحمد الداعور ط دمشق ١٣٨٥ هـ ١٩٦٥ م.

٣١٤ ـ أحكام التركات والمواريث: الشيخ محمد أبوزهرة ط دار الفكر العربي بالقاهرة.

٢١٥ ـ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية: الشيخ زكي الدين شعبان، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ م.

٢١٦ ـ أحكام الوصية: الشيخ علي الخفيف، ط معهد الدراسات العربية بالقاهرة ١٩٦٢ م.

٢١٨ ـ أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان ابن تيمية: دمشق ١٦ ـ ٢١ شوال ١٣٨٠ هـ ط المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب بالقاهرة.

٢١٨ ـ الإسلام عقيدة وشريعة: الشيخ محمود شلتوت (١٣٨٣ هـ) مط الأزهر ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ م.

٢١٩ ـ الأصول القضائية في المرافعات الشرعية: الشيخ علي قرّاعة، مط الرغائب بدار المؤيد بالقاهرة ١٣٣٩ هـ ١٩٢١ م.

٢٢٠ ـ الأموال ونظرية العقد: الدكتور محمد يوسف موسى (١٣٨٣ هـ) مط دار الكتاب العربي، ط أولى ١٩٥٢ م

٢٢١ - بحث في البينة: محمد عبد المنعم جاب الله، بحث في تخصيص القضاء الشرعي مخطوط ١٣٥٦ هـ ١٩٣٥ م

٢٢٢ - بحث في التعارض والترجيح: الدكتور العميد محمد حسن فايد، ط أولى ١٩٦٧، القاهرة.

٢٢٣ - بين الطب والإسلام: حامد الغوابي طبع ١٩٦٥، القاهرة.

٢٢٤ - تأثير الموت على حقوق الإنسان والتزاماته: الشيخ علي الخفيف، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١١ عدد ٥ عام ١٩٤١ م.

٢٢٥ - تاريخ القضاء في الإسلام: محمود عرنوس (١٩٥٥ م) ط أولى.

٢٢٦ - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي: الدكتور وحيد الدين سوار، مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة، ط أولى ١٩٦٠ م.

٢٢٧ - التعزير في الشريعة الإسلامية: الدكتور عبد العزيز عامر، مط دار الكتاب العربي بالقاهرة، ط ثالثة ١٩٥٧ م.

٢٢٨ - التوثيق في الكتاب والسنة: المستشار محمود مكادي، محاضرات الدبلوم الأحوال الشخصية في كلية الشريعة والقانون ١٩٦٦.

٢٢٩ - التوثيق والتشريعات المتعلقة به: المستشار أحمد الفاضل محاضرات على دبلوم الأحوال الشخصية بكلية الشريعة والقانون ١٩٦٦ م.

٢٣٠ - حجية القرائن في القانون والشريعة: فتح الله فتح زيد، بحث في تخصص القضاء الشرعي، مخطوط ١٣٥٥ هـ.

٢٣١ - الحسبة في الإسلام: الشيخ إبراهيم دسوقي الشهاوي، مكتبة دار العروبة بالقاهرة ١٩٦٢ م.

٢٣٢ - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: الدكتور فتحي الدريني، مط جامعة دمشق ط أولى ١٣٨٦ هـ ١٩٦٧ م.

٢٣٣ - رسالة في الشهادات على مذهب أبي حنيفة: عبد السلام أحمد حمد. رسالة تخصص بالأزهر مخطوطة ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨ م.

٢٣٤ ـ رسالة في الشهادات على مذهب أبي حنيفة : حسين سعد خليف ، رسالة تخصص بالأزهر، مخطوطة ١٣٥٤ هـ ١٩٣٥ م .

٢٣٥ ـ طرق الإثبات الشرعية : الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم (١٩٤٥ م) مط العلوم، محاضرات لدبلوم القانون الخاص بكلية الحقوق بالقاهرة ١٣٥٨ هـ ١٩٣٩ م.

٢٣٦ ـ طرق القضاء في الشريعة الإسلامية : المؤلف السابق ،مط السلفية بالقاهرة ١٩٤٧ م .

٢٣٧ ـ عقد الزواج وآثاره : الشيخ محمد أبوزهرة،طبع ١٩٥٨ م.

٢٣٨ ـ عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدراة الحديثة : الدكتور سليمان محمد الطماوي مط دار الفكر العربي، ط أولى ١٩٦٩ .

٢٣٩ ـ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد : الدكتور وهبه الزحيلي مط جامعة دمشق، ط أولى ١٣٧٨ هـ ١٩٦٧ م.

٢٤٠ ـ الفقه المقارن : حسن أحمد الخطيب،مط دار التأليف بالقاهرة ١٣٧٦ هـ ١٩٥٧ م .

٢٤١ ـ فلسفة التشريع في الإسلام : الدكتور صبحي المحمصاني دار العلم للملايين، بيروت، ط ثالثة ١٣٨٠ هـ ١٩٦١ م.

٢٤٢ ـ فلسفة العقوبة في الفقه الإسلامي : الشيخ محمد أبو زهرة،دار الفكر العربي بالقاهرة .

٢٤٣ ـ القضاء في الإسلام : عطية مصطفى مشرفة ،الطبعة الأولى ١٩٣٩ .

٢٤٤ ـ كتاب الشهاوي في تاريخ التشريع الإسلامي : الشيخ إبراهيم دسوقي الشهاوي الطبعة الأولى ١٩٦٨ م.

٢٤٥ ـ مباحث التعليل : الدكتور حمد الكبيسي ،رسالة دكتوراة في كلية الشريعة والقانون عام ١٩٦٩ .

٢٤٦ ـ المدخل الفقهي العام : الأستاذ مصطفى الزرقا،مط جامعة دمشق، ط سادسة ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ م

٢٤٧ ـ المدخل للفقه الإسلامي : الأستاذ محمد سلام مدكور. مط دار النهضة العربية بالقاهرة ١٣٨٠ هـ ١٩٦٠ م.

٢٤٨ ـ المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي : محمد مصطفى شلبي مط دار التأليف ١٣٧٩ هـ ١٩٥٩ م.

٢٤٩ ـ مذكرات في الفقه المقارن في مرض الموت : المرحوم الشيخ محمد الزفزاف (١٩٦٩ م) لدبلوم الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق بالقاهرة ١٩٦٨ م.

٢٥٠ ـ المرافعات الشرعية : عبد الحكيم محمدالسبكي ،مط الجمالية بمصر، ط أولى ١٩٢٣.

٢٥١ ـ المرافعات الشرعية : المستشار محمد خاطر. محاضرات لدبلوم الأحوال الشخصية بالأزهر ١٩٦٦.

٢٤٢ ـ المرافعات الشرعية : معوض محمد مصطفى سرحان ،كتاب دراسي في جامعة الخرطوم لعام ١٩٤٦ م.

٢٥٣ ـ الملكية ونظرية العقد : الشيخ محمد أبوزهرة ،الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ ١٩٣٩ م.

٢٥٤ ـ مقارنة المذاهب في الفقه : الشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد علي السايس مط صبيح بالقاهرة ١٩٥٣ م.

٢٥٥ ـ المنتخبات الجلية في الشهادات الشرعية : حميد بن الياس الجركسي ،رسالة تخصص بالأزهر، مخطوطة ١٣٥٨ ـ ١٣٥٩ هـ.

٢٥٦ ـ المؤتمر الأول لمجمع البحوث الإسلامية : الأزهر في شوال ١٣٨٣ مارس ١٩٦٤.

٢٥٦ ـ مباحث في المرافعات الشرعية : محمد زيد الأبياني (١٣١٣هـ،١٩١٣م). ط أولى ، القاهرة.

٢٥٧ ـ من طرق الإثبات في الشريعة والقانون : الدكتور أحمد عبد المنعم البهي ،مط دار الفكر العربي بالقاهرة، ط أولى ١٩٦٥.

٢٥٨ ـ المواريث الإسلامية : أحمد الخضري ،طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية.

٢٥٩ ـ موسوعة الفقه الإسلامية : إصدار المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة.

٢٦٠ ـ موسوعة الفقه الإسلامي : بإشراف الشيخ محمد أبو زهرة،مط دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٦٦.

٢٦١ ـ نظرية الإثبات الجنائي الإسلامي: أحمد فتحي بهنسي ،الطبعة الثانية.

٢٦٢ ـ نظرية الإلتزام في الفقه الإسلامي: الأستاذ مصطفى الزرقا ،مط جامعة دمشق، ط خامسة ١٣٨٣ هـ ١٩٦٤ م.

٢٦٣ ـ نهاية الإحكام في ما للنية من الأحكام: أحمد بك الحسيني، المط الأميرية ببولاق، مصر، ط أولى ١٣٢٠ هـ ١٩٠٣ م.

(١٢) كتب القانون

٢٦٤ ـ إثبات الإلتزام وآثاره: الدكتور حسين النوري ،ط مكتبة عين شمس عام ١٩٥٧ بالقاهرة.

٢٦٥ ـ الإثبات في المواد المدنية: الدكتور عبد المنعم فرج الصدة،مط مصطفى الحلبي بالقاهرة ط الثانية ١٩٥٤ م.

٢٦٦ ـ الأحوال الشخصية لغير المسلمين: الدكتور جميل الشرقاوي،ط ثانية ١٩٦٥، القاهرة.

٢٦٧ ـ الأدلة الخطية وإجراءاتها: الدكتور سليمان مرقس،مط معهد الدراسات العربية ١٩٦٧ م.

٢٦٨ ـ أصول الإثبات في المواد المدنية: الدكتور سليمان مرقس،الطبعة الثانية ١٩٥٢، القاهرة.

٢٦٩ ـ أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون: الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور حشمت أبو ستيت،مط لجنة التأليف والترجمة عام ١٩٣٨ بالقاهرة.

٢٧٠ ـ البوليس والكشف عن الجريمة اليوم: رجينلد موريش، ترجمة اللواء عبد المنصف محمود، نشر مكتبة النهضة المصرية بالقاهرة، ١٩٥٦.

٢٧١ ـ التعليق على قانون الإثبات: القاضي عز الدين الدناصوري والقاضي حامد عبد الحميد عكاز، ملحق بمجلة القضاء، العدد الخامس، السنة الثانية.

٢٧٢ ـ التقنين المدني المصري: الدكتور جمال الدين العطيفي،دار النشر للجامعات المصرية عام ١٩٤٩.

٢٧٣ ـ حق الملكية: الدكتور عبد المنعم فرج الصدة،مط مصطفى الحلبي بالقاهرة، ط ثانية ١٩٦٤ م.

٢٧٤ ـ رسالة الأثبات في التعهدات: أحمد نشأت،مط دار الفكر العربي بالقاهرة، ط سادسة ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥ م.

٢٧٥ ـ شرح قانون الأحوال الشخصية: الدكتور المرحوم مصطفى السباعي (١٩٦٤ م) مط جامعة دمشق، ط سادسة ١٣٨٢ هـ ١٩٦٣ م.

٢٧٦ ـ شرح لائحة الإجراءات الشرعية: أحمد قمحة، والدكتور عبد الفتاح السيد الطبعة الثانية ١٣٤٣ هـ ١٩٢٥ م بالقاهرة.

٢٧٧ ـ صكوك الإجراءات في المواد المدنية والتجارية: الدكتور رزق الله انطاكي،الطبعة الثانية ١٣٨٢ هـ ١٩٦٣ بدمشق.

٢٧٨ ـ قانون البينات السوري مع المذكرة الإيضاحية واجتهاد المحاكم: بإشراف المحامي زهير العابد،نشر مؤسسة النوري بدمشق ١٣٨٢ هـ ١٩٦٢ م.

٢٧٩ ـ قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨: شرح وتعليق محمد عبد الرحيم عنبر،ملحق بمجلة المحاماة بالقاهرة، العدد ٣، السنة ٤٩.

٢٨٠ ـ قواعد المرافعات: محمد العشماوي، طبع ١٣٤٦ هـ ـ ١٩٢٧م القاهرة.

٢٨١ ـ مبادىء الإجراءات الجنائية: الدكتور رؤوف عبيد،الطبعة الخامسة لعام ١٩٦٤ م، القاهرة.

٢٨٢ ـ محاضرات في النظرية العامة للحق: الدكتور إسماعيل غانم،نشر مكتبة عبد الله وهبه بالقاهرة، ط ثانية ١٩٥٨ م.

٢٨٣ ـ مجموعة قوانين الأحوال الشخصية: ملحق بمجلة المحاماة بالقاهرة، العدد ٩، السنة ٤٨.

٢٨٤ ـ المدخل إلى التاريخ العام للقانون: الدكتور محمد معروف الدواليبي،مط دار الفكر بدمشق، ط ثانية ١٣٨٢ هـ ١٩٦٣ م.

٢٨٥ ـ مذكرات في الإثبات في المواد المدنية: الدكتور جميل الشرقاوي،ط مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩ م.

٢٨٦ ـ المدانيات: الدكتور عبد السلام ذهني،طبع عام ١٩٢٤ بالقاهرة.

٢٨٧ ـ المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي: سيد عبد الله علي حسين، مط عيسى الحلبي بالقاهرة، ط أولى ١٣٦٦ هـ ١٩٤٦ م.

٢٨٨ ـ المقارنات والمقابلات في شرع اليهود والشريعة والقوانين: محمود حافظ صبري، مط الهندية بمصر، ط أولى ١٣٢٠ هـ ١٩٠٢ م(ترجم اليهودية عن كتاب الأحكام العبرية لميرجان دي بفلي).

٢٨٩ ـ موجز أصول الإثبات في المواد المدنية: الدكتور سليمان مرقس،ط دار النشر للجامعات بالقاهرة ١٩٥٧ م.

٢٩٠ ـ الموجز في التوثيق: كمال الشوري،ط مكتبة الهلال بالفجالة، القاهرة.

٢٩١ ـ نظام الإثبات في القانون المدني المصري: الدكتور عبد الباسط جميعي،ط مكتبة وهبه بالقاهرة، ط أولى ١٩٥٣ + ط ثانية ١٩٥٣.

٢٩٢ ـ نظرية الإثبات: المحامي حسين المؤمن،مط دار الكتاب العربي بمصر ١٩٤٨، ١٩٥١ جزءان.

٢٩٣ ـ نظرية الإثبات الجنائي: محمد البدوي هاشم.

٢٩٤ ـ نظرية الحق: الدكتور جميل الشرقاوي،ط ١٩٥٥، القاهرة.

٢٩٥ ـ النظرية العامة للإثبات: محمد راغب عطية،دار المعرفة بالقاهرة ١٩٦٠.

٢٩٦ ـ الوجيز في الحقوق المدنية: الدكتور عدنان القوتلي، دار الفكر بدمشق، ط سابعة ١٣٨٣هـ ١٩٦٣م.

٢٩٧ ـ الوجيز في شرح القانون المدني: الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ طبع عام ١٩٦٦ بالقاهرة.

٢٩٨ ـ الوسيط في شرح القانون: الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ ط دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة، الجزء الثاني ١٩٥٦م.

(١٣) كتب الأدب والسير والتاريخ والتراجم

٢٩٩ ـ بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب: محمود شكري الألوسى البغدادي (١٩٢٤ م) مط الرحمانية بمصر، ط ثانية ١٣٤٢ هـ ١٩٢٤م.

٣٠٠ ـ تاريخ الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري(٣١١ هـ) مط المعارف بالقاهرة، الطبعة الثانية.

٣٠١ ـ تقريب التهذيب: أحمد بن حجر العسقلاني(٨٥٢ هـ) مط دار الكتاب العربي بمصر، ط أولى ١٣٨٠ هـ ١٩٦٠م.

٣٠٢ ـ حكمة الإشراف الى كتّاب الآفاق: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي(١٢٠٥) طبع

مكتبة الخانجي في سلسلة نوادر المخطوطات، تحقيق عبد السلام هارون.
٣٠٣ ـ زاد المعاد في هدي خير العباد: محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية(٧٥١ هـ) المطبعة المصرية، القاهرة.
٣٠٤ ـ علم الفراسة الحديث: جرجي زيدان(١٩١٤ هـ) طبع الهلال.
٣٠٥ ـ صبح الأعشى في صناعة الإنشاء: أحمد بن على القلقشندى(٨٢١ هـ) ط وزارة الثقافة والإرشاد القومي بمصر(مصورة عن دار الكتب)
٣٠٦ ـ المغازى: محمد بن إسحاق الواقدى(١٥١ هـ) مط جامعة اكسفورد ١٩٦٦.
٣٠٦ ـ تاريخ قضاة الأندلس: انظر كتب الفقه المالكي.
٣٠٧ ـ مقدمة ابن خلدون (٨٠٨ هـ) : تحقيق على عبد الواحد وافي،ط أولى ١٩٥٨، القاهرة.
٣٠٨ ـ ميزان الاعتدال في نقد الرجال: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (٧٤٨ هـ) مط عيسى الحلبي، القاهرة، ط أولى ١٣٨٢ هـ ١٩٦٣م.
٣٠٩ ـ الولاة والقضاة: أبو عمر محمد بن يوسف الكندي(٣٥٠ هـ) مط المثنى، بغداد، مصورة عن طبع بيروت ١٩٠٨م.

(١٤) كتب الفهارس التي استعنت بها في البحث

٣١٠ ـ تيسير المنفعة (فهارس البخاري ومسلم والترمذي) : محمد فؤاد عبدالباقي ،الطبعة الأولى ١٣٥٤ هـ ١٩٣٥م.
٣١١ ـ فهارس البخاري : رضوان محمد رضوان،مط دار الكتاب العربي، القاهرة.
٣١٢ ـ فهرس حاشية ابن عابدين: أحمد مهدي الخضر،طبع بحلب.
٣١٣ ـ معجم المحلى لابن حزم: اصدار موسوعة الفقه الإسلامي بدمشق،مط جامعة دمشق ١٩٦٤.
٣١٤ ـ المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي: جماعة من المستشرقين، طبعة ليدن، نشر الدكتور ونسنك.
٣١٥ ـ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم: محمد فؤاد عبدالباقي،مط الشعب ١٣٧٨ القاهرة.

(١٥) المجلات

٣١٦ ـ مجلة الأزهر: تصدر عن مجمع البحوث الإسلامية
٣١٧ ـ مجلة القانون والاقتصاد: تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهرة
٣١٨ : مجلة المحاماة: تصدر عن نقابة المحامين في القاهرة
٣١٩ : مجلة منبر الإسلام: تصدر عن المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

فهـــرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

* * *

الموضوع	الصفحة

* * *

الموضوع

الموضوع

* * *

الموضوع

* * *

الموضوع

الموضوع	الصفحة

الموضوع

الموضوع	الصفحة

الموضوع

الموضوع

الموضوع

الموضوع

* * *

الموضوع

الموضوع

* * *

الموضوع

* * *

* * *

من آثار المؤلف

أولاً ـ المؤلفات :

١ ـ أصول الفقه الإسلامي : طبع ونشر جامعة دمشق ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م
٢ ـ وظيفة الدين في الحياة وحاجة الناس إليه : طبع ونشر دار القلم بدمشق ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م
٣ ـ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية رسالة دكتوراه
٤ ـ التنظيم القضائي في الإسلام ،وتطبيقه في المملكة العربية السعودية (١٤٠٠هـ/١٩٨٠م)
٥ ـ محاضرات في أصول تدريس التربية الإسلامية ـ مذكرات لطلاب دبلوم التأهيل التربوي بجامعة دمشق ـ الأمالي الجامعية ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م
٦ ـ المدخل للفقه الإسلامي : مذكرات لطلاب السنة الثالثة بكلية الشريعة بدمشق . الأمالي الجامعية ـ ١٣٩٦هـ ـ ١٩٧٦م .

ثانياً ـ التحقيق :

١ ـ أدب القضاء لابن أبي الدم الحموي الشافعي .
طبع ونشر مجمع اللغة العربية بدمشق سنة ١٣٩٥ هـ ١٩٧٥م
٢ ـ شرح الكوكب المنير في أصول الفقه لابن النجار الفتوحي الحنبلي (أربع مجلدات) بالاشتراك مع الزميل الدكتور نزيه كمال حماد
طبع ونشر مركز البحث العلمي . بكلية الشريعة بمكة المكرمة .

ثالثاً ـ البحوث :

١ ـ التعويض عن الطلاق .
٢ ـ الإثبات في الشريعة الإسلامية وفقهها .
٣ ـ ملامح التنظيم القضائي في الإسلام .
٤ ـ من أمراض الجاهلية (التبني ،حرمان المرأة من الميراث ،تفضيل بعض الأولاد)
٥ ـ القواعد الكلية في الفقه الإسلامي .