وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المعهد العالي للقضاء

قسم السياسة الشرعية

شعبة الأنظمة

أحكامُ نقل عِبء الإثباتِ أو الإعفاءُ منه

دراسة مقارنة

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير بقسم السياسة الشرعية

إعداد الطالب

عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحَمَّاد

إشراف

فضيلة الشيخ الدكتور : عبدالعزيز بن عبدالله المَحْمُود

الأستاذ المساعد بالمعهد العالي للقضاء

قسم الفقه المقارن

العام الدراسي: ١٤٣٠هـ - ١٤٣١هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونستغفره ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .

أما بعد :

فإن الله تعالى قد أمر بالعدل ونهى عن الظلم في غير ما موضع من كتابه فقال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ﴾[1].

ولا شك أن من أهم الأمور المعينة للقاضي على تحقيق العدل والإنصاف ونفي الظلم والإجحاف معرفة ما يتعلق بالإثبات ، إذ به تثبت الحقوق وترد إلى أصحابها ، أو تنتفي عمن يدعيها بلا وجه حق .

وبما أن الأمر كذلك آثرت أن يكون بحثي حول مسألة من مسائل الإثبات ، ألا وهي : (**أحكام نقل عبء الإثبات أو الإعفاء منه – دراسة مقارنة**) ، حيث إن هذا الموضوع رغم أهميته وكثرة وقوعه لم أجد – حسب اطلاعي – دراسة فقهية نظامية تناولت جزئياته بالبحث والدراسة ، فأحببت أن يكون هذا العنوان هو

---

[1] سورة النحل آية (٩٠)

موضوع بحثي التكميلي الذي أقدمه استكمالاً لمتطلبات مرحلة الماجستير في قسم السياسة الشرعية ، والله أسأل أن ينفع بهذا العمل ، وأن يرزقني فيه الإخلاص والسداد .

أهمية الموضوع :

من المقرر أن القواعد العامة في الشريعة والنظام ذهبت إلى إلزام المدعي بتحمل عبء الإثبات ، وعلى هذا جاءت الأدلة الشرعية ، ويشهد لذلك ما جاء في قوله ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[1]، وكذا نصت عليها الأنظمة

---

[1] هذا الحديث أصله في الصحيحين ، أخرجه البخاري من حديث ابن عباس ﷺ بلفظ : (لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم ذكروها بالله واقرءوا عليها ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ ﴾ فذكروها فاعترفت فقال ابن عباس ﷺ قال النبي ﷺ : اليمين على المدعى عليه) ، في كتاب تفسير القرآن ، باب تفسير سورة آل عمران ، برقم (٤٥٥٢) ج٦ص٤٣ ، صحيح البخاري ، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية ، دار السلام – الرياض – ، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ ، وأخرجه مسلم من حديث ابن عباس ﷺ بلفظ : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ، في كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه ، برقم (١٧١١) ج٥ص١٢٨ ، صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ت:٢٦١هـ ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية ، دار السلام – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث ابن عباس ﷺ ، بلفظ : (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر) ، في كتاب الدعاوى والبينات ، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، برقم (٢٠٩٩٠) ج٥ص١٣٣ ، سنن البيهقي الكبرى ، تأليف : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ت :٤٥٨هـ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، نشر : مكتبة دار الباز – مكة المكرمة ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ ، وفي السنن الصغرى ، كتاب الدعوى ، باب البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، برقم (٤٣٧١) المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى ، تأليف : محمد ضياء الرحمن الأعظمي ، نشر : مكتبة الرشد – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م ، وفي معرفة السنن والآثار ، كتاب الدعوى ، برقم (٥٩٧٩) معرفة السنن والآثار ، تأليف : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت :٤٥٨هـ ، تحقيق : سيد كسروي حسن ، نشر : دار الكتب

العلمية – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٥هـ . قال ابن حجر في الفتح ج٥ص٦١٧ : وهذه الزيادة ليست في الصحيحين وإسنادها حسن .فتح الباري شرح صحيح البخاري ، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت:٨٥٢هـ ، طبعة محققة ومصححة عن الطبعة المحققة والمجازة من العلامة ابن باز ، نشر دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ . قال النووي في شرح مسلم ج١٢ص٢٣٠ : وجاء في رواية البيهقي وغيره بإسناده حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس ﷺ .المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، تأليف الإمام محيي الدين النووي ت:٦٧٦هـ ، تحقيق : الشيخ خليل مأمون شيحا ، نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الثالثة عشر ، ١٤٢٨هـ . قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص٣٧٩ : حديث حسن . جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم ، لابن رجب الحنبلي ت:٧٩٥هـ ، تحقيق حسن أحمد إسبر ، نشر دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ . وقال ابن الملقن في البدر المنير ج٩ص٤٥٠ : هذا الحديث صحيح رواه البيهقي من رواية ابن عباس مرفوعا . البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير ، تأليف : ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري ت: ٨٠٤هـ ، تحقيق : مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال ، نشر : دار الهجرة للنشر والتوزيع – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٥هـ . وقال الصنعاني في سبل السلام ج٤ص٤١٣ : إسناده صحيح . سبل السلام شرح بلوغ المرام ، تأليف : محمد بن إسماعيل الصنعاني ت:١١٨٢هـ ، تعليق العلامة المحدث محمد بن ناصر الدين الألباني ت:١٤٢٠هـ ، نشر : مكتبة المعارف – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧هـ . وصححه الألباني في إرواء الغليل ج٦ص٣٥٧ وج٨ص٣٠٧ . إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، تأليف : محمد ناصر الدين الألباني ت: ١٤٢٠هـ ، إشراف : زهير الشاويش ، نشر : المكتب الإسلامي – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ .

وأخرجه الدارقطني في السنن من حديث أبي هريرة وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﷺ بلفظ : (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة) ، في كتاب الحدود والديات وغيره من المواضع ، برقم (٣١٩٠) سنن الدارقطني ، للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني ت:٣٨٥هـ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط – حسن عبد المنعم شلبي – عبد اللطيف حرز الله – أحمد برهوم ، نشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣م . قال ابن عبدالبر في التمهيد ج٢٣ص٢٠٥ : في إسناده لين . التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ت:٤٦٣هـ ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوى و محمد عبد الكبير البكري ، نشر مؤسسة قرطبة ، بدون طبعة . وقال المقدسي في ذخيرة الحفاظ ج٢ص١١٢٩ : رواه مسلم بن خالد الزنجي : عن ابن جريج ، عن عطاء ، عن أبي هريرة . ورواه مرة أخرى : عن ابن جريج ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده . وهذان الإسنادان يعرفان بالزنجي ، وفي المتن زيادة قوله : (إلا القسامة) والزنجي ضعيف . ذخيرة الحفاظ ، تأليف : محمد بن طاهر المقدسي ت: ٥٠٧ هـ ، تحقيق : د.عبد الرحمن الفريوائي ، نشر : دار السلف – الرياض – ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ . قال ابن الملقن في البدر المنير ج٨ص٥١٣-٥١٤ : هذا الحديث رواه الدارقطني ، ثم

والقوانين القضائية العربية المعاصرة[١] ، أخذاً بما قررته الشريعة الإسلامية من أحكام أساسية في مجال الإثبات .

ولكن هذه القاعدة ليست مطردة في كل الأحوال ، فجاء النص على ما يخالفها في الشريعة الإسلامية ، ونُقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى متى ما وجد سبب مسوغ لذلك ، من أجل الوصول إلى تحقيق العدالة ، وهي الهدف المنشود من عملية التقاضي ، وكذا سار المنظم في نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى خروجاً على القاعدة الأساسية في صور معينة[٢] ، لذا كان لزاماً أن نقف معها ونوضحها بدراسة فقهية نظامية تساعد القاضي على التوصل إلى الحقيقة ، 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 ، وهو المقصود ، فعند تعذر الإثبات على من كلف به خسر ما يدعيه وبرئ منه ولو كان صادقاً ، ووجب الحق لخصمه عندئذٍ .

مشكلة الموضوع :

البيهقي من حديث مسلم بن خالد الزنجي ، عن ابن جريج ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، مرفوعا به سواء . ولم يضعفاه ، ومسلم هذا فيه مقال . وثقه قوم وضعفه آخرون ... وثم علة أخرى وهي أن ابن جريج لم يسمع من عمرو بن شعيب ... وعلة أخرى وهي أن مسلم بن خالد قد خولف فيه . قال الصنعاني في سبل السلام ج٤ص٦٩ : في إسناده لين . وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير ج١ص٣٥٢ . ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير) ، تأليف : محمد ناصر الدين الألباني ت:١٤٢٠هـ ، نشر : المكتب الإسلامي - بيروت - ، الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٨هـ .

[١] سيأتي معنا الإشارة إلى أبرز الأنظمة العربية المعاصرة وهي المصري والسوري والعراقي وغيرها في مواضعها .

[٢] انظر : أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤلية المدنية ، تأليف الدكتور عصام أحمد البهجي ، نشر دار الجامعة الجديدة ،طبعة ٢٠٠٧م ، ص٨٩ .

عملية التقاضي بين الخصوم لا يمكن أن تقوم بلا إثبات لما يدعونه ، فمن ادعى شيئاً وجب عليه تقديم ما يثبت ذلك ، وهذا هو الأصل ، ولكن في قضايا معينة لا يستطيع أن يثبت ما يدعيه لأي أمر لحق به ، فهل يسقط حقه في التقاضي والدعوى أم لا عند عجزه ، أم ينقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه ويعفى منه ؟ وهذا هو مدار موضوعنا بإذن الله .

أهداف الموضوع :

أهدف من خلال اختياري لهذا الموضوع الوقوف على الحالات التي يحق للقاضي نقل عبء الإثبات بين الخصوم ، أو إعفاء أحدهما منه ، خلافاً للقاعدة العامة التي تنص على أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي دائماً .

أسباب اختيار الموضوع :

دعاني إلى اختيار هذا الموضوع عدة أسباب ، من أهمها ما يلي :

١- الأهمية الكبيرة للإثبات في مجال القضاء ، إذ هو الفيصل في مجال فصل الخصومات أمام القضاء .

٢- اهتمام الفقهاء – رحمهم الله – بقواعد الإثبات العامة ووسائله ، ومن له حق الإثبات أصالة ونحو ذلك .

٣- عدم وجود دراسات أكاديمية تناولت هذا الموضوع من جانبه الشرعي والنظامي دراسة مقارنة بشكل تام .

٤- رغبة مني في إظهار حرص المنظم السعودي على عدم مخالفة الشريعة الإسلامية .

٥- إثراء المكتبة العربية الإسلامية بدراسات مقارنة فقهياً ونظامياً في مجال القضاء وحفظ الحقوق .

الدراسات السابقة في الموضوع :

لم أجد بعد تتبع المكتبات وفهارس البحث فيها – بدأ بمكتبة المعهد العالي للقضاء ، ومعهد الإدارة ومركز الملك فيصل للدراسات الإسلامية ومكتبة الملك فهد الوطنية – دراسة أكاديمية تحت عنوان (**أحكام نقل عبء الإثبات والإعفاء منه – دراسة مقارنة**) .

وجدير بالذكر الإشارة إلى البحوث المقدمة من قبل د.نزيه حماد ، ود.عبدالستار أبو غدة ، في المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية المقام في دولة الكويت ٢٠٠٩م ، فقد تحدثت بشكل مختصر عن عبء الإثبات في الفقه وتحديداً في دعاوى التعدي فقط دون التقعيد لذلك ودراسته أو حتى مقارنته بالنظام ، وفي صفحات معدودة و لم تنشر بعد ، إلا أن هناك ملخص يسير في صفحة واحدة تم نشره فور انتهاء المؤتمر .

وقد وجدت بعض الكتب تشابه موضوع بحثي ككتاب عبء الإثبات ونقله لفرج محمد علي وكتاب آخر بنفس العنوان لمحمد عابدين وقد أسهبا في ذات عبء الإثبات ومواده في القوانين المصرية كالمرافعات والمدني والضرائب وأحكام محكمة النقض ونحو ذلك ، وألمحا إلى النقل دون الإعفاء في صفحات قليلة جداً ، كما أنني وجدت دراسات أكاديمية تناولت موضوع الإثبات في الشريعة ، وتحدثت عن الإثبات وطرقه وأدلته بشكل عام في الشريعة الإسلامية أو القانون ، دون الإشارة إلى نقل عبء الإثبات أو الإعفاء منه وبيان حكمه وأدلته وصوره وتطبيقاته

ودراسة ذلك دراسة فقهية نظامية ، وحاولت – حسب استطاعتي – بيان ذلك والقيام بتلك الدراسة ، فافترق بذلك بحثي عنها وبالله التوفيق .

منهج البحث :

ويشمل ثلاثة أمور :

أولاً : منهج الكتابة في صلب الموضوع :

هذا البحث دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظام ، المتمثل في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه ، وبيان أحكامه وأدلته بالفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة أولاً ، ثم دراسة النظام السعودي ، وأبرز الأنظمة والقوانين العربية المقارنة الموجودة في مصر وسوريا والعراق ، إن وجدت ما يستدعي ذلك ومقارنتها بما جاء في المذاهب الفقهية الإسلامية ، ولذا قمت بما يلي :

أولا : أصور المسألة تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها .

ثانياً: إذا كانت المسألة من مسائل الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها ووجه الدلالة منه ، مع توثيق الاتفاق من مضانه المعتبرة .

ثالثاً : إذا كانت المسألة من مسائل الاختلاف ، أسلك فيها ما يلي :

١- تحرير محل النزاع إذا كانت بعض الصور محل خلاف وبعضها محل اتفاق .

٢- أذكر الأقوال في المسألة ، ثم أبين من قال بها من أهل العلم ، وأعرض الأقوال في المسألة وفق الاتجاهات الفقهية والنظامية وذلك بترتيب الأقوال وعرضها كما يلي :

٣- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة ، إلا إذا دعت الحاجة إلى ذكر بعض المذاهب الأخرى ، مقارناً هذه المذاهب الفقهية بالنظام السعودي وأبرز الأنظمة والقوانين العربية المعاصرة ، مع العناية بذكر ما تيسر من أقوال السلف الصالح متى حسن الاستدلال بها .

٤- إذا لم أقف على المسألة بمذهب ما ، فأسلك بها مسلك التخريج إن تيسر لي ذلك .

٥- أوثق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه .

رابعاً : اعتمد على أمهات المصادر والمراجع في التوثيق والتحرير والجمع .

خامساً : توثيق آراء شراح الأنظمة من الكتب النظامية والقانونية الأصيلة .

سادساً : أركز على موضوع البحث وأتجنب الاستطراد إلا ما دعت إليه ضرورة يتطلبها البحث .

سابعاً : أعتني بضرب الأمثلة الواقعية حسب الإمكان .

ثامناً : أعتني بدراسة ماجد من قضايا مما له صلة واضحة بالبحث .

تاسعاً : الاعتراف بالسبق لأهله في تقرير فكرة أو نصب دليل أو مناقشة أو ضرب مثال أو ترجيح أو رأي ، وذلك بذكره في صلب البحث أو الإحالة على مصادره في الهامش ، وإن لم آخذه بلفظه .

ثانياً : منهج التعليق والتهميش والتخريج :

أولاً : الالتزام بترقيم الآيات ، مع عزوها إلى سورها .

ثانياً : بالنسبة لتخريج الأحاديث والآثار اتبع الآتي :

١- الإحالة إلى مصدر الحديث أو الأثر ، وذلك بذكر اسم الكتاب والباب ، ثم الجزء والصفحة ، ورقم الحديث أو الأثر إن كان مذكوراً في المصدر .

٢- إن كان الحديث في الصحيحين ، أو في أحدهما اكتفيت بتخريج الحديث منهما ، وإن لم يكن فيهما خرجته من المصادر المعتمدة مع ذكر ما قاله العلماء فيه تصحيحاً أو تضعيفاً .

ثالثاً : تبيين الألفاظ الغريبة ، والمصطلحات التي تحتاج إلى بيان ، مع توثيق كل ذلك من مصادره المعتمدة ، وضبط ما يُشكل من الكلمات .

رابعاً : تكون الإحالة إلى المصدر في حالة النقل منه بالنص : بذكر اسمه والجزء والصفحة ، وفي حالة النقل بالمعنى : يذكر ذلك مسبوقاً بكلمة : انظر .

خامساً : أختم بخاتمة أضمنها ما يلي :

١- ملخص للبحث ، يعطي فكرة واضحة عما تضمنه البحث .

٢- أبرز النتائج التي خلص إليها البحث .

٣- أبرز التوصيات التي خرج بها البحث .

سادساً : أترجم للأعلام ماعدا المشهورين كالخلفاء الأربعة ، وذلك بذكر اسم العلم ، ونسبه مع ضبط ما يُشكل ، وتاريخ وفاته ، وشهرته ، ومذهبه ، وأبرز مؤلفاته ، ومصدر الترجمة ، مع الاختصار قدر الإمكان .

سابعاً : ذكر المعلومات المتعلقة بالمراجع من : اسم الناشر ، ورقم الطبعة ، وتاريخها ، ومكانها ...الخ ، عند ذكر المرجع لأول مرة ، وفي قائمة المصادر والمراجع ثانية .

ثالثاً : الناحية الشكلية ، والتنظيمية ، ولغة الكتابة :

أولاً : الاهتمام بصحة المكتوب وسلامته من الناحية اللغوية ، والإملائية ، والنحوية .

ثانياً : العناية بضبط الألفاظ ، خاصة الألفاظ المُشكلة ، أو التي يترتب على عدم ضبطها غموض والتباس .

ثالثاً : العناية بعلامات الترقيم ، ووضعها في مواضعها الصحيحة .

رابعاً : العناية بانتقاء حرف الطباعة في العناوين ، وصلب الموضوع ، والهوامش وبدايات الأسطر .

خامساً : وضع الفهارس الفنية المتعارف عليها وهي :

١- فهرس الآيات القرآنية .

٢- فهرس الأحاديث والآثار .

٣- فهرس الأعلام .

٤- فهرس الأشعار .

٥- فهرس المصادر والمراجع .

٦- فهرس الموضوعات .

سادساً : الاهتمام بالجانب الشكلي للبحث على وجه العموم .

سابعاً : عند إثبات النصوص : اتبع الآتي :

١- أضع الآيات القرآنية بين قوسين مميزين بدعم هذا الشكل ﴿....﴾ .

٢- أضع الأحاديث النبوية على قائلها أفضل الصلاة وأتم السلام ، على هذا الشكل (.....) .

٣- أضع نصوص العلماء التي أنقلها بنصها بين قوسين مميزين على هذا الشكل "....." .

تقسيمات البحث :

يتكون البحث من مقدمة ، وثلاثة فصول ، فيها عدد من المباحث ، ويندرج تحت المباحث عدد من المطالب ، ويندرج تحت المطالب عدد من الفروع ، وفي نهاية البحث أضع خاتمة تتضمن تلخيصاً للبحث وأبرز النتائج والتوصيات ، ثم ملحق بالأنظمة واللوائح الواردة في البحث ، ثم الفهارس ، وبيانها كما يلي :

المقدمة : وفيها سبعة عناصر كما يلي :

أهمية الموضوع .

أهداف الموضوع .

أسباب اختيار الموضوع .

مشكلة البحث .

الدراسات السابقة في الموضوع .

منهجي في البحث .

تقسيمات البحث .

فصل تمهيدي : التعريف بمصطلحات البحث ، وبيان علاقته بالنظام العام ، ودور القاضي فيه .

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف نقل عبء الإثبات .

المطلب الثاني : تعريف الإعفاء من عبء الإثبات .

المبحث الثاني : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : مفهوم النظام العام .

المطلب الثاني : المذاهب المنظمة للإثبات .

المطلب الثالث : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام .

المبحث الثالث : التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وعلاقته بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : تعريف المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : تعريف المدعي والمدعى عليه في النظام .

المطلب الثالث : علاقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات .

المبحث الرابع : مبدأ حياد القاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ حياد القاضي .

المطلب الثاني : الدور الحيادي للقاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

المطلب الثالث : الدور الإيجابي للقاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

الفصل الأول : نقل عبء الإثبات فقهاً ونظاماً .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والنظام .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : جواز نقل عب الإثبات في النظام السعودي .

المطلب الثالث : جواز نقل عبء الإثبات في القانون المقارن .

المبحث الثاني : صور نقل عبء الإثبات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : صور نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه :

الصورة الأولى : اليمين المردودة .

الصورة الثانية : اليمين مع الشاهد .

الصورة الثالثة : بينة العكس .

الصورة الرابعة : دفع دعوى المدعي من قبل المدعى عليه بأحد الدفوع .

المطلب الثاني : صور نقل عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه :

الصورة الأولى : النقل بالنص .

الصورة الثانية : النقل بالاتفاق .

المبحث الثالث : آثار نقل عبء الإثبات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آثار نقل عبء الإثبات .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على نقل عبء الإثبات .

الفصل الثاني : الإعفاء من عبء الإثبات فقهاً ونظاماً .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :حكم الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والنظام .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : جواز الإعفاء من عب الإثبات في النظام السعودي .

المطلب الثالث : جواز الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن .

المبحث الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : صور الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه :

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص .

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق .

المطلب الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه :

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص .

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق .

المبحث الثالث : آثار الإعفاء من عبء الإثبات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آثار الإعفاء من عبء الإثبات .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على الإعفاء من عبء الإثبات .

الخاتمة :

وفيها ملخص للبحث يشتمل على أبرز النتائج والتوصيات التي خرج بها البحث .

الملحق :

وفيه عرض للأنظمة أو اللوائح أو القرارات الإدارية التي رجعت إليها في البحث .

الفهارس :

وتشتمل على الآتي :

١- فهرس الآيات القرآنية .

٢- فهرس الأحاديث والآثار .

٣- فهرس الأعلام .

٤- فهرس الأشعار .

٥- فهرس المصادر والمراجع .

٦- فهرس الموضوعات .

شكرٌ وثناء :

جاء عن النبي ﷺ أنه قال (**من صُنع إليه معروف فقال لفاعله : جزاك الله خيراً فقد أبلغ في الثناء**)[١] ، و أنه قال ﷺ (**من لا يشكر الناس لا يشكر الله**)[٢] ، لذا أتقدم بالشكر الجزيل الوافر ، والحمد المتواصل ، والثناء العاطر إلى الله

---

[١] أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب البر والصلة ، باب المتشبع بما لم يعطى ، برقم (٢٠٣٥) ج٤ص٣٨٠ ، وقال عنه : حديث حسن جيد غريب ، وصححه الألباني ج٤ص٣٨٠ . الجامع الصحيح (سنن الترمذي) ، تأليف : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ت:٢٧٩هـ ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون ، ومذيلة بتعليقات الألباني ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، بدون طبعه ، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى ، كتاب عمل اليوم والليلة ، باب ما يقول لمن صنع إليه معروفاً ، برقم (٩٩٣٧) ج٩ص٧٨ ، السنن الكبرى ، تأليف أحمد بن شعيب النسائي ت:٣٠٣هـ ، تحقيق : حسن عبدالمنعم شلبي ، نشر : مؤسسة الرسالة ، ١٤١٥هـ ، وأخرجه البيهقي في شعب الإيمان ، كتاب رد السلام ، فصل في المكافأة بالصنائع ، برقم (٨٧١٣) ج١١ص٣٧٢ ، شعب الإيمان ، تأليف : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي ت: ٤٥٨هـ ، تحقيق : د.عبد العلي عبد الحميد حامد ، نشر : مكتبة الرشد – الرياض – بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٣هـ ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه ، كتاب الزكاة ، باب المسألة والأخذ وما يتعلق به من المكافأة والثناء والشكر ، برقم (٣٤١٣) وصححه ، وقال شعيب الأرنؤوط معلقاً عليه ج٨ص٢٠٢ : إسناده صحيح على شرط مسلم .صحيح ابن حبان بترتيب ، تأليف محمد بن حبان التميمي البستي ت: ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، نشر : مؤسسة الرسالة – بيروت – ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ . وقال عنه المناوي في التيسير بشرح الجامع الصغير ج٢ص٨٢٩ : إسناده صحيح .التيسير بشرح الجامع الصغير ، تأليف : الإمام الحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي ت:١٠٣١هـ ، نشر : مكتبة الإمام الشافعي – الرياض – ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٨هـ .

[٢] أخرجه الترمذي بهذا اللفظ في السنن من حديث أبي هريرة ، كتاب البر والصلة ، باب الشكر لمن أحسن إليك ، برقم (١٩٥٤) ج٤ص٣٣٩ ، وقال عنه : حديث حسن صحيح ، وصححه الألباني ج٤ص٣٣٩ ، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد بلفظ (لا يشكر الله من لا يشكر الناس) ، كتاب المعروف ، باب من لم يشكر للناس ، برقم (٢١٨) ج١ص٨٥ ، وصححه الألباني ج١ص٨٥ . الأدب المفرد ، تأليف : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ت:٢٥٦هـ ، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ، ومذيلة بأحكام الألباني ، نشر : دار البشائر الإسلامية – بيروت – ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٩هـ ، وأخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الأدب ، باب في شكر المعروف ، برقم (٤٨١٣) ج٤ص٤٠٣ ، وصححه الألباني ج٤ص٤٠٣ . سنن أبي داود ، تأليف : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ت:٢٧٥هـ ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، ومذيلة بأحكام الألباني ، الناشر : دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ ، وأخرجه أحمد في مسنده ، في مسند أبي هريرة ، برقم (٧٩٢٦) ، وعلق عليه شعيب الأرنؤوط بقوله : صحيح على

ﷻ على ما يسره لي من نعم عظيمة لا تحصى ، وعلى ما يسر لي من إتمام لهذا البحث المتواضع فلله الحمد أولاً وآخراً .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى مقام والدي العزيز فضيلة الشيخ / محمد بن صالح الحمَّاد على ما قام به تجاهي من حسن تربية ورعاية ، ولما أولاني – حفظه الله وشفاه – من مزيد اهتمام وعناية ، حيث كان لي مربياً ومعلماً ومناقشاً منذ الصغر ، في كل صغيرة وكبيرة تتعلق بالدين أو الدراسة أو التربية ، شديد الحرص على توفير الأجواء المناسبة ، والأدوات اللازمة من أجل نجاحي وتفوقي ، كثير السؤال عني حتى في مرضه وشدة ألمه ، والله أسأل الله أن يجازيه عني خير الجزاء .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى مقام والدتي العزيزة ، التي ما فتأت تغمرني بعطفها وحنانها وتربيتها وسؤالها وعنايتها ، فلكم ليلة سهرت من أجل مدارستي ومرضي ، ولكم بذلت لراحتي النفيس ، ووفرت لي كل ما يحتاجه الفتى – لا والله بل ما يزيد عن حاجته – فهما والله السبب بعد الله فيما وصلت إليه ، أسأل الله ألا يحرمهما الأجر ، وأن يطيل في أعمارهما على زيادة من العمل الصالح والصحة الطيبة .

كما يسرني أن أتقدم بالشكر إلى جامعتي الغالية – جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – التي رعتني وعلمتني شبلاً صغيراً في معاهدها العلمية ثم كلية الشريعة بالرياض ثم المعهد العالي للقضاء ، فلها وللقائمين عليها كل الشكر على ما قدموه لنا من وجبة علمية ، أسأل الله ألا يحرمهم الأجر .

شرط مسلم ج٢ص٢٩٥ ، مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف : أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ت:٢٤١هـ ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، نشر مؤسسة الرسالة – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٩هـ .، قال عنه الهيثمي ج٨ص١٠٨ : رواته ثقات ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، تأليف : نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت:٨٠٧ ، نشر : دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ .

كما أتقدم بالشكر الجزيل على وجه الخصوص إلى قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء وللقائمين عليه ، لما بذلوه معنا من جهد حسن ، حيث تدرجنا فيه وتدارسنا ما نحتاجه ونطلبه ما بين التعليم والبحث .

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من فضيلة الدكتور / وليد بن سليمان التويجري الذي أدين له بالكثير حال تدريسه لنا ، وحال إرشاده لي في فترة إعداد الخطة وصبره معي وتقويمي وتصويبي وإفادتي ، وفضيلة الدكتور / عبدالعزيز بن عبدالله المحمود الذي أدين له بالكثير حيث لم يقصر معي فترة إشرافه عليَّ ، وأفدت منه علمياً وعملياً ، وأمدني بملاحظاته بأسلوب تربوي بديع ، وفضيلة الشيخ الدكتور ناصر الجوفان الذي تشرفت بمناقشته لي في هذا البحث ، وما قدمه لي من تصويبات وفوائد ونصائح أثرت هذا البحث وساهمت في إخراجه بمظهر بديع ، فلهم مني أجزل شُكرٍ وأعطره .

كما يطيب لي أن أشكر كل من ساندني من زملائي ، ووقف معي ، وأهدى إلي نصيحة أو كتاباً أو فكرة ، فلهم مني جزيل الشكر والامتنان والعرفان .

فلله الحمد والثناء والشكر أولاً وآخراً ، كما ينبغي لجلاله وعظيم سلطانه ...

الباحث / عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحمَّاد

الفصل التمهيدي

(التعريف بمصطلحات البحث ، وبيان علاقته بالنظام العام ، ودور القاضي فيه)

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف نقل عبء الإثبات .

المطلب الثاني : تعريف الإعفاء من عبء الإثبات .

المبحث الثاني : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : مفهوم النظام العام .

المطلب الثاني : المذاهب المنظمة للإثبات .

المطلب الثالث : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام .

المبحث الثالث : التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وعلاقته بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : تعريف المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : تعريف المدعي والمدعى عليه في النظام .

المطلب الثالث : علاقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات .

المبحث الرابع : مبدأ حياد القاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ حياد القاضي .

المطلب الثاني : الدور الحيادي للقاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

المطلب الثالث : الدور الإيجابي للقاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

الفصل التمهيدي

(تعريف عام بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه)

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

يشتمل عنوان البحث على مفهومين رئيسين وهما النقل والإعفاء من عبء الإثبات ، وسأقوم ببيان حقيقة كل مفهوم من خلال مطلب مستقل ، يحتوي على حقيقة المصطلح في اللغة والاصطلاح مفرداً ومركباً كما سيأتي بيانه .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف نقل عبء الإثبات .

إذا أردنا أن نصل إلى مفهوم واضح لمسألتنا ، ينبغي أن نحلل المصطلحات اللغوية ونُعرِّف بكل واحد منها على حِدة في اللغة ، ثم نتطرق إلى الاصطلاح الشرعي والنظامي لنقل عبء الإثبات ، كما يلي :

أولاً : نقل عبء الإثبات في اللغة .

النقل في اللغة :

أصل الكلمة : " النون والقاف واللام : أصل صحيح يدل على تحويل شيء من مكان إلى مكان ، ثم يُفَرَّع ذلك . يقال : نقلته أنْقُله نَقْلاً ".[١]

و" النَّقْل : تحويل الشيء من موضع إلى موضع ، والنُّقْلة : الاسم من انتقال القوم من موضع إلى موضع ".[٢]

معانيها : من خلال ما تقدم يتضح أن معنى النقل في اللغة مكون من أصل صحيح يدل على تحويل الشيء وانتقاله من مكان إلى آخر ، سواء نقل بعضه أو كله ، وسواء بقي أصله أم لا ، فكل ذلك داخل في مسمى النقل .

العبء في اللغة :

أصل الكلمة : " عبء : العين والباء والهمزة والحرف المعتل غير المهموز أصل واحد ، يدل على اجتماع في ثِقَل . من ذلك العِبْءُ ، وهو كل حِمْل ، من غرم أو حمالةً ، والجمع الأعباء .

قال[٣] :

وحمل العبءِ من أعناق قومي وفعلي في الخطوب بما عناني "[٤]

---

[١] مقاييس اللغة ، لأبي الحسين أحمد بن فارس ، تحقيق عبدالسلام هارون ، نشر دار الجيل – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ ، مادة نقل ، ج٥ص٤٦٣ .

[٢] لسان العرب ، لابن منظور ، تحقيق يوسف خياط ، نشر دار لسان العرب – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ ، مادة نقل .

[٣] جاء ذكره في كثير من المعاجم العربية دون نسبه ، ولم أعثر على قائله بعد طول بحث واطلاع في المعاجم اللغوية وكتب الأدب المحققة من كبار المحققين كعبدالسلام هارون وغيره ممن لم يعزه إلى قائل .

[٤] مقاييس اللغة ، مادة عبء ج٤ص٢١٥ .

" العِبْءُ : بالكسر الحِمْل والثِّقْل من أي شيء كان ، والجمع الأعْباء ، وهي الأحْمال والأثْقال .

وأُنشد لزُهير بن أبي سُلمى[١] :

الحامِلِ العِبْء الثقيل عن الـــــ جاني بغير يَدٍ ولا شُكْر[٢]

والعِبْءُ أيضاً : العِدْل ، وهما عِبْآن ، والأَعْباء : الأعدال ، وهذا عبءُ هذا أي مِثْله ونَظِيْرُه ".[٣]

معانيها : من خلال ما تقدم يتضح لنا بأن العبء يرد لعدة معانٍ منها الحمل والثقل كما جاء في الشواهد الشعرية ، وهو المراد في بحثنا ، وقد يرد لمعانٍ أخرى ليس لها علاقة ببحثنا كالمثل والنظير .

الإثبات في اللغة :

أصل الكلمة : " الإثبات : الثاء والباء والتاء كلمة واحدة ، وهي دوام الشيء . يقال : ثَبَت ثباتاً وثُبُوتاً . ورجل ثَبْتٌ وثبيت .

قال طَرَفَةُ بن العبد[٤] في الثَّبيت :

---

[١] زهير بن أبي سلمى ، ٥٠٢م – ٦٠٩م .

هو زهير بن ربيعة بن قرط ، والناس ينسبونه إلى مزينة ، وإنما نسبه في غطفان ، وكان زهيرٌ جاهلياً لم يدرك الإسلام ، وأدركه ابناه كعبٌ وبجيرٌ ، وكان زهير راوية أوس بن حجر ، ويروى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أنشدوني لأشعر شعرائكم ، قيل : ومن هو ؟ قال : زهير ، قيل : وبم صار كذلك ؟ قال : كان لا يعاظل بين القول ، ولا يتبع حوشي الكلام ، ولا يمدح الرجل إلا بما هو فيه ، ت: ٦٠٩م . انظر :[الشعر والشعراء ، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة ت:٢٧٦هـــ ، تحقيق : أحمد شاكر ، نشر : دار المعارف – القاهرة – ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ .٢٠/١] .

[٢] ديوان الشاعر زهير بن أبي سلمى ، تحقيق : علي حسن فاعور ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت ، طبعه ١٤٠٨هـــ ، ص٥٥ .

[٣] لسان العرب ، مادة عبء ، ج٤ص٦٦١ .

[٤] طرفة بن العبد ، ٥٤٣م – ٥٦٩م .

فالهبيت لافؤادَ له والثَّبيت ثبته فهمه[١] "[٢]

" ثَبَتَ الشيء يَثْبُتُ ثباتاً وثُبوتاً فهو فهو ثابتٌ وثَبِيت وثَبْت ، وأثْبَتَه هَو ، وثَبَّتَه بمعنى ... ويقال ثبت فلان في المكان يَثْبُتُ ثُبُوتاً ، فهو ثابت إذا أقام به "

" وثَبّتَ في الأمر والرأي ، واسْتَثْبَتَ : تأنَّى فيه ، ولم يَعْجل ، واسْتَثْبَتَ في أمره إذا شاور وفحص عنه ، وقول ثابت أي صحيح "

وقال الزجاج – رحمه الله – [٣] في قوله تعالى : ﴿ **وَكُلا نَّقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنۢبَآءِ ٱلرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِۦ فُؤَادَكَ** ﴾[١]، معنى تثبيت الفؤاد تسكين القلب ، هاهنا ليس

هو طرفة بن العبد بن سفيان، ويقال إن اسمه عمرو ، وسمي طرفة ببيت قاله ، وهو أجودهم طويلةً ، كان في حسبٍ من قومه ، جريئاً على هجائهم وهجاء غيرهم ، وكان أحدث الشعراء سناً وأقلهم عمراً، قتل وهو ابن عشرين سنة، فيقال له: ابن العشرين ، ت:٥٦٩م . انظر :[الشعر والشعراء ٣٢/١] .

[١] ديوان الشاعر طرفة بن العبد شرح الأعلم الشنتمري ، المحقق: درية الخطيب – لطفي السقال ، نشر : المؤسسة العربية للدراسات والنشر– دار الثقافة والفنون ، طبعه : ٢٠٠٠م ، ص٩٥ .

[٢] مقاييس اللغة ، مادة ثبت ، ج١ص٣٩٩ .

[٣] الزجاج (ت:٣١١هـ)

إبراهيم بن السري بن سهل، أبو إسحاق الزجاج: عالم بالنحو واللغة. ولد ومات في بغداد. قال عنه الذهبي (نحوي زمانه) ، كان في فتوته يخرط الزجاج ومال إلى النحو فعلمه المبرد ، كان مؤدبا للقاسم ابن وزير المعتضد ، فأدبه إلى أن ولى الوزارة مكان أبيه ، فجعله القاسم من كتابه ، فأصاب في أيامه ثروة كبيرة . من مؤلفاته (معاني القرآن) و (الاشتقاق) و (خلق الإنسان) و (الأمالي) في الأدب واللغة، و (فعلت وأفعلت) في تصريف الألفاظ و (المثلث) في اللغة، (إعراب القرآن) . انظر: [سير أعلام النبلاء ، تأليف : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي ت: ٧٤٨هـ ، تحقيق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط ، نشر : مؤسسة الرسالة – بيروت – ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥هـ . ٣٦١/١٤ ، الوافي بالوفيات ، تأليف : صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ت: ٧٦٤هـ ، تحقيق : أحمد الأرنأووط وتركي مصطفى ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ . ٢١٩/٢ ، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ، تأليف : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت:٩١١هـ ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، نشر : دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ ، ٣٠٩/١ ، الأعلام ، تأليف : خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس ، الزركلي الدمشقي ت: ١٣٩٦هـ ، نشر : دار العلم للملايين ، الطبعة الخامسة عشر ، ٢٠٠٢م ، ٤٠/١]

للشك ولكن كلما كان البرهان والدلالة أكثر على القلب ، كان القلب أسكن وأثبت أبداً ، ورجل له ثَبَت عند الحَمْله بالتحريك ، أي ثبات ، وتقول أيضاً : لا أحكم بكذا إلا بِثَبَت أي بحجة .

وفي حديث صوم يوم الشك : (**ثم جاء الثَّبَتُ أنه من رمضان**)[٢] الثَّبَتُ بالتحريك : الحجة والبينة ، وفي حديث قتادة بن النعمان ﷺ[٣] : (**بغير بينة ولا ثَبَتٍ**)[٤].

---

[١] سورة هود ، آية (١٢٠) .

[٢] أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، في كتاب الصيام ، باب صيام اليوم الذي يشك فيه ، برقم (٧٦٨) ، الموطأ ، تأليف : الإمام مالك بن أنس ت:١٧٩هـ ، رواية أبي مصعب الزهري المدني ، تحقيق : د.بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل ، نشر مؤسسة الرسالة – بيروت – ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٨هـ .

[٣] قتادة بن النعمان (ت: ٢٣ هـ)

هو قتادة بن النعمان بن زيد بن عامر بن سواد بن ظفر ، أبو عمرو ، الأنصاري الأوسي الظفري . صحابي بدري ، من شجعانهم ، شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ ، وقال الواقدي : كانت معه يوم الفتح راية بني ظفر . روى عن النبي ﷺ . وعنه ابنه عمرو وأخوه لأمه أبو سعيد الخدري ومحمود بن لبيد وعبيد بن حنين وغيرهم . وحكى ابن شاهين عن ابن أبي داود أنه أول من دخل المدينة بسورة من القرآن وهي سورة مريم . انظر : [الإستيعاب في معرفة الأصحاب ، تأليف : يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ت:٤٦٣هـ ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، نشر : دار الجيل – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ ، ٣ / ١٢٧٤ ، أسد الغابة ، تأليف : أبي الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري ، المعروف بـ " ابن الأثير " ت:٦٣٠هـ ، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، بدون طبعه ، ٤ / ٨٩ ، الإصابة في تمييز الصحابة ، تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ت:٨٥٢هـ ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، نشر : دار الجيل — بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ ، ٣ / ٢٢٥ ، تهذيب التهذيب ، تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ت:٨٥٢هـ ، نشر : دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ ، ٨ / ٣٥٧ ، والأعلام ٦ / ٢٧] .

[٤] أخرجه الترمذي في سننه في تفسير القرآن ، باب تفسير سورة النساء ، من حديث قتادة برقم ٣٠٣٦ ، وقال عنه حديث غريب لا أعلم أحداً أسنده ، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى ، في كتاب التفسير ، سورة طه ، من حديث ابن عباس برقم ١١٣٢٦ ، وأخرجه أبو يعلى في مسنده ، في مسند ابن عباس برقم ٢٦١٨ ،

وثابَتة وأَثْبَتَه ، عَرَفَه حَقَّ المعرفة . وطَعنه فأثبت فيه الرمح أي أنفذه . وأثبت حجته : أقامها وأوضحها ، وفي التنزيل : ﴿ **يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت** ﴾[1] وهذا كله من الثبات ".[2]

معانيها : من خلال ما تقدم يتضح بأن الإثبات في اللغة يعود إلى عدة معانٍ منها الحجة والبينة ، ومنها دوام الشيء وثباته ، ومنها التأني وعدم العجلة ، ونحو ذلك من المعاني المترابطة ، وكلها تنطوي تحت مفهوم الإثبات المراد بحثه هنا ، وإن كان أقربها معنى هو الحجة والبينة من خلال إقامتها وتوضيحها .

مسند أبي يعلى ، تأليف : أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي ت:٣٠٧هـ ، تحقيق : حسين سليم أسد ، نشر : دار المأمون للتراث – دمشق – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ . وحسنه الألباني ٢٤٤/٥ .

[1] سورة إبراهيم ، آية (٢٨) .

[2] لسان العرب ، مادة ثبت ، ج١ص٣٤٦-٣٤٧ .

ثانياً : نقل عبء الإثبات في الاصطلاح .

يجدر بنا قبل أن نُعرف بنقل عبء الإثبات كمصطلح عام ، أن نقف مع تعريف عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والنظام ، من أجل الوصول إلى مفهوم شامل ، حيث لم أجد من نص على تعريف دقيق لنقل عبء الإثبات سواء في الفقه الإسلامي أو النظام ، وذلك كما يلي :

تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح الشرعي والنظامي .

أولاً : تعريف عبء الإثبات في الفقه الإسلامي :

استنبط الفقهاء من التعريف اللغوي تعريفاً عاماً للإثبات ، فقالوا إن المقصود من الإثبات هو " إقامة الحجة "[١] مطلقاً ، وخصصها الحنابلة بقولهم " عند الحاجة إليها على الخصم "[٢] ، ومقصدهم من ذلك أن تكون إقامة الحجة في مجلس القضاء عند الحاكم الشرعي إذا طلبها بدليل قولهم " وإثباتها عند الحاكم "[٣] ، فهم أنما أوجزوا في التعريف اختصاراً .

---

[١] المبسوط ، تأليف شمس الدين السرخسي الحنفي ، نشر دار المعرفة – بيروت – لبنان ، بدون تاريخ طبعة ، ج١٦ص٦٣ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، تحقيق زكريا عميرات ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ ، ج٨ص١١٥ ، السراج الوهاج على متن المنهاج ، لمحمد الزهري الغمراوي ، نشر دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ، ص٥٩١ ، الفروع ، للعلامة الفقيه المحدث شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ت٧٦٣هـ ، ومعه تصحيح الفروع للفقيه العلامة المدقق علاء الدين علي المرداوي ت٨٨٥هـ ، وحاشية ابن قندس لتقي الدين أبي بكر بن إبراهيم البغلي ت٨٦١هـ ، بتحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، نشر مؤسسة الرسالة ودار المؤيد ، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ ، ج٤ص٣٨٣ .

[٢] الفروع ج٤ص٣٨٣ ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، لمصطفى بن سعد السيوطي الرحيباني ت ١٢٤٣هـ ، ومعه تجريد زوائد الغاية ، الطبعة الثالثة ١٤٢١هـ ، بدون دار نشر ، ج٣ص٨٩ .

[٣] منار السبيل في شرح الدليل ، تأليف إبراهيم بن محمد بن ضويان ت:١٣٥٣هـ ، تحقيق زهير الشاويش ، نشر المكتب الإسلامي ، الطبعة السابعة ١٤٠٩هـ ، ج٢ص٤٨١ .

والمتأمل في ما أورده الفقهاء – رحمهم الله – من تعريفات ، يلحظ أنهم أطلقوا في تعريفه كمصطلح ، وذلك بأنه إقامة الحجة أو الدليل على الخصم ، ومن ثمَّ فصلوا القول في المقصود بماهية الدليل أو الحجة ، وأن تكون لدى القاضي ، وما يشترط لكل دليل ونحو ذلك ، و لم يجمعوا ذلك في مصطلح واحدٍ جامع مانع ، وإنما عبروا عنها بطرق القضاء أو البينات ، فمنهم من ذكرها وحصرها في ثلاثة طرق ، ومنهم من حصرها بسبعة طرق[١] ، ومنهم من أطلق في ذلك و لم يحدد[٢] وهكذا ، وتحدثوا عن كل طريق بمفرده بالتعريف وبيان الشروط ونحو ذلك ، دون أن يتطرقوا لتعريف الإثبات كمصطلح بتعريف مستقل .

وقد وقفت على تعريفات للمتأخرين ، لعل من أجمعها وأدقها كتعريفٍ اصطلاحي للإثبات القضائي هو ما يلي :

التعريف المختار للإثبات هو : " إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية "[٣].

فهذا التعريف قد خصص الإثبات القضائي عن غيره وقيده بقيود فاشترط أن يكون مشتملاً على الآتي :

أولاً : إقامة الحجة إقامة حقيقة وتقديمها إلى أهل النظر والفصل في النزاع .

ثانياً : أن تكون إقامة الحجة أمام القضاء ، وهذا قيد أول يخرج غيره من الإثباتات التي لا تقام أمام القضاء ولا يترتب عليها الأثر المطلوب من إقامتها .

---

[١] انظر : حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار لسيدي محمد علاء الدين أفندي ، طبعة دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ ، ج١١ص٥٨٨ .

[٢] وهذا ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وغيرهما من المحققين ، انظر : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية ت٧٥١هـ ، تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، نشر دار الجيل – بيروت طبعة ١٩٧٣م ، ج١ص٩٠ .

[٣] الموسوعة الفقهية ، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت ، الطبعة الخامسة ١٤٢٥هـ ، ج١ص٢٣٢ .

ثالثاً : بالطرق التي حددتها الشريعة قيد ثان في التعريف ، فلا يجوز إقامة حجة أو دليل أمام القضاء إلا بالطرق التي حددتها الشرعية سواء ما اتفق عليها كالشهادة أو ما اختلف فيها كالقرائن ، وكذا ما يجد من وسائل تبين الحق وتوضحه بعيداً عن الإثباتات المشبوهة والتلاعب في ذلك .

رابعاً : على حق أو واقعة ، قيد ثالث في التعريف يبين محل الإثبات المتنازع فيه ، سواء كان حقاً مما تحميه الشريعة وتحافظ عليه أو واقعة وسبباً منشئاً للحق .

خامساً : تترتب عليها آثار شرعية ، وهذه هي الثمرة والغاية من الإثبات ، إذ لا فائدة من إثبات لا تنبني عليه آثار ، وذلك كإثبات الوقائع غير المؤثرة في الدعوى ، فهذه وإن أثبتت فليس لها أي آثار عملية ما لم يتم إثبات الواقعة المؤثرة المتنازع عليها والتي ينبني عليها الحكم حال ثبوتها .

ثانياً : تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح النظامي .

عرف د.السنهوري[1] عبء الإثبات بأنه : تكليف المدعي وتحميله إقامة الدليل أمام القضاء بالطريق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها .[2]

وهو تعريف مشابه في مضمونه للتعريف المختار في اصطلاح فقهاء الشريعة آنف الذكر ، إلا أنه افترق عنه بالتعبير بالدليل عوضاً عن الحجة والمعنى واحد ،

---

[1] د. عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، ولد سنة ١٨٩٥ م بالإسكندرية لأسرة فقيرة ، وعاش طفولته يتيماً ، نال درجة الليسانس في الحقوق سنة ١٩١٧ م من الحقوق الخديوية بالقاهرة ، من مؤلفاته : المقدمات الدستورية والقانونية لكل من مصر وليبيا والسودان والكويت والإمارات العربية المتحدة والوسيط في القضاء المدني. [الأعلام للزركلي ٣/٣٥٠] .

[2] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، تأليف : د.عبدالرزاق أحمد السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – ، الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠م ، ج٢ص١٤ .

وبالقانون عوضاً عن الشريعة ، وبالواقعة القانونية عوضاً عن الحق أو الواقعة ، ولوضوح الفرقين الأولين سأكتفي ببيان المقصود بالواقعة القانونية كما يلي :

يقصد بالواقعة القانونية : " كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً " وعلى ذلك " فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر"[١] .

تعريف نقل عبء الإثبات في الاصطلاح الشرعي والنظامي .

تناقل الفقهاء – رحمهم الله – تعريف عبء الإثبات ، دون الإشارة إلى تعريفٍ لنقله ، وكذا سار شراح القانون ، وذلك لوضوحه لديهم ومشابهته لتعريف عبء الإثبات ماعدا إضافة النقل ، و لم أقف على تعريف واضح لنقل عبء الإثبات فيما اطلعت عليه من كتب ، وبناء على ذلك يمكن تعريف نقل عبء الإثبات بما يلي :

التعريف المختار لنقل عبء الإثبات هو : انتقال عبء إقامة الدليل أمام القضاء من المكلف به إلى خصمه وترتب آثاره عليه .

وقد تضمن هذا التعريف ما يلي :

أولاً : انتقال ، ويقصد بذلك عملية نقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر بطلب القاضي .

ثانياً : عبء إقامة الدليل أمام القضاء سبق بيانه وتوضيحه عند الحديث عن تعريف عبء الإثبات .[٢]

ثالثاً : من المكلف به إلى خصمه ، قيد في التعريف ، أي أن الانتقال يكون ممن كلف به إلى خصمه إما لعجزه عن إقامة البينة مطلقاً أو مؤقتاً كما سيأتي معنا لاحقاً ، وقد ينتقل عبء الإثبات بين طرفي الخصومة أكثر من مرة ، فينتقل من

---

[١] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص١٥ .

[٢] انظر تعريف عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، ص٢٦ من هذا البحث .

المدعي إلى المدعى عليه ويعود إلى المدعي أخرى وهكذا ، والمكلف بعبء الإثبات في الأصل هو المدعي لعموم قوله ﷺ : (**البينة على المدعي**)[1] .

رابعاً : وترتب آثاره عليه ، وهذه هي الثمرة والغاية من التعريف ، وذلك بأن يحكم لمن انتقلت إليه إقامة الحجة فأقامها على الوجه الصحيح الذي يكفل له الحق ، إذ لو لم يحكم له لما كان من عملية الانتقال فائدة أو ثمرة .

[1] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

المطلب الثاني : تعريف الإعفاء من عبء الإثبات .

كما مر بنا سابقاً في المطلب الأول فيما يتعلق بنقل عبء الإثبات ، سنقوم ببيان المعنى اللغوي لكل مصطلح ، ثم نتطرق إلى الاصطلاح الشرعي والقانوني للإعفاء من عبء الإثبات كما يلي :

أولاً : تعريف الإعفاء من عبء الإثبات في اللغة .

الإعفاء في اللغة :

" العين والفاء والحرف المعتل أصلان يدل أحدهما على ترك الشيء ، والآخر على طلبه ، ثم يُرجع إليه فروع كثيرة لا تتفاوت في المعنى .

فالأول : العفو : عفو الله تعالى عن خلقه ... قال الخليل – رحمه الله –[1] : وكل من استحق عقوبة فتركته فقد عفوت عنه . يقال عفا عنه يعفُو عفواً ... وقد يكون أن يعفو الإنسان عن الشيء بمعنى الترك ، ولا يكون ذلك عن استحقاق ، ألا ترى أن النبي ﷺ قال : (**عفوت عنكم عن صدقة الخيل**)[2] فليس العفو

---

[1] الخليل بن أحمد (١٠٠هـ – ١٧٠هـ)

الخليل بن أحمد الفراهيدي أبو عبد الرحمن البصري ، الإمام ، صاحب العربية ، ومنشئ علم العروض ، أحد الأعلام.وكان رأساً في لسان العرب ، ديناً ، ورعاً ، قانعاً ، متواضعاً ، كبير الشأن ، وثقه : ابن حبان ، يقال: إنه دعا الله أن يرزقه علما لا يسبق إليه، ففتح له بالعروض ، وله كتاب (العين) في اللغة ، وكان متقشفا، متعبداً ، وكان مفرط الذكاء ، وهو معدود في الزهاد، كان يقول: إني لأغلق علي بابي، فما يجاوزه همي . مات ولم يتمم كتاب (العين) ، ولا هذبه ، ولكن العلماء يغرفون من بحره . انظر : [سير أعلام النبلاء ٤٢٩/٧-٤٣١]

[2] أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الزكاة باب زكاة الورق والذهب ، من حديث علي برقم ١٧٩٠ ، وحسنه الألباني ٥٧٠/١ . سنن ابن ماجه ، تأليف : محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ت٢٧٣هـ ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ومذيلة بأحكام الألباني ، نشر : دار الفكر – بيروت – ، بدون طبعه . وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط ، من حديث علي بن أبي طالب برقم (٦٤٠٤) ، المعجم الأوسط ، تأليف : أبو

هاهنا عن استحقاق ، ويكون معناه تركت أن أوجب عليكم الصدقة في الخيل ... والاستعفاء : أن تطلب إلى من يكلفك أمَراً أن يعفيك منه ".[١]

" وأعفاه من الأمر : بَرَّأَهُ ".[٢]

" قال ابن الأنباري – رحمه الله –[٣] في قوله تعالى : ﴿ **عَفَا ٱللَّهُ عَنكَ لِمَ أَذِنتَ لَهُمۡ** ﴾[٤] ، محا الله عنك ، مأخوذ من قولهم عفت الرياح الآثار إذا درستها ومحتها ... واستعفاه من الخروج : طلب ذلك منه ... يقال أعفني من الخروج معك أي دعني منه ".[٥]

ومن خلال ما تقدم يتضح بأن الإعفاء له أصلان في اللغة ، أحدهما الترك والآخر الطلب ، ويرد لعدة معانٍ كالصفح والطمس والتنازل والمحي والتبرآه من الشيء ونحو ذلك ، وكلها داخلة في مفهوم الإعفاء المراد بحثه هاهنا .

وأما ما يتعلق بتعريف العبء والإثبات في اللغة فقد سبق بيانهما في المطلب الأول عند الحديث عن نقل عبء الإثبات ، ولا حاجة إلى بيانها مجدداً .[٦]

القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ت:٣٦٠هـ ، تحقيق : طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، نشر : دار الحرمين – القاهرة – ، ١٤١٥هـ .

[١] مقاييس اللغة ، مادة عفو ، ج٤ص٥٦-٥٧ .

[٢] القاموس المحيط ، مادة عفا ، ص١٦٩٣ .

[٣] ابن الأنباري (٢٧٢هـ -٣٠٤هـ)

أبو بكر محمد بن القاسم بن بشار الأنباري المقرئ النحوي، الإمام ، الحافظ اللغوي ذو الفنون ، حمل عن والده، وألف الدواوين الكبار مع الصدق والدين، وسعة الحفظ ، وكان يحفظ ثلاث مائة ألف بيت شاهد في القرآن ، وكان يملي من حفظه ، ما أملى من دفتر قط وكان صدوقا دينا من أهل السنة ، من مؤلفاته : (الوقف والابتداء) ، (المشكل) ، (غريب الغريب النبوي) ، (شرح المفضليات) ، (شرح السبع الطوال)، (الزاهر) ، (الكافي) ، (اللامات) وغيرها كثير . انظر : [سير أعلام النبلاء ٢٧٤/١٥] .

[٤] سورة التوبة ، آية (٤٣) .

[٥] لسان العرب ، مادة عفى ، ج٤ص٨٢٧ .

[٦] انظر ص٢١-٢٢ من هذا البحث .

ثانياً : الإعفاء من عبء الإثبات في الاصطلاح الفقهي .

هو : " إسقاط عبء الإثبات عن المكلف به كلياً أو جزئياً "[١].

وهو تعريف جيد ، ولكن يلحظ عليه أنه لم ينص على من له حق الإسقاط ، ولذا يمكن أن يقال في التعريف المختار ما يلي :

إسقاط عبء الإثبات عن المكلف به كلياً أو جزئياً بنص أو اتفاق .

وقد تضمن التعريف مايلي :

أولاً : إسقاط ، وهو تعبير عن الإعفاء من عبء الإثبات .

ثانياً : عبء الإثبات ، سبق بيانه وشرحه .[٢]

ثالثاً : عن المكلف به ، قيد في التعريف لبيان من يسقط عنه عبء الإثبات وهو المكلف به ، بحيث لا يطالب به ، ويترتب على ذلك أنه لا يطالب بإقامة الحجة ولا يحكم عليه بالنكول ونحو ذلك .

رابعاً : كلياً أو جزئياً ، قيد في التعريف أي سواء كان الإعفاء من عبء الإثبات كلياً فلا يطالب بشيء أو جزئياً فيسقط عنه بعض دون بعض .

خامساً : بنص أو اتفاق ، قيد في التعريف ، أي سواء كان الإعفاء من عبء الإثبات بنص شرعي أو نظامي لا علاقة لأطراف الدعوى به ، أم كان باتفاقهم ورضاهم على ذلك ، كما سيأتي ذلك مفصلاً .

---

[١] وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ، تأليف د.محمد الزحيلي ، مكتبة المؤيد – دمشق – بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ ، ج٢ص٧٠١ .

[٢] انظر تعريف عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ص٢٦ من هذا البحث .

المبحث الثاني : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم النظام العام .

كثيراً ما يرد اصطلاح النظام العام ، ولاسيما في معرض دراستنا للمواد النظامية ، إلا أن الفكرة من حيث هي كمبدأ لها جذور إسلامية قديمة ، ولا بد من معرفة ما المقصود به ، وسنتطرق إلى مفهومه وأصله عند فقهاء الشريعة وعلماء القانون كما يلي :

أولا : فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية .

لم يتطرق الفقهاء – رحمهم الله – إلى الحديث عن مفهوم النظام العام وفق الاصطلاح المعاصر ، ولذا نجد أن بعض المعاصرين أراد تأصيل المسألة وإلحاقها بما تحدث عنه الفقهاء – رحمهم الله – من أن حق الله تعالى يجب أدائه على الوجه المطلوب ، وعدم مخالفته وذلك بالاتفاق على خلافه أو إسقاطه[١] ، وهذا المعنى مشابه لمفهوم النظام العام المعاصر ، والذي يظهر أن هذا فيه من التكلف ما فيه ، وحقُ الله حقٌ مستقلٌ خاص به سبحانه ضمن الحقوق المعروفة في الشريعة الإسلامية ، ولا يصح تسميته بالنظام العام ، ولذا قال ابن القيم – رحمه الله –[٢] :

---

[١] انظر : وسائل الإثبات للزحيلي ج٢ص٦٣١ .

[٢] ابن القيم (٦٩١ – ٧٥١ هـ)

هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي . شمس الدين من أهل دمشق . من أركان الإصلاح الإسلامي ، وأحد كبار الفقهاء . تتلمذ على ابن تيمية وانتصر له و لم يخرج عن شيء من أقواله ، وقد سجن معه بدمشق . كتب بخطه كثيراً ، وألف كثيراً ، من مؤلفاته : " الطرق الحكمية " ، و " مفتاح دار السعادة " ، و " الفروسية " ، و " مدارج السالكين " . انظر : [الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، تأليف : تأليف : أبي

" هذا محافظة منه ﷺ على الأسماء التي سمَّى الله بها العبادات ، فلا تُهجر، ويؤثر عليها غيرُها ، كما فعله المتأخرون في هجران ألفاظ النصوص ، وإيثار المصطلحات الحادثة عليها، ونشأ بسبب هذا من الجهل والفساد ما اللهُ به عليم ، وهذا كما كان يُحافظ على تقديم ما قدَّمه الله وتأخيرِ ما أخرَّه "[1] ، فالواجب المحافظة على الأسماء الشرعية ما أمكن ، وعدم إقحامها في كل صغير وكبير من أجل بيان شبهها بالنظام فهي الأولى والأسمى فارقت أو شابهت ، إلا أنه يحسن القول أنه يمكن إيراد بعض الأمثلة التي تقارب ما للنظام العام في مصطلح النظاميين من نتيجة ، وذلك كالربا والرشوة وغيرها فهي محرمة في الشريعة على التأبيد ولا تحل بحال ، ومرتكبها معرض نفسه للعقوبة حتى ولو كان ذلك برضا الطرفين[2] ، ما لم يكن ذلك فرضاً وإكراهاً عليه ، ولا يستطيع تخليص حقه إلا به[3] ، وكذا وجوب قتل

الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ت:٨٥٢هـ ، نشر : دار الجيل - بيروت - ، طبعة ١٤١٤هـ ، ٣ / ٤٠٠ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، تأليف : عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي ت:١٠٨٩هـ ، تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط ، محمود الأرناؤوط ، نشر : دار بن كثير - دمشق - ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ ، ١٦٨/٦ ، الأعلام ٦ / ٢٨١ ،] .

[1] زاد المعاد في هدي خير العباد ، تـأليف : ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ) ، نشر : مؤسسة الرسالة - بيروت - ، مكتبة المنار الإسلامية - الكويت - ، الطبعة : السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـ /١٩٩٤م ، ج٢ص٣٥٠ .

[2] انظر : تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ، ج٣ص٢٩٥ ، المغني ، تأليف موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي الدمشقي الحنبلي ت٦٢٠هـ ، تحقيق د.عبد الله بن عبدالمحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو ، نشر دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة السادسة ١٤٢٨ هـ ، ج٦ص٥١-٥٢ .

[3] انظر : رد المحتار على الدر المختار ، الشهيرة بحاشية ابن عابدين ، تأليف محمد أمين بن عابدين ت١٢٥٢هـ ، طبعة دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ ، ج٨ص٣٥ .

المحارب ولو قتل عبداً أو كافراً[١] ، وأن القطع في السرقة واجب لا يجوز العفو عنه[٢] ، وعدم جواز إقامة الحد إلا من الإمام أو نائبه ولا يجوز إقامته من غيرهما ولو رضيا[٣] ، ونحو ذلك مما لا تجوز مخالفته في الشريعة الإسلامية .

ثانياً : فكرة النظام العام في القانون .

فكرة النظام العام فكرة فلسفية نسبية صعبة التحديد ، وقد أسهب كثير من الشراح في بيان حقيقة هذه الفكرة ومفهومها وضرب لها الأمثلة والتطبيقات ، ولذا قالوا في تعريف النظام العام ما يلي :

النظام العام هو : " مجموعة الأفكار والمباديء الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في أنظمته المختلفة قانونية وسياسية واجتماعية والتي تعبر عن مصالحه الأساسية "[٤].

---

[١] انظر : الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري ت:١٣٣٥هـ ، المكتبة الثقافية – بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ ، ج١ص٥٨٩ .

[٢] انظر : الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، وهو شرح مختصر المزني ، تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ت٤٥٠هـ ، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، نشر دار الكتب العلية – بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ ، ج١٢ص١٥ .

[٣] انظر : الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت- لبنان ،ط١ ١٤٢٣ ه ، ص٨٧٧ .

[٤] أصول القانون ، تأليف الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، بدون دار نشر وبدون تاريخ طبعه ، ص٣٤ .

وانظر نحو هذا التعريف في ما يلي :

المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، تأليف الدكتور محمد حسام محمود مصطفى ، طبعة القاهرة ١٩٩٨م ، ص٧٥ ، والمدخل إلى علم القانون ، تأليف الدكتور هشام القاسم ، دمشق ١٤٠٢-١٤٠٣هـ ، ص٢٦ ، ومقدمة في الأصول العامة لعلم القانون ، تأليف خالد رشيد القيام ، كلية الحقوق ، الطبعة الأولى ١٩٩٩م ، ص١٠٢ .

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية من حيث التطبيق برغم محدودية القاعدة النظامية وجمودها في الأصل ، فهي تهدف إلى تحقيق الصالح العام للمجتمع ، وتحافظ على أمنه واستقراره ، لذا فهي مرنة لأنها ليست بثابتة وإنما هي قابلة للتغير والتطور مع تطور الزمان ، وتغير الأحداث السياسية والأفكار الاجتماعية وهكذا ، ونسبية لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان[١] ، فليس كل نظام عام شامل للعالم بأسره ، وإنما يختلف من مجتمع لآخر – فما يعتبر في بلد قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر – ، ومن مرحلة لأخرى ، – فما قد يعتبر من النظام العام في هذا الزمن قد لا يكون كذلك في المستقبل – .

والنظام العام ليس أفكار ثابتة محددة ، وإنما يترك تقديره للقضاء ، وعلى القاضي أن يثبت أن هذا من قبيل النظام العام أم لا ، وعليه البحث عن ذلك من خلال معايير موضوعية وليست شخصية ، وفي جميع الأحوال ما يقرره القاضي يكون خاضعاً لرقابة جهات قضائية عليا .[٢]

وتُعد قواعد النظام العام من القواعد الآمرة أو الناهية ، وهي " تلك القواعد التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها "[٣] ، فكل اتفاق يقع على ما يخالف هذه القواعد يقع باطلاً ، فمثلاً القاعدة التي تحرم القتل قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، فلو أن شخصاً اتفق مع آخر على أن يقتله فهو اتفاق باطل ، لا ينظر إليه ولا يُعترف به أساساً في النظام ولا ينتج عنه أي أثر ، ومن فعل ذلك يستوجب العقوبة المقررة على فعله ، إذ أن " كل خروج على النظام العام يستوجب الجزاء "[٤] .

---

[١] انظر كلاً مما يلي : أصول القانون ، ص٣٥ ، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، ص٧٥ ، ومقدمة في الأصول العامة لعلم القانون ، ص١٠٢ .

[٢] انظر : أصول القانون ، ص٣٥ .

[٣] مبادئ القانون ، مدخل إلى القانون والإلتزامات ، تأليف الدكتور محمد حسن قاسم ، نشر الدار الجامعية ، طبعه ١٩٩٨م ، ص٤٠ .

[٤] مقدمة في الأصول العامة لعلم القانون ، ص١٠٢ .

المطلب الثاني : المذاهب المنظمة للإثبات في الفقه والقانون .

وفيه فروع هي :

الفرع الأول : المذاهب المنظمة للإثبات في الفقه .

اختلف فقهاء الشريعة على قولين هما :

أولاً : المذهب الأول .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الإثبات له طرق محددة واضحة ومحصورة ، ولا يجوز الزيادة عليها أو تجاوزها ، وعلى القاضي الالتزام بها والحكم بمقتضاها متى ثبتت لديه ، كما أن الخصوم عليهم الإثبات وفق ما دل الشرع على اعتباره دليلاً وطريقاً من طرق الإثبات .

فمنهم من حصرها في سبعة طرق[١] ، ومنهم من حصرها في ثلاثة طرق[٢] وهكذا ، فهم وإن اختلفوا في عددها إلا أنهم متفقون على أنها محصورة مقيدة .

فأوجبوا في الإثبات بالبينة نصاباً معيناً في عدد الشهود لا يجوز مخالفته ، إلا ما تم استثنائه بالنص .[٣]

---

[١] انظر : حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار ، ج١١ص٥٨٨ ، وهي البينة – أي الشهادة – والإقرار واليمين والنكول عنها والقسامة وعلم القاضي والقرينة القاطعة التي تصير الأمر حقيقة .

[٢] انظر : البحر الرائق شرح كتر الدقائق ، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت ٩٧٠هـ ، تحقيق زكريا عميرات ، نشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ ، ج٧ص٢٢٤ ، وهي الشهادة واليمين والنكول .

[٣] انظر : الاختيار لتعليل المختار ، تأليف العلامة عبدالله الموصلي الحنفي ت٦٨٣هـ ، نشر دار المعرفة – بيروت – لبنان ، الطبعة الثالثة ١٤٢٥هـ ، ج٤ص١١١ ، مواهب الجليل ج٨ص٢١٦ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف الأمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي الحنبلي ت٨٨٥ ، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي ، نشر دار الكتب العلمية بيروت– لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٨ه ، ج١١ص٢٦٩ .

وبناء على ما تقدم إذا توفر نصاب الشهادة الشرعية من شاهدين أو أكثر بحسب الوقائع ، وجب الأخذ بها دون مراعاة لحرية القاضي في التقدير من حيث القرائن وخلافها .

ثانياً : المذهب الثاني .

ذهب بعض المحققين من أهل العلم كشيخ الإسلام ابن تيمية[1] وابن القيم وغيرهما ، إلى القول بحرية الإثبات وعدم تقييده وحصره في طرق محددة ، بل للقاضي أن يستند في حكمه إلى ما يراه مثبتاً للحق وإن لم ينص عليه الشرع صراحة ، إذ أن البينة لديهم المقصود بها كل ما يبين الحق ويظهره ويجليه ، فمتى " ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم 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 "[2] ، وهذا هو القول الراجح ، وذلك لما فيه من

---

[1] ابن تَيْمِيَّة (٦٦١ - ٧٢٨ هـ)

هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحرَّاني الدمشقي ، تقي الدين . الإمام شيخ الإسلام . حنبلي . ولد في حرّان وانتقل به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر . سجن بمصر مرتين من أجل ما يصدره من فتاوى . وتوفي بقلعة دمشق معتقلا . كان داعية إصلاح في الدين ، آية في التفسير والعقائد والأصول ، فصيح اللسان . مكثرا من التصنيف ،من مؤلفاته : " السياسة الشرعية " ، " ومنهاج السنة " ، وطبعت " فتاواه " في الرياض مؤخرا في ٣٥ مجلدا . انظر : [البداية والنهاية ، تأليف : أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (المتوفى : ٧٧٤هـ ، تحقيق : علي شيري ، نشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ ، ١٤ / ١٣٥ ، الدرر الكامنة ١ / ١٤٤ ، الأعلام للزركلي ١ / ١٤٠] .

[2] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لأبي عبدالله ابن القيم ت٧٥١هـ ، تحقيق : د. محمد جميل غازي ، نشر مطبعة المدني - القاهرة - ، بدون طبعة ، ج١ص١٩ ، وفي إعلام الموقعين ج٤ص٣٧٣ نحوه ، وقرر ابن القيم - رحمه الله - ذلك بقوله في إعلام الموقعين ج١ص٩٠ ما نصه : " إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ولا يرد حقا قد ظهر بدليله أبدا

تحقيق للعدل بين الناس ، وفتح آفاق وطرق ووسائل متعددة للقاضي ينظر فيها ، ولذا يمكن تسبيب هذا الترجيح ببعض النصوص الواردة عن سلف هذه الأمة كما يلي :

قال شيخ الإسلام – رحمه الله – : " القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم وإنما ذكر النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه ... ، كل هذا نصيحة لهم وتعليم وإرشاد لما يحفظون به حقوقهم ، وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء ، فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والمرأتين فإن الحاكم يحكم بالنكول واليمين المردودة ولا ذكر لهما في القرآن فإن كان الحكم بالشاهد الواحد واليمين مخالفا لكتاب الله فالحكم بالنكول والرد أشد مخالفة ، وأيضا فإن الحاكم يحكم بالقرعة بكتاب الله وسنة رسوله الصريحة الصحيحة ، ويحكم بالقافة بالسنة الصريحة الصحيحة التي لا معارض لها ، ويحكم بالقسامة بالسنة الصحيحة الصريحة ، ويحكم بشاهد الحال إذا تداعى الزوجان أو الصانعان متاع البيت والدكان ، ويحكم عند من أنكر الحكم بالشاهد واليمين بوجوده الآجر في الحائط فيجعله للمدعي إذا كانت إلى جهته ، وهذا كله ليس في القرآن ولا حكم به رسول الله ﷺ ولا أحد من أصحابه ، فكيف ساغ الحكم به و لم يجعل مخالفا لكتاب الله ، ورد ما حكم به رسول الله ﷺ وخلفاؤه الراشدون وغيرهم من الصحابة ، ويجعل مخالفا لكتاب الله ، بل القول ما

فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ".

قاله أئمة الحديث إن الحكم بالشاهد واليمين حكم بكتاب الله فإنه حق والله سبحانه أمر بالحكم بالحق "[١]

وقال ابن القيم – رحمه الله – : " ليس في القرآن ما يقتضي أنه لا يحكم إلا بشاهدين أو شاهد وامرأتين فإن الله سبحانه إنما أمر بذلك أصحاب الحقوق أن يحفظوا حقوقهم بهذا النصاب و لم يأمر بذلك الحكام أن يحكموا به فضلا عن أن يكون قد أمرهم ألا يقضوا إلا بذلك ولهذا يحكم الحاكم بالنكول واليمين المردودة والمرأة الواحدة والنساء المنفردات لا رجل معهن وبمعاقد القمط ووجوه الآجر وغير ذلك من طرق الحكم التي لم تذكر في القرآن فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفا لكتاب الله فهذه أشد مخالفة لكتاب الله منه وإن لم تكن هذه الأشياء مخالفة للقرآن فالحكم بالشاهد واليمين أولى ألا يكون مخالفا للقرآن ، فطرق 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 وغير ذلك والقضاء بالشاهد واليمين مما أراه الله تعالى لنبيه ﷺ فإنه سبحانه قال : ﴿ **إِنَّا أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ** ﴾[٢]، وقد حكم بالشاهد واليمين وهو مما أراه الله إياه قطعا ، ومن العجائب رد الشاهد واليمين والحكم بمجرد النكول الذي هو سكوت ولا ينسب إلى ساكت قول "[٣]

---

[١] الطرق الحكمية ج١ص١٠٥ .

[٢] سورة النساء ، آية (١٠٥) .

[٣] الطرق الحكمية ج١ص١٩٨ .

الفرع الثاني : المذاهب المنظمة للإثبات في القانون .

هناك ثلاثة مذاهب في الإثبات وهي :

أولاً : المذهب الأول .

المذهب الحر " المطلق " .

يقوم المذهب الحر على قاعدة واضحة وهي أن النظام لا يُنظِّمُ طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل الإثبات راجع إلى الخصوم أنفسهم ، فهم أحرار فيما يقدمونه من أدلة مقنعة للقاضي ، ويكون القاضي حراً في اختيار ما يشاء منها ، وتكوين قناعته وحكمه من أي دليل يقدمه الخصوم .

فللقاضي طبقاً لهذا المذهب أن يساعد الخصوم على استكمال أدلتهم الناقصة ، وله أن يقضي بعلمه ، وله أن يلجأ إلى سؤال أي شخص كان سوى الخصوم بقصد الوصول إلى الحقيقة .

ويقوم هذا المذهب على التقريب بين الحقيقة القضائية[١] والحقيقة الواقعية[٢] لمصلحة العدالة والبحث عن الحقيقة ، وإعادة الحقوق إلى أصحابها ، ولكن بشرط أن يؤمن الجور من القاضي أو التحكم ، ففي حال تجاوزه أو تحكمه في تعيين واختيار الأدلة ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية فيكون معيباً ، لذا فواقع هذا المذهب أن حظ العدالة فيه ضئيل ، وتكون عدالة في الظاهر دون الحقيقة .

---

[١] يقصد بها : ما يتوصل بها إلى الحكم من إجراءات نص عليها النظام عبر مراحل الدعوى ، وهي ما يسمى بالحكم القضائي وهو لا يثبت إلا بطريق رسمه النظام فلا حقيقة قضائية إذاً إلا بعد الحكم ، انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٢ص٢٧ .

[٢] يقصد بها : ذلك النموذج الواقع والمتحقق المنظور أمام القاضي ، وكل ما يتعلق بتفاصيل الدعوى من أحداث ، والحقيقة الواقعية تكون سابقة للقضائية وقبل الحكم ، انظر : المرجع السابق .

وتتضح أهمية هذا المذهب في القضايا الجنائية حيث إن العبرة تكمن في اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة إليه ، والتحقيقات التي أجراها بنفسه ، فينتج عن ذلك اقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة التي عول عليها في حكمه .[١]

وقد أخذت بهذا المذهب الكثير من الأنظمة والقوانين المعاصرة في بداية نشأتها كالقوانين الألمانية والسويسرية والإنجليزية والأمريكية إلى حد كبير[٢] .

وهذا المذهب مقارب لما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم – رحمهما الله – من القول بحرية الإثبات وإطلاقه ، وعدم حصره أو تقييده في طرق محددة .

ثانياً : المذهب الثاني .

المذهب القانوني " المقيد " .

يقوم المذهب القانوني على خلاف المذهب الحر ، فهو يقنن طرقاً محددة للإثبات يتقيد بها القاضي وطرفا الدعوى ، ويكون تحديد وبيان هذه الطرق واضحاً ومحدداً بدقة متناهية قطعاً للنزاع .

ويقوم هذا المذهب على المباعدة مابين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعية واضحة للجميع ، ولكنها لا يمكن أن تصبح حقيقة قضائية إلا إذا كان من الممكن إثباتها بالطرق التي نص عليها القانون .

---

[١] انظر في تنظيم الإثبات :

قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، تأليف : د.محمد حسن قاسم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م ، ص١٠-١٤ ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، تأليف : د.عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير ، بدون ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م ، ص ٧-١٠ ، أحكام الإلتزام والإثبات ، تأليف : د.سمير عبدالسيد تناغو ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م ، ص٧-٨ ، الإثبات مناطه وضوابطه ، تأليف : د.قدرى عبدالفتاح الشهاوي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ، ص٢١-٢٥ .

[٢] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٢٨ .

ويعيب هذا المذهب أن الأخذ به على إطلاقه يؤدي إلى المفارقة بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية ، وسلب القاضي سلطته في اختيار الأدلة الموصلة للحقيقة التي لم ينص عليها القانون ، ولكن يقابل هذا العيب نقطة مهمة وهي البعد عن التحكم وضمان الاستقرار .[1]

وهذا المذهب مقارب لما ذهب إليه جماهير الفقهاء ، من حصر طرق الإثبات ، وعدم تجاوزها .

ثالثاً : المذهب الثالث .

المذهب المختلط .

يقوم المذهب المختلط على فكرة الجمع بين المذهبين المتقدمين ، فالواقع يحتم على القاضي ضرورة الجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد ، فله كامل الحرية والتقدير في تلمس الحقيقة من أي دليل يقدم إليه دون تقييد إلا إذا نص القانون على تقييده .

فيكون الإثبات في القضايا الجنائية قائماً على حرية الإثبات ، بينما يكون مقيداً في القضايا المدنية ، وإن كان التقييد ليس كما هو في المذهب المقيد بل للقاضي دور في التقدير ، فيجعل بعضها أقوى من بعض ويقدم دليلاً على آخر ، ويكون الإثبات حراً بحسب الأصل في القضايا التجارية وذلك لما تقتضيه هذه القضايا من سرعه في التعامل .

ويلاحظ على هذا المذهب أن اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية لا يصل إلى حدٍ يجعل للأدلة قوة قطعية في الإثبات ، بل تظل حجتها ظنية ، وأيضا يتفاوت المذهب المختلط من نظام لآخر ، فما يجعله هذا المذهب من قيود على حرية القاضي تتفاوت من بلد لآخر وفقا لأنظمتها ، فمنها من تقلل القيود ومنها من

[1] انظر حاشية رقم (١) ص٤٣ من هذا البحث .

تضاعف ، والأفضل هو الموازنة بين الاعتبارين دون أن يطغى أحدهما على الآخر .[١]

وقد أخذ بهذا المذهب القانون المصري مقتفياً أثر القوانين اللاتينية كالفرنسي وغيره .[٢]

وبناء على ما تقدم يتضح أن المذهب المختلط هو أفضل المذاهب الثلاثة في تنظيم الإثبات وأرجحها لدى شراح القانون ، لكونه يجمع بين وضوح التعامل وثباته بما يحتوي عليه من قيود ، ويحد من تحكم القضاة ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما مُنح للقاضي من حرية التقدير ، بخلاف المذهبين المتقدمين فالحر قائم على مبدأ الرضائية ، والقانوني قائم على مبدأ الشكلية في حقيقته .

ومن خلال ما تقدم يمكن القول بأن الراجح في طرق الإثبات إطلاقها وعدم حصرها سواء في الفقه أو القانون لعموم الأدلة الشرعية ، ولعدم وجود دليل صريح على الحصر ، إلا إن كان في الحرية أو الإطلاق وسيلة للتلاعب أو التحكُّم ونحو ذلك ، فيمكن أن يقيد ذلك بما فيه مصلحة عائدة لطرفي التراع .

---

[١] انظر حاشية رقم (١) ص٤٣ من هذا البحث .

[٢] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٢٩ .

المطلب الثالث : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام .

بعد أن مهدنا لهذا المطلب بالإشارة إلى المقصود بالنظام العام ، والمذاهب المنظمة للإثبات من حيث التقييد والحرية ، نوضح في هذا المطلب علاقة النقل والإعفاء من عبء الإثبات بالنظام العام .

وقبل أن نوضح العلاقة بين قواعد الإثبات والنظام العام ، ينبغي أن نفرق بين القواعد الشكلية ، والقواعد الموضوعية كما يلي :

أولاً : ماهية قواعد الإثبات الشكلية .

هي تلك " القواعد الخاصة بالإجراءات "[١]

وعليه يتضح أن المقصود بالقواعد الشكلية ، هي تلك القواعد التي تنظم عملية التقاضي بين الخصوم ، وتنظم عملية سير القضايا أمام القضاء ، وطريقة قيد القضية في المحكمة ، وطرق الطعن في الأحكام القضائية ، ودرجات التقاضي .

وقد نص الفقهاء[٢] على هذه القواعد في أبواب طرق الحكم وصفته ، وتحدثوا عن اشتراط أن يكون المترافع جائز التصرف وأن يحرر دعواه ، وإجراءات الأحكام الغيابية ، وألا يسمع من الخصم إلا دعوى واحدة في المجلس الواحد ، ونحو ذلك مما له علاقة بالشكل العام للقضية مما ليس له أثر ضمن الإثبات كدليل موضوعي .

---

[١] قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، تأليف الدكتور توفيق حسن فرج ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة ٢٠٠٣ ، ص٦٧ .

[٢] انظر : لسان الحكام في معرفة الأحكام ، تأليف إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي ، نشر مكتبة الحلبي – القاهرة ، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ ، ص٢٢١، الكافي في فقه أهل المدينة ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي ت ٤٦٣هـ ، نشر مكتبة الرياض الحديثة ، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ ، ج٢ص٩٣١ ، الحاوي الكبير ،ج١٦ص٢٩١ ، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، لمجد الدين أبي البركات ت:٦٥٢هـ ، ومعه النكت على الفوائد السنية على مشكل المحرر ، لشمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي ت:٧٦٣هـ ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد ، طبعة ١٤٢٤هـ ، ج٢ص٢٠٧ .

وكذلك قد نصت عليها الأنظمة والقوانين المعاصرة ، وسنت لها الأنظمة الخاصة بها ، ومن ذلك نُظُم المرافعات والإجراءات القضائية أمام المحاكم ، وأسهبت في تنظيم ذلك وبيان القواعد الشكلية بِدأً بطريقة قيد القضية في المحكمة وآلية ذلك ، وحتى صدور الحكم واكتسابه القطعية .

ومن ذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي[١] ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري[٢] ، وقانون أصول المحاكمات السوري[٣] ، وقانون أصول المحاكمات الأردني[٤] وغيرها .

ثانياً : ماهية قواعد الإثبات الموضوعية .

هي تلك " القواعد التي تتعلق بمحل الإثبات وعبئه وطرقه "[٥]

وعليه يتضح أن المقصود بالقواعد الموضوعية ، هي تلك القواعد التي تتعلق بذات الإثبات من حيث تنظيم طرق الإثبات ووسائله وشروطه ونحو ذلك .

وقد نص الفقهاء[٦] على هذه القواعد الموضوعية ، وأسهبوا في الحديث عنها ومن يتحملها ، وعن وسائل الإثبات من شهادة أو أيمان أو كتابة ، وعن تعارض

---

[١] الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠-٥-١٤٢١هـ ، والمنشور في جريدة أم القرى عدد ٣٨١١ وتاريخ ١٧-٦-١٤٢١هـ .

[٢] رقم ١٣ الصادر سنة ١٩٨٦م .

[٣] رقم ٨٤ الصادر سنة ١٩٥٣م .

[٤] رقم ٢٤ الصادر سنة ١٩٨٨م .

[٥] المرجع السابق ، ص٦٨ .

[٦] انظر : الاختيار لتعليل المختار ، ج٢ص١٣١ ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج٢ص٩٢١ ، الحاوي الكبير ،ج١٧ص٦٨ ، المحرر في الفقه ،ج٢ص٢١٨ .

البينات وطريقة العمل في ذلك وأحكام النكول عن اليمين ، وغيرها مما يندرج تحت القواعد الموضوعية في أبواب الدعاوى والبينات .

وكذلك نصت الأنظمة والقوانين المعاصرة على القواعد الموضوعية للإثبات ، وسنت الأنظمة الخاصة بقواعد الإثبات الموضوعية من مدنية أو جنائية .

ومن ذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي – الذي وإن كان في الأصل تنظيماً إجرائياً إلا أنه اشتمل على بعض القواعد الموضوعية – ، وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري[١] والقانون المدني المصري[٢] ، وقانون البينات السوري[٣] والقانون المدني السوري[٤] ، وقانون البينات الأردني[٥] والقانون المدني الأردني[٦] ، وغيرها .

وبعد أن تطرقت لماهية هذه القواعد ومفهومها ، يطيب لي أن أسلط الضوء على علاقة هذه القواعد بالنظام العام كما يلي :

الفرع الأول : علاقة قواعد الإثبات الشكلية بالنظام العام .

---

[١] رقم ٢٥ الصادر سنة ١٩٦٨م ، المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م ، والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

[٢] رقم ١٣١ الصادر سنة ١٩٤٨م .

[٣] رقم ٣٥٩ الصادر سنة ١٩٤٧م .

[٤] رقم ٨٤ الصادر سنة ١٩٤٩م .

[٥] رقم ٣٠ الصادر سنة ١٩٥٢م .

[٦] رقم ٤٣ الصادر سنة ١٩٧٦م .

من المتفق عليه أن بعض قواعد الإثبات تتعلق بالنظام العام ، وهي القواعد الشكلية أو الإجرائية التي تتصل اتصالاً وثيقاً بنظام التقاضي ، وذلك استناداً إلى تنظيمها لعملية التقاضي أمام المحاكم في إثبات الدعوى ورفعها والمواجهة بالأدلة ، مما يحول دون إعطاء الأطراف مجال لتغييرها ، بل إن هذه القواعد لا تلزم الخصوم فقط ، بل يلتزم بها القاضي أيضاً ، مع ماله من حرية التقدير في بعض الحالات .[١]

الفرع الثاني : علاقة قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام .

تُعد القواعد الموضوعية – وهي القواعد المتعلقة بمحل الإثبات وعبئه وطرقه – محل خلاف بين شراح القانون من حيث تعلقها بالنظام العام أو عدمه ، على ثلاثة آراء هي كما يلي :

أولا : قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام .

يرى جمهور الفقهاء[٢] – رحمه الله – وشراح القانون[٣] أن قواعد الإثبات الموضوعية من قبيل القواعد المكملة أو المفسرة ، ويقصد بها " القواعد التي يجوز للمُخَاطَبِيْنَ الاتفاق على عكس ما تقضي به "[٤]، فيجوز الاتفاق بين الخصوم على

---

[١] انظر : قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٢٦ ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، ص٣٩ .

[٢] انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تأليف العلامة شمس الدين محمد الدسوقي ، على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ طبعة ، ج٤ص١٤٧ ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تأليف شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت- لبنان ، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م ، ج٤ص١٣١-١٣٢ و ج٤ص٥٥٤ ، العدة في شرح العمدة ، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ، نشر مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ١٤٢٧ ه ، ج٢ص٤٠١-٤٤٨ .

[٣] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٨٨ .

[٤] مبادئ القانون ، ص٤١ .

خلافها ، سواء تم الاتفاق على ذلك قبل النزاع – أي أثناء كتابة العقد – ، أم تم الاتفاق عليه أثناء النزاع ، وسواء تم ذلك بطريقة صريحة أم بطريقة ضمنية ، فعلى القاضي الأخذ بما يتفق عليه الخصوم دون القواعد الموضوعية ، باعتبارها مكملة لإرادة الأطراف فلا يمكن تطبيقها إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي الدعوى على خلافها .[١]

ولذلك فقد نص د.السنهوري على ذلك بقوله : " وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع ... كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع ".[٢]

ويمكن أن يُعَلل لعدم تعلق هذه القواعد بالنظام العام بما يلي : [٣]

" أن قواعد الإثبات لها طبيعة خاصة ، لأنها تتعلق بحقوق الأفراد الخاصة ، وإذا جاز للأفراد أن يتنازلوا عن حقوقهم أو يعدلوا فيها ، فيجوز لهم من باب أولى أن يعدلوا في طرق الإثبات المتعلقة بها ، لأن الدليل لا يسمو على الحق ذاته ".

و " أنه طبقاً لمبدأ حياد القاضي يجوز للخصوم أن يتفقوا على الطريقة التي يعرضون بها نزاعهم أمامه ".

---

[١] انظر : أحكام الإلتزام والإثبات ، ص٩٧ ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٢٦-٢٧ ، الإثبات مناطه وضوابطه ، ص٧٤ .

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٨٨ .

[٣] أحكام الإلتزام والإثبات ، ص٩٥-٩٦ .

لذا نلحظ بناء على هذا الرأي ، عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام ، وأن ذلك حق للخصوم أنفسهم ، وليس للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه بنقل عبء الإثبات من خصم لآخر .

ثانياً : قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام .

يرى فقهاء الحنفية[١] ، وبعض شراح القانون أن قواعد الإثبات الموضوعية هي من قبيل القواعد الآمرة ، فلا يجوز الاتفاق على خلافها أو التنازل عنها ، وذلك من أجل أن يقوم القضاء بوظيفته على أكمل وجه وأحسنه ، دون أن يعرقله اتفاقات الخصوم ، وأن ذلك يسير في مصلحة حرية القاضي في تسيير الدعوى وإجراءات الإثبات .[٢]

ثالثاً : التوسط بين الرأيين السابقين .

ذهب بعض شراح القانون إلى أن قواعد الإثبات الموضوعية بحسب الأصل ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على خلافها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، بمعنى أن ليس لأطراف الدعوى كامل الحرية في هذا المجال ، بل هناك قيود تقيد هذه القواعد ، فكثير من القواعد الموضوعية توحي طبيعتها بأنها من قبيل النظام العام ، وبالتالي لا يمكن أن يتفق على خلافها ، كحجية القرائن القانونية القاطعة في كثير من الأحوال .[٣]

فبناء على ما تقدم يتضح أن قواعد الإثبات إما أن تكون شكلية أو موضوعية ، فالشكلية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها ، وأما الموضوعية فاختلف الشراح في تعلقها بالنظام العام من عدمه ، والصحيح أن القواعد الموضوعية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجوز للخصوم أن يتفقوا على خلاف القاعدة ، صراحة أو ضمناً ، وسواءً قبل النزاع أو أثناءه ، على أنه ليس لهم كامل الحرية في ذلك كما

---

[١] انظر : الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ، لمحمد علاء الدين بن علي الحصكفي ت: ١٠٨٨هـ ، نشر دار الفكر – بيروت ، طبعة ١٣٨٦م ، ج٥ص٥٤٩ .

[٢] انظر : قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٢٧-٢٨ .

[٣] انظر : المرجع السابق ، ص٢٨ .

الوجيز في شرح قانون الإثبات ، ص٤١ .

أشرنا إليه آنفاً ، ومن هنا يتضح لنا العلاقة بين النقل والإعفاء من عبء الإثبات بالنظام العام ، فلو قلنا بتعلقها بالنظام العام لما جاز الاتفاق على خلافها ، ولما جاز نقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر ، ولما جاز الإعفاء منه كذلك .

ولذلك فقد نص د.السنهوري على جواز التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات بقوله " غني عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم ، فمن الجائز إذاً ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، عندما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها ، فيتزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً "[١] ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن " قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ويجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها "[٢] ، مما يدل على أن لا علاقة بين النقل والإعفاء من عبء الإثبات بالنظام العام .

وقد يتساءل البعض عن مدى جدوى وفائدة هذه القواعد إذا جاز الاتفاق على خلافها أو إسقاطها ، والمتأمل لها حقيقة يجد بأن لها أهمية كبرى حتى وإن أسقطت أو اتفق على خلافها ، إذ لو تخلى المنظم عن تنظيم مثل هذه المسائل التي تنص عليها هذه القواعد المكملة القواعد ، لثار التراع بين الأفراد على كل صغيرة وكبيرة ، وقد يحتاج إنهائه من قبل الدولة لوقت طويل مما قد يؤدي إلى عرقلة وتأخير المعاملات بين الأفراد ، كما أن كثيراً من الأفراد تنقصهم الخبرة والتجربة

---

[١] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ص٨٦-٨٧ .

[٢] الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٦٤ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٨/٥/٢٥م ، ورقم ١٩٣٣ لسنة ٦٠ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٨ ص١٠٠١ ، ورقم ١٣٢٥ لسنة ٥٨ق مجموعة المكتب الفني السنة ٤٦ ص٦١٢ .

فيغفلون عن تنظيم معاملاتهم ابتداءً ، ثم تثور النزاعات بينهم على أمر أغفلوه و لم يتطرقوا له في العقد ونحو ذلك[1] ، لذلك كله جاء النص على هذه القواعد المكملة قطعاً للنزاع وتنظيماً للأمور .

[1] انظر : مباديء القانون ، ص٤١ .

المبحث الثالث : التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وعلاقته بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات ، وفيه مطالب :

تباينت نصوص الفقهاء – رحمهم الله – في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، فكل منهم قد ذهب إلى ما يرى صلاحيته ودقته للدلالة على ذلك ، فمنهم من وضع الضوابط والقيود ، ومنهم من أطلق في ذلك واكتفى بالظاهر ، وقد وقع الخلاف بينهم في المصطلحات وصياغتها فقط دون أن يختلفوا فيما للمدعي وللمدعى عليه في الأصل من أحكام ، وفيما يلي سأعرض لأقوال المذاهب الأربعة في تعريف المدعي والمدعى عليه بإيجاز بما يوضح مفهوميهما لديهم ، وأذكر ما يترجح لدي ، إذ ليس المقصود بسط الخلاف هذا[1] ، وذلك كما يلي :

المطلب الأول : تعريف المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : تعريف المدعي في الفقه الإسلامي .

أولاً : المذهب الحنفي .

المدعي هو " من لا يجبر على الخصومة "[2] .

---

[1] للإستزادة فيما يخص معايير التفريق بين المدعي والمدعى عليه ينظر : فتح القدير ، تأليف الإمام كمال الدين السيواسي ، المعروف بابن الهمام الحنفي ت٦٨١هـ، على الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين علي المرغيناني ت٥٩٢هـ ، ومعه تكملته نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده ، تحقيق الشيخ عبدالرزاق المهدي ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ ، ج٨ص١٥٩ ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ، وبهامشه حاشية المسماة تسهيل منح الجليل ، تأليف العلامة الشيخ محمد عليش ، نشر مكتبة النجاح – طرابلس – ليبيا ، بدون تاريخ طبعه ، ج٤ص١٦٧ ، مغني المحتاج ج٤ص٥٣٨، المغني ج١٤ص٢٧٥ ، ورسالة ماجستير : التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، للباحث عمر بن عبدالعزيز اللحيدان ، مقدم للمعهد العالي للقضاء ص٢٨ وما بعدها .

[2] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ص٣٢٩ ، الاختيار ج٢ص١٣١ .

ثانياً : المذهب المالكي .

المدعي هو " من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة "[١] .

ثالثاً : المذهب الشافعي .

المدعي هو " من خالف قوله الظاهر "[٢] .

رابعاً : المذهب الحنبلي .

المدعي هو " إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته "[٣].

الفرع الثاني : تعريف المدعى عليه في الفقه الإسلامي .

أولاً : المذهب الحنفي .

المدعى عليه هو " من يجبر على الخصومة "[٤] .

ثانياً : المذهب المالكي .

المدعى عليه هو " من اقترنت دعواه به أي: بالمرجح "[٥].

---

[١] مواهب الجليل ج٨ص١١٩ ، منح الجليل ج٤ص١٦٧ .

[٢] تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، ج٥ص٣٥٦ ، حاشية البجيرمي على المنهاج ، لسليمان بن محمد البجيرمي ت ١٢٢١هـ ، تحقيق عبدالله محمود ، نشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ ، ج٤ص٥٣٠.

[٣] المغني ، ج١٤ص٢٧٥ ، المبدع شرح المقنع ، لبرهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ت ٨٨٤هـ ، نشر المكتب الإسلامي ، طبعة ١٤٠٠هـ ، ج١٠ص١٤٥.

[٤] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ص٣٢٩ ، الاختيار ج٢ص١٣١ .

[٥] مواهب الجليل ج٨ص١١٩ ، منح الجليل ج٤ص١٦٧ .

ثالثاً : المذهب الشافعي .

المدعى عليه هو " من وافق قوله الظاهر "[١] .

رابعاً : المذهب الحنبلي .

المدعى عليه هو " من يضاف إليه استحقاق شيء عليه "[٢].

الفرع الثالث : التعريف المختار للمدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي .

قال ابن نجيم رحمه الله[٣] بعد ذكره لتعريف المدعي والمدعى عليه : " وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه "[٤][٥] ، فكلٌ منهم ذكر تعريفاً ملائماً لما يراه ولا مشاحة في الاصطلاح ، لذا يمكن أن يقال في التعريف المختار ما يلي :

---

[١] تحفة الحبيب على شرح الخطيب ج٥ص٣٥٦ ، حاشية البجيرمي على المنهاج ج٤ص٥٣٠.

[٢] المغني ج١٤ص٢٧٥ ، المبدع شرح المقنع ج١٠ص١٤٥ .

[٣] ابن نجيم (- ٩٧٠ هـ)

هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ، من أهل مصر فقيه وأصولي حنفي ، كان عالمًا محققًا ومكثرًا من التصنيف . أخذ عن شرف الدين البلقيني وشهاب الدين الشلبي وغيرهما . أجيز بالإفتاء والتدريس وانتفع به خلائق ، من مؤلفاته : " البحر الرائق في شرح كنز الدقائق " ، و " الفوائد الزينية في فقه الحنفية " ، و " الأشباه والنظائر " ، و " شرح المنار" في الأصول . انظر : [شذرات الذهب ٨ / ٣٥٨ ، الأعلام للزركلي ٣ / ١٠٤ ، التعليقات السنية على الفوائد البهية ، تأليف : لأبي الحسنات عبد الحي اللكنوي ت:١٣٠٤هـ ، نشر : مطبعة المصطفائي ، طبعه ١٩٧٦م ، ص ١٣٤ ، معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية ، تأليف : عمر رضا كحالة ، نشر : مؤسسة الرسالة - بيروت - ، بدون طبعه ، ٤ / ١٩٢] .

[٤] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧ص٣٢٩ .

[٥] قاصداً بذلك الاختلاف في تعريف المدعي والمدعى عليه بين فقهاء الحنفية رحمهم الله ، وإذا وقع الخلاف في التعريف بين فقهاء المذهب الواحد ، فمن باب أولى وقوعه بين المذاهب كلها ، فكلٌ يأخذ ما يريد إذا ترجح لديه ولا مشاحه في ذلك .

المدعي هو : " من كان أضعف المتداعيين جانبا لمخالفة قوله لعرف أو أصل أو معهود شرعي أو قرينة حال ، ولا يجبر على الخصومة غالباً "[١].

والمدعى عليه هو : " من كان أقوى المتداعيين جانباً لاعتضاد قوله بعرف أو أصل أو معهود شرعي أو قرينة حال ، ويجبر على الخصومة غالباً "[٢].

فيظهر من خلال هذا التعريف اشتماله على أبرز ما ذكره فقهاء المذاهب والجمع بينها ، فهو لم يشتمل على أمر ويغفل آخر ، فمثلاً اشتمل على حالة المدعي وهي الضعف مقابل القوة للمدعى عليه ، واشتمل على حالة الدعوى من حيث البدء والاستمرار فيها ، مما يجعله تعريفاً أكثر شمولية ودقة .

[١] التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، ص١١٧ .

[٢] المرجع السابق ، ص١١٧ .

المطلب الثاني : تعريف المدعي والمدعى عليه في القانون .

درج المنظمون في أنظمة الإثبات والمرافعات القضائية على بيان أحكام المدعي والمدعى عليه ، دون التطرق إلى الخوض في النص على معايير واضحة تميز كل منهما عن الآخر[١] ، سوى ما جاء في قانون الإثبات العراقي[٢] ، وكان جُل عملهم منصباً على بيان الأحكام المتعلقة بكل صنف منهما ، وذلك لوضوح الأمر في التفريق بينهما ، وقد اعتمد الشراح على " ما هو متعارف عليه أو إلى المتبادر إلى الذهن من معنى المدعي والمدعى عليه "[٣] ، تماشياً مع مقولة المعروف لا يعرف لظهوره ووضوحه ، فالمدعي في الوقت الحاضر أصبح أكثر وضوحاً من الوقت الماضي ، إذ يطالب ابتداءً بقيد معاملته في المحكمة وكتابة صحيفة الدعوى

---

[١] ويشهد لهذا ما جاء في قانون الإثبات المصري ما نصه في المادة الأولى : " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " انظر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م المعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢م والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

وما جاء في قانون البينات السوري في المادة الثانية والعشرين منه ما نصه : " وإذا أنكر الخصم ، ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يميناً " انظر قانون البينات السوري ٣٥٩ بتاريخ ١٩٤٧/٦/١٠م .

وكذا لم يرد في نظام المرافعات الشرعية السعودي ما يمكن أن يطلق عليه تعريفاً دقيقا ومميزاً لكل من المدعي والمدعى عليه ، ويعتذر لذلك بأن المحاكم السعودية قائمة على الشريعة الإسلامية في أحكامها ، لذا يمكن القول أن معيار التمييز لديها هو ما نص عليه فقهاء الشريعة وسبقت الإشارة إلى هذه التعريفات والخلاف فيها ص٤٠ وما بعدها .

[٢] فقد نصت المادة السابعة منه على معيار يمكن التمييز فيه بينهما وهو كما يلي : " أولا – البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

ثانياً – المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل." انظر قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م .

[٣] نظرية الدعوى ، ص١٩٧ .

وهكذا[١] ، مما يدل على كونه مدعياً ظاهراً ، ويقوم القاضي بالتأكد من ذلك حال نظر القضية ، مما يسهل معه التفريق بين المدعي والمدعى عليه .

الفرع الأول : تعريف المدعي في القانون .

لم يتطرق كثير من الشراح[٢] إلى تعريفٍ دقيق للتمييز بين المدعي والمدعى عليه ، شأنهم في ذلك شأن المنظمين لوضوحه ، واعتبروا أن من يرفع الدعوى ابتداءً ويقيدها في المحكمة ويكلف خصمه الحضور هو المدعي ، وخصمه المدعى عليه[٣] ، دون أن يقيدوا ذلك بقيود واضحة ، ومعلوم أن المدعي قد يكون حال نظر القضية مدعى عليه ، والمدعى عليه مدعياً فلا عبرة بالظاهر .

ومن أدق ما ذكر من تعريفات للمدعي في القانون ما يلي :

المدعي هو : " البادئ في الخصومة الشاكي ، والذي يتخذ المبادرة في الخصومة ويُقدِّم الطَلب القضائي "[٤].

أو هو : " من يباشر الدعوى ضد الغير مطالباً إياه بمطلوب معين أو حق محدد "[٥].

---

[١] جاء في نظام المرافعات الشرعية السعودي م٢/٢٠ ما نصه : " يلزم المدعي أن يقدم صحيفة الدعوى مطبوعة ، ونسخة عنها مترجمةً إلى لغة المدعى عليه إذا كان لا يتكلم العربية " .

[٢] انظر كلاً من :

أحكام الإلتزام والإثبات ، ص٧١ ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، ص٢٨ ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٣٨ ، عبء الإثبات ونقله ، تأليف المحامي فرج محمد علي ، نشر المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ، الطبعة الثانية ٢٠٠٩م ، ص٢٠ .

[٣] انظر : أحكام الإلتزام والإثبات ، ص٧٢ .

[٤] نظرية الدعوى ، د.محمد نعيم ياسين ، ط دار النفائس عمان ، ص١٩٧ ، الوجيز في أصول القضاء المدني ، عبدالتواب مبارك ، ط : دار النهضة مصر ١٣٢٩هـ ، ص٣٨٠ .

[٥] الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية ، ص٦٣ ، وانظر نحوه " من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين " الوسيط للسنهوري ، ج٢ ص٦٨ .

وكلا التعريفين بمفهوم واحد ، حيث اعتبرا المدعي هو من يقدم الطلب ابتداءً ، ويطالب بحق معينٍ يدعيه ، وهذا هو معيار التمييز الأولي[١] لدى كثير من الشراح ، وإنما الاختلاف في العبارة ولا مشاحه في الاصطلاح .

إلا أنه يشكل على ذلك أنه ليس كل من يرفع دعوى ابتداءً يسمى مدعياً ، لذا فقد ذكر د.السنهوري أن المدعي ليس هو رافع الدعوى فقط ، وإنما هو : " كل من يدعي أمراً يخالف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً "[٢] وهو الأظهر ، إذ القاعدة أن عبء الإثبات يقع على من يدعي أمراً على خلاف الأصل أو الظاهر أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة ، ولا يتحدد ذلك في رافع الدعوى فقط .[٣]

الفرع الثاني : تعريف المدعى عليه في القانون .

لم يتطرق الشراح إلى تعريف المدعى عليه ، واكتفى بعضهم بتعريف المدعي ، والمدعى عليه بعكسه ، إلا أنني سأورد ما وقفت عليه كما يلي :

المدعى عليه هو : " هو من يقدم الطلب في مواجهته ، أو هو الـــمَشكو منه ابتداء "[٤].

فالمدعى عليه إذا هو من يطلب من المحكمة للحضور بناء على طلب خصمه ، كما نص عليه هذا التعريف ، إلا أنه قد يكون المدعى عليه المطلوب مدعياً كما قررنا

---

[١] إذ قد ينقلب المدعي مدعى عليه ، والمدعى عليه مدعياً فيتغير الحال .

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٧٠ .

[٣] انظر كلا من :

الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، تأليف الدكتور أحمد شوقي محمد عبدالرحمن ، الناشر منشأة دار المعارف بالإسكندرية ، طبعة ٢٠٠٧م ، ص ٢٥ ، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ، للدكتور أسامه روبي عبدالعزيز الروبي ، نشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٨م ، ص ٣٤,٣٥ ، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤلية المدنية ، ص٩٧ .

[٤] نظرية الدعوى ، ص١٩٧ ، الوجيز في أصول القضاء المدني ص٣٨٠ .

في تعريف المدعي[١] ، والأسلم أن يقال : " كل من يدعي أمراً يخالف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً "[٢] فهو المدعي ، والمدعى عليه بخلافه ، ولا حاجة إلى إعادة الحديث والإسهاب فيه من جديد .

[١] انظر تعريف المدعي في القانون من هذا البحث ص٥٩ .

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٧٠ .

المطلب الثالث : علاقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات .

الفرع الأول : أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه .

التمييز بين طرفي الدعوى – المدعي والمدعى عليه – ليس أمراً هيناً ، وإن بدا ذلك من حيث النظر سهلاً ميسرا ، بل يحتاج إلى فهم ثاقب ، ونظر دقيق ، وذكاء حاد ، ومزيد فطنة ، فقد يدق في بعض الصور مما يستدعي جهداً كبيراً من ناظر القضية للتفريق بينهما ، فقد يكون أحدهما مدعياً من جهة ومدعى عليه من جهة أخرى والعكس كما نص على ذلك الفقهاء – رحمهم الله –[١] ، ولاشك أن " معرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى "[٢] ، بل إن " مسائل الدعوى متوقفة على معرفة المدعي والمدعى عليه "[٣] ، ولذا فقد توافرت نصوص السلف على بيان أهمية التمييز بينهما وأنه المدخل لحسن النظر في القضية وإنهائها على الوجه المطلوب ، فقد قال ابن المسيب – رحمه الله –[٤] : " من عرف الفرق بين

---

[١] مثل : " قد يكون كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه بأن يختلفا في العقد فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه " انظر الإنصاف ، ج١١ص٣٤٣ ، وانظر نحوه : المغني ج١٤ص٢٧٥ .

[٢] البحر الرائق شرح كتر الدقائق ج٧ص٣٢٩. وقال الموصلي في الاختيار : " نبدأ بمعرفة المدعي والمدعى عليه ، إذ هو الأصل في الباب ونبني عليه عامَّة مسائله ".ج٢ص١٣١ .

[٣] اللباب في شرح الكتاب ، تأليف الشيخ عبدالغني الغنيمي الحنفي ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ، طبعة المكتبة العلمية – بيروت – لبنان ، بدون تاريخ طبعة ، ج٤ص٢٦ .

[٤] سعيد بن المسيب (١٣ - ٩٤ هـ)

هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب . قرشي ، مخزومي ، من كبار التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة المنورة . جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع . كان لا يأخذ عطاء ، ويعيش من التجارة بالزيت . وكان أحفظ الناس لأقضية عمر بن الخطاب وأحكامه حتى سمي راوية عمر . توفي بالمدينة . انظر : [الطبقات الكبرى ، تأليف : محمد بن سعد أبو عبد الله البصري ت:٢٣٠هـ ، تحقيق : إحسان عباس ، نشر : دار صادر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٨م ، ٥ / ٨٨ ، صفة الصفوة ، تأليف : لأبي الفرج عبد الرحمن بن

المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء "[١] ، وقال : " من عرف المدعي والمدعى عليه لم يلتبس بما يحكم بينهما "[٢] ، وقال ابن فرحون – رحمه الله –[٣] : " اعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه ؛ لأنه أصل مشكل ، و لم يختلفوا في حكم كل منهما ، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد المدعي والمدعى عليه "[٤] ، وقال شريح – رحمه الله –[٥] : " وُلِّيت القضاء وعندي أني لا

علي بن محمد ابن الجوزي ت:٥٩٧هـ ، تحقيق : محمود فاخوري – د.محمد رواس قلعه جي ، نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ ، ٢ / ٤٤ ، الأعلام للزركلي ٣ / ١٥٥] .

[١] الفواكه الدواني ، ج٢ص٣٤٣ .

[٢] القوانين الفقهية ، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ ، ج٢ص١٦٨ .

[٣] ابن فرحون (٧١٩ – ٧٩٩ هـ)

هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون . فقيه مالكي . ولد بالمدينة ، ونشأ بها ، وتفقه وولي قضاءها . كان عالما بالفقه والأصول والفرائض وعلم القضاء ، من مؤلفاته : " تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات " وهو شرح لمختصر ابن الحاجب ، و " تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام " ، و " الديباج المُذَهب في معرفة أعيان علماء المَذْهب " . انظر : [نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، تأليف : الشيخ أحمد بابا التنبكتي المالكي ت:١٠٣٦هـ ، تحقيق : طلاب كلية الدعوة الإسلامية طرابلس ، نشر : كلية الدعوة الإسلامية – طرابلس – ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩م ، ٣٠ – ٣٢ ، شذرات الذهب ٦ / ٣٥٧ ، ومعجم المؤلفين ١ / ٦٨] .

[٤] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون ت : ٧٩٩هـ ، تحقيق الشيخ جمال مرعشلي ، نشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ ، ج١ص١٠٥ .

[٥] شُرَيْح (– ٧٨ هـ)

هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ، أبو أمية . من أشهر القضاة في صدر الإسلام . أصله من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن . كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه . ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية .واستعفى في أيام الحجاج فأعفاه سنة ٧٧ هـ كان ثقة في الحديث ، مأمونا في القضاء ، له باع في الشعر والأدب .مات بالكوفة .انظر : [تهذيب التهذيب ٣٢٦/٤ ، شذرات الذهب ٨٥/١ الأعلام للزركلي ٢٣٦/٣] .

أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلي فيه ، فأول ما ارتفع إلي خصمان أشكل علي أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه "[١] .

في حين أن الأحكام المتعلقة بكل واحدٍ منهما تختلف عن الآخر ، فما يطالب به المدعي لا يطالب به المدعى عليه في الأصل[٢] ، والأصل في أحكام الدعوى[٣] قول النبي ﷺ : (**لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه**)[٤] ، وفي ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**)[٥] ، وفي ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما[٦] بقوله : أن النبي ﷺ (**قضى باليمين على المدعى عليه**)[٧].

---

[١] معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لأبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي ت ٨٤٤هـ ، نشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ ، ص٤٥ .

[٢] الأصل أن المدعي يطالب بالبينة لإثبات حقه ، والمدعى عليه إذا أنكر يطالب باليمين ، ولكن في حالات نص عليها الفقهاء ترد اليمين على المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ، فيشارك المدعي المدعى عليه في حكم اليمين ، ولذا عبرنا بأن أحكام كل واحد منهما في الأصل تختلف عن الآخر وليس دائماً .

[٣] انظر المغني ج١٤ص٢٧٥ .

[٤] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٥] أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام ، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده برقم (١٣٤١) ج٣ص٦٢٤ ، وقال عنه في إسناده مقال ، وضعفه ابن المبارك وغيره وصححه الألباني ٦٢٦/٣ ، وأخرجه البيهقي في معرفة السنن الآثار في كتاب الدعوى من حديث ابن عمر برقم (٥٩٧٩) ، وقال عنه حديث غريب ج٧ص٤٥٥ .

[٦] ابن عباس (٣ ق هـ – ٦٨ هـ)

هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب . قرشي هاشمي . حبر الأمة وترجمان القرآن . أسلم صغيرًا ولازم النبي ﷺ بعد الفتح وروى عنه . كان الخلفاء يجلونه . شهد مع علي الجمل وصفين . وكف بصره في آخر عمره . كان يجلس للعلم ، فيجعل يوماً للفقه ، ويومًا للتأويل ، ويومًا للمغازي ، ويومًا للشعر ، ويومًا لوقائع العرب . توفي بالطائف سنة ٦٨هـ . انظر : [الوافي بالوفيات ٤٠٣/٥ ، الإصابة ١٤١/٤ ، الأعلام للزركلي ٩٥/٤] .

[٧] متفق عليه من حديث ابن عباس ، أخرجه البخاري في كتابٌ في الرهن في الحضر باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ، فالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه برقم (٢٥١٤) ج٣ص٢٣٣ ، وأخرجه مسلم في

لهذا كان من الواجب التمييز بينهما ، حتى يستطيع القاضي مطالبة كل منهما بما يجب عليه شرعاً ، ومن ثَمَّ الوصول إلى الحكم الصائب بإذن الله .

كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه برقم (١٧١١) ج٥ص١٢٨ ، وأخرجه أبو داود في كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه برقم (٣٦٢١) ، وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه برقم (١٣٤٢) ، وقال عنه : حديث حسن صحيح ، والعمل عليه عند أهل العلم .

الفرع الثاني : علاقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات .

بعد أن قررنا أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وأن حسن السير في القضية وختمها عائد إلى ذلك ، أوضح هنا علاقة التمييز بينهما وبين النقل والإعفاء من عبء الإثبات فأقول :

إن المدعي في الأصل يطالب بالبينة لإثبات دعواه ، والمدعى عليه يطالب بالرد عليها دفعاً وإثبات البينة على دفعه ، أو اليمين حال الإنكار ، وإلا حكم عليه بالنكول ، ولا يمكن توجيه طلب الإثبات إلى المدعي ، أو طلب الرد من المدعى عليه ، وتوجيه اليمين إليه حال إنكاره ، إلا بإذن من القاضي ناظر القضية سواءً في الفقه[١] أو القانون[٢] ، ولا يمكن للقاضي أن يأذن بذلك إلا إذا تحقق من حالتيهما بنفسه ، وعلى ذلك يتضح أن هناك علاقة وطيدة بين تمييز المدعي من المدعى عليه وبين عبء الإثبات ، إذ بمعرفتهما يمكن معرفة من يقع عليه عبء الإثبات ومن يطالب به ابتداءً ، ومن يطالب باليمين ، وكذا يمكن نقل الإثبات من أحدهما إلى الآخر أو الإعفاء منه بحسب حال سير القضية وإذن ناظرها .

---

[١] انظر : الهداية شرح بداية المبتديء ، لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني ت ٥٩٣هـ ، تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ ، نشر دار السلام ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ ، ج٣ص١١٥٧ ، البهجة في شرح التحفة ، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، تحقيق محمد عبد القادر شاهين ، نشر دار الكتب العلمية – لبنان / بيروت – ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨م ، ط١ ، ج١ص٢٣٩ ، الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت١٠٥١ ، تحقيق سعيد محمد اللحام ، نشر دار الفكر للطباعة والنشر – بيروت – لبنان ، بدون طبعه ، ص٤٦٦ .

[٢] وهذا ما نصت عليه الأنظمة المقارنة ، انظر : نظام المرافعات الشرعية السعودي ولوائحه التنفيذية م٢/١٠٧ ، وقانون البينات السوري م١١٣ ، وقانون البينات الأردني م٥٤ .

المبحث الرابع : مبدأ حياد القاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه .

وفيه مطالب :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ حياد القاضي .

رعى الإسلام جانب القضاء الشرعي حق رعاية ، وأولاه عناية خاصة لتكفل حقوق المسلمين وغيرهم ، إحقاقاً للحق ودفعاً للظلم بكل إنصاف وحياد ، وقد جاءت الأدلة الشرعية مؤسسة لهذا المعنى كما سنوضحه ، وكذا عُني الإسلام بالقاضي تحديداً ، واشترط فيه شروطاً محددة رغبة في نزاهة القضاء والقضاة ، وفَصَّلَ الفقهاء – رحمهم الله – في دقائق الأمور التي يجب على القاضي القيام بها أو الامتناع عنها سواء مع الخصوم أو عامة الناس .

ويحسن بنا أن نذكر شيئاً من النصوص الشرعية وأقوال السلف – رحمهم الله – التي عُنيت بالنص على حياد القاضي مع خصومه ، ومن ذلك ما يلي :-

١- قوله تعالى : ﴿ **يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴿٢٦﴾** ﴾[1] ، ففي الآية أمر بوجوب العدل وإتباع شرع الله ، وعدم الإقتداء بالهوى وشهوات النفس لما في ذلك من مخالفة لشرع الله وإضلال للنفس .[2]

---

[1] سورة ص ، آية (٢٦) .

[2] انظر : الجامع لأحكام القرآن ، تأليف أبو عبدالله محمد القرطبي ت٦٧١هـ ، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، نشر دار الكتب المصرية – القاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ ، ج١٥ص١٨٩ .

٢- قوله ﷺ : (**إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار**)[١] ، ففي هذا الحديث الشريف دلالة على وقوف القاضي موقف الحياد مع الخصوم وقضائه بينهم بالحق بناءً على ما يسمعه منهم محتسباً صدقهم فيما يقولون ، دون ميل لأحدهما دون الآخر .[٢]

٣- قوله ﷺ : (**لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان**)[٣] ، ومنع القاضي من القضاء حال غضبه ، إنما هو حيادٌ ووقوفٌ مع الخصمين لئلا يحكم القاضي على أحدهما ويتجاوز بحكمه إلى غير الحق .[٤]

٤- ما روي عن عبد الله بن الزبير أنه قال : (**قضى رسول الله ﷺ أن الخصمين يقعدان بين يدى الحكم**)[٥] ، و الحديث دليل على شرعية

---

[١] أخرجه مسلم في صحيحه ، في كتاب الأقضية باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطن ، من حديث أم سلمة برقم (١٧١٣) ج٥ص١٢٨ .

[٢] النووي شرح مسلم ج١٢ص٢٣٢ .

[٣] أخرجه البخاري في كتاب الأحكام ، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان ، برقم (٦٧٣٩) ج٩ص٨٢ ، وأخرجه مسلم بهذا اللفظ في كتاب الأقضية ، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان ، برقم (٤٥٨٧) ج٥ص١٣٢ .

[٤] انظر : فتح الباري ج١٥ص٣٥ .

[٥] أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الأقضية ، باب كيف يجلس الخصمان بين يدي القاضي ، برقم (٣٥٨٨) ج٣ص٣٣٠ ، وقال الألباني ج٢ص٣٢٦ : ضعيف الإسناد ، وأخرجه أحمد في مسنده من طريق ابن الزبير ، برقم () ، وقال شعيب الأرنؤوط ج٤ص٤ : إسناده ضعيف لضعف مصعب بن ثابت ولانقطاعه ؛ مصعب بن ثابت لم يسمع من جده عبد الله بن الزبير بينهما ثابت ابن عبدالله .

قعود الخصمين بين يدي الحاكم وتسويته بينهما في المجلس ما لم يكن أحدهما غير مسلم فإنه يرفع المسلم على غيره .[١]

٥- ما روي عن علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال : (**بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن ، قال : فقلت يا رسول الله : تبعثني إلى قوم أسن مني وأنا حديث لا أبصر القضاء ، قال : فوضع يده على صدري وقال : اللهم ثبت لسانه واهد قلبه ، يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنك إذا فعلت ذلك تبين لك القضاء ، قال : فما اختلف عليَّ قضاء بعد أو ما أشكل عليَّ قضاء بعد**)[٢] ، ففي هذا الحديث دلالة " على أنه يحرم على الحاكم أن يحكم قبل سماع حجة كل واحد من الخصمين واستفصال ما لديه والإحاطة بجميعه "[٣] ، فلا تأخذه العاطفة مع خصمٍ ضد آخر بمجرد سماع دعواه ، لما في ذلك من الحياد مع طرفي الدعوى .

ويقصد بمبدأ الحياد للقاضي أن يقف موقفاً محايداً من طرفي الدعوى على حدٍّ سواء ، فيقتصر دور القاضي على سماع الدعوى وجوابها ، ثم يقوم بطلب الأدلة والبينات منهما على ذلك إن توجهت الدعوى ، ومن ثم يقوم بمهمة تقدير الأدلة من حيث قوتها وصلاحيتها في حدود ما أعطاه الشرع أو القانون لكل دليل من قوة وأثر في

---

[١] انظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود ، تأليف : أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان ، نشر : المكتبة السلفية – المدينة المنورة – ، الطبعة : الثانية ، ١٣٨٨هـ ، ١٩٦٨م ، ج٩ص٤٤٨ .

[٢] أخرجه النسائي في السنن الكبرى ، كتاب الخصائص ، باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لهذا الخبر ، برقم (٨٤٢٠) ج٧ص٤٢٠ ، وأخرجه أحمد في مسنده ، مسند علي بن أبي طالب ، برقم (٨٨٢) ج١ص١١١ ، وقال شعيب الأرنؤوط ج١ص١١١ : حسن لغيره .

[٣] عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج٩ص٤٤١ .

الإثبات ، وليس له أن يساهم في جمع الأدلة والبينات ، وليس له أن يستند إلى ما يتوصل إليه بنفسه من دون مشاركة طرفي الدعوى .[١]

ولا يقصد بمبدأ الحياد عدم تحيز القاضي لأحد طرفي الدعوى على حساب الآخر[٢] ، فإن هذا من الأمور المسلَّمة البديهية في الشرع والقانون[٣] ، إذ لا يتصور منه غير ذلك في الأصل بحكم وظيفته التي تتطلب العدل والمساواة وإنصاف المظلوم والضعيف ، ويجب عليه العدل والإنصاف بين طرفي الدعوى ، فلا ينحاز لأحدهما دون الآخر ، إذ أن قدومهما إليه دليلٌ على رضاهما به حكماً بينهما فيما وصلا إليه من نزاع ، وعليه أن يتجرد من الأهواء الذاتية والمصالح الشخصية من علاقة أخوية أو مكسب مادي ونحو ذلك ، فالقاضي إذا وسطٌ بين الطرفين ، لا يقوم بمساعدة أحدهما على الآخر ، بل يلتزم موقف الحياد في الأصل ، وليس في ذلك تقييد له أو جمود .

---

[١] انظر كلاً من :

منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف : زكريا بن محمد الأنصاري ت:٩٢٦هـ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ، ص٣١٤-٣١٨ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ، ص٩٧٧-٩٧٨ ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، وص٢٥-٢٦ ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ص٣٠ ، الإثبات مناطه وضوابطه ، ص٢٥ ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، ص ٣٧ .

[٢] انظر كلاً من :

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ص٣٠ ، حاشية رقم ١ ، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ، ص ٥٢ .

[٣] ستأتي الإشارة إلى نماذج من ذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني : الدور الحيادي للقاضي في الإثبات .

على القاضي أن يقف موقفاً سلبياً محايداً بين طرفي الدعوى ، فغاية ما عليه أن يقوم بفصل النزاع بين الخصمين وفقاً لطلباتهم المقدمة ، وما أقاموه عليها من أدلة وبينات ، بحسب مالها من قيمة شرعية كانت أو نظامية ، وليس له مطالبة الخصم بإثبات دعواه ، أو إتمامها حال القصور [١] ، ويغلب هذا الدور على المذهب المقيد للإثبات ، وبناء عليه فليس للقاضي الحق في نقل عبء الإثبات بين الخصوم أو إعفائهما منه ، لعدم صلاحيته للقيام بذلك الدور نظاماً ، وقد توافرت نصوص الفقهاء ونصوص الأنظمة والقوانين على تأسيس هذا المبدأ ، وسأعرض إلى شيءٍ منها كما يلي :

أولاً : صور من حياد القاضي عند فقهاء الشريعة .

نص كثير من فقهاء الشريعة على هذا المبدأ ، وساقوا في ذلك الأحاديث الصحيحة ، وآثار الصحابة ﷺ وأقوال السلف الصالح ، وإن لم يجعلوه بمصطلح الحياد ، وإنما أدرجوه ضمناً تحت المباحث المتعلقة بأدب القاضي وصفته وكثير من الأحكام المتعلقة به من زيارة وصحبه أو هدية ونحوها[٢] ،

---

[١] انظر كلاً من :

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ، ج٢ص٣٠ ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص١٢٨ .

[٢] انظر :

تحفة الفقهاء ، تأليف علاء الدين السمرقندي ت٥٣٩هـ ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ، ج٣ص٣٧١، الاختيار ج٢ص٩٧ ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج٢ص٩٥٢ ، الأم ، لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي ت ٢٠٤هـ ، تحقيق د.رفعت فوزي عبدالمطلب ، نشر دار الوفاء ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ ، ج٧ص٤٩٠ ، الإنصاف ج١١ص١٨٩ ، الروض المربع ١-٤٦٣ ، الفروع ج١١ص١٣٢ ، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، تأليف شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي ت٧٧٢هـ ، تحقيق وتخريج الدكتور عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين رحمه الله ، طبعة خاصة على نفقة

وسأورد بعضاً من الأمثلة التي ساقها الفقهاء للتوضيح والبيان : [١]

١- العدل والمساواة بينهم في المجلس والحديث ونحو ذلك ، لقول عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري[٢] ﷺ : " **آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك** "[٣] ، **والعدل في ذلك " يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدنيء والشريف والأب والابن والمسلم والكافر** "[٤] .

٢- منع القاضي من القضاء بعلمه ، قال ابن القيم – رحمه الله – : " ولا يحكم القاضي بعلمه كل ذلك سداً لذريعة التهمة والغرض الفاسد "[٥].

عبد العزيز و محمد الجميح ، دون دار نشر ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ ، ج٧ص٢٣٢ . المطلع على ألفاظ المقنع ، لأبي عبدالله حمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي ، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين الخطيب ، نشر مكتبة السوادي ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ ، ص٤٨٣ ، المحرر في الفقه ، ج٢ص٢٠٤ .

[١] في بعض الصور التي ذكرتها سواء في هذا المطلب أو الذي يليه خلاف بين أهل العلم ، وما أثبته منها للتمثيل ، ولا يسع المجال لبسط الخلاف في كل جزئية من ذلك .

[٢] عبد الله بن قيس الأشعري (ت: ٤٢هـ)

هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بن حرب ، أبو موسى ، الأشعري ، قيل إنه قدم مكة قبل الهجرة فأسلم ثم هاجر إلى أرض الحبشة ، ثم قدم المدينة مع أصحاب السفينتين بعد فتح خيبر ، واستعمله النبي ﷺ على زبيد وعدن واستعمله عمر ﷺ على الكوفة ، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس وأبي بن كعب وعمار بن ياسر ومعاذ بن جبل ﷺ ، وعنه أولاده إبراهيم وأبو بكر وأبو بردة وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدري وغيرهم ، وقال الشعبي : خذوا العلم عن ستة ، فذكره فيهم ، وقال ابن المديني : قضاة الأمة أربعة : عمر وعلي وأبو موسى وزيد بن ثابت . انظر : [الإصابة ٢١١/٤ ، تهذيب التهذيب ٥ / ٣٦٢ - ٣٦٣] .

[٣] الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تأليف أبي الحسن علي بن محمد الماوردي ت٤٥٠هـ ، تحقيق الدكتور أحمد بن محمد البغدادي ، نشر مكتبة دار ابن قتيبة – الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ ، ص٩٥-٩٦ .

[٤] رد المحتار على الدر المختار ، ج٨ص٥٢ .

[٥] إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ، تأليف ابن قيم الجوزية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، نشر مكتبة المعارف – الرياض ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ ، ج١ص٣٦٨ .

٣- منع القاضي من تلقين أحد الخصوم حجة دون الآخر ، وكذا الشاهد ، قال سحنون – رحمه الله –[١] : " لا ينبغي أن يشد عضد أحدهما ولا يلقنه حجة "[٢] ، " ولا يلقن القاضي أحد الشاهدين شهادة "[٣] ، إلا أن يكون التلقين " لإثبات الحق فلا يكون قادحاً بل يكون واجباً "[٤].

وغير ذلك من الصور والنصوص التي لا يتسع المقام لحصرها ، وإنما يكفي من القلادة ما أحاط بالعنق ، إذ به حصل المقصود والمطلوب .

ثانياً : صور من حياد القاضي في القانون .

جاء النص على هذا المبدأ في كثير من القوانين ، وسأعرض إلى شيءٍ من ذلك كما يلي :

١- منع القاضي من القضاء بعلمه[٥] ، ولا يعد من قبيل قضاء القاضي بعلمه " ما حصله بمقتضى خبرته بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها "[٦].

---

[١] سحنون (١٦٠ - ٢٤٠ هـ)

هو عبد السلام بن سعيد بن حبيب ، أبو سعيد ، التنوخي القيرواني . وسحنون لقبه . من العرب صليبة . أصله شامي من حمص . فقيه مالكي ، شيخ عصره وعالم وقته . كان ثقة حافظًا للعلم ، رحل في طلب العلم وهو ابن ثمانية عشر عاما أو تسعة عشر . ولم يلاق مالكًا وإنما أخذ عن أئمة أصحابه كابن القاسم وأشهب . والرواة عنه نحو ٧٠٠ ، انتهت إليه الرئاسة في العلم ، وكان عليه المعول في المشكلات وإليه الرحلة . راوده محمد بن الأغلب حولا كاملا على القضاء ، ثم قبل منه على شرط أن لا يرتزق له شيئًا على القضاء ، وأن ينفذ الحقوق على وجهها في الأمير وأهل بيته . وكانت ولايته سنة ٢٣٤ هـ ، ومات وهو يتولى القضاء . من مؤلفاته : " المدونة " جمع فيها فقه مالك . انظر : [الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، تأليف : إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون ت:٧٩٩هـ ، تحقيق : مأمون بن محيي الدين الجنان ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ ، ص ١٦٠ ، ومعجم المؤلفين ٥ / ٢٢٤] .

[٢] منح الجليل ج٤ص١٧٤ .

[٣] الحاوي الكبير ج١٦ص٢٧٨ .

[٤] الشرح الكبير للدردير ٤-١٨١ .

[٥] فقد نص قانون البينات السوري في المادة الثانية على ما يلي : " ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي ".

[٦] قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص١٢٩.

٢- نصت بعض القوانين على جواز رد القاضي وتنحيته عن نظر بعض القضايا ، لما في ذلك من الحياد وتحقيق العدل وحصول الاطمئنان لدى الخصوم .[١]

[١] فقد نص نظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة الثانية والتسعين منه على ما يلي : " يجوز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية :

أ - إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظره .

ب - إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي ، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه .

ج - إذا كان لمطلقته التي له منها ولد ، أو لأحد أقاربه ، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته،ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده .

د - إذا كان أحد الخصوم خادماً له ، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده .

هـ - إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز . " ، وكذلك نص على قريب منه قانون أصول المحاكمات المدنية السوري في المادة ١٧٤ ، وغيره من الأنظمة .

المطلب الثالث : الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات .

على القاضي أن يقوم بأدوار إيجابية في الإثبات لما فيه مصلحة الدعوى ونظرها ، فيقوم بتوجيه الخصوم لتصحيح دعواهم ، واستكمال نواقص الأدلة والبينات ، والاستفسار عن المبهم فيها[١] ، ويغلب هذا الدور على المذهب المطلق في الإثبات ، وهذا الدور الإيجابي لا يتناقض مع حيادية القاضي ، لأنه إنما منح هذا الدور " بغية استظهار الحقيقة "[٢] ، وبناء عليه فللقاضي الحق في نقل عبء الإثبات بين الخصوم أو إعفائهما منه متى تبين له سبب ذلك ، وأنه بطلبه سيصل إلى الحقيقة والصواب ، وقد توافرت نصوص الفقهاء على تأسيس هذا المبدأ ، وسأعرض إلى شيءٍ منها كما يلي :

أولاً : صور من إيجابية القاضي عند فقهاء الشريعة .

نص على هذا المبدأ كثير من الفقهاء ، وسأعرض إلى شيء من ذلك فيما يلي :

١- منع القاضي من القضاء بخلاف علمه ، ونُص على ذلك في أسنى المطالب بقوله : " ولا يقضي القاضي بخلاف علمه وإن قامت بينةٌ كأن علم إبراء المدعى عليه مما ادعاه المدعي وأقام به بينة فلا يقضى بها فيه بالإجماع "[٣] ، ولو ثبت لديه ذلك بشهادة الشهود العدول ، بل عليه أن يتنحى عن نظر القضية ، ويحيلها إلى غيره من القضاة .

---

[١] انظر كلاً من :

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ، ج٢ص٣٠ ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص١٢٩-١٣٠ .

[٢] قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص١٣٠.

[٣] أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، تأليف زكريا الأنصاري ، تحقيق د.محمد تامر ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ ، ج٤ص٣٠٧ ، وساق ابن القيم الإجماع كذلك .

٢- إذا أقام أحد الخصوم البينة بشهادة الشهود ، سأل القاضي عن الشهود وعدالتهم إن لم يكن يعلم عن عدالتهم شيئا ، ولو لم يطلب الخصم ذلك ، لأنه " إنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود "[١] .

٣- يجوز للقاضي أن يسأل الشهود ويناقشهم ، لا سيما إذا ظهرت عليهم آثار الشك والريبة ، أو التردد والكذب ، فعندئذٍ " يلزم الحاكم سؤال الشهود والبحث عن صفه تحملهما وغيره إذا ارتاب فيهما "[٢] .

ثانياً : صور من إيجابية القاضي في القانون .

جاء النص على هذا المبدأ في كثير من القوانين ، وسأعرض إلى شيءٍ من ذلك فيما يلي :

١- للقاضي أن يأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصمه .[٣]

٢- للقاضي أن يقرر ندب خبير عند الاقتضاء .[٤]

---

[١] المغني ج١٤ص٣٤٢ .

[٢] الإنصاف ج١١ص٢٦٧ .

[٣] وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة الأولى بعد المائة : " للمحكمة أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه سواءً من تلقاء نفسها ، أو بناءً على طلب خصمه إذا رأت المحكمة حاجة لذلك ، وعلى من تقرر المحكمة استجوابه أن يحضر الجلسة التي حددها أمر المحكمة " ، ونصت عليه المادة ١/٢١٨ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ومادة ١٠٦ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري.

[٤] وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة الرابعة والعشرون بعد المائة : " للمحكمة عند الاقتضاء أن تقرر ندب خبير أو أكثر وتحدد في قرارها مهمة الخبير وأجلاً لإيداع تقريره وأجلاً لجلسة المرافعة المبنية على التقرير كما تحدد فيه عند الاقتضاء السلفة التي تودع لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم المكلف بإيداعها والأجل المحدد للإيداع كما يكون لها أن تعين خبيراً لإبداء رأيه شفوياً في الجلسة وفي هذه الحالة يثبت رأيه في دفتر الضبط " ، ونصت عليه المادة ٣١٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ومادة ١٣٥ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري .

٣- للقاضي سلطة استنباط القرائن القضائية ، بشرط أن يبين وجه دلالتها [١].

٤- للقاضي سلطة العدول عما أمر به من إجراءات الإثبات ، إذا طرأ ما يبرر ذلك ، وله ألا يتقيد بنتيجة الإجراء بشرط أن يبين سبب ذلك . [٢]

وغير ذلك من الأمثلة التي نصت عليها القوانين القضائية ، التي منحت القاضي دوراً إيجابياً لا يتنافى أو يتعارض مع حياديته ، من أجل الوصول إلى الحقيقة واستجلائها ، وإقامة العدل ، ورفع الظلم عن البلاد والعباد .

---

[١] وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة الخامسة والخمسون بعد المائة : " يجوز للقاضي أن يستنتج قرينة أو أكثر من وقائع الدعوى أو مناقشة الخصوم أو الشهود لتكون مستنداً لحكمه أو ليكمل بها دليلاً ناقصاً ثبت لديه ليكوِّن بهما معاً اقتناعه بثبوت الحق لإصدار الحكم ، ١/١٥٥ عند استنتاج القاضي للقرينة يبين وجه دلالتها " ، ونصت عليه المادة ١/٣٠٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ومادة ١٠٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري .

[٢] وقد نص على ذلك نظام المرافعات الشرعية السعودي في المادة التاسعة والتسعون : " للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في دفتر الضبط ، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها " ، ونصت عليه المادة ١٣٧ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، ومادة ٩ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري .

الفصل الأول

(نقل عبء الإثبات فقهاً ونظاماً)

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : جواز نقل عب الإثبات في النظام السعودي .

المطلب الثالث : جواز نقل عبء الإثبات في القانون المقارن .

المبحث الثاني : صور نقل عبء الإثبات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : صور نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : صور نقل عبء الإثبات في القانون المقارن .

المبحث الثالث : آثار نقل عبء الإثبات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آثار نقل عبء الإثبات .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على نقل عبء الإثبات .

الفصل الأول

(نقل عبء الإثبات فقهاً ونظاماً)

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

تمهيد :

سبق الحديث عن مفهوم نقل عبء الإثبات وبيان حقيقته وعلاقته بالنظام العام ، وقبل الدخول في بيان حكمه ، أُوضح أن بعض الفقهاء – رحمهم الله – قد تطرقوا إلى الحديث عن هذا الموضوع بهذا المصطلح ، ومن ذلك ما عبر به الإمام الماوردي – رحمه الله –[1] بقوله : " فدل هذا على نقل اليمين من جهة إلى جهة " وقوله في معرض تقريره لدليل الحنفية المانعين من النقل : " فلما لم يجز أن تنقل حجة المدعي

---

[1] الماوردي (٣٦٤هـ - ٤٥٠هـ)

الإمام العلامة أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي الشافعي ، نسبته إلى بيع ماء الورد ، ولد في البصرة ، وانتقل إلى بغداد. وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل " أقضى القضاة " في أيام القائم بأمر الله العباسي ، صاحب التصانيف الكثيرة في الفقه والتفسير وأصول الفقه والأدب ، وكان حافظاً للمذهب الشافعي . من مؤلفاته (النكت)(أدب الدنيا والدين)(الحاوي الكبير)(الأحكام السلطانية) ، توفي في بغداد عام ٤٥٠هـ . انظر : [طبقات الفقهاء الشافعية ، تأليف : تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح ت ٦٤٣هـ ، تحقيق : محيي الدين علي نجيب ، ناشر : دار البشائر الإسلامية - بيروت - ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢م ، ٦٣٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٦٤/١٨ ، الأعلام للزركلي ٣٢٧/٤]

وهي البينة ... لم يجز أن تنقل حق المدعى عليه وهو اليمين إلى المدعي "[1] ، ففي ذلك دلالة على أن بعض الفقهاء قد تحدث عنه بمفهوم النقل وإن ندر ذلك ، أما الأغلبية منهم فلم يتحدثوا عن نقل عبء الإثبات بهذا المصطلح الشائع ، وإنما تحدثوا عن عبء الإثبات ومن يتحمله من حيث الأصل ، ثم تطرقوا إلى بيان الحالات المخالفة للأصل ، وبينوا حكمها من خلال مسائل متناثرة ، كمسألة القضاء بالنكول أو رد اليمين ، ومسألة القضاء بشاهد ويمين المدعي ، وأسهبوا في ذلك ، والنقل في حقيقته مندرج تحت هذه المسائل ولا مشاحه في الاصطلاح ، وسأقوم بعرض ما يناسب المقام من أقوالهم وأدلتهم التي أوردوها ، دون الخوض في خلافهم المطول في ثنايا وجزئيات المسائل المشار إليها آنفاً ، لأنها ليست من صميم بحثي ، وخشية الإطالة ، فهدفنا هنا البحث عن كل ما يتعلق بنقل عبء الإثبات في الشريعة أو القانون ، وذلك من خلال ما يلي :

أولاً : تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء – رحمهم الله – على أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي بإقامة البينة على دعواه ، وأما المدعى عليه فتطلب منه اليمين[2] ، والدليل في ذلك قوله

---

[1] الحاوي ج١٧ص١٤١ ، ج١٧ص١٤٠ .

[2] انظر : الإجماع ، تأليف أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، بتحقيق الدكتور أبو حماد صغير بن أحمد حنيف ، نشر دار عالم الكتب ، الطبعة الثانية ١٤٢٤هـ ، ص٨٦ ، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ، تأليف الإمام الحافظ ابن حزم الظاهري ، ويليه نقد مراتب الإجماع للإمام الحافظ ابن تيمية ، تحقيق حسن أحمد إسبر ، نشر دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ، ص٨٦ ، الاختيار لتعليل المختار ج٢ص١٣٣ ، تبصرة الحكام ج١ص١٠٥ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ت٣٨٦هـ ، تأليف أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي ت١١٢٦هـ ، نشر المكتبة العصرية – صيدا – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٥ه ، ج٢ص٣٤٢ ، كشاف القناع عن الإقناع ، تأليف الشيخ العلامة منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ت١٠٥١هـ ، تحقيق وتخريج وتوثيق لجنة متخصصة في وزارة

ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[١] ، وإذا جُهل المدعي من المدعى عليه وجب على كل منهما إقامة البينة ، فمن أحضر البينة استحق الحكم له بها ، وإن أحضر كل واحد منهما بينة وقع التعارض بينهما ، وإن لم يحضرا البينة وجب عليهما التحالف .[٢]

وإنما وقع الخلاف بين الفقهاء – رحمهم الله – في مسألة نقل عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصوم ، بمعنى هل تنقل البينة إلى المدعى عليه وتقبل منه إذا أقامها ، وهل تطلب اليمين من المدعي على دعواه ، وبيان الخلاف في ذلك كما يلي :

ثانياً : الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أنه لا يجوز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى ، فالبينة تقع على عاتق المدعي ، واليمين تطلب من المدعى عليه دائماً وأبداً ، وهذا مطَّرد في كل دعوى ، حتى في

العدل السعودية ، نشر وزارة العدل في المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ ، ج١٥ص٢٣٤-٢٣٥ .

[١] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٢] انظر : المبسوط ج١٧ص٣٥-٣٦ ، الكافي في فقه أهل المدينة ج٢ص٩٢٧-٩٢٨ ، العزيز شرح الوجيز المسمى بالشرح الكبير ، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني ت٦٢٣هـ ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ، ج١٣ص٢١٨ وما بعدها ، المقنع ، تأليف موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامه المقدسي ، ومعه الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن قدامه المقدسي ، ومعه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي المرداوي ، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، نشر دار عالم الكتب عام ١٤١٩ه ، بدون طبعة ، ج٢٩ص١٧٥ . وجاء في بعض الروايات عند الحنابلة أنه عند تعارض البينات تقسم العين بينهما بلا يمين ، وقيل يتحالفان كمن لا بينة له ، وقيل يقرع بينهما ومن تخرج له القرعة يحلف ويستحق .

دعوى القسامة ، وإليه ذهب الحنفية[١] وبعض المحدثين كالبخاري – رحمه الله – [٢][٣].

وعليه قالوا بعدم جواز نقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي إذا نكل عنها ، فيحكم عليه بمجرد نكوله[٤][٥] ، وكذا قالوا بعدم جواز القضاء بالشاهد واليمين ،

---

[١] انظر : البحر الرائق ج٧ص٣٤٥-٣٤٨ ، العناية شرح الهداية ، تأليف : محمد بن محمد البابرتي ت:٧٨٦هـ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧م ، ج٨ص١٦٨-١٧٦ ، اللباب في شرح الكتاب ج٤ص٢٩ ، الاختيار ج ٢ص١٣٤ و ج٥ص٦٦ ، المبسوط ج١٧ص٣٤ ، بدائع الصنائع ، ج٦ص٢٢٥ و ج٧ص٢٨٦ ، لسان الحكام في معرفة الأحكام ، ص٢٢٧ .

[٢] صحيح البخاري ص٤٣٥ .

[٣] البخاري (١٩٤ – ٢٥٦ هـ)

هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم ، أبو عبد الله ، البخاري . حبر الإسلام ، والحافظ لحديث رسول الله ﷺ . ولد في بخارى ، ونشأ يتيما ، وكان حاد الذكاء مبرزا في الحفظ ، رحل في طلب الحديث ، وسمع من نحو ألف شيخ بخراسان والشام ومصر والحجاز وغيرها . جمع نحو ٦٠٠ ألف حديث اختار مما صح منها كتابه " الجامع الصحيح " الذي هو أوثق كتب الحديث ، وله أيضًا " التاريخ " ، و " الضعفاء " ، و " الأدب المفرد " وغيرها . انظر : [تاريخ بغداد ، تأليف: أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي ت:٤٦٣هـ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٠هـ ، ٢ / ٤ – ٣٦ ، طبقات الحنابلة ، تأليف : أبو الحسين ابن أبي يعلى ت: ٥٢٦هـ ، تحقيق : محمد حامد الفقي نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤١٥هـ ، ١ / ٢٧١ – ٢٧٩ ، تذكرة الحفاظ ، تأليف: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت:٧٤٨هـ ، تحقيق: زكريا عميرات ، نشر: دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ ، ٢ / ١٢٢ ، وتهذيب التهذيب ٩ / ٤٧ ، الأعلام للزركلي ٥ / ٢٥٨] .

[٤] ذهب الحنفية إلى القضاء على المدعى عليه بمجرد نكوله في دعاوى الأموال وما يؤول إليها والفروج والقصاص دون النفس بشرط أن يعرض اليمين عليه ثلاثاً ويبين له حُكم امتناعه عنها ، انظر المبسوط ج١٧ص٣٤ .

[٥] ذهب الحنابلة في الرواية الأشهر في المذهب إلى أن المدعى عليه يحكم عليه بنكوله ولا ترد اليمين إلى المدعي ، فلا تنقل اليمين عندهم إذاً ، ونص على ذلك الإمام أحمد فوافقوا الحنفية في هذه الصورة من صور المسألة ، وأما ما يتعلق بصور نقل عبء الإثبات الأخرى كالحكم بالشاهد واليمين وسماع البينة من المدعى عليه وغيرها فإن الحنابلة خالفوا الحنفية وسيأتي معنا ذلك في القول الثاني ، انظر المغني ج١٤ص٢٣٢ ، منار السبيل ٢-٥٠١ ، الإنصاف ج١١ص٢٣٧ .

وعدم جواز سماع البينة من المدعى عليه ولو أقامها ، وأن أيمان القسامة على المدعى عليهم ولا يطلب من المدعين أيمان ، وإنما يطلب منهم ابتداءً البينة فقط على دعواهم ، فإن لم يكن لديهم بينة طلب القاضي الأيمان من المدعى عليهم إن هم أرادوها .

القول الثاني :

أنه لا يجوز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى في الأصل ، فالبينة تقع على عاتق المدعي ، واليمين تطلب من المدعى عليه دائماً ، إلا في ثلاث مسائل يجوز فيها نقل عبء الإثبات ، وذلك بنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي في : دعوى القسامة ، والوصية في السفر إذا شهد عليها كفار فيحلفان مع شهادتهما وإن نكلا لم يؤخذ بشهادتهما ، ومن قام له بدعواه شاهد واحد عدل أو امرأتان فيحلف مع من شهد له ويستحق أن يحكم له ، وإليه ذهب ابن حزم الظاهري – رحمه الله –.[١][٢]

وعليه قالوا بعدم جواز نقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي إذا نكل عنها ، ولا يحكم عليه بنكوله بل يجبر عليها ، وقالوا بعدم جواز سماع البينة من المدعى عليه ولو أقامها .

القول الثالث :

أنه يجوز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى ، فتطلب اليمين من المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ، ويحلف المدعي مع شاهده إذا لم يكن معه غيره ، وأجازوا

---

[١] ابن حزم (٣٨٤ – ٤٥٦ هـ)

هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري . أبو محمد . عالم الأندلس في عصره . أصله من الفرس . أول من أسلم من أسلافه جد له كان يدعى يزيد مولى ليزيد بن أبي سفيان ﷺ . كانت لابن حزم الوزارة وتدبير المملكة ، فانصرف عنها إلى التأليف والعلم . كان فقيها حافظا يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة على طريقة أهل الظاهر ، بعيدا عن المصانعة حتى شُبِّه لسانه بسيف الحجاج . طارده الملوك حتى توفي مبعدا عن بلده . كثير التأليف . مزقت بعض كتبه بسبب معاداة كثير من الفقهاء له ، من مؤلفاته : " المحلى " في الفقه ؛ و " الإحكام في أصول الأحكام " في أصول الفقه ؛ و " طوق الحمامة " في الأدب . انظر : [شذرات الذهب ٢٩٩/٣ ، الأعلام للزركلي ٥ / ٥٩] .

[٢] انظر : المحلى ، تأليف أبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري ت:٤٥٦هـ ، تحقيق : أحمد شاكر ، نشر : دار الجيل ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ طبعه ، ج٩ص٣٧٣ .

الاتفاق الصادر من الطرفين على مثل ذلك ، وإليه ذهب الجمهور من المالكية[١][٢] والشافعية[٣][٤] والحنابلة[٥][٦] والنخعي[٧] والشعبي[٨] الأوزاعي[١] وشريح وإياس[٢]

---

[١] انظر : منح الجليل شرح مختصر خليل ١٨-٤٢١ ، الذخيرة ٨-٢٦٣ ، التاج والإكليل ١١-٣١٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٤ص١٤٧ .

[٢] ذهب المالكية إلى أن رد اليمين يكون في الأموال خاصة وإن كان في غيرها حُبس ولا تتوجه اليمين على المدعى عليه حتى تثبت بينهم خلطة أو ظنة وهكذا ، وأن القضاء بالشاهد واليمين يكون بالأموال وما يؤول إليها دون غيرها من نكاح أو طلاق أو حدٍ أو دم عمد أو نفس إلا مع القسامة في النفس ، الفواكه الدواني ج٢ص٣٤٥ -٣٤٨ .

[٣] انظر : مغني المحتاج ، ج٤ص١٣١-١٣٢ و ج٤ص٥٥٤ ، الحاوي الكبير ج١٧ص١٤٠ ، التنبيه في فقه الشافعي ، تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، تحقيق : عماد الدين أحمد حيدر ، نشر : دار عالم الكتب - بيروت - ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ ، ص٢٦٦ ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، تأليف إمام الحرمين عبدالملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، تحقيق أ.د. عبد العظيم محمود الديب ، طبعة دار المنهاج للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤٢٨ه ، ج١٨ص٦٢٩ و ج١٨ص٦٦٢ .

[٤] ذهب الشافعية إلى أن رد اليمين يكون في جميع الدعاوي وليس في الأموال فقط ، وأن القضاء بالشاهد واليمين يكون بالأموال وما يؤول إليها دون غيرها ، انظر الحاوي الكبير ج١٧ص١٤٠ ، نهاية المطلب ج١٨ص٦٢٩ و ج١٨ص٦٦٢ .

[٥] انظر : المغني ج١٤ص١٣٠ ، الإنصاف ج١١ص٢٣٨ ، العدة ج٢ص٤٠١-٤٤٨ ، المبدع شرح المقنع ج١٠ص٢٨٥-٢٨٦.

[٦] ذهب الحنابلة إلى أن القضاء بالشاهد واليمين يكون بالأموال وما يؤول إليها دون غيرها ، انظر المغني ج١٤ص١٣٠.

[٧] إبراهيم النخعي (٤٦ - ٩٦ هـ)

هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود ، أبو عمران . من مذحج اليمن من أهل الكوفة ، ومن كبار التابعين ، أدرك بعض متأخري الصحابة ، ومن كبار الفقهاء . قال عنه الصفدي : فقيه العراق . أحذ عنه حماد بن أبي سليمان ، وسماك بن حرب وغيرهما . انظر : [طبقات ابن سعد ٦ / ١٨٨ - ١٩٩ ، تذكرة الحفاظ ١ / ٧٠ ؛ والأعلام للزركلي ١ / ٧٦] .

[٨] الشعبي (١٩هـ - ١٠٣هـ)

عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار الشعبي الحميري ، أبو عمرو: راوية ، من التابعين ، يضرب المثل بحفظه. ولد ونشأ ومات فجأة بالكوفة. اتصل بعبد الملك بن مروان ، فكان نديمه وسميره ورسوله إلى ملك الروم.

وابن سيرين[٣][٤] واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية[١]وابن القيم[٢] – رحمهما الله – ، إلا أنهما فصلاً و لم يطلقا في رد اليمين على المدعي إذا نكل المدعى عليه عنها ،

وكان ضئيلا نحيفا ، ولد لسبعة أشهر. وسئل عما بلغ إليه حفظه ، فقال: ما كتبت سوداء في بيضاء، ولا حدثني رجل بحديث إلا حفظته. وهو من رجال الحديث الثقات، استقضاه عمر بن عبد العزيز. وكان فقيها، شاعرا. نسبته إلى شعب وهو بطن من همدان . انظر : [الأعلام ٢٥١/٣] .

[١] الأوزاعي (٨٨ – ١٥٧هـ)

هو عبد الرحمن بن عمرو بن يُحْمِد الأوزاعي . إمام فقيه محدث مفسر . نسبته إلى " الأوزاع " من قرى دمشق . وأصله من سبي السند . نشأ يتيمًا وتأدب بنفسه ، فرحل إلى اليمامة والبصرة ، وبرع . وأراده المنصور على القضاء فأبى ، ثم نزل بيروت مرابطًا وتوفي بها . انظر : [البداية والنهاية ١٠ / ١١٥ ، وتهذيب التهذيب ٦ / ٢٣٨] .

[٢] إيَاس بن معاوية (٤٦ – ١٢٢ هـ) .

هو إياس بن معاوية بن قرة المزني . قاضي البصرة . يضرب المثل بذكائه وفطنته . قال الجاحظ : إياس من مفاخر مضر . ومن مقدمي القضاة . كان صادق الحدس ، عجيب الفراسة ، ملهما ، وجيها عند الخلفاء . وللمدائني كتاب سماه " زكن إياس " . توفي بواسط . انظر : [وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تأليف : أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ت:٦٨١هـ ، تحقيق : إحسان عباس ، نشر : دار صادر – بيروت – ، بدون طبعه ، ٢٤٧/١ ، ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، تأليف : شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي ت: ٧٤٨هـ ، تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ ، ١ / ١٣١ ، تهذيب التهذيب ١ / ٣٩٠ ، الأعلام للزركلي ٣٣/٢] .

[٣] ابن سيرين (٣٣ – ١١٠ هـ) .

هو محمد بن سيرين البصري ، الأنصاري بالولاء ، أبو بكر . تابعي ، مولده ووفاته بالبصرة . نشأ بزازًا وتفقه . كان أبوه مولى لأنس بن مالك . ثم كان هو كاتبا لأنس بفارس . كان إمام وقته في علوم الدين بالبصرة . روى الحديث عن أنس بن مالك وزيد بن ثابت والحسن بن علي وغيرهم من الصحابة ﷺ ، واشتهر بالورع وتأويل الرؤيا . وقال ابن سعد : لم يكن بالبصرة أعلم منه بالقضاء .

وينسب إليه كتاب " تعبير الرؤيا " . انظر : [تاريخ بغداد ٥ / ٣٣١ ، تهذيب التهذيب ٩ / ١٤] .

[٤] انظر : الطرق الحكمية ، ج١ص١٧٠ ، المغني : ج١٤ص١٣٠ و ج١٤ص٢٣٣ ، ونسبة القول لهم بجواز رد اليمين إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ، والقضاء بشاهد ويمين ، إلا الشعبي والنخعي والأوزاعي فهم لا يرون القضاء بالشاهد واليمين ويمنعون منه .

وإنما قيدا جواز الرد بكون المدعي يعلم ما ادعاه دون المدعى عليه فترد عليه وإن لم يحلف لا يحكم له ، وأما إن كان المدعى عليه هو العالم دون المدعي فيحكم عليه بمجرد نكوله .

وعليه قال الجمهور بجواز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى ، وذلك برد اليمين من المدعى عليه إلى المدعي إذا نكل عنها ، ولا يحكم للمدعي بمجرد نكول المدعى عليه[٣] ، وكذا قالوا بجواز القضاء بالشاهد واليمين[٤] ، وقالوا بجواز سماع البينة من المدعى عليه إذا أقامها ، وأن أيمان القسامة على المدعين ابتداءً إذا عدمت البينة ، ولا تطلب الأيمان من المدعى عليهم ابتداءً ، فإن لم يكن لدى المدعين بينة و لم يحلفوا أيمان القسامة طلب القاضي الأيمان من المدعى عليهم إن هم أرادوها .

ثالثاً : الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

استدل القائلون بالمنع من نقل عبء الإثبات بما يلي :

---

[١] انظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ت٧٢٨هـ ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم ، نشر دار عالم الكتب ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ ، ج٣٠ص٣٠ ، الجواب الصحيح لمن بدل دين المسيح ، لشيخ الإسلام أبي العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني ت٧٢٨هـ ، د.علي حسن ناصر و د.عبد العزيز إبراهيم العسكر و د.حمدان محمد ، نشر دار العاصمة – الرياض ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ ، ج٦ص٤٦٤-٤٦٥-٤٦٦ .

[٢] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٩-١٩٤ ، إعلام الموقعين ج١ص٩٤ .

[٣] ذهب الحنابلة في رواية في المذهب إلى أن المدعى عليه لا يحكم عليه بنكوله وإنما ترد اليمين إلى المدعي ، اختارها أبو الخطاب وصوبها الإمام أحمد خلافاً للحنفية ، والرواية الثالثة لا يحكم عليه بنكوله ولا ترد إلى المدعي وإنما يحبس ويضرب حتى يحلف أو يقر . ، انظر المغني ج١٤ص٢٣٣ ، الإنصاف ج١١ص٢٣٨ .

[٤] إلا أنهم اختلفوا في المسائل التي يقضى فيها بشاهد ويمين ، هل يشترط أن يكون الشاهد فيها رجلاً أو لا بأس بامرأتين مع يمين المدعي ، فذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط ذلك ، وذهب المالكية إلى عدم اشتراطه وأجازوا القضاء بشهادة امرأتين ويمين المدعي .انظر مغني المحتاج ج٤ص٥١٥ ، المغني ج١٤ص١٣٢ ، الاستذكار ج٧ص١١٧ .

أولاً : الأدلة من الكتاب .

الدليل الأول :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰ ﴾[١] .

الدليل الثاني :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾[٢].

وجه الاستدلال من الآيتين :

أولاً : أن الله سبحانه وتعالى بين في هذه الآية أن الواجب استشهاد رجلين أو رجل وامرأتان ، وفائدة ذلك أن تذكر إحداهما الأخرى ، ولو قيل إذا كَانَ يُكْتَفَى بِشَهَادَةِ شَاهِدٍ وَيَمِينِ الْمُدَّعِي فلا داعي لأن تذكر إحداهما الأخرى ، ولا فائدة من ذكرها إذا .[٣]

ثانياً : ظاهر اللفظ يقتضي الإيجاب لأنه أمر ، وأوامر اللّه على الوجوب فقد ألزم اللّه الحَاكم الحُكمَ بالعدد المذكور في الآية ، و لم يجز الاقتصار على ما دونه ، بل إن في تجويز ماهو أقل منه مخالفة للكتاب كما لو أجاز مجيز أن يكون حد القذف

---

[١] سورة البقرة ، آية (٢٨٢) .

[٢] سورة الطلاق ، آية (٢) .

[٣] انظر : صحيح البخاري ص٤٣٥ .

سبعين أو حد الزنا تسعين كان مخالفا للآية لما فيه من الحكم بغير ما أمر به من الاحتياط والاستظهار ونفى الريبة والشك وفي قبول يمين المدعي مع الشاهد أعظم الريب والشك وأكبر التهمة .[١]

واعترض عليه بما يلي :

أولاً : أنكم تقولون بالقضاء على الناكل عن اليمين بمجرد نكوله ، ولا تردون اليمين إلى المدعي وهذا مخالف للكتاب والسنة والقياس ، فمن الكتاب قوله تعالى :**وَٱسۡتَشۡهِدُواْ ﴿ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰ ﴾**[٢] ، والقضاء بمجرد النكول يخالف ظاهر الآية ، ومن السنة قوله ﷺ : (**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**)[٣] ، فلم يذكر النكول واليمين معاً في جانب المدعى عليه ، وإنما ذكر اليمين ابتدأً لكون الأصل والظاهر معه ، وأما عند نكوله فيكون الظاهر شاهداً للمدعي فتُنقل اليمين إلى المدعي ، بدليل أيمان اللعان فإنها تبدأ من جانب الزوج لكون الظاهر معه ، فالإنسان لا يمكن أن يلوث فراشه كاذباً وإن كان مدعياً ، وإذا كان هذا شرع الله في الحدود وهي التي يجري فيها الاحتياط وتدرأ بالشبهة ؛ فلأن يحكم بيمين المدعي إذا نكل المدعى عليه في درهم ونحوه أولى .[٤]

---

[١] انظر : أحكام القرآن للجصاص ، تأليف أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي ت:٣٧٠هـ ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوى ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ ، ج٢ص٢٤٧ .

[٢] سورة البقرة ، آية (٢٨٢) .

[٣] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٤] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٧ ، العناية ١١-٢٧٤ -٢٧٣ .

ثانياً : يجب أن يعتبر ويقضى بالشاهد مع يمين المدعي ؛ وذلك لقوة جانبه بالشاهد وتمكنه من اليمين بغير بذل خصمه ورضاه ويحكم له بها مع شاهده ، فلأن يحكم له بيمينه إذا بذلها خصمه أولى لقوة جانبه ، وإن لم يكن ذلك في كتاب الله تعالى وهذا إلزام على قولهم ، وإن كانت السنة الثابتة قد دلت على ذلك كما سيأتي . [١]

ثالثاً : قال ابن عبد البر – رحمه الله –[٢] : " قد أجمع العلماء على القضاء بإقرار المدعى عليه وليس ذلك في الآية "[٣] ، ومن باب أولى إذاً أن ترد اليمين إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ، أو يقضى بالشاهد واليمين ، على التسليم بأنه لم يرد فيهما شيء خاص من السنة .

وأجيب عن ذلك بما يلي :

أولاً : ليس في الكتاب والسنة ما يدل على نفي القضاء بالنكول ، فتخصيص الشيء بالذكر ليس دليلاً على نفي الحكم عما سواه ، وأما القياس فمردود بإجماع الصحابة .[٤] [١]

---

[١] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٧-١٧٨ .

[٢] ابن عبد البر (٣٦٨ - ٤٦٣ هـ) .

هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الحافظ ، أبو عمر . ولد بقرطبة . من أجِلَّة المحدثين والفقهاء ، شيخ علماء الأندلس ، ومؤرخ أديب ، مكثر من التصنيف . رحل رحلات طويلة وتوفي بشاطبة ، من مؤلفاته : " الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار " ، و " التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد " ، و " الكافي " في الفقه . انظر : [الديباج المذهب ص ٣٥٧ ، الشذرات ٣ / ٣١٤ ، الأعلام ٩ / ٣١٧] .

[٣] الاستذكار ، تأليف الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي ت٤٦٣هـ ، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض ، طبعة دار الكتب العليمة بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ ، ج٧ص١١٣ .

[٤] انظر : العناية ج١١ص٢٧٤ .

ثانياً : أن كون البينة حجة للمدعي بنص الحديث لا ينفي أن يكون للمدعي حجة غيرها ، فيحتمل أنها لم تذكر لعدم حجيتها ، ويحتمل أنها حجة لم ينص عليها في الحديث تسليطاً وحثاً للمجتهدين على الاجتهاد ليعرف كون النكول حجة بالرأي والاستنباط. [٢]

[١] حكى الحنفية إجماع الصحابة على أن المدعى عليه يقضى عليه بنكوله ولا ترد اليمين ، والجمهور قالوا بإجماع الصحابة على رد اليمين ، وكلا الطرفين استشهد بقصة علي ﷺ ، وسيأتي في أدلة الجمهور مناقشة هذه الحكاية بالتفصيل .

[٢] انظر : بدائع الصنائع ، ج٦ص٢٣٠ .

ثانياً : الأدلة من السنة .

الدليل الأول :

استدلوا بقوله ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[١] .

وجه الاستدلال :

أولاً : أن النبي ﷺ جعل البينة حجة المدعي ، واليمين حجة المدعى عليه ، وأوجب على كل واحد منهما ذلك ، وفائدة ذلك الحصر والإحاطة ، ولو جُعلت اليمين حُجة للمدعي لما بقيت إذا واجبة على المدعى عليه ، وهذا خلاف صريح للنص . [٢]

ثانياً : أن النبي ﷺ عبر باليمين ، والألف واللام فيها لاستغراق الجنس ، وعليه يكون جنس اليمين كله على المدعى عليه وهو حجة له ، ولو نقلنا اليمين إلى المدعي وجعلناها حجة له ، فلا يكون جنس اليمين حجة للمدعى عليه مطلقاً ، بل يكون من الأيمان ما ليس بحجة له وهي يمين المدعي وهذا مخالف للنص . [٣]

ثالثاً : أن النبي ﷺ قسَّم وسائل الإثبات بين طرفي الدعوى ، وخَص كل منهما بوسيلة ، فخص المدعي بالبينة ، والمدعى عليه باليمين ، والقسمة تنافي الشِّركة بينهما ، بل تفيد اختصاص كل واحد منهما بما طلب منه وحده دون غيره ، والشِّركة تقتضي عدم التمييز ، والقسمة تقتضي التمييز وهما متنافيان . [٤]

الدليل الثاني :

---

[١] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٢] انظر : بدائع الصنائع : ج٦ص٢٢٥ ، حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار ، ج١١ص٥٨٤ .

[٣] انظر : بدائع الصنائع : ج٦ص٢٢٥ ، تبيين الحقائق ج١٣ص١٢٢ .

[٤] انظر : تبيين الحقائق ج١٣ص١٢٢ ، فتح القدير لابن الهمام ، ج٨ ص١٧٩-١٨٠ ، حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار ، ج١١ص٥٨٤ .

استدلوا بقول النبي ﷺ : (**شاهداك أو يمينه**)[١] ، وقوله ﷺ : (**ليس لك إلا ذاك**)[٢] .

وجه الاستدلال :

أن الحديثَ فيه نصٌ على أنه لا يمين في جانب المدعي ، بل في جانب المدعى عليه فقط ، وأنهما – أي البينة واليمين – لا يجتمعان في جانب واحد .[٣]

ويعترض عليه بما يلي :

أن المقصود من هذا الحديث أنه ليس للمدعي إلا يمين خصمه إذا كان باذلاً لها ، وأما إذا امتنع الخصم عنها فترد إلى المدعي فيحلف ويستحق المدعى به .[٤]

الدليل الثالث :

استدلوا في القسامة بما رواه سَعِيدُ بْنُ عُبَيْدٍ[٥] عَنْ بُشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ[١] : (**زَعَمَ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ يُقَالُ لَهُ سَهْلُ بْنُ أَبِي حَثْمَةَ[٢] أَخْبَرَهُ أَنَّ نَفَرًا مِنْ قَوْمِهِ انْطَلَقُوا**

---

[١] أخرجه البخاري في كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه من حديث الأشعث بن قيس برقم (٢٦٧٠) ج٣ص٢٣٣ ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار برقم (٢٢١) ج١ص٨٦ ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده برقم (٢١٨٩٠) .

[٢] أخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار من حديث وائل بن حجر ، برقم (٢٢٤) ج١ص٨٧ ، وأخرجه بلفظ (ليس لك منه إلا ذلك) أبو داود في كتاب الأقضية باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه برقم (٣٦٢٥) ج٣ص٣٤٧ ، والترمذي في كتاب الأحكام باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه برقم (١٣٤٠) ج٣ص٦٢٥ .

[٣] انظر : المبسوط ج٣٠ص١٥٤ .

[٤] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٥ .

[٥] سعيد بن عبيد الطائي أبو الهذيل الكوفي ، روى عن أخيه عقبة وبشير بن يسار وعلي بن ربيعة الوالبي والقاسم بن المسعودي وسعيد بن جبير وغيرهم ، قال ابن المديني عن يحيى ليس به بأس وقال أحمد وابن معين

إِلَى خَيْبَرَ فَتَفَرَّقُوا فِيهَا وَوَجَدُوا أَحَدَهُمْ قَتِيلاً وَقَالُوا لِلَّذِي وُجِدَ فِيهِمْ قَتَلْتُمْ صَاحِبَنَا قَالُوا مَا قَتَلْنَا ، وَلاَ عَلِمْنَا قَاتِلاً ، فَانْطَلَقُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللهِ : انْطَلَقْنَا إِلَى خَيْبَرَ فَوَجَدْنَا أَحَدَنَا قَتِيلاً ، فَقَالَ : الْكُبْرَ الْكُبْرَ ، فَقَالَ لَهُمْ : تَأْتُونَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ قَالُوا مَا لَنَا بَيِّنَةٌ قَالَ فَيَحْلِفُونَ ؟ قَالُوا : لاَ نَرْضَى بِأَيْمَانِ الْيَهُودِ فَكَرِهَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يُبْطِلَ دَمَهُ فَوَدَاهُ مِائَةً مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ).[٣]

وجه الاستدلال :

أن فيه دلالة واضحة على وجوب أيمان القسامة على المدعى عليهم وهم أهل الْمَحَلَّةِ لا على المدعي ، وعلى وجوب الدِّية عليهم مع القسامة لا القصاص ، وهذا نص صريح في المسألة ، فالنبي ﷺ طلب من المدعي البينة ، وإن لم يجد فعليه أن يرضى بأيمان المدعى عليهم ليس له إلا ذاك .[٤]

ثقة وقال أبو حاتم يكتب حديثه وقال الآجري عن أبي داود كان الشعبى يتمنى لقاءه وذكره ابن حبان في الثقات ، قلت : ووثقه العجلى ويعقوب بن سفيان وابن نمير وغيرهم . انظر : [تهذيب التهذيب ٤/٥٥] .

[١] بشير بن اليسار الحارثي الأنصاري مولاهم المدني ، روى عن أنس وجابر ورافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة وسويد بن النعمان ومحيصة ابن مسعود وغيرهم ، قال ابن معين ثقة وليس بأخي سليمان بن يسار وقال ابن سعد كان شيخا كبيرا فقيها وكان قد أدرك عامة أصحاب ﷺ وكان قليل الحديث وقال النسائي ثقة . انظر : [تهذيب التهذيب ١/٤١٤] .

[٢] هو سهل بن أبي حثمة بن ساعدة بن عامر بن عدي ، الأنصاري ، الأوسي . اختلف في اسم أبيه ، فقيل : عبد الله ، وقيل عامر . روى عن النبي ﷺ وعن زيد بن ثابت ومحمد بن سلمة ﷺ وغيرهم . وروى عنه ابنه محمد ، وابن أخيه محمد بن سليمان ، وبشير بن يسار ، ونافع بن جبير بن مطعم وغيرهم . قال ابن منده وابن حبان والحاكم وغيرهم : كان له ثمان سنين أو نحوها عند موت النبي ﷺ . وجزم الطبري بأنه مات في أول خلافة معاوية . وقال ابن أبي حاتم عن أبيه : بايع تحت الشجرة ، وشهد المشاهد إلا بدرا . انظر : [الاستيعاب ٢ / ٦٦١ ، أسد الغابة ٢ / ٢١٦ ، الإصابة ٢ / ٨٦ ، وتهذيب التهذيب ٤ / ٢٤٨] .

[٣] أخرجه البخاري في كتاب الديات باب القسامة ، من حديث سهل بن أبي حثمة ، برقم ٦٨٩٨ .

[٤] انظر : بدائع الصنائع : ج٧ص٢٨٦ .

ويعترض عليه بما يلي :

أن هذه الرواية التي اعتمد عليها الحنفية " تُعارِض رواية يحيى بن سعيد الأنصاري[١] ، عن بشير بن يسار ، عن سهل بن أبي حثمة فذكر قصة القتيلِ ، وقال فيه : فذكروا لرسول الله ﷺ مقتل عبد الله بن سهل[٢] ، فقال رسول الله ﷺ : (**يُقسِمُ خمسون منكم على رجلٍ منهم ، فيدفع برُمته**)[٣] ، وهذه هي الرواية المشهورة الثابتة المخرَّجة بلفظها في الصحيحين .

وقد ذكر الأئمَّة الحفَّاظُ أن رواية يحيى بن سعيد أصحُّ من رواية سعيد بن عُبيد ، فإنَّه أجلُّ وأعلم وأحفظ ، وهو من أهل المدينة ، وهو أعلمُ بحديثهم من الكوفيِّين .

وقد ذَكَر الإمام أحمد[٤] مخالفة سعيد بن عبيد ليحيي بن سعيد في هذا الحديث ، فنفض يده ، وقال : ذاك ليس بشيءٍ ، رواه على ما يقول الكوفيون ، وقال : أذْهَبُ إلى حديث المدنيين يحيى بن سعيد ".[١]

---

[١] يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري ، روى عن أنس بن مالك والسائب بن يزيد وسعيد ابن المسيب وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وعروة بن الزبير ، وكان قاضيا لأبي جعفر ومفتياً ، مات بالهاشمية سنة ثلاث وأربعين ومائة ، وقال عنه أيوب : ما خلفت أحداً أفقه من يحيى بن سعيد الأنصاري . يقصد بالمدينة ، وقال عنه سفيان الثوري إنه : من حفاظ الناس . وقال وهيب أنه قدم المدينة فلم ير أحداُ إلا وأنت تعرف وتنكر غير يحيى بن سعيد ومالك .وقال عنه أحمد وابن معين وأبا زرعه : أنه ثقة . انظر : [الجرح والتعديل ، تأليف : الإمام الحافظ شيخ الإسلام أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر الرازي ت: ٣٢٧هـ ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية – بحيدر آباد الدكن – الهند سنة ١٢٧١هـ – ١٩٥٢م ، ١٤٧/٩] .

[٢] عبد الله بن سهل بن زيد الأنصاري الحارثي ، له ذكر في حديث سهل بن أبي خيثمة أنه قتل بخيبر فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل يتكلم فقال النبي ﷺ كبر كبر ، ووقع في رواية بن إسحاق أنه خرج مع أصحابه إلى خيبر يمتارون تمراً فوجد في عين قد كسرت عنقه ثم طرح فيها . انظر : [الإصابة ١٢٣/٤] .

[٣] أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب القسامة باب القسامة ، من حديث سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج برقم ١٦٦٩ ، وأخرجه أبو داود في سننه في كتاب الديات باب القسامة ، من حديث سهل بن أبي حثمة ورافع بن خديج برقم ٤٥٢٢ .

[٤] أحمد (١٦٤ – ٢٤١ هـ) .

وقال النَّسائيُّ – رحمه الله –[٢] : " لا نعلم أحداً تابعَ سعيد بن عُبيدٍ على روايته عن بشير بن يسار ".[٣]

وقال ابن عبد البر – رحمه الله – : " هذه رواية أهل العراق عن بشير بن يسار في هذا الحديث ورواية أهل المدينة عنه أثبت إن شاء الله وهم به أقعد ونقلهم أصح عند أهل العلم ".[٤]

وقال ابن حجر – رحمه الله –[٥] : " في رواية سعيد بن عبيد لم يذكر عرض الأيمان على المدعين كما لم يقع في رواية يحيى بن سعيد طلب البينة أولاً ، وطريق

هو أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ، أبو عبد الله . من بني ذهل بن شيبان الذين ينتمون إلى قبيلة بكر بن وائل ، إمام المذهب الحنبلي ، وأحد أئمة الفقه الأربعة . أصله من مرو ، وولد ببغداد . امتحن في أيام المأمون والمعتصم ليقول بخلق القرآن فأبى وأظهر الله على يديه مذهب أهل السنة . ولما توفي الواثق وولي المتوكل أكرم أحمد ، ومكث مدة لا يولّي أحدًا إلا بمشورته ، من مؤلفاته : " المسند " وفيه ثلاثون ألف حديث ، و " المسائل " ، و " الأشربة " ، و " فضائل الصحابة " وغيرها . انظر : [وطبقات الحنابلة لابن أبي يعلى ١ / ٤ – ٢٠ ، والبداية والنهاية ١٠ / ٣٢٥ – ٣٤٣ ، الأعلام للزركلي ١ / ١٩٢] .

[١] جامع العلوم والحكم ، ص٣٨٢ .

[٢] النسائي (٢١٥ – ٣٠٣ هـ)

هو أحمد بن علي بن شعيب ، النسائي الإمام المحدث صاحب السنن . أصله من (نسا) بخراسان . خرج منها ، وجال في العالم الإسلامي يسمع الحديث ويلقى الشيوخ حتى برع . ثم استقر بمصر . قيل إن شرطه في الرواة أقوى من شرط البخاري ومسلم . خرج إلى دمشق فسئل عن فضائل معاوية ، فأمسك ، فضربوه في الجامع وأخرجوه . فخرج قاصدا مكة ، ومات في الرملة بفلسطين ، من مؤلفاته " السنن الكبرى " ، و " المجتبى " وهو السنن الصغرى ، و " الضعفاء " ، و " خصائص علي " ، و " فضائل الصحابة " . انظر : [تذكرة الحفاظ ٢ / ٢٤١ ، البداية والنهاية ١١ / ١٢٣ ، الأعلام للزركلي ١ / ١٦٤] .

[٣] سنن النسائي الكبرى ج٦ص٣٢٤ .

[٤] التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، ج٢٣ص٢٠٩ .

[٥] ابن حجر (٧٧٣هـ – ٨٥٢هـ) .

هو أحمد بن علي بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن حجر الشافعي العسقلاني الأصل، المصري المولد ، كان والده عالما أديبا ثريا ، وأراد لابنه أن ينشأ نشأة علمية أدبية أتم حفظ القرآن الكريم وهو ابن خمس سنين ، ووصف بأنه كان لا يقرأ شيئا إلا انطبع في ذهنه ، له مؤلفات زادت على مئة وخمسين مصنفاً ، في مجموعة من العلوم منها فتح الباري ، والإصابة ، وتذيب التهذيب . انظر : [، الأعلام ١٧٨/١] .

الجمع أن يقال حفظ أحدهم ما لم يحفظ الآخر فيحمل على أنه طلب البينة أولاً فلم تكن لهم بينة فعرض عليهم الأيمان فأمتنعوا فعرض عليهم تحليف المدعى عليهم فأبوا ".[١]

وقال ابن رجب – رحمه الله –[٢] : " وسعيد بن عُبيد اختصر قصَّة القسامة ، وهي محفوظةٌ في الحديث ، وقد خرَّج النَّسائيُّ من حديث عمرو بن شعيب[٣] ، عن أبيه ، عن جدّه : **أنَّ النَّبيَّ ﷺ طلب من ولي القتيل شاهِدين على من قتله ، فقال : ومن أين أُصيبُ شاهدين ؟ قال : (فتحلِفُ خمسين قسامةً) ، قال : كيف أحلِفُ على ما لم أعلم ؟ قال : (فتستحلفُ منهم خمسين قسامة)** ، فهذا الحديث يَجمَعُ به بين روايتي سعيد بن عُبيد ، ويحيى بن سعيد ، ويكونُ كلٌّ منهما تركَ بعض القصَّة ، فترك سعيدٌ ذِكرَ قسامة المدَّعين ، وترك يحيى ذكر البيِّنة قبل طلب القسامة ".[٤]

---

[١] فتح الباري ج١٤ص٢٢٥ .

[٢] ابن رجب (٧٣٦ – ٨٩٥ هـ)

هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، أبو الفرج ، زين الدين ، وجمال الدين أيضا ، ولد ببغداد ، وتوفي بدمشق من علماء الحنابلة ، كان محدثا حافظا فقيها أصوليا ومؤرخا . أتقن فن الحديث وصار أعرف أهل عصره بالعلل ، وتتبع الطرق . تخرج به غالب أصحابه الحنابلة ، من مؤلفاته " تقرير القواعد وتحرير الفوائد " المشهور بقواعد ابن رجب في الفقه ، و " جامع العلوم والحكم " وهو شرح الأربعين النووية ، و " شرح سنن الترمذي " ومعه " شرح العلل " آخر أبوابه ، و " ذيل طبقات الحنابلة " . انظر : [الدرر الكامنة ٢ / ٢٢١ ، وشذرات الذهب ٣ / ٣٣٩ ، ومعجم المؤلفين ٥ / ١١٨] .

[٣] عمرو بن شعيب (ت: ١١٨هـ) .

هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، أبو إبراهيم ، السهمي القرشي . أحد علماء زمانه . روى عن أبيه ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، والرُّبيّع بنت معوذ الصحابية وغيرهم . وعنه عطاء ، وعمرو بن دينار ، وهما أكبر منه ، والزهري ويحيى بن سعيد وغيرهم . ووثقه ابن معين ، وابن راهويه ، وصالح جزرة . وقال الأوزاعي : ما رأيت قرشياً أكمل من عمرو بن شعيب . وكان يسكن مكة وتُوفي بالطائف . انظر : [ميزان الاعتدال ٣ / ٢٦٣ ، تهذيب التهذيب ٨ / ٤٨ ، الأعلام ٥ / ٢٤٧] .

[٤] جامع العلوم لابن رجب ص٣٨٢ ، ولابن حجر نحوه في الفتح ج١٤ص٢٢٥ .

ثالثاً : الأدلة من المعقول .

الدليل الأول :

أن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره ، وللبينة قوة الإظهار لأنها كلام من ليس بِخَصْمٍ فَجُعِلَتْ حجة للمدعي ، واليمين وَإِن كانت مُؤكدة بذكر اسم الله عز وجل لكنها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحق ، وإنما تصلح حجة للمدعى عليه لأنه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد ، فحاجته فقط إلى استمرار حكم الظاهر ، واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كَافية لاستمرار حكم الظاهر له ، فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة ، ولا يمكن بحال جعل اليمين للمدعي أو البينة للمدعى عليه .[١]

الدليل الثاني :

أن النكول دليل على البذل أو الإقرار[٢] ، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب عليه ودفعا للضرر عن نفسه ، فَتَرَجَّحَ هذا الجَانِبُ : أَيْ جَانِبُ كونه باذِلًا إن تَرَفَّعَ ، أو مُقِرًّا إن تورع ، لأن الترفع أو التورع إنما يحل إذا لم يفض إلى الضرر بالغير ، ولا وجه لرد اليمين على المدعي .[٣]

ويعترض عليه بما يلي :

---

[١] انظر : بدائع الصنائع ج٦ص٢٢٥ .

[٢] النكول بذل عند الحنفية ، وإقرار عند غيرهم .انظر العناية شرح الهداية ج٨ص١٧٦ .

[٣] انظر : الهداية شرح البداية ج٣ص١١٥٩، العناية شرح الهداية ج٨ص١٧٦-١٧٧ .

بأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن اليمين الصادقة ، واشتباه الحال لا ينتصب حجة مع الاحتمال ، ويمين المدعي دليل الظهور عند نكول المدعى عليه ، ولأنه ترجح جنبه بالصدق في دعواه بنكول المدعى عليه فيصار إلى يمينه .[١]

وأجيب عنه بما يلي :

قالوا إننا جعلنا النكول بدلاً ولا عبرة للاحتمالات الواردة على النكول ، وذلك لأن الشرع إنما ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن الصادقة ، وعليه يترجح هذا الجانب في نكوله إذ أنه لا يتمكن من الترفع عن اليمين إلا بِبَذل بَدَلِ المال وملزماً نفسه الضرر ، دون أن يلحق الضرر بغيره[٢] ، ثم إن هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً كالبينة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتملة في الجملة وهي خبر من غير معصوم عن الخطأ ، ولكن لما كان الظاهر هو صدق البينة سقط احتمال الكذب .[٣]

الدليل الثالث :

أن بينة ذي اليد – وهو المدعى عليه – في الملك المطلق[٤] لا تفيدنا أكثر مما تفيدنا يده ، فلو أقامها لا تسمع وإنما ترد ، فلا معنى لسماعها وإنما تلحق بالعدم إذ

---

[١] انظر : الهداية شرح البداية ج٣ص١١٥٩ ، العناية شرح الهداية ج٨ص١٧٦ ، بدائع الصنائع ج٦ص٢٣٠ . أسنى المطالب ج٤ص٤٠٤ .

[٢] انظر : المبسوط ج١٧ص٣٥ .

[٣] انظر : بدائع الصنائع ج٦ص٢٣٠ .

[٤] أي أن يدعي أن هذا الشيء ملكه ولا يزيد عليه ، فلا يقول اشتريته أو ورثته ونحو ذلك . انظر : الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري ، تأليف : أبي بكر علي الزبيدي ت:٨٠٠هـ ، تحقيق : إلياس قبلان ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى : الأولى ، ٢٠٠٦م ، ج٥ص٣٨٦ .

ليست البينة بحجة له ، ولأنَّ يده قد دلت على الملك فكانت بينة الخارج أكثر إثباتاً وإظهاراً .[١]

الدليل الرابع :

أن النكول عن اليمين لا يجب به قبول الحق كالحدود والقصاص .[٢]

واعترض عليه بما يلي :

أن النكول حجة ضعيفة ، فيجوز أن يثبت بها أخف الحقوق لا أغلظها ، كما يفعل مع الشاهد والمرأتين فيثبت بشهادتهم الأموال دون الحدود والقصاص .[٣]

وأجيب عنه بما يلي :

لا نسلم ذلك ، فضعف الشاهد والمرأتين إنما هو لنقص النساء عن كمال الرجال ، والناكل عن اليمين كامل وليس بناقص ، فوجب أن يجري على نكوله حكم الكمال.[٤]

واعترض عليه بما يلي :

أن النكول عن اليمين حقيقته تركٌ للحق ، والأموال يصح بذلها فتثبت بالنكول ، بخلاف القصاص والحدود فلا يصح بذلها ولا تثبت بالنكول .[٥]

---

[١] انظر : الجوهرة النيرة ج٥ص٣٨٦ .

[٢] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٢ .

[٣] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٢ .

[٤] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٢-١٤٣ .

[٥] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٣ .

وأجيب عنه بما يلي :

النكول في حقيقته ترك للحجة وتنازلٌ عنها ، وليس بذل للحق ، بدليل أنه لو كان بذلاً لثبت حكمه بالنكول الأول ، والأحناف لا يثبتونه إلا بعد النكول الثالث[١] ، فخرج عن صفة البذل وزال عنه حكمه .[٢]

الدليل الخامس :

أن النكول دليل على رجحان الكذب في إنكاره ، فلو كان صادقاً لقام بالحلف ، لأنه بتركه للحلف يفوت ماله إذ يحكم عليه بمجرد نكوله .[٣]

واعترض عليه بما يلي :

بأنه قد يكون المدعى عليه معذورا في نكوله غير آثم به ، وذلك كأن يدعي المدعي أنه أقرضه ويكون قد وفاه ، ولا يرضى منه إلا بالجواب على وفق الدعوى ، وقد يتحرج من الحلف مخافة موافقة قضاء وقدر كما روي ذلك عن جماعة من السلف .[٤]

الدليل السادس :

أن حق المدعي على خصمه هو الجواب عن دعواه ، والجواب يوصله إلى حقه وهو الإقرار ، فإذا لم يجبه وفوت عليه ذلك بإنكاره عوضه الشرع بيمين خصمه وحوَّله

---

[١] انظر : الاختيار ج٢ص١٣٣ .

[٢] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٣ .

[٣] انظر : معين الحكام ص٩٦ .

[٤] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٩ ، مغني المحتاج ج٤ص٥٥٤ .

إليها خلفاً عن أصل حقه ، وحينئذٍ لا يتمكن المدعى عليه من منع الحلف شرعاً إلا بإيفاء ما هو أصل الحق المدعى به ، إذ النكول منه بمنزلة الإقرار أو البذل . [1]

[1] انظر : المبسوط ج١٧ص٣٥ .

أدلة القول الثاني :

استدل القائلون بحصر نقل عبء الإثبات في ثلاث مسائل ، بظواهر النصوص سواءً من الكتاب أو السنة التي ثبتت لديهم ، ويمكن إجماله فيما يلي :

الدليل الأول :

لم يرد دليل في كتاب الله أو سنة نبيه ﷺ أو إجماع صريح صحيح عن سلف هذه الأمة في رد اليمين على المدعي ، سوى ما جاء بنص القرآن في مسألة الوصية في السفر[١] ، وما جاء في سنة النبي ﷺ في تحليف المدعين في القسامة[٢] ، والقضاء بالشاهد واليمين[٣] ، فوجب الاقتصار على ما ورد وعدم تعدية ذلك إلى غيره ، وليس قول أحد من البشر حجة سوى المعصوم ﷺ ، وعليه لا يجوز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى .

واعترض عليه بما يلي :

يمكن نقض دليله بمقتضى قوله من ثلاثة وجوه هي :

أولاً : من حيث الكتاب ، فإن الله سبحانه شرع الأيمان ابتداءً في جانب المدعي إذا قامت به الحاجة إليها ، و لم يكن لديه بينة على ما يدعيه وشهدت القرائن بصدقه ، وذلك كما في اللعان ، فإنها تبدأ من جانب الزوج لكون الظاهر معه ، فالإنسان لا يمكن أن يلوث فراشه كاذباً وإن كان مدعياً ، فإذا كان هذا شرع الله في الحدود

---

[١] قال تعالى : ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ** ﴾ ، سورة المائدة ، آية (١٠٦) .

[٢] سبق تخريجه ، انظر ص ٩٢ .

[٣] سيأتي ذكره وتخريجه في موضعه ، انظر ص١٠٧ .

وهي التي يجري فيها الاحتياط وتدرأ بالشبهة ؛ فلأن يحكم بيمين المدعي إذا نكل المدعى عليه في درهم ونحوه أولى .[١]

ثانياً : من حيث السنة ، يجب أن يعتبر ويقضى برد اليمين على المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ؛ وذلك لقوة جانبه بنكول خصمه ، بدلالة قولكم بجواز القضاء للمدعي بالشاهد واليمين ، فلأن يحكم له بيمينه إذا بذلها خصمه أولى لقوة جانبه ، وإن لم يكن ذلك في كتاب الله تعالى وهذا إلزام على قولهم ، وإن كانت السنة الثابتة قد دلت على ذلك كما سيأتي .[٢]

قال ابن القيم – رحمه الله – : " ولما كانت أفهام الصحابة ﷺ فوق أفهام جميع الأمة ، وعلمهم بمقاصد نبيهم ﷺ وقواعد دينه وشرعه أتم من علم كل من جاء بعدهم ، عدلوا عن ذلك إلى غير هذه المواضع الثلاثة وحكموا بالرد مع النكول في موضع وبالنكول وحده في موضع ، وهذا من كمال فهمهم وعلمهم بالجامع والفارق والحكم والمناسبات ، ولم يرتضوا لأنفسهم عبارات المتأخرين واصطلاحاتهم وتكلفاتهم فهم كانوا أعمق الأمة علما وأقلهم تكلفا والمتأخرون عكسهم في الأمرين ".[٣]

ثالثاً : قال ابن عبد البر – رحمه الله – : " قد أجمع العلماء على القضاء بإقرار المدعى عليه وليس ذلك في الآية "[٤] ، ومن باب أولى إذاً أن ترد اليمين إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ، أو يقضى بالشاهد واليمين ، على التسليم بأنه لم يرد فيهما شيء خاص من السنة .

---

[١] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٧ ، العناية ج١١ص٢٧٤ -٢٧٣ .

[٢] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٧ .

[٣] الطرق الحكمية ج١ص١٧٨ .

[٤] الاستذكار ، ج٧ص١١٣ .

أدلة القول الثالث :

استدل القائلون بجواز نقل عبء الإثبات بما يلي :

أولاً : الأدلة من الكتاب .

الدليل الأول :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ أَوۡ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيۡمَٰنُۢ بَعۡدَ أَيۡمَٰنِهِمۡۗ ﴾[1].

وجه الاستدلال :

أي أن الناس يحذرون الخيانة فيشهدوا بالحق خوفاً من الفضيحة برد الأيمان الواجبة إلى المدعي بعد الامتناع عن أدائها من المدعى عليه ، ففيه دليل على جواز نقل الأيمان من جهة إلى أخرى إذا قام سببها .[2]

الدليل الثاني :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ

---

[1] سورة المائدة ، آية (١٠٨) .

[2] انظر : الجامع لأحكام القرآن ، ج٦ص٣٦٠ ، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ، لعبدالرحمن السعدي ت: ١٣٧٦هـ ، تحقيق عبدالرحمن اللويحق ، نشر مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ ، ج١ص٢٤٦ ، الحاوي ج١٧ص١٤١ .

إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾.[١]

وجه الاستدلال :

أن الله جعل للأزواج في هذه الآية عندما يرمون أزواجهم بالزنى وتتعسر عليهم البينة مخرجاً مما هم فيه من الضيق والشدة ، إذ الغالب أن الرجل لا يتجرأ برمي زوجته بذلك إلا وهو صادق معذور ، فيلاعنها كما أمر الله به عند الحاكم ، ويبدأ المدعي بالأيمان وهي في حقه تقوم مقام البينة[٢]، وإذا نكلت الزوجة عن الجواب أقيم عليها الحد ، ويدرأ عنها بجوابها وأيمانها .[٣]

قال ابن القيم – رحمه الله – : " وكذلك الزوج في اللعان جانبه أرجح من جانب المرآة قطعاً ، فإن إقدامه على إتلاف فراشه ورميها بالفاحشة على رءوس الأشهاد وتعريض نفسه لعقوبة الدنيا والآخرة وفضيحة أهله ونفسه على رءوس الأشهاد مما يأباه طباع العقلاء وتنفر عنه نفوسهم لولا أن الزوجة اضطرته بما رآه وتيقنه منها إلى ذلك فجانبه أقوى من جانب المرأة قطعاً فشرعت اليمين في جانبه ".[٤]

---

[١] سورة النور ، آية (٦ – ٩) .

[٢] انظر : إعلام الموقعين ج١ص١٣٠ .

[٣] انظر : تفسير القرآن العظيم ، لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير ت:٧٧٤هـ ، تحقيق مصطفى محمد ومحمد رشاد ومحمد العجماوي وعلي عبدالباقي وحسن قطب ، نشر دار عالم الكتب ، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ، ج١٠ص١٧٢.

[٤] إعلام الموقعين ج١ص١٠١ .

ثانياً : الأدلة من السنة .

الدليل الأول :

استدلوا بما روى نافع[١] عن ابن عمر[٢] ﷺ : (**أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق**).[٣]

وجه الاستدلال :

هذا الحديث نصٌ في المسألة ، ففيه دلالة واضحة على رد اليمين إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه .[٤]

---

[١] نافع (ت: ١١٧ هـ) .

نافع المدني أبو عبد الله مولى عبد الله بن عمر بن الخطاب . من أئمة التابعين بالمدينة . ديلمي الأصل . مجهول النسب . أصابه ابن عمر صغيرا في بعض مغازيه . كان علامة في فقه الدين ، متفقا على رياسته . أرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن . كان كثير الرواية للحديث . ولا يعرف له خطأ في جميع ما رواه . انظر : [وفيات الأعيان ٢ / ١٥٠ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ٤١٢ ، الأعلام للزركلي ٨ / ٣١٩] .

[٢] ابن عمر (١٠ ق هـ – ٧٣ هـ) .

هو عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أبو عبد الرحمن . قرشي عدوي . صاحب رسول الله ﷺ . نشأ في الإسلام ، وهاجر مع أبيه إلى الله ورسوله . شهد الخندق وما بعدها ، ولم يشهد بدرا ولا أحدًا لصغره . أفتى الناس ستين سنة . ولما قتل عثمان عرض عليه ناس أن يبايعوه بالخلافة فأبى . شهد فتح إفريقية ، وكف بصره في آخر حياته . كان آخر من توفي بمكة من الصحابة . هو أحد المكثرين من الحديث عن رسول الله ﷺ . انظر : [معجم الصحابة ، تأليف : أبو القاسم عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المَرْزُبان البغوي ت:٣١٧هـ ، تحقيق : محمد الأمين بن محمد الجكني ، نشر : مكتبة دار البيان – الكويت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ ، ٤٦٨/٣ ، سير أعلام النبلاء للذهبي ٢٠٣/٣ ، الإصابة ١٨١/٤ ، ، الأعلام للزركلي ٤ / ٢٤٦] .

[٣] أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الأحكام برقم (٧٠٥٧) ج٤ص١١٣، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه ١١٣/٤ ، وأخرجه البيهقي في كتاب الشهادات باب النكول ورد اليمين برقم (٢١٢٥٦) ج ١٠ص١٨٤ ، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ج٤ص٤٩٧ : أخرجه " الدارقطني والحاكم والبيهقي ، وفيه محمد بن مسروق لا يُعرف ، وإسحاق بن الفرات مختلف فيه، ورواه تمّام في فوائده من طرق أخرى ، عن نافع " ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ت: ٨٥٢هـ ، نشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ.

[٤] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤١ .

الدليل الثاني :

استدلوا بما رواه ابن عباس ﷺ : (**أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد**).[١]

وجه الاستدلال :

قال الشافعي – رحمه الله –[٢] : " البينة في دلالة سنة رسول الله ﷺ بينتان : بينة كاملة بعدد الشهود لا يحلف مقيمها معها ، وبينة ناقصة العدد يحلف مقيمها معها ".[٣]

---

[١] أخرجه مسلم، وأبو داود ، وأحمد ، بلفظ " أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد " انظر : أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٧١٢) ج٥ص١٢٨ ، وجاء في سنن أبي داود كتاب الأقضية باب القضاء كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد برقم (٣٦٠٨) ج٣ص٣٤١ ، وفي مسند الإمام أحمد ، مسند عبد الله بن العباس برقم ٢٩٦٩ ، وأخرجه الترمذي عن أبي هريرة بلفظ " قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد " ، في كتاب الأحكام باب اليمين مع الشاهد برقم (١٣٤٣) ، قال أبو عيسى حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد حديث حسن غريب ، وصححه الشيخ الألباني ٦٢٧/٣ ، وأخرجه الإمام أحمد أيضاً عن ابن عباس بلفظ " أن رسول الله ﷺ قضى بالشاهد واليمين "برقم ٢٨٨٨ وقال شعيب الأرناؤوط : إسناده صحيح على شرط مسلم ٣١٥/١ .

[٢] الشافعي (١٥٠ – ٢٠٤ هـــ)

هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع . من بني المطلب من قريش . أحد أئمة المذاهب الأربعة ، وإليه ينتسب الشافعية . جمع إلى علم الفقه القراءات وعلم الأصول والحديث واللغة والشعر . قال الإمام أحمد : " ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق إلا وللشافعي عليه منة " . كان شديد الذكاء . نشر مذهبه بالحجاز والعراق . ثم انتقل إلى مصر (١٩٩ هـــ) ونشر بها مذهبه أيضا وبها توفي ، من مؤلفاته : " الأم " في الفقه ، و " الرسالة " في أصول الفقه ، و " أحكام القرآن " ، و " اختلاف الحديث " وغيرها . انظر : [تاريخ بغداد ٢ / ٥٦ – ١٠٣ ، طبقات الحنابلة ١ / ٢٨٠ – ٢٨٤ ، تذكرة الحفاظ ١ / ٣٢٩ ، الأعلام للزركلي ٢٦/٦] .

[٣] اختلاف الحديث ، لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي ، تحقيق عامر أحمد حيدر ، نشر مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـــ ، ص٥٥٨ .

وقال ابن القيم – رحمه الله – : " فإن المدعي لما ترجح جانبه بالشاهد الواحد شرعت اليمين من جهته ".[١]

فمتى نقصت بينة المدعي جاز له أن يحلف مع شاهده ويستحق ما ادعاه ، إذ قوي جانبه على خصمه بشهادة الشاهد ، فترجحت اليمين في جانبه .

واعترض عليه بما يلي :

أولا : اعترض عليه بأنه حديث مرسل لا يحتج به .

ثانياً : تناقض القائلين بها ، فيقضون بها في الأموال دون غيرها ، فتارة تكون تامة وتارة أخرى ناقصة .[٢]

وأجيب عنه بما يلي :

أولاً : أننا لم نثبتها بحديث مرسل ، وإنما أثبتناها بحديث ثابت عن رسول الله ﷺ من رواية ابن عباس ، ومثله لا يرد عند أهل العلم حتى ولو لم يكن في المسألة غيره ، مع أن معه غيره ممن يشده .

ثانياً : أننا لم نتحكم بها بهوى وتشهي ، فاعتبارنا لها تامة في الأموال دون غيرها بناء على الحديث الصحيح ، ثم أليست الشهادة تكون تامة تارة وأخرى ناقصة باتفاق ، فالكفار تُسمع شهادتهم – لدى المسلمين – على أنفسهم ولو شهدوا على مسلم بفلسٍ لم تسمع ، والرجل والمرأتين تامين في الأموال ناقصين في الحدود ، وكذا لو شهدت امرآة لرجل على رجل ولو بفلسٍ لا تسمع وهكذا غيرها من

---

[١] إعلام الموقعين ج١ص١٠١ .

[٢] انظر : الأم ج٧ص١٦ .

الشهادات تكون تارة تامة وأخرى ناقصة ، ويعاب علينا أن وضعنا حكم الله حيث وضعه .[١]

[١] انظر : الأم ج٧ص١٦-١٧ .

الدليل الثالث :

استدلوا بحديث أم سلمة – رضي الله عنها –[١] أنها قالت : قال رسول الله ﷺ : (**إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار**).[٢]

وجه الاستدلال :

في الحديث دلالة واضحة على جواز تقديم البينة من طرفي الدعوى ، فالتفضيل في لفظ الحديث (ألحن) فيه دلالة على المشاركة بينهما في البينة وتفرد أحدهما بزيادة على خصمه ، وعليه يجوز تقديم البينة من المدعي ويجوز نقلها إلى المدعى عليه .[٣]

الدليل الرابع :

استدلوا بقول رَسُولُ اللهِ ﷺ : (**مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالاً هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ لَقِيَ اللَّهَ وَهْوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَصْدِيقَ ذَلِكَ بقوله : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً ﴾ إِلَى ﴿ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾**[١]) .[٢]

---

[١] أم سلمة (– ٥٩ هـ)

هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله ، المخزومية . أم المؤمنين . ممن أسلم قديمًا ، ومن المهاجرات الأول . تزوجها النبي ﷺ سنة أربع من الهجرة ، بعد أن توفي زوجها أبو سلمة بن عبد الأسد . كانت أم سلمة موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب ، روت عن النبي ﷺ وأبي سلمة وفاطمة الزهراء . وأخذ عنها كثيرون . تنقل كتب الحديث لها قريبا من مائة فتيا و٣٧٨ حديثا . انظر : [طبقات ابن سعد ٨ / ٦٠ ، سير أعلام النبلاء ٢ / ١٤٢ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٤ / ٤٥٨] .

[٢] سبق تخريجه ، انظر ص ٦٨ .

[٣] انظر : وسائل الإثبات ، ج٢ ص٧٠٠ .

[١] سورة آل عمران ، آية (٧٧) .

وجه الاستدلال :

في الحديث دلالة واضحة على أن استحقاق المال مترتب على بذل اليمين ، والحلف عام من المدعي كان أم من المدعى عليه ، بدليل أن المدعى عليه لا يستحق بيمينه مالاً صادقاً كان أم كاذباً ، فلو حكم عليه بالنكول فيكون القضاء في حقه قضاء ترك ، وأما المدعي فلا سبيل له ولا يد على المال ، فإذا حلف يميناً استحقه بيمينه التي بذلها ، فيظهر استحقاقه إذا بيمينه لا بنكول المدعى عليه ، وفي هذا دليل على جواز وقوع اليمين من المدعي وهي في حقه يمين استحقاق وجلب ، وفي حق المدعى عليه يمين دفع ونفي .[٢]

ولذا قال ابن رشد – رحمه الله –[٣] معلقاً على هذا الحديث : " يفهم منه وجوب القضاء باليمين ".[١]

---

[١] أخرجه البخاري كتاب المساقاة باب الخصومة في البئر والقضاء فيها من حديث عبدالله برقم (٢٣٥٦) ج٣ص١٨٧ ، وأخرجه في مواضع أخرى قاربت العشرين موضعاً ككتاب الرهن وكتاب الشهادات ، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ، من حديث عبدالله برقم (١٣٨) ج١ص٨٦ .

[٢] انظر : وسائل الإثبات ، ج٢ ص٦٩٩ .

[٣] ابن رشد (الحفيد) (٥٢٠ – ٥٩٥)

هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ، أبو الوليد . فقيه مالكي ، فيلسوف ، طبيب ، من أهل الأندلس . من أهل قرطبة . عني بكلام أرسطو وترجمه إلى العربية وزاد عليه زيادات كثيرة . اتهم بالزندقة والإلحاد فنفي إلى مراكش . وأحرقت بعض كتبه ، ومات بمراكش ودفن بقرطبة . قال ابن الأبار " كان يفزع إلى فتواه في الطب كما يفزع إلى فتواه في الفقه " ويلقب بالحفيد تمييزًا له عن جده أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الذي يميز بالجدّ ، من مؤلفاته " فصل المقال في ما بين الحكمة والشريعة من الاتصال " ، و " تهافت التهافت " في الفلسفة ، و " الكليات " في الطب ، و " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " في الفقه ، ورسالة في " حركة الفلك " . انظر : [شذرات الذهب ٤ / ٣٢٠ ، الأعلام للزركلي ٦ / ٢١٣] .

[١] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تأليف الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي ت٥٩٥هـ ، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت– لبنان ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٧م ، ج٦ص٢١٩ .

وقال السبكي – رحمه الله –[١] : " كل يمين قصد بها الدفع لا يستفاد بها الجلب ، وقد يقال : كل يمين كانت لدفع شيء لا تكون لإثبات غيره ".[٢]

الدليل الخامس :

استدلوا بما جاء أن رسول الله ﷺ قال : (**من كانت له طلبة عند أحد فعليه البينة والمطلوب أولى باليمين فإن نكل حلف الطالب وأخذ**).[٣]

وجه الاستدلال :

دل الحديث على الأصل وهو أن البينة على المدعي ، وأن اليمين متاحه للجميع ، ولكن المدعى عليه أولى بها ، فإن نكل عنها انتقلت إلى المدعي لمشاركته له فيها .

---

[١] السُّبكي (٧٢٧ ــ ٧٧١ هـــ)

هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام السبكي ، أبو نصر ، تاج الدين أنصاري ، من كبار فقهاء الشافعية . ولد بالقاهرة . سمع بمصر ودمشق . تفقه على أبيه وعلى الذهبي . برع حتى فاق أقرانه . درس بمصر والشام ، وولي القضاء بالشام ، كما ولي بها خطابة الجامع الأموي . كان السبكي شديد الرأي ، قوي البحث ، يجادل المخالف في تقرير المذهب ، ويمتحن الموافق في تحريره ، من مؤلفاته : " طبقات الشافعية الكبرى " ، و " جمع الجوامع " في أصول الفقه ، و " ترشيح التوشيح وترجيح التصحيح " في الفقه . انظر : [شذرات الذهب ٦ / ٢٢١ ، والأعلام ٤ / ٣٢٥] .

[٢] الأشباه والنظائر ، تأليف : تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي ت٧٧١هـــ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـــ – ١٩٩١م ، ج١ص٤٦٣ .

[٣] أخرجه ابن حجر في التلخيص الحبير برقم ٢١٤٣ ، وقال ج٤ص٥٠٠ : وهذا مرسل .وقال عنه ابن القيم – رحمه الله – في الطرق الحكمية ج١ص١٧٤ : أنه حديث مرسل . ، وأخرجه ابن القطان في كتاب بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام برقم ٧٤٩ ، وقال ج٣ص٧٦ : هذا مرسل مع ضعف إسناده ، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام ، تأليف : أبي الحسن علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي ابن القطان ت: ٦٢٨هـــ ، تحقيق : د. الحسين آيت سعيد ، نشر : دار طيبة – الرياض – ، الطبعة : الأولى ، ١٤١٨هـــ .

الدليل السادس :

استدلوا بما جاء في حديث القسامة المتقدم وفيه : (**تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبَكُمْ ؟ قَالُوا : لَا ... قَالَ ﷺ : فَيُبَرِّئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا**).[١]

وجه الاستدلال :

دل الحديث على أن أيمان القسامة تكون ابتدأً على المدعين ، وإذا نكلوا عنها تنقل إلى المدعى عليهم ، والأيمان في القسامة تقوم مقام البينة[٢] ، " فدل هذا على نقل اليمين من جهة إلى جهة "[٣] .

قال ابن القيم – رحمه الله – : " واحتج لرد اليمين بحديث القسامة وفي الاستدلال به ما فيه فإنه عرض اليمين على المدعين أولاً ، واليمين المردودة هي التي تطلب من المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها ، لكن يقال وجه الاستدلال أنها جعلت من جانب المدعي لقوة جانبه باللوث فإذا تقوى جانبه بالنكول شرعت في حقه ".[٤]

وقوله إن الاحتجاج بحديث القسامة على رد اليمين فيه نظر ، هذا صحيح إذ أنها شرعت ابتداءً في جانب المدعين ، وفي هذا إشارة إلى جواز نقل اليمين وتوزيعها بين الخصوم بحسب قوة كل جانب منهما وهذه هي غايتنا من الإشارة للحديث .

---

[١] أخرجه بهذا اللفظ النسائي في كتاب القسامة باب تبدئة أهل الدم في القسامة من حديث سهل بن أبي حثمة برقم ٤٧١٠ وصححه الألباني ٥/٨ ، وأخرجه ابن ماجه في كتاب الديات باب القسامة برقم ٢٦٧٧ ، وأخرجه مسلم في كتاب القسامة بلفظ : (أتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم ؟ أو قاتلكم قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد ؟ قال : فتبرئكم يهود بخمسين يمينا) برقم ١٦٦٩ ، ولفظ (يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته ؟ قالوا : أمر لم نشهده كيف نحلف ؟ قال : فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم ؟) .

[٢] انظر : إعلام الموقعين ج١ص١٣٠ .

[٣] الحاوي ج١٧ص١٤١ .

[٤] الطرق الحكمية ج١ص١٧٤-١٧٥ .

وقال أيضاً : " وكذلك أولياء الدم ترجح جانبهم باللوث فشرعت اليمين من جهتهم وأكدت بالعدد تعظيما لخطر النفس ".[١]

الدليل السابع :

استدلوا بما رواه زيد بن ثابت ﷺ [٢] عن النبي ﷺ أنه قال :

(**مَنْ طَلَبَ طَلَبَهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، فَالْمَطْلُوبُ أَوْلَى بِالْيَمِينِ مِنَ الْطَالِبِ**).[٣]

وجه الاستدلال :

أن لفظه " أولى " تستعمل لبيان الاشتراك بين شيئين وترجح أحدهما على الآخر ، كقول محمد أعلم من أحمد إذا اشتركا في العلم ، ولكن زاد أحدهما على الآخر ، ولا يقال ذلك فيمن ليس فيه علم إلا على سبيل المجاز ، وعليه فلو لم يكن للمدعي حق في اليمين لما جُعِلَ المدعى عليه أولى منه فيها ، بل الصحيح أن المدعى عليه أولى في الابتداء والمدعي أولى في الانتهاء عند امتناع المدعى عليه فتنقل إليه .[٤]

---

[١] إعلام الموقعين ج١ص١٠١ .

[٢] زيد بن ثابت (١١ق هـ ـ ٤٥ هـ) .

هو زيد بن ثابت بن الضحاك . من الأنصار ، ثم من الخزرج . من أكابر الصحابة . كان كاتب الوحي . ولد في المدينة ، ونشأ بمكة ، وهاجر مع النبي ﷺ وعمره (١١) سنة . تفقه في الدين فكان رأسًا في القضاء والفتيا والقراءة والفرائض . وكان أحد الذين جمعوا القرآن في عهد النبي ﷺ وعرضه عليه .كتب المصحف لأبي بكر ، ثم لعثمان حين جهز المصاحف إلى الأمصار . انظر :[تهذيب التهذيب ٣ / ٣٨٩ ، الأعلام للزركلي ٥٧/٣] .

[٣] لم أجد له بحسب اطلاعي وبحثي تخريج لهذا الأثر ، ولم أقف عليه إلا في كتاب الحاوي للماوردي ، ج١٧ص١٤١ .

[٤] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤١ .

ثالثاً : دليل الإجماع .

استدلوا ببعض الآثار الواردة عن الصحابة ﷺ التي دلت على إجماعهم على رد اليمين ومن ذلك ما يلي :

أولاً : أنها قد ردت على عمر ﷺ ، فحلف واستحق . [١]

ثانياً : أنها قد ردت على زيد بن ثابت ﷺ ، فحلف واستحق . [٢]

ثالثاً : رُوِيَ أَنَّ الْمِقْدَادَ ﷺ [٣] اقْتَرَضَ مِنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ﷺ مَالًا ، فَقَالَ عُثْمَانُ ﷺ : هِيَ سَبْعَةُ آلَافٍ ، فَاعْتَرَفَ الْمِقْدَادُ ﷺ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ، وَتَنَازَعَا إِلَى عُمَرَ ﷺ ، فَقَالَ الْمِقْدَادُ لِعُثْمَانَ ﷺ : احْلِفْ إِنَّهَا سَبْعَةُ آلَافٍ فَقَالَ لَهُ عُمَرُ ﷺ : لَقَدْ أَنْصَفَكَ ، فَلَمْ يَحْلِفْ عُثْمَانُ ﷺ ، فَلَمَّا وَلَّى الْمِقْدَادُ ﷺ قَالَ عُثْمَانُ ﷺ : وَاللَّهِ لَقَدْ أَقْرَضْتُهُ سَبْعَةَ آلَافٍ ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ ﷺ : لِمَ لَمْ تَحْلِفْ قَبْلُ أَوْلَى ؟ فَقَالَ : وَمَا عَلَيَّ أَنْ أَحْلِفَ ، وَاللَّهِ إِنَّ هَذِهِ لَأَرْضٌ وَاللَّهِ إِنَّ هَذِهِ لَسَمَاءٌ ، فَقَالَ عُثْمَانُ ﷺ : خَشِيتُ أَنْ يُوافِقَ قَدَرَ بَلَاءٍ ، فَيُقَالَ : بِيَمِينِهِ . [٤]

---

[١] أورد هذا الأثر الماوردي في الحاوي ج١٧ص١٤٢ ، ولم أعثر عليه في كتب الحديث .

[٢] أورد هذا الأثر الماوردي في الحاوي ج١٧ص١٤٢ ، ولم أعثر عليه في كتب الحديث .

[٣] المقداد (٣٧ ق هـ - ٣٣ هـ)

هو المقداد بن عمرو بن ثعلبة بن مالك بن ربيعة ، أبو الأسود ويقال غير ذلك ، المعروف بالمقداد بن الأسود الكندي . صحابي ، أسلم قديمًا ، هاجر الهجرتين وشهد بدرًا والمشاهد بعدها ، هو أحد السبعة الذين كانوا أول من أظهر الإسلام ، آخى النبي ﷺ بينه وبين عبد الله بن رواحة . روى عن النبي ﷺ أحاديث ، وروى عنه علي وأنس وعبيد الله بن عدي وآخرون . انظر : [تهذيب التهذيب ١٠ / ٢٨٥ ، والإصابة ٣ / ٤٥٤ ، والأعلام للزركلي ٨ / ٢٠٨] .

[٤] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب النكول ورد اليمين برقم ٢١٢٥٧ ، وقال عنه صحيح إلا أن إسناده منقطع ، ١٠/١٨٤ .

وعلق عليه ابن القيم – رحمه الله – نقلاً بقوله : " فهذا عمر ﷺ قد حكم برد اليمين ورأى ذلك المقداد ﷺ ولم ينكره عثمانﷺ فهؤلاء ثلاثة من أصحاب رسول الله ﷺ عملوا برد اليمين ".[١]

" وهذا مستفيض في الصحابة لم يظهر فيهم مخالف ، فثبت أنه إجماع "[٢] عن الصحابة ولم يظهر لهم فيه مخالف على الاطلاق .

واعترض عليه بما يلي :

أولاً : أن حكاية الإجماع عن الصحابة لا تستقيم سيما مع ظهور المخالف لهم ، فقد خَالَفَهُمْ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ – ﷺ – فِيمَا رُوِيَ : " أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ مِنْ رَجُلٍ عَبْدًا ، فَأَصَابَ بِهِ عَيْبًا ، فَتَرَافَعَا إِلَى شُرَيْحٍ ، فَقَالَ لِلْبَائِعِ : احْلِفْ ، فَقَالَ : أَرُدُّ الْيَمِينَ ، فَقَالَ شُرَيْحٌ : لَا ، فَقَالَ عَلِيٌّ ﷺ : قَالُونَ ، وَهِيَ كَلِمَةٌ رُومِيَّةٌ قِيلَ : إِنْ مَعْنَاهَا جَيِّدٌ "[٣] فعلي بن أبي طالب ﷺ صوب ما ذهب إليه شريح من عدم رد اليمين إليه والحكم على المدعى عليه بمجرد نكوله ، وعليه لا تثبت حكاية الإجماع عن الصحابة .[٤]

ثانياً : ما جاء في قصة المقداد وعثمان ﷺ ، فالصحيح أنه لا حجة فيه لأن فيه ذكر رد اليمين من دون نكول المدعى عليه عنها ، وهو خارج محل النزاع[٥] ، ثم على فرض صحته فإنه يؤول بأن المقداد ﷺ كان يدَّعي الإيفاء على عثمان .[٦]

---

[١] الطرق الحكمية ج١ص١٢٥ .

[٢] الحاوي ج١٧ص١٤٢ ، العناية ج١١ص٢٧٤ .

[٣] أوردها الماوردي في الحاوي ج١٧ص١٤٢ .

[٤] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٢ .

[٥] انظر : بدائع الصنائع ج٦ص٢٣٠ .

[٦] انظر : المبسوط ج١٧ص٣٤-٣٥ . ، العناية ج١١ص٣٠٤ ، بدائع الصنائع ج٦ص٢٣٠ .

وأجيب عنه بما يلي :

أولاً : بأن ما ذكره علي بن أبي طالب ﷺ كلمة أعجمية لا تعرف العرب معناها ، وليست من لغتهم ، ولو أراد موافقة شريح فيما ذهب إليه وتصويب رأيه لعبر عن ذلك صراحة ، ولا داعي لأن يعبر عنه بكلام أعجمي غير مفهوم .

ثانياً : ثم إنه على فرض التسليم أن معنى قالون جيد ، فإنه يتطرق الاحتمال إلى أنه قصد بذلك ما ذهب إليه شريح ، ويحتمل أن يكون قصد ما ذهب إليه خصمه ، ومع تطرق الاحتمال إليه ليس هناك ما يمنع من انعقاد الإجماع .[١]

ثالثاً : يناقضه ما أورده ابن القيم – رحمه الله – عن القاضي شريح – رحمه الله – : " أنه كان إذا قضى على رجل باليمين فردها على الطالب فلم يحلف لم يعطه شيئا و لم يستحلف الآخر ".[٢]

رابعاً : جاء عن علي – ﷺ – أنه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه .[٣]

واعترض عليه بما يلي :

أن ما روي عن علي – ﷺ – أنه حلَّف المدعي فبناء على مذهب المدعي ، لأنه كان يحلف مع تمام حُجة القضاء بالبينة .[٤]

---

[١] انظر : الحاوي ج١٧ص١٤٢ .

[٢] الطرق الحكمية ، ج١ص١٢٥ .

[٣] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٣ .

[٤] انظر : المبسوط ج١٧ص٣٤ .

رابعاً : الأدلة من المعقول .

الدليل الأول :

أن المدعى عليه إذا نكل عن أداء اليمين ظهر صدق المدعي وقوي جانبه ، فتشرع اليمين إذاً في حقه ، إذ اليمين مشروعه في الابتداء لأقوى المتداعيين ، كالمدعى عليه قبل نكوله ، لأنه إنما شرعت اليمين ابتدأً في جانب المدعى عليه لقوة جانبه بالأصل [١] .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – : " أن الأصل المستقر في الشريعة أن اليمين مشروعة في جنبة أقوى المتداعيين ؛ سواء ترجح ذلك بالبراءة الأصلية ؛ أو اليد الحسية أو العادة العملية ؛ ولهذا إذا ترجَح جانب المدعي كانت اليمين مشروعة في حقه عند الجمهور كمالك والشافعي وأحمد ؛ كالأيمان في القسامة وكما لو أقام شاهدا عدلا في الأموال فإنه يحكم له بشاهد ويمين ، والنبي ﷺ جعل البينة على المدعى عليه إذا لم يكن مع المدعي حجة ترجح جانبه ".[٢]

قال ابن القيم – رحمه الله – : " والذي جاءت به الشريعة أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعيين فأي الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته ".[٣]

وقال أيضاً : " فإن اليمين إنما شرعت في جانب المدعى عليه لقوة جانبه بالأصل ".[٤]

---

[١] انظر : مجموع الفتاوى ج٣٤ص٨١ ، الاختيارات الفقهية ، تأليف : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى : ٧٢٨هـ) ، تحقيق : علي بن محمد بن عباس البعلى الدمشقي ، نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الأولى : ١٣٩٧هـ/١٩٧٨م ، ص٦٣١ ، إعلام الموقعين ج٣ص٣٩٥ ، الحاوي ج١٧ص١٤٤ ، بداية المجتهد ج٦ص٢٢٧ .

[٢] مجموع الفتاوى ج٣٤ص٨١ .

[٣] إعلام الموقعين ج١ص١٠١

[٤] إعلام الموقعين ج٣ص٣٩٥ .

الدليل الثاني :

أن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد ، و لم يكتف في جانب المدعي بالشاهد وحده ، بل أمره أن يأتي باليمين تقوية لشاهده ، ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعي فهو أولى أن يقوى بيمين الطالب ، فإن النكول ليس بينة من المدعى عليه ولا إقرار ، وهو حجة ضعيفة لا يقوى على الاستقلال بالحكم ، فإذا حلف معها المدعي قوى جانبه فاجتمع النكول من المدعى عليه واليمين من المدعي فقاما مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين .[١]

الدليل الثالث :

أن النكول سكوت في نفس المدعى عليه فلا يكون حجة للقضاء عليه به ، كسكوته عن الجواب في الابتداء ، فيحتمل أنه تورع عن اليمين الكاذبة ، أو ترفع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان – ﷺ – .[٢]

الدليل الرابع :

أن يمين المدعى عليه حجة له في نفي استحقاق المدعي ، وبينة المدعي حجة له في إثبات استحقاقه لما ادَّعاه ، فلما كان ترك المدعي لحجته موجباً للعدول إلى يمين خصمه ، وجب أن يكون أيضاً عدول الخصم عن حجته موجباً للعدول إلى يمين المدعي ، فوجب إذاً العدول عن حجة أحد الطرفين ابتداءً ونقلها إلى خصمه .[٣]

---

[١] انظر : الطرق الحكمية ج١ص١٧٠ .

[٢] انظر : المبسوط ج١٧ص٣٤ ، أسنى المطالب ج٤ص٤٠٥ ، مغني المحتاج ج٤ص٥٥٤ .

[٣] انظر : الحاوي ، ج١٧ص١٤٤ .

ويعترض عليه بما يلي :

أن هذا يفضي إلى الدور والتسلسل ، فإنه لو امتنع المدعي عن اليمين إذا ردت إليه لا يمكن أن تنقل أخرى إلى المدعى عليه . [١]

وأجيب عنه بما يلي :

أن المقصود بالحجة التي تنقل إنما هي الحجة التي تكون لأحد الطرفين ابتداءً ، ويمين الرد ليست حجة ابتدائية لصاحبها بل منقوله له . [٢]

---

[١] انظر : المرجع السابق ، ج١٧ص١٤٤ .

[٢] انظر : المرجع السابق ، ج١٧ص١٤٤ .

رابعاً : الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة ، وبيان أدلة كل قول ومناقشتها والجواب عنها ، ترجح لدي والله أعلم بالصواب ، رجحان القول الثالث القائل بجواز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى ، وعليه فيجوز أن تنقل اليمين إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه فيحلف ويستحق [١]، ويجوز أن يُقضى للمدعي بالشاهد واليمين ، ويجوز للمدعى عليه أن يقيم البينة إذا لم يكن للمدعي بينة ، بل يجوز له أن يدفع دعوى المدعي ويقيم البينة على ذلك وله إقامة بينة العكس وذلك رداً على بينة المدعي ونفياً لاستحقاقه كما سيأتي ذلك في الصور .[٢]

---

[١] الصحيح أن رد اليمين لا يكون على الإطلاق ، وما قررته أعلاه ليس إلا لبيان مشروعية النقل وجوازه ، وإلا فالصحيح في رد اليمين أنها لا ترد دائماً وإنما في حال إذا كان المدعي عالماً بما ادعاه ، أو كان متهماً ، وفي ما سوى ذلك يقضى على المدعى عليه بالنكول بحسب الأصل ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – معللاً ذلك بقوله : " وليس المنقول عن الصحابة – ﷺ – في النكول ورد اليمين بمختلف بل هذا له موضع وهذا له موضع فكل موضع أمكن المدعي معرفته والعلم به فرد المدعى عليه اليمين فإنه إن حلف استحق وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه وهذا كحكومة عثمان والمقداد فإن المقداد قال لعثمان احلف أن الذي دفعته إلي كان سبعة آلاف وخذها فإن المدعي هنا يمكنه معرفة ذلك والعلم به كيف وقد ادعى به فإذا لم يحلف لم يحكم له إلا ببينة أو إقرار ، وأما إذا كان المدعي لا يعلم ذلك والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته فإنه إذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول ولم ترد على المدعي كحكومة عبد الله بن عمر وغريمه في الغلام فإن عثمان قضى عليه أن يحلف أنه باع الغلام وما به داء يعلمه وهذا يمكن أن يعلمه البائع فإنه إنما استحلفه على نفي العلم أنه لا يعلم به داء فلما امتنع من هذه اليمين قضى عليه بنكوله " ، الطرق الحكمية ج١ص١٢٦ ، وذهب ابن عثيمين – رحمه الله – إلى مشروعية رد اليمين ولكن ليس في كل دعوى ، وإنما بحسب الأحوال والقرائن وهو راجع إلى القاضي ناظر القضية واجتهاده . انظر : الشرح الممتع على زاد المستقنع ، تأليف العلامة محمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، نشر : دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ ، ج١٥ص٣٢٢ .

[٢] في المبحث الثاني من هذا المطلب ص١٢٩ .

ويدل لرجحان القول الثالث ما استدلوا به من أدلة منقولة أو معقولة ، وهذا ما تقتضيه مصلحة التقاضي والتدافع بين الخصوم أمام القضاء ، إذ فيه مصلحة لا تخفى على ذي بصيرة ثاقبة ونظر حيَّ ، وذلك لما يلي :

أولاً : أن غاية ما استدل به المانعون اقتصارهم على النصوص الشرعية ، ولا شك أنها لها وجهها وحقها من النظر والاعتبار ، ولكن الصحيح أنها عامة ، وقد ورد ما يخصصها كآية اللعان إن قام بالمدعي ما يرجح جانبه ، وحديث الشاهد واليمين ، و حديث رد اليمين ، وأفعال السلف الصالح وقضائهم ، وما تدعو له مصلحة التقاضي .[1]

---

[1] قال ابن رشد – رحمه الله – في بداية المجتهد ، مبيناً سبب الخلاف في مسألة رد اليمين بكلام نفيس ما نصه : " ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم إنما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين لأن المدعي في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه و لم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعي مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك إن وجد شيء بهذه الصفة ولأولئك أن يقولوا الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق " بداية المجتهد ج٦ص٢١٧ ، وقال مبيناً سبب الخلاف في مسألة القضاء بالشاهد واليمين ما نصه : " وسبب الخلاف:في هذا الباب تعارض السماع .

أما القائلون به فإنهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر إلا أن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه (أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد) خرجه مسلم و لم يخرجه البخاري.

وأما مالك فإنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه (أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد) لأن العمل عنده بالمراسيل واجب .

وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى :{فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ} قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد.

ثانياً : صعوبة الوصول إلى معيار حاسمٍ ودقيق في تعريف المدعي والمدعى عليه ، مما يجعل القاضي يتيح لكلا الخصمين الإدلاء بما لديه من بينة ، وقد ينقلب طرفي الدعوى عن خصوصيته في نفس الدعوى أكثر من مرة ، مما يتعين معه القول بجواز نقل عبء الإثبات .[١]

ثالثاً : أن الفقهاء – رحمهم الله – اتفقوا على قبول البينة من المدعى عليه إذا دفع دعوى المدعي بأنه قد أبرأه أو أسقط عنه أو أوفاه ونحو ذلك ولو ثبت ذلك للمدعي ببينة .[٢]

رابعاً : أن الشارع قد أذن للمدعي بإقامة البينة على حقه واستحقاقه ، ومعلوم أن المدعي يدعي أمراً خفياً خلاف الظاهر ، فالإذن للمدعى عليه الذي يوافق قوله الظاهر من باب أولى .[٣]

وأما من السنة فما خرجه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال "كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت إذن يحلف ولا يبالي ، فقال النبي ﷺ (من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان) قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه ﷺ ألا يستوفي أقسام الحجة للمدعي.

والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة ، وقد قويت هنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة " ، بداية المجتهد ج٦ص٢٢٤-٢٢٧ .

[١] انظر : وسائل الإثبات ج٢ص٦٩٧ .

[٢] انظر : حاشية قرة عيون الأخيار ج١١ص٤٣٦-٤٣٧ ، مغني المحتاج ج٤ص٤٧٢-٤٧٣ ، الإنصاف ج١١ص٢٤٨-٢٤٩ .

[٣] انظر : وسائل الإثبات ج٢ص٦٩٨ .

المطلب الثاني : نقل عب الإثبات في النظام السعودي .

قامت المملكة العربية السعودية على دستور واضح منذ نشأتها ، فقد اعتمدت الدين الإسلامي ديناً لها واستمدت دستورها من كتاب الله وسنة رسوله ﷺ ، ويدل لذلك من حيث الأصل ما نُص عليه في النظام الأساسي للحكم من أن " المملكة العربية السعودية دوله عربية إسلامية ذات سيادة تامة – دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ "[١] ، وأَنْ " يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنه رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة "[٢] ، وأنَّ " القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية "[٣] ، وأَنْ " تطبق المحاكم على القضايا المطروحة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولى الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة "[٤].

وقد حرص ولاة الأمر – حفظهم الله – على تطبيق الشريعة والتزامها واتخاذها منهجاً علمياً وعملياً ، وعملوا كل ما مِنْ شأنه الحفاظ على هذا المبدأ وتطبيقه واستمراره ، من سن الأنظمة المعينة على ذلك ، ووضع خطة منهجية يسير عليها القضاة في نظرهم للقضايا ، ومن ذلك القرار الصادر من الهيئة القضائية رقم (٣)

---

[١] المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ .

[٢] المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم .

[٣] المادة السادسة والأربعون من النظام الأساسي للحكم ، وجاء كذلك النص على هذا المعنى في نظام القضاء في المادة الأولى منه بقوله " القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وليس لأحد التدخل في القضاء ".

[٤] المادة الثامنة والأربعون من النظام الأساسي للحكم ، وجاء كذلك النص على هذا المعنى في نظام المرافعات الشرعية في المادة الأولى منه بقوله : " تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكامَ الشريعة الإسلامية ؛ وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة ، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة ، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام ".

في ١٣٤٧/١/١٧هـ المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤هـ المتضمن ما يأتي : "

أ- أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقا على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ؛ نظرا لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين على مذهبه ذكر الأدلة إثر مسائله.

ب- إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم - يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة، ويقرر السير فيها على ذلك المذهب؛ مراعاة لما ذكر .

ج- يكو اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية :

١- (شرح المنتهى).

٢-(شرح الإقناع).

فما اتفقا عليه أو انفرد به أحدهما فهو المتبع، وما اختلف فيه فالعمل على ما في (المنتهي)، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي (الزاد). أو (الدليل) إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي أبسط منها، وقضى بالراجح ".

وبناء على ما سبق يتضح لنا اعتماد المملكة العربية السعودية على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وفق ما دل عليه الكتاب والسنة في نظر القضايا المعروضة أمام المحاكم ، وقيدت ذلك ببعض القيود والضوابط التي من شأنها أن تنظم الأمر لما فيه مصلحة البلاد والعباد ، لا أن تكبله وتقيده بالقيود وتجعله مكفوف الأيدي ، فجعلت المذهب المعتمد هو المذهب الحنبلي ، ومنحت القضاة جواز الخروج عنه

إذا كان في ذلك مصلحة مع بيان السبب الداعي إلى ذلك ، وكل ذلك لما فيه مصلحة متحققة أو راجحة ، ورغبة في منح القضاة باباً من الاجتهاد والنظر .

وعليه يتضح لنا بجلاء موقف النظام السعودي من نقل عبء الإثبات ، فبناء على ما تقرر من جواز نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، ونص على ذلك في المذهب الحنبلي تحديداً ، فيكون نقل عبء الإثبات أمراً جائزاً ومعمولاً به في المملكة العربية السعودية ، فلا بأس من نقل اليمين إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه ، ولا بأس أن يقوم المدعى عليه بالإثبات إذا دفع دعوى المدعي وكان له بينة على ذلك ، وكل هذا مأخوذ من أحكام الشريعة الغراء .

على أنه يمكن القول بأن النظام السعودي قد نص على نقل عبء الإثبات في الأنظمة القضائية الحديثة التي سُنت لتنظيم عملية الترافع أمام المحاكم ، ومن ذلك رد اليمين على المدعي حال نكول المدعى عليه عنها ، وجواز طلب المدعى عليه إقامة الإثبات من قبله ، ويدل لذلك ما يلي :

أولاً : " من دعي للحضور للمحكمة لأداء اليمين وجب عليه الحضور فإن حضر وامتنع دون أن ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه ـــــ إن كان حاضراً بنفسه ـــــ أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإن تخلف بغير عذر عدّ ناكلاً كذلك "[1] ، ففي هذه المادة دلالة واضحة على أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين بغير عذر عُد ناكلاً فيحكم عليه بعد أن ينذر ثلاثاً[2] ، إلا أن النظام أعطاه الحق في ردها على خصمه المدعي فيحلف

[1] المادة التاسعة بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية ولوحه التنفيذية .

[2] انظر المادة ١/١٠٩ من نظام المرافعات الشرعية : " لا يعد الممتنع عن أداء اليمين ناكلاً حتى ينذر ثلاث مرات ".

ويستحق ، وعليه يتضح أن الرد ليس مطلقاً وإنما ذلك راجع إلى طلب المدعى عليه ، وفي ذلك دليل على المشروعية والجواز .

ثانياً : " كل ما يقرره الوكيل في حضور الموكل يكون بمثابة ما يقرره الموكل نفسه ، إلا إذا نفاه أثناء نظر القضية في الجلسة نفسها ، وإذا لم يحضر الموكل فلا يصح من الوكيل الإقرار بالحق المدعى به . أو التنازل ، أو الصلح ، أو قبول اليمين ، أو توجيهها ، أو ردها ، أو ترك الخصومة ، أو التنازل عن الحكم ـــ كلياً أو جزئياً ـــ أو عن طريق من طرق الطعن فيه ، أو رفع الحجر ، أو ترك الرهن مع بقاء الدين أو الإدعاء بالتزوير ما لم يكن مفوضاً تفويضاً خاصاً في الوكالة "[1] ، ففي هذه المادة دلالة واضحة على أن من توجهت له اليمين يحق له أن يردها على خصمه ، إذ أنه منح الوكيل هذا الحق عن موكله إذا كان حاضراً ورضي بذلك أو كانت وكالته تخوله بذلك ، وفي ذلك دليل على المشروعية والجواز .

وبناءً على ما سبق يتضح لنا أن عبء الإثبات يكون بين المدعي والمدعى عليه بحسب الأصل ، ويجوز نقله وتوزيعه بين الخصوم إذا دعت الحاجة إلى ذلك ، بحسب نظر القاضي واجتهاده ، كما أن للخصوم الحق في ذلك .

---

[1] المادة التاسعة والأربعون من نظام المرافعات الشرعية .

المطلب الثالث : نقل عبء الإثبات في القانون المقارن .

عبء الإثبات في القانون يتوقف عليه مصير الدعوى في كثير من الأحوال ، فقد يكون الحق متراوحاً بين المدعي والمدعى عليه ، وإيجاب الإثبات على أحدهما يعني الحكم عليه أو لخصمه بناءً على تقديمه للدليل أو رفضه ، وليس للقاضي دور في ذلك إذ لا يستطيع أن يقر بأحقية أحدهما في ما ادعاه إلا بدليل ، ومعرفة من يقع عليه عبء الإثبات لها من الأهمية الشيء الكثير ، إذ أن من يعجز عن تقديم الإثبات يخسر دعواه .[١]

وقد مر معنا أن القاعدة الأساسية في الإثبات هي أن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه ، وهي كذلك في سائر القوانين المقارنة الحديثة[٢] ، فالمدعي في الأصل هو من يتحمل عبء الإثبات لما يدعيه ، والمدعى عليه يلزمه اليمين إذا أنكر ذلك .

ويفترض القانون في حالته العادية أن عبء الإثبات يقع على المدعي – وهو من كل يدعي خلاف الوضع الثابت حكماً أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو بالوضع الثابت فعلاً حقيقة أو ضمناً[٣] – سواء كان هو من رفع الدعوى أم رفعت عليه الدعوى ، فمن يدعي بحقٍ شخصي أنه أقرض شخصاً مبلغاً من المال فعليه البينة على ذلك من عقد أو شهود ونحوه ، إذ الأصل براءة ذمة المدعى عليه من أي التزام ، ومن ادعى على شخص في حق عيني فعليه إثبات ما يدعيه ، لأن الحائز الملك لا يطالب بالبينة لأن الظاهر معه ، ومن ادعى على المكلف برقابة قاصر أنه لحقه ضرر من هذا القاصر فلا يكلف المدعي بعبء الإثبات إذ فرض القانون أن هذا التقصير وقع من القاصر بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده ، وإنما يطلب الإثبات من المدعى عليه

---

[١] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٦٧ .

[٢] انظر : المرجع السابق ، ج٢ص٦٨ .

[٣] انظر : المرجع السابق ، ج٢ص٦٩-٧٧ .

على أنه قام بواجب الرقابة أو أن هذا الضرر لابد من وقوعه ولو كانت الرقابة بأتمِّ حال وأكملها ، ومن ادعى على شخص بدين وأثبت ذلك ، فلا يحق للمدين ادعاء وفاء الدين إلا إذا أقام الإثبات على ذلك .

وقد نص قانون الإثبات المصري بأن : " على الدائن إثبـــات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه "[١] ، ففي هذه المادة دلالة واضحة على أحقية طرفي الدعوى في الإثبات ، وتنقله بينهما لحين عجز أحدهما عن الإثبات .

ويجوز أن ينقل عبء الإثبات ممن تحمَّله إلى خصمه بالاتفاق بينهم ، سواء كان الاتفاق قبل التقاضي أم بعده ، إذ أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها ، ولذا قال د.السنهوري : " وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع ... كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع ".[٢] ، وقال : " غني عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم ، فمن الجائز إذن ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، عندما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها ، فيتزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً "[٣].

ومن خلال ما تقدم يتضح أن عبء الإثبات حق للخصوم ، إذ أن عبء الإثبات لا يمكن أن يثقل كاهل أحد الخصوم دون الآخر ، فينقل من أحدهما إلى الآخر "

---

[١] المادة الثانية من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، رقم ٦٥ الصادر عام ١٩٦٨م .

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٨٨ .

[٣] المرجع السابق ، ج٢ص٨٦-٨٧ .

بحكم الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر ، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين "[١] على ما قررنا سابقاً من أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على خلافها ، وعليه فإن من يتحمل عبء الإثبات هو من يدعي خلاف الوضع الثابت حكماً أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو بالوضع الثابت فعلاً حقيقة أو ضمناً ، مدعياً كان أم مدعى عليه ، وكل من ثبت عليه الحق بالبينة أو بالقرينة جاز له دفعه إذا أثبت خلاصه منه ونحو ذلك ، فالمدعى عليه بدفعه أصبح مدعياً ، وعلى هذا النحو فإن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل بين طرفي الدعوى حتى يعجز من ألقي عليه العبء أخيراً في القيام به ، فيكون بذلك خاسراً لدعواه . [٢]

وأخيراً فقد جاء النص في بعض القوانين القضائية على جواز نقل عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصوم ، وعدم حصره على طرف واحد ، ومن ذلك ما يلي :

أولاً : " على الخصوم أن يحضروا في الموعد المذكور لتقديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك فإن تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات ، وإذا تخلف خصمه جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات ، وإذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها " [٣] .

---

[١] المرجع السابق ، ج٢ص٧٨-٧٩ .

[٢] انظر : أحكام الالتزام والإثبات ، ص٧٢ .

[٣] المادة الرابعة والثلاثون من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ٣١ من قانون البينات السوري .

ثانياً : " على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع الذي يريد إثباتها كتابة أو شفاهه في الجلسة "[١] .

ثالثاً : " الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيهـــا بهذا الطريق "[٢].

- في هذه المواد دلالة واضحة على أحقية كل خصم بتقديم الإثبات الذي يخدم مصلحته في القضية ، إذ نصت هذه المواد على لفظة " الخصوم " و لم تحدد طرفاً واحداً مما يدل على أنه حق متاح للجميع ، ينقل من أحدهما إلى الآخر إن عجز عنه ، أو لدفعه إن قدمه .

رابعاً : " يجوز لكل من الخصمين أو يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها ، ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين "[٣].

خامساً : " لا يجوز لمن يوجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف "[٤].

---

[١] المادة الثامنة والستون من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ٦٨ من قانون البينات السوري .

[٢] المادة التاسعة والستون من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ٥٨ من قانون البينات السوري ، ونحوه في المادة ٣١ من قانون البينات الأردني .

[٣] المادة الرابعة عشر بعد المائة من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ١/١١٦ من قانون البينات السوري ، ونحوه في المادة ١/٥٧ من قانون البينات الأردني .

[٤] المادة السادسة عشر بعد المائة من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ٢/١١٦ من قانون البينات السوري ، ونحوه في المادة ٢/٥٧ من قانون البينات الأردني .

سادساً : " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل مـــن ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ".[١]

سابعاً : " إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه وإلا اعتبر ناكلا " .[٢]

ثامناً : " التوكيل بالخصومة يخول الوكيل سلطة القيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها والإقرار وقبول اليمين وتوجيهها وردها واتخاذ الإجراءات التحفظية إلى أن يصدر الحكم في موضوعها في درجة التقاضي التي وكل فيها وتبليغ الحكم وتبلغه وذلك بغير إخلال بما أوجب فيه القانون تفويضا خاصاً ".[٣]

- في هذه المواد السابقة دلالة واضحة على جواز نقل عبء الإثبات ، إذ صرحت بأن الخصم الذي تتوجه عليه اليمين الحاسمة ، يحق له ردها لخصمه إذا نكل عنها ، وإن لم يقم بردها حكم عليه بالنكول وخسر دعواه .

---

[١] المادة الثامنة عشر بعد المائة من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ١١٩ من قانون البينات السوري ، ونحوه في المادة ٢/٥٧ من قانون البينات الأردني .

[٢] المادة الرابعة والعشرون بعد المائة من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، ونحوه في المادة ١٢٦ من قانون البينات السوري ، ونحوه في المادة ٢/٥٧ من قانون البينات الأردني .

[٣] المادة ١/٤٩٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري الصادر في ١٩٥٣/٩/٢٨م .

المبحث الثاني : صور نقل عبء الإثبات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : صور نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه :

الصورة الأولى : اليمين المردودة .

وهي اليمين التي تُرد إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه أمام القاضي ، أو هي اليمين التي تُرد إلى المدعى عليه إذا أقام المدعي شاهداً على دعواه ونكل عن اليمين مع شاهده .

فكل من نكل عن اليمين الحاسمة الجالبة للحق المتوجهة إليه في مجلس القضاء انتقلت إلى خصمه[١] ، فيحلف ويستحق الحق المدعى به ، ولا يحق له ردها مرة أخرى " لأن اليمين المردودة لا تُرد "[٢].

الصورة الثانية : اليمين مع الشاهد .

وهي اليمين التي يحلفها المدعي إذا قصرت بينته ، فلو لم يجد شاهدين وأقام شاهداً واحداً جاز له أن يحلف معه ويستحق الحق المدعى به .

إلا أنَّ من قال بالجواز اختلفوا في المسائل التي يقضى فيها بشاهد ويمين ، هل يشترط أن يكون الشاهد فيها رجلاً أو لا بأس بامرأتين مع يمين المدعي ، فذهب الشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى اشتراط ذلك " لأن البينة على المال إذا خلت من رجلٍ

---

[١] سبق بيان الخلاف والترجيح في هذه المسألة .انظر ص١٢٠ .

[٢] بلغة السالك لأقرب المسالك ، لأحمد الصاوي ، تحقيق محمد عبدالسلام شاهين ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ، ج٤ص٩٠ .

[٣] انظر : مغني المحتاج ج٤ص٥١٥ .

[٤] انظر : المغني ج١٤ص١٣٢ .

لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة "[١] ، وذهب المالكية[٢] إلى عدم اشتراطه وأجازوا القضاء بشهادة امرأتين مع يمين المدعي .

الصورة الثالثة : بينة العكس .

ويقصد بها البينة التي يقيمها المدعى عليه رداً على بينة المدعي ونفياً لاستحقاقه . [٣]

فلو أقام المدعي بينة تشهد على صحة دعواه ، جاز للمدعى عليه أن يقيم البينة على نفي استحقاق المدعي لما يدعيه ورداً لبينته ، إذا كان لديه ما يشهد لذلك .

الصورة الرابعة : دفع دعوى المدعي من قبل المدعى عليه بأحد الدفوع .

الدفوع هي : " قول يأتي به المدعى عليه لمواجهة دعوى المدعي ".[٤]

فلو ادعى شخص على آخر بأنه أقرضه ، ودفع المدعى عليه الدعوى بأنه قد أدى ما عليه أو أن المدعي أبرأه ونحوه وأقام البينة على ذلك سقطت عنه دعوى المدعي .[٥]

وبناءً على ما تقدم يتضح لنا أن الصورة الأولى والثانية هي من قبيل نقل عبء الإثبات حقيقة بالمعنى الاصطلاحي الفقهي ، وأما الصورة الثالثة والرابعة فهي من قبيل نقل عبء الإثبات بالمعنى اللغوي حيث إنها نقلت من طرف إلى طرف خلافاً للأصل ، وليست نقلاً بالمعنى الاصطلاحي الفقهي إذ أن المدعى عليه حال إقامة

---

[١] المغني ج١٤ص١٣٢ .

[٢] انظر : الاستذكار ج٧ص١١٧ .

[٣] انظر : وسائل الإثبات ج٢ص٦٩٧ .

[٤] الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، تأليف : عبدالله بن محمد آل خنين ، نشر : مكتبة العبيكان ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٩هـ ، ج١ص٣٣ .

[٥] انظر : الشرح الكبير للدردير ج٤ص٢٢٦ .

البينة للعكس أو الدفع إنما هو في حقيقة الأمر مدعي وليس مدعى عليه ، وعليه فلا تكون من صور نقل عبء الإثبات بالمعنى الاصطلاحي الفقهي .

المطلب الثاني : صور نقل عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه :

الصورة الأولى : النقل بالنص .

نصت القوانين المقارنة على ثلاث حالات من حالات نقل عبء الإثبات هي كما يلي :

أولاً : الحالة العادية – النص الصريح .

نص قانون الإثبات المصري بأن : " على الدائن إثبـــات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه "[1] ، ففي هذه المادة دلالة واضحة ، على أحقية كلٍ من المدعي والمدعى عليه بالإثبات ، فالدائن عليه إثبات الدين لأنه يخالف أمراً يخالف الثابت أصلاً ، فالأصل براءة ذمة المدين ، وعليه أن يثبت أن حقه نشأ في ذمة خصمه إما من خلال إبراز عقد مكتوب أو إحضار الشهود ونحوه ، ولا يلزمه إثبات سلامة الغرض الذي من أجله قُدم الدين لأن ذلك مما ثبت حكماً ، فإذا قدم المدعي الإثبات على ذلك انتفى الأصل وهي براءة الذمة بالنسبة للمدعى عليه ، وحينئذٍ يعتبر الدين ثابتاً في حق المدعى عليه ، وإذا أراد نفيه فإنه يكون مدعياً لأنه يدعي خلاف ما ثبت عرضاً بحقه ، وعليه إثبات التخلص من الدين أو إثبات شبهة في الغرض الذي قُدم الدين من أجله وهكذا ليكسب دعواه[2] ، فيُنقل عبء الإثبات بين الطرفين بإذن القاضي بحسب القضية وظروفها ، حتى يعجز أحدهما عن حمل عبء الإثبات فيخسر دعواه .

---

[1] المادة الثانية من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، رقم ٦٥ الصادر عام ١٩٦٨م .

[2] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٧٦ ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٤١ .

وكذلك ما نصت عليه القوانين المقارنة في مسألة اليمين وردها على الخصم إذا نكل عنها من توجهت إليه ، وسبق بيانها .[١]

ثانياً : حالة القرائن القضائية .

قد يصعب على المدعي إقامة الدليل على ما يدَّعيه ، وقد يستعصي عليه في أحيان كثيرة ، وفي مثل هذه الحالات يتدخل المنظم ويفترض ثبوت هذه الوقائع التي يصعب إثباتها ، وذلك عن طريق القرائن القضائية ، وعليه فيجوز أن ينقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى بحكم الواقع عن طريق قيام القرائن القضائية التي تشهد مبدئياً لصحة وقوة دعوى المدعي ، فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت صحة موقفه وهكذا ، ومن ذلك لو أن شخصاً أراد إثبات الصورية في عقد صدر من أب لابنه ، فيثبت المدعي إلى جانب علاقة البنوة أن الابن وهو صغير عديم الكسب وليس له مال ظاهر للعيان يسمح له بالبيع أو الشراء وإجراء العقود ، فحينئذٍ يكون ما صدر من المدعي قرينة قانونية قضائية على أن هذا العقد عقد صوري وأن ما دفع فيه من ثمن واقعة صورية ، وعلى القاضي نقل عبء الإثبات إلى الأب المدعى عليه لكي يثبت مصدراً معيناً ودخلاً لابنه يكون قد أتى بالمبلغ منه ، أو أن العقد إنما هو هبة في صورة البيع ، فيكون له حكم الهبة لا حكم البيع .[٢]

ثالثاً : حالة القرائن القانونية .

قد يصعب على المدعي إقامة الدليل على ما يدَّعيه ، وقد يستعصي عليه في أحيان كثيرة ، وفي مثل هذه الحالات يتدخل المنظم ويفترض ثبوت هذه الوقائع التي يصعب إثباتها ، وذلك عن طريق القرائن القانونية التي يلجأ إليها المنظم عند توافر

---

[١] انظر ص١٣٠-١٣١ من هذا البحث .

[٢] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٧٩ .

ظروف معينة تعتبر كافية لاستنباط القرائن منها ، فيستغني عن تقديم الإثبات على دعواه ، وينقل هذا العبء على كاهل خصمه المدعى عليه . [١]

والقرائن القانونية ، إما أن تكون قاطعة ، وإما أن تكون غير قاطعة ، وسنتحدث عن القرائن القانونية غير القاطعة هنا ، والقسم الثاني سيكون الحديث عنه في مبحث الإعفاء .

فالقرائن القانونية غير القاطعة هي الأصل ، وتقبل إثبات العكس ، ولا تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات نهائياً وإنما تنقله إلى خصمه ، وقد يعود إليه مرة أخرى ، ويجب عليه أولاً إثبات الواقعة التي تقوم عليها القرينة القانونية . [٢]

ويشهد لذلك ما نُص عليه في القانون المدني المصري من أن : " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك "[٣] ، ففي هذه المادة دلالة واضحة على أن الوفاء بقسط واحد من الأجرة اللاحقة قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة ، فالواقعة المراد إثباتها هي واقعة الأقساط السابقة وقد اعتبرها القانون ثابتة وأعفى المستأجر من إثباتها ، وأما واقعة الوفاء بالقسط اللاحق فهي الواقعة التي تقوم عليها القرينة القانونية ، و لم يعفِ القانون المستأجر من إثباتها ، بل ألزمه بالإثبات ، وحينئذٍ ينتقل عبء الإثبات إلى المؤجر ويتعين عليه إثبات أن المستأجر لم يدفع أياً من الأقساط السابقة وهكذا [٤] .

---

[١] انظر : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٤١ .

[٢] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٦٠٦-٦٠٧ ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٤٣-٤٤ .

[٣] المادة (٥٨٧) من القانون المدني المصري .

[٤] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٦٠٣، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٤٥ .

وجدير بالإشارة إلى أن من يتمسك بالقرينة القانونية عليه أن يثبت توافر الشروط التي اشترطها القانون لقيام هذه القرينة ، وعليه يكون من تقررت لصالحه ليس معفىً من كل إثبات ، ولكن تغير بالنسبة له محل الإثبات ، من واقعة إلى أخرى بسبب القرينة القائمة ، وينتقل عبء الإثبات إلى خصمه ، ولو نجح في الإثبات انتقل عبء الإثبات من جديد وعاد إلى من تقررت لمصلحته القرينة القانونية . [١]

الصورة الثانية : النقل بالاتفاق .

من صور نقل عبء الإثبات بالاتفاق نظاماً ما يلي :

١- نص القانون المدني المصري على أن : " المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه "[٢] ، ولكن يجوز للطرفين أن يتفقاً مقدما على نقل عبء الإثبات إلى الطرف الأخر وهو المؤجر ، وعليه يكون المستأجر غير مسئولا عن الحريق إلا إذا أثبت المؤجر ذلك عليه . [٣]

٢- ونص كذلك على أنه : " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي[٤] فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما "[٥] ، ولكن يجوز مقدماً أن ينقل عبء الإثبات بين الطرفين من

---

[١] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٦٠٤، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٤٥-٤٦ .

[٢] المادة الرابعة والثمانون بعد الخمسمائة من القانون المدني المصري ، رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨م .

[٣] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ص٨٨ .

[٤] أي المقصود به الشرط الجزائي ، انظر : المرجع السابق ج٢ ص٨٨ .

[٥] المادة الخامسة والعشرون بعد المئتان من القانون المدني المصري ، رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨م .

الدائن إلى المدين ، فيكون على الدائن المطالبة بقيمة الضرر الذي جاوزت قيمته الشرط الجزائي ، إلا إذا أثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً .[١]

المبحث الثالث : آثار نقل عبء الإثبات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آثار نقل عبء الإثبات .

لنقل عبء الإثبات من خلال ما سبق بيانه ، آثار تتضح على الإثبات ، ويمكن بيانها من خلال ثلاثة فروع هي :

الفرع الأول : آثاره على اليمين .

لنقل عبء الإثبات على اليمين في الإثبات أثر واضح ، فاليمين في أصل الشرع وبحسب النصوص العامة على عاتق المدعى عليه ، وذلك لقول النبي ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[٢] ، وقوله ﷺ مخاطباً المدعي : (**ليس لك إلا ذلك**)[٣] ، ولكن الصحيح[٤] أن عبء الإثبات يمكن نقله من طرف إلى طرف ، وعليه فتكون اليمين مشروعه في حق من قوي جانبه وترجح بأحد البينات المرجحات أو القرائن المعهود في الشرع اعتبارها ، سواء كان مدعياً أم مدعى عليه ، فهي لا تثبت في حق طرف واحد أبد الزمان ، وذلك لأحاديث وردت خاصة

---

[١] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ص٨٨ .

[٢] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٣] سبق تخريجه ، انظر ص٩٢ .

[٤] انظر ص١٢٠ من هذا البحث .

خصصت العام ، ومنها : (**أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد**)[١] ، و (**أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق**)[٢].

الفرع الثاني :آثاره على البينة .

من المقرر أن البينة تقع على عاتق المدعي من حيث الأصل ، وذلك لقول النبي ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[٣] ، وقوله ﷺ مخاطباً المدعي : (**شاهداك أو يمينه**)[٤] ، وأن المدعى عليه ليس له الإثبات بالبينة ، ولكن الصحيح[٥] أن عبء الإثبات يمكن نقله من طرف إلى طرف ، وعليه فيكون الإثبات بالبينة مشروع في حق كل من يدعي ، سواءً كان مدعياً أم مدعى عليه حقيقة كما بينا ذلك في صور نقل عبء الإثبات[٦] ، فهي لا تثبت في حق طرف واحد أبد الزمان ، وذلك لأحاديث وردت خاصة خصصت العام كقوله ﷺ : (**إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو مما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار**)[٧] ، فالبينة أتيحت لطرفي الدعوى في هذا الحديث الصحيح .

الفرع الثالث : آثاره على الأمين .

---

[١] سبق تخريجه ، انظر ص١٠٧ .

[٢] سبق تخريجه ، انظر ص١٠٦ .

[٣] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٤] سبق تخريجه ، انظر ص٩٢ .

[٥] انظر ص١٢٠ من هذا البحث .

[٦] انظر ص١٣٢ من هذا البحث .

[٧] سبق تخريجه ، انظر ص٦٨ .

الأصل في الإثبات أن المدعي يتحمل الإثبات لما يدعيه ، وأن الأمين يقبل قوله بيمينه في التلف ونفي الخيانة ونحو ذلك[١] ، إلا إنه إن كان المدعى عليه أميناً ، وقوي جانب المدعي بمرجحات وقرائن ولا بينة لديه ، فعلى المدعى عليه الأمين أن يثبت سلامة موقفه من خلال رده لدعوى المدعي وإثبات ما يقول ، فحينئذٍ يكون عبء الإثبات انتقل للمدعى عليه الأمين وبرئ من القضية التي وجهت إليه ، وإن لم يستطع الإثبات نقلت اليمين إلى المدعي فيحلف ويستحق .

الفرع الرابع : آثاره على القضاء القضاة .

القول بجواز نقل اليمين بين طرفي الدعوى ، فيه أثر نافع عائدٌ إلى القضاء والقضاة ، وفيه بيان لمرونة الدين الإسلامي الحنيف ، فلم يقف جامداً بنصوص محددة أمام أصناف القضايا المتناثرة ، والتطورات المتتالية ، بل جعل لكل ذلك ما يتناسب معه من خلال مرونته وعدم جموده ، فالشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، ولو قيل بعدم الجواز لطالت التهمة القضاء والقضاة في تضييع الحقوق ، والجمود وعدم الاجتهاد وهكذا .

الفرع الخامس : آثار عامه .

١- من أهم آثار نقل عبء الإثبات ، أن القول بمشروعيته يؤدي إلى الوصول إلى معيار حاسم ودقيق في بيان حقيقة المدعي والمدعى عليه ما أمكن ذلك .

٢- دقة التقاضي ، وارتياح المتقاضي ، ومنح كل ذي حق حقه ، في إبداء رأيه وحجته على ما يدعيه مدعياً كان أم مدعى عليه ، إذ لو أن كل شخصٍ هضم حقه ، لا بينة لديه سيتوقف ابتداءً عن المطالبة به ، إيماناً

[١] انظر : الحاوي ج٨ص٣٧١ ، المحرر في الفقه ج١ص٣٥٥ .

منه بضياع حقه وفواته ، وهذا غير صحيح على إطلاقه ، فقد لا يؤدي خصمه اليمين حال إنكاره ، وقد ينكل عنها وتتوجه إليه وهكذا ، مما يساعد في عودة الحقوق إلى أصحابها .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على نقل عبء الإثبات .

تطبيقات النقل

التطبيق الأول : بينة العكس .

من قضايا المحكمة العامة بالرياض

رقم الصك : (٣٥١٢٩٨٠١٢٤٠٣١٠٠٤٤) في ١٤٣١/٠٥/١٣هـ .

الدعوى

حضر .... وادعى على .... قائلاً في دعواه إنني أملك العقار الواقع في حي العريجاء شارع خديجة بنت خويلد غرب القرية الشعبية وقد أجرته على موكلة المدعى عليها لمدة خمس سنوات اعتباراً من ١٤٢٥/٧/٢٩هـ بأجرة سنوية قدرها خمسة وثمانون ألف ريال وقد انتهت مدة العقد و لم تخل موكلة المدعى عليه العقار إلا بعد تسعة أشهر من انتهاء العقد اطلب إلزامها بدفع قيمة إيجار التسعة أشهر وقدرها مائة وأربعة وستون ألف ريال وذلك بعد إفهام المدعى عليها من قِبَل المكتب العقاري بارتفاع الأجرة السنوية إلى مائتين وعشرين ألف ريال هذه دعواي .

الإجابة

وبعرض الدعوى على المدعى عليه وكالة أجاب بقوله ما ذكره المدعي في دعواه من عقد الإيجار والمدة وأجرة الخمس سنوات صحيح ، لكن بداية العقد ليست في ١٤٢٥/٠٧/٢٩هـ وإنما هي في ١٤٢٥/٠٤/٠١هـ .

السير في نظر القضية

ثم لدى سؤال القاضي المدعي عن البينة في أن مدة العقد تبدأ من ١٤٢٥/٠٧/٢٩هـ ، أبرز صورة العقد ولدى سؤاله عن أصل العقد قال إنه ليس معي الآن ، وفي الجلسة اللاحقة سأل القاضي المدعي عن إحضاره لصك الملكية وأصل العقد المبرم مع المدعى عليها قال لقد أحضرت صك الملكية و لم أحضر أصل العقد لأنه ليس عندي فجرى الإطلاع على الصك فوجد أنه برقم ١٠/٩٤٩٣ في ١٤٢٢/٠٥/٠٤هـ ورقم القطعة ٣/٣٩٢ من المخطط ٢٠٠٨/أ الواقعة بضاحية العريجاء بالرياض .

ثم سأل القاضي المدعى عليه وكالة عن بينته في أن العقد أبرم في ١٤٢٦/٠٤/٠١هـ وليس في ١٤٢٥/٠٧/٢٩هـ فأبرز أصل عقد مع المدعي بتوقيع الطرفين ، وبسؤال المدعي عن هذا العقد قال إن هذا التوقيع توقيعي .

ثم قال المدعى علية وكالة إن موكلتي لم تخل العقار محل العقد إلا بعد شهر من تاريخ نهاية العقد .

التسبيب والحكم

فبعد سماع الدعوى والإجابة وبناء على ما تقدم وحيث لا بينة للمدعي على بداية العقد سوى ما قدم وحيث قدم المدعى عليه وكالة بينته على العقد وبدايته وأقر المدعي بتوقيعه على العقد وحيث أقر المدعى عليه وكالة بأن موكلته لم تخل العقار إلا بعد شهر من تاريخ نهاية العقد فقد حكمت على المدعى عليها بتسليم سبعة ألاف وثلاثة وثمانين ريال وثلاثاً وثلاثين هللة للمدعي وبعرض ذلك على المدعي والمدعى عليه قرر المدعى عليه وكالة قناعته كما قرر المدعي عدم قناعته بالحكم

وطلب رفعه للتمييز ، وبالله التوفيق وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

التصديق

برفع المعاملة إلى محكمة التمييز صادقت على الحكم بموجب القرار رقم ٣٢٧/ق١/أ في ١٤٣١/٠٧/٠٨هـ .

تحليل الحكم

نلحظ مما سبق ، أن ناظر القضية قد طلب من كلا الطرفين البينة على ما يقول ، ومنحهم حرية الإثبات ، فقدم المدعي بينته وكانت بينة غير موصلة ، وقدم المدعى عليه بينة موصلة أقر المدعي بصحتها وصحة توقيعه ، فحكم القاضي بناءً على ما قدم المدعى عليه من بينة قاومت بينة المدعي وألغتها وقررت أن مدة العقد تبدأ من التاريخ المحدد في بينة المدعى عليه ، فيكون القاضي قد نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه لإثبات صحة ما يقول .

التطبيق الثاني : القضاء بالشاهد واليمين .

من قضايا المحكمة العامة بالرياض .

رقم الصك : (١٦/٣٥٨) في ١٤٢٥/١١/١٦هـ .

الدعوى

حضر .... وادعى على .... قائلاً في دعواه : إن موكليَّ قد ساهم مع مورث المدعى عليهم في الأرض الواقعة بأم الحمام الدارجه من مؤسسة .... بمبلغ مليون ريال في مساحه قدرها مائة ألف متر مربع مشاع وذلك بتاريخ ١٣٩٥/٠٤/١٢هـ وحتى هذا التاريخ لم يصل موكلي من حقهما شيء ، أطلب إلزام الورثة بتصفية المساهمة وتسليم موكلي نصيبهما من رأس المال والأرباح من تركة مورِّثهم أسوة ببقية الغرماء ، هذه دعواي .

الإجابة

وبسؤال المدعى عليه أصالة ووكالة أجاب قائلاً إنني قد اطلعت على سند المساهمة الذي بيد المدعيين وهو بتوقيع والدي ويتضمن مساهمة المدعيين مع والدي في الأرض التي ذكرها وبالمبلغ الذي المدعي وكالة ، وبمراجعة أوراق والدي تبين أنه تصرف في جزء من الأرض المذكورة بالبيع بربح أربعمائة وسبعين في المائة ، وأما الجزء الأخير في الأرض فلم تثبت الملكية للبائع على والدي وبقى للمدعيين رأس مالهما كغيرهما من المساهمين ، وقد عملت كشف حساب للمدعيين من خلال أوراق والدي تبين منه أن نصيب المدعيين من الأرباح ورأس المال بلغ مليونين وثمانمائة واثنين وثمانين ألف وخمسمائة ريال هكذا أجاب .

السير في نظر القضية

وبعرض ذلك على المدعي وكالة قال إن موكليَّ يصادقان المدعي على ما ذكر ، ويطالبان بإثبات حقهما كغيرهما من المساهمين .

وبسؤاله هل لدى موكليه بينة أبرز سند المساهمة وقد جاء فيه التاريخ ١٣٩٥/٠٤/١٢هـ الحمد لله وحده وبعد فقد باع .... على المكرم .... وشقيقته .... مساحة مائة ألف متر مشاع سعر المتر عشرة ريالات صافي من أرض .... الدارجه عليه بالشراء من مؤسسة .... التجارية العقارية ، وموقع الأرض بأم الحمام عن قيمة قدرها مليون ريال صافي سقطت من الطلب الذي على .... لـ .... وشقيقته .... من رأس مالهم وربحهم في أرض .... بأم الحمام مخطط رقم .... والسعي للمبيع المذكور أعلاه ريالين ونص في المائة على المشتريين ، وبالله التوفيق ، الشاهد .... وتوقيعه ، البائع .... وتوقيعه ، المشتري عنهم .... وتوقيعه أ.هـ .

وبسؤاله هل لدى موكليه زيادة بينة ، قال : نعم وسوف أحضرها في الجلسة القادمة .

وفي جلسة أخرى حضر الطرفان ، وحضر لحضورهما .... وبسؤاله عما لديه قال : أنني كنت أعمل كاتباً مع مورث المدعى عليهم في حياته وقد اطلعت على سند المبايعة الذي بيد المدعي وكالة ويتضمن بيع .... على موكليَّ المدعي مائة ألف متر مربع من أرض .... بسعر المتر عشرة ريالات عن قيمة قدرها مليون ريال وأنا الذي كتبت ورقة المبايعة وقام .... بتوقيعها ثم تصرف .... في الأرض المذكورة ببيع جزء منها بلغ أربعين بالمائة بربح قدره أربعمائة وسبعين بالمائة وأما باقي الأرض فلم تثبت ملكيته للبائع على .... ويبقى المدعيان على رأس مالهما في المبلغ المذكور من خلال مراجعتي لأوراق .... عملت كشفاً لحساب المدعيين تبين منه أن نصيبهما من الأرض المذكورة بلغ مليونين وثمانمائة واثنين وثمانين ألف

وخمسمائة ريال شاملة رأس المال والأرباح في الأرض المذكورة ثابتة في ذمة المدعى عليهم هذا ما لدي وأشهد به وقد ثبتت عدالته في قضايا سابقة .

وبسؤال المدعي وكالة هل لدى موكليه زيادة بينة قال : لا ، وقد طلبت منه إحضار موكليه في الجلسة القادمة .

وفي جلسة أخرى حضر المدعيين أصالة .... وحضر المدعى عليه أصالة ووكالة ، وبعرض اليمين على المدعيين قالا : سوف نحلف ثم حلف كل منهما قائلاً : والله العظيم أنني ساهمت أنا وشقيقتي .... مع .... في الأرض الواقعة بأم الحمام بمبلغ مليون ريال وذلك بتاريخ ١٣٩٥/٠٤/١٢هـ ، ولم يصلنا منه شيء حتى الآن ، ولازال المبلغ بذمته هكذا حلفا .

التسبيب والحكم

وبتأمل ما تقدم من الدعوى والإجابة وبعد مطالعة سند المساهمة وكشف الحساب الذي أعده المدعى عليه وسماع شهادة الشاهد وحيث حلف المدعيان مع شهادة الشاهد ولقضاء النبي ﷺ بالشاهد مع يمين طالب الحق ، لذا فقد ثبت لدي أن للمدعيين في ذمة مورث المدعى عليهم مبلغاً قدره مليونان وثمانمائة واثنين وثمانون ألف وخمسمائة ريال مناصفةً بينهما في تركة المتوفى مقدمة على توزيع التركة وأنها أسوة ببقية الغرماء وبذلك حكمت ، وقنع بذلك الطرفان ، وقررت تمييزه لوجود الطرفين والقاصرين ، وبالله التوفيق ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد .

التصديق

وبرفع المعاملة إلى محكمة التمييز صدر القرار رقم ٦٠/ق٥/أ في ١٤٢٦/٠٢/٠٩هـ .

تحليل الحكم

قرر القاضي في هذا الحكم الأخذ بحديث الشاهد واليمين وإعماله ، فطلب القاضي من المدعين بعد أن أقاموا شاهداً واحداً ترجح به جانبهم ، أن يأتوا باليمين لاستحقاق ما يدعونه ، ولم يلزمهم بالبينة الشرعية الكاملة وإحضار شاهدين عدلين أو الاكتفاء بيمين المدعى عليه ، فأعفاهم من البينة الكاملة ونقل اليمين إلى جانبهم وإن كانت في الأصل حقٌ للمدعى عليه .

التطبيق الثالث : دفع دعوى المدعي من قبل المدعى عليه بأحد الدفوع وإثباته ذلك بالبينة الشرعية .

رقم الصك : (٥/٧٣) في ١٤٢٦/١٠/٢٥هـ .

الدعوى

حضر .... وادعى على .... قائلاً في دعواه : سبق أن تعاقد موكلي مع المدعى عليه مع طرف آخر على شراء قطعة أرض من الطرف الآخر بمبلغ خمسمائة ألف ريال تدفع مناصفة بين موكلي وبين المدعى عليه على أن يقوما بالسداد بعد عام من التوقيع على العقد والإفراغ وقد تقرر ببنود العقد أنه في حالة السداد المبكر يقوم المدعى عليه بخصم جزء من المبلغ المستحق وقد تبين لنا بعد الإفراغ أن الأرض بها عيوب متمثلة في الدفان العميق مما يعيبها بشكل كبير إضافة إلى أن البائع أخل بأحد بنود العقد حيث أن الاتفاق كان بيع آجل حيث احتال على الشيك وقدمه قبل الموعد وقد طلبنا من المدعى عليه رد الأرض عليه أو خصم مبلغ كبير من المتفق عليه إلا أنه رفض كلا الحلين وحيث أن هناك غبن قد وقع علينا متمثل في سعر الأرض الذي يتعدى بكثير قيمتها الحقيقية فضلاً على أنه قام بتقديم دعوى ضدنا بوزارة التجارة أطلب تقدير قيمة الأرض الفعلية أو إرجاع الأرض هذه دعواي .

الإجابة

وبعرض ذلك على المدعى عليه قال صحيح أنه جرى بيننا عقد شراء للأرض بمبلغ خمسمائة ألف ريال مؤجلة مشاركة بيني وبين شريكي أما بخصوص الدفان فقد ذكرت في العقد وقد أخبرتهم بها .

السير في نظر القضية

أبرز المدعى عليه عقد اتفاق يشهد لما دفع به .

وبعرضه على المدعي وكالة قال أطلب صورة منه وزود بصورة منه .

وفي جلسة أخرى حضر الطرفان وجرى سؤال المدعي وكالة عما استمهل لأجله فأبرز ورقة محررة من ورقة واحدة برفقتها ورقتان بخصوص العقد جرى ضمها لملف القضية وزود المدعى عليه بصورة منها .

وبسؤال المدعى عليه عن إجابة المدعي وكالة قال هذا الإدعاء غير صحيح وأبرز صورة العقد الأصل مكون من ورقتين والبند الثاني مذكور فيه أن الأرض تحتاج إلى دفان ولا أعلم أقليل هو أم كثير هكذا أجاب .

وبعرض ذلك على المدعي وكالة قال إن المدعى عليه غيَّر الورقة الأولى وفيها البند الثاني غيَّره أيضاً ، بخلاف ما كان عليه العقد الأول ولدي شهود على ذلك وهم شهود العقد أطلب الإمهال لإحضارهم فأجيب لطلبه .

وفي جلسة أخرى حضر الطرفان وبسؤال المدعى عليه عما استمهل لأجله قال لدي شاهد قد أحضرته وبطلبه حضر الشاهد .... وبسؤاله عما لديه قال أشهد بالله تعالى بأني صاحب مكتب .... وقد قمت بالتوسط في بيع الأرض التي يملكها .... الواقعة في .... ومساحتها ٢م٧٥٠ حيث طلب مني التوسط الراغب في الشراء .... وقد دخلت فعلاً كوسيط بين صاحب الأرض والمشتري .... و .... وبعد فترة تجاوزت الثلاثة أشهر وافق المالك على البيع وأوضح للمشترين بأن الأرض دفان ولا يعرف مدى هذا الدفان هل هو قليل أم كثير وذكر ذلك في العقد المبرم بينهم وأنا أحد الشاهدين عليه والوسيط في بيع الأرض كما أنه بعد صدور الحكم من وزارة التجارة بإلزام المشترين بالسداد طلب مني .... التوسط عند .... بطلب

المهلة في تسديد القيمة وذلك أكثر من مرة وقد كلمت .... أكثر من مرة هذا ما لدي وبه أشهد .

وعليه رفعت الجلسة وفي جلسة أخرى حضر الطرفان وبعرض شهادة الشاهد وحاله على المدعي وكالة قال إن شهادته غير صحيحة وأما حاله فالله أعلم بها كما أنني أحضرت أحد شهود العقد .... وأطلب سماع ما لديه وبطلبه حضر .... وبسؤاله بما لديه من شهادة قال أشهد لله تعالى بأني حضرت أثناء توقيع عقد المبايعة لأرض .... على .... و .... ووقعت على شراء .... و .... لأرض .... وكانت القيمة مؤجلة و لم يذكر في العقد أن الأرض دفان أو لا هكذا شهد .

فجرى سؤال الطرفين هل لديهما ما يضيفانه فقال إنه ليس لدينا ما نضيفه وقد قدمنا كل ما لدينا من بينات هكذا أجابا وطلبت من المدعى عليه تزكية شاهده فأحضر .... و .... وشهدا بحالة الشاهد .... وأنه مقبول الشهادة لهما وعليهما وأنهما لم يجربا عليه كذباً وقد جرى الاطلاع على الإجابة التي قدمها المدعي فلم أجدها تخرج عما ضبط سوى ما ذكر من أنه جرى تغيير الورقة وكتب فيها شرط الدفان .

التسبيب والحكم

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة وحيث صادق المدعى عليه على البيع ودفع بأن عقد البيع تضمن إعلام المشترين بأن الأرض بها دفان وحيث أنكر المدعي ذلك وحيث طلب من المدعى عليه البينة على دفعه وحيث أحضر المدعى عليه صاحب المكتب الذي توسط في البيع وشهد بصحة دفع المدعى عليه وأن المدعى عليه ذكر أن في الأرض دفان وقت البيع ولا يعلم مداه بحضور المشترين وأن المشتري طلب منه التوسط في الإمهال في السداد بعد أن تقدم المدعى عليه لوزارة التجارة وحكم له بموجب الشيك وحيث جرى تعديل الشاهد شرعاً فقد أفهمت المدعى عليه أن

عليه اليمين مع شاهده فاستعد لأدائها ثم حلف بعد أن أذنت له قائلاً والله العظيم الذي لا إله هو أنني بعت الأرض الواقعة .... المذكورة في الدعوى على .... و .... بمبلغ خمسمائة ألف ريال وقد ذكرت لهما أن الأرض بها دفان ولا أعلم عمق الدفان هل هو قريب أم بعيد وكتبت ذلك في العقد بيننا المؤرخ في ١٤٢٩/١/١٨هـ والله العظيم هكذا حلف وبناء عليه فقد صرفت النظر عن دعوى المدعي وأخليت سبيل المدعى عليه من هذه الدعوى و لم يقنع المدعي وطلب التمييز فأجيب لطلبه ، وبالله التوفيق ، وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

التصديق

وبرفع المعاملة إلى محكمة التمييز صدر القرار رقم ١١٨/ق٣/أ في ١٤٢٧/١/٢٠هـ .

تحليل الحكم

حكم القاضي في هذه القضية بناءً على بينة المدعى عليه ، فالمدعي عندما ادعى وأحضر ما لديه من بينات ، أقر المدعى عليه ولكنه دفع بدفع موضوعي ، فطولب بالبينة على ما يقول ، فأحضر البينة وكانت شاهداً واحداً وحلف معه ، وسقطت الدعوى عنه ، فالقاضي هنا قد نقل عبء الإثبات بالبينة من المدعي إلى المدعى عليه وطالبه به ، وقد أعفاه من أيضاً من النصاب في الشهادة ، واكتفى منه بشاهد واحد ويمين .

الفصل الثاني

(الإعفاء من عبء الإثبات فقهاً ونظاماً)

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : جواز الإعفاء من عب الإثبات في النظام السعودي .

المطلب الثالث : جواز الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن .

المبحث الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : صور الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه :

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص .

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق .

المطلب الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه :

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص .

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق .

المبحث الثالث : آثار الإعفاء من عبء الإثبات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آثار الإعفاء من عبء الإثبات .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على الإعفاء من عبء الإثبات .

الفصل الثاني
(الإعفاء من عبء الإثبات فقهاً ونظاماً)

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : حكم الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي .

مر معنا سابقا تعريف الإعفاء من عبء الإثبات[١] ، وبقي الحديث في حكمه ، وقبل بيان ذلك ، يحسن تقسيم الإعفاء إلى قسمين هما :

الفرع الأول : الإعفاء بالنص .

الإعفاء بالنص هو إعفاء أحد طرفي الدعوى من الإثبات لما يدعيه ، وذلك بالنص على هذا الإعفاء ، سواء كان هذا الإعفاء بنص شرعي من الكتاب أو السنة ، أو نص عليه الصحابة الكرام ﷺ ، أو نص عليه الفقهاء – رحمهم الله – كما سيأتي معنا ذلك في معرض عرضنا للصور .

وقد ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى مشروعية الإعفاء من عبء الإثبات من حيث الأصل ، وإنما اختلفوا في الصور والتطبيقات ، فبعضهم

---

[١] انظر : ص٣١-٣٢ من هذا البحث .

توسَّع في ذلك ، وبعضهم ضيق ، كما سيأتي بيان ذلك عند الحديث عن صور الإعفاء بالنص .

وقد نص الفقهاء – رحمهم الله – على بعض الحالات والصور التي يعفى فيها المدعي من عبء الإثبات ، وافترضوا ثبوت ما يدعيه من خلال قرائن ومعاني خاصة اعتبرها الشريعة و لم تهملها ، وقد يكون الإعفاء كلياً فيعفى المدعي من كل إثبات وعلى المدعى عليه إثبات العكس ، وكذا يمكن قبول قوله ويصدق من دون يمين ، وقد يكون الإعفاء جزئياً إذا ترجح قول المدعي فيتقوى جانبه ، فتشرع اليمين في حقه ويعفى من الإثبات المناط به كالشهادة مثلاً ويكتفى منه باليمين .

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى :﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧** ﴾[٥] ، فطُلب من الزوج بنص الآية الإثبات بملاعنة زوجته من خلال أيمان يؤديها على صفة مخصوصة ، جعلها الله حجة له بمنزلة البينة وأعفي منها ؛ لأن الرجل إذا رأى مع امرأته رجلا

---

[١] انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ومعه حاشية الشِّلْبِيِّ ، لعثمان بن علي الشهير بفخر الدين الزيلعي الحنفي ت : ٧٤٣هـ ، نشر المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق ، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٣١٣هـ ، ج٣ص١٥ ، وص١٨٥ .

[٢] انظر : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ، لأبي محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت :٤٥٠هـ ، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ ، ج٦ص٤١١ ، مواهب الجليل ، ج٨ص١١٠ .

[٣] انظر : السراج الوهاج على متن المنهاج ، ص٤٤٥ و ص٥٩٤ .

[٤] انظر : المحرر ، ج٢ص٢٠٧ ، وج٢ص٢٢٥ .

[٥] سورة النور آية (٦-٧) .

ربما لا يمكنه إقامة البينة عليه ، ولا يمكنه الصبر على العار ، فجعل اللّه اللعان حجة له على صدقه ، وسميت شهادة لأنها نابت مناب الشهود ، فيسقط عنه حد القذف بمجرد أدائها ، ويدرأ عنها العذاب إذا قابلت شهادات الزوج بشهادات من جنسها [١] .

ولذا قال في المحرر : " فإن دعوى الزنا دعوى ما يوجب الحد والقياس أن لا يمين فيها لكن شرعت إذا ادعاه الزوج لأن له حقا في ذلك وهو إفساد فراشه وإفساد العارية كما أقيمت يمينه مقام شهادة غيره في درء الحد عنه "[٢].

الفرع الثاني : الإعفاء بالاتفاق .

الإعفاء بالاتفاق هو : إعفاء أحد طرفي الدعوى لخصمه من الإثبات لما يدعيه ، وذلك بأن يتفقا على أن يعفي أحدهما صاحبه في حالة كذا وكذا ، أو أن فلان مصدق قوله قِبَلي في كل حال ، وهكذا كما سيأتي معنا ذلك في معرض عرضنا للصور .

وقد اختلف الفقهاء في حكم الإعفاء من الإثبات بالاتفاق بين الطرفين على قولين هما :

---

[١] انظر : معالم التنزيل ، لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ت:٥١٠هـ ، تحقيق محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش ، نشر دار طيبة ، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ ،ج٦ ص١١-١٢ ، تفسير ابن سعدي ج١ص٥٦٢ .

[٢] ج٢ص٢٢٥ .

أولاً : الأقوال في المسألة :

القول الأول :

ذهب الحنفية[١] إلى منع الإعفاء من عبء الإثبات بالاتفاق .

القول الثاني :

ذهب الجمهور من المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] إلى جواز الإعفاء من عبء الإثبات بالاتفاق .

---

[١] انظر : الدر المختار ج٥ص٥٩٤ ، وإنما رخصوا فقط في افتداء اليمين ، فقالوا بإعفاء من توجهت عليه اليمين بالاتفاق بين الخصمين إذا افتداها بماله ، وشاركوا الجمهور في ذلك بشرط أن يكون المدعي محقاً ، انظر : حاشية قرة عيون الأخيار ، ج١١ص٦٢٥-٦٢٦ .

[٢] انظر : تبصرة الحكام ، ج٢ص٨٢ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج٤ص٨٩ .

[٣] انظر : الأم ، ج٧ص٣٦ ، حاشية إعانة الطالبين ، المؤلف : لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي ت ١٣٠٢هـ ، نشر دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ، ج٣ص٣٠٩، حاشيتا قيلوبي وعميره ، لشهاب الدين القليوبي ت ١٠٦٩ هـ وأحمد البرلسي عميرة ت ٩٥٧هـ ، على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلى ت٨٦٤هـ على منهاج الطالبين للإمام النووي ت٦٧٦ ، نشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ ، ج٣ص٦.

[٤] انظر : المحرر في الفقه ، ج٢ص١٩٨ ، الطرق الحكمية ج١ص١٣٠ .

ثانياً : الأدلة في المسألة :

أدلة القول الأول :

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه ببعض الأدلة منها :

الدليل الأول :

أن النبي ﷺ قال : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[1] ، فلا يجوز طلب اليمين من المدعي ولو كان برضا المدعى عليه وطلبه . [2]

الدليل الثاني :

أن القول بالإعفاء فيه مخالفة للشرع وتغيير له ، فحكم الشرع أن اليمين على المدعى عليه مطلقاً . [3]

---

[1] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[2] انظر : الدر المختار ، ج٥ص٥٤٩ ، رد المحتار ، ج٨ص٢٩٥-٢٩٦ .

[3] انظر : الدر المختار ، ج٥ص٥٤٩ ، رد المحتار ، ج٨ص٢٩٥-٢٩٦ .

أدلة القول الثاني :

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه ببعض الأدلة منها :

الدليل الأول :

استدلوا بقوله ﷺ : (**ذبوا عن أعراضكم بأموالكم**)[١] .

وجه الاستشهاد :

الحديث فيه دلالة واضحة على جواز المصالحة عن الأعراض والأيمان بالأموال ، حتى ولو كانت الأيمان صادقة ، صيانة للنفس والعرض عن القيل والقال وهو أمر حسن ومشروع .[٢]

الدليل الثاني :

ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه : " افتدى منها وقال أخاف أن يوافق قدرُ بلاءٍ فيقال بيمينه ".[٣]

وجه الاستشهاد :

---

[١] أخرجه الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب في باب الذال من حديث أبي هريرة برقم (٣١٤٣) ج٢ص٢٤٣ ، الفردوس بمأثور الخطاب ، لأبي شجاع شيرويه بن شهردار بن شيرويه الديلمي الهمذاني ت: ٥٠٩هـ ، تحقيق ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ ، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته ، لمحمد بن ناصر الدين الألباني ، نشر المكتب الإسلامي – بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ ، ٦٤٤/١ .

[٢] حاشية قرة عيون الأخيار ، ج١١ص٦٢٥-٦٢٦ .

[٣] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في كتاب الشهادات باب تأكيد اليمين بالمكان ، من طريق مراسيل الشافعي برقم ٢١٢١٢ .

فيه دلالة واضحة على أن عثمان بن عفان ﷺ قد توجهت إليه اليمين ، ولكنه صان نفسه وعرضه ، وافتدى يمينه بمال صالح فيه خصمه ، وقد كان محقاً فيها لو أداها ، ولكن خشي أن يوافق يمينه قدرٌ فيقول الناس هذا بسبب يمينه .

ثالثاً : الترجيح :

بعد عرض الأقوال في المسألة ، وأدلة كل فريق ، ترجح لي والله أعلم بالصواب ، مشروعية الإعفاء من عبء الإثبات بالاتفاق ، لما سبق في أدلة الجمهور ، ولأن كل خصم تنازل عن حقه من الإثبات قِبَلَ خصمه إنما هو برضاه ، وطلب الإثبات حق مشروع له ، فهو كأنما تنازل عن حقه بنفسه ، ورضي بإسقاطه .

المطلب الثاني : جواز الإعفاء من عب الإثبات في النظام السعودي .

يحسن قبل الخوض في بيان حكم الإعفاء من عبء الإثبات بالنظام السعودي ، التذكير بأن الفقه الإسلامي قرر جواز الإعفاء من عبء الإثبات ، ومعلوم أن النظام السعودي في شتى مجالاته – ولا سيما القضائي – منها قائم على الشريعة الإسلامية كما قررنا ذلك سابقاً[1] ، وعليه فيكون النظام من حيث الأصل معتبراً للإعفاء من عبء الإثبات .

ولذا لم ينص النظام السعودي صراحة على الإعفاء من عبء الإثبات كما هو المعهود عنه في جزئيات كثيرة ، وكما هو الحال بالنسبة للنقل كما مر معنا ، بل جعل هذا الأمر عائد إلى الأصل الشرعي ونظر القاضي وفق الشريعة الإسلامية .

[1] انظر : ص١٢٣ من هذا البحث .

المطلب الثالث : جواز الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن .

تقرر معنا سابقاً[١] أن عبء الإثبات ليس من النظام العام " لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم فمن الجائز إذن ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ، عندما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها ، فيتزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً "[٢] ، وعليه فمن تقررت لمصلحته القرينة القانونية بالنص أعفي من الإثبات ، وانتقل الإثبات والنفي للقرينة للخصم الآخر ، ويجوز لطرفي الدعوى بالاتفاق أن يتفقا خلافاً للقواعد المقررة في الإثبات بما فيه مصلحتهما ، فيعفى أحدهما من الإثبات أو ينقل الإثبات إلى الخصم الآخر بحسب ما يتفقان عليه .

والقرائن القانونية إنما هي وسائل يتخذها المنظم مخرجاً في بعض الحالات ليفرض فيها ثبوت أمر من الأمور يصعب إقامة البينة عليه ، فيستطيع المدعي التمسك بالقرينة القانونية متى توفرت الظروف التي فرضها المنظم ليعفي نفسه من الإثبات ، فهي ليست دليلاً للإثبات وإنما هي إعفاء منه ، والقرائن التي تعفي من تقررت لمصلحته من الإثبات هي القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس ،

---

[١] انظر : ص٤٦ وما بعدها من هذا البحث .

[٢] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ص٨٦-٨٧ .

وليس معنى ذلك أنها لا تُنفى أبداً ، بل هي مجرد قواعد إثبات تنفى بإقرار المدعي الذي تقررت لمصلحته أو يمينه إذا توجهت إليه ونكل عنها . [١]

وقد نصت القوانين القضائية المقارنة على جواز الإعفاء من عبء الإثبات ، إذا قامت القرينة القانونية مع من تقررت لمصلحته ، وتعتبر القرينة كافية في الإثبات ومغنية له عن طرق الإثبات الأخرى ، ويحق لخصمه إقامة البينة المضادة لهذه القرينة ونقضها وإثبات قوله ، ويدل لذلك ما نص عليه في قانون الإثبات المصري بأن : " 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 " . [٢]

وقد نص نظام الأحوال الشخصية المصري على أن المفقود يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات إذا كان يغلب عليه الهلاك ، وسنة إذا كان ضمن سفينة غرقت أو طائرة سقطت أو ضمن أفراد القوات العسكرية ، ولم يلزم زوجته أو ورثته بإقامة البينة على وفاته أو حياته ، وإنما أعفاهم من أنواع البينة القوية ، وتساهل معهم في الإثبات بالقرائن المختلف في حجيتها ، وأخذ بالقرائن المحيطة بغيبة المفقود ، فهو ليس إعفاءُ مطلق من البينات ، وإنما إعفاءُ ونقل في ذات الوقت . [٣]

---

[١] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ص٦٠٢-٦١٣ ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ص٤٣-٢١٦ .

[٢] المادة التاسعة والتسعون من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، وانظر نحوها المادة التاسعة والثمانون من قانون البينات السوري ، والمادة الأربعون من قانون البينات الأردني .

[٣] انظر المادة الواحدة والعشرون من نظام الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م .

المبحث الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : صور الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه :

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص .

يمكن تقسيم الإعفاء بالنص إلى قسمين هما :

القسم الأول : الإعفاء الكلي بالنص . وفيه :

أولاً : الإعفاء الكلي بالنص الشرعي .

١- إذا أقر المدعى عليه في مجلس القضاء ، سواء كان قبل إنكاره أم بعده ، حكم عليه بموجب إقراره واعترافه لقوله ﷺ : (**لا عذر لمن أقر**)[١] ، ويعفى المدعي من إثبات ما يدعيه ، إذ أنه ليس هناك ما يوجب إقامة البينة مع إقرار المدعى عليه .[٢]

---

[١] أخرجه الغزي في الجد الحثيث برقم (٦١٧) ج١ص٢٥٩ وعلق عليه بقوله : قال ابن حجر لا أصل له ، انظر : الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث ، لأحمد بن عبد الكريم الغزي ، تحقيق فواز أحمد زمرلي ، نشر دار ابن حزم ، بدون طبعه . وأخرجه السخاوي برقم (١٣١١) ، وقال عنه في المقاصد الحسنة ج١ص٧٢٧ : قال شيخنا - يقصد ابن حجر - لا أصل له ، وليس معناه على إطلاقه صحيحا ، انظر : المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة ، لشمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي ت :٩٠٢هـ ، تحقيق محمد عثمان الخشت ، نشر دار الكتاب العربي - بيروت - ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ .

[٢] انظر : الاختيار لتعليل المختار ،ج٢ص١٣٣ ، المحيط البرهاني ٨-٦٨٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧-١٠٩ ، كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي ، تأليف أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، نشر دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان ، الطبعة الأولى بدون تاريخ ، ج٢٢ص٢٦٣ ، أخصر المختصرات ١-٢٦٣ ، شرح الزركشي ج٧ص٤٠٠ ، الطرق الحكمية ج١ص٢٨٣ .

وهذا في حقيقته حُكمٌ للمدعي قِبَلَ المدعى عليه بإقراره ، وقَبْلَ سؤال المدعي البينة على دعواه ، ولذا قال الفقهاء – رحمهم الله – : " فإن اعترف أو أقام المدعي بينة قضى عليه "[١] ، وقالوا : " فإن أقر حكم له عليه "[٢] ، ولكن الذي يظهر أنه فيه نوع إعفاء للمدعي من إقامة البينة على صحة دعواه ، بشرط التأكد من عدم تواطئهم في مثل هذا الإقرار ، ولا سيما في الوقت الحالي الذي انتشرت فيه مثل هذه الإقرارات الكاذبة من قبل عصابات كثيرة رغبة في استجداء الأغنياء ؛ وتضليلهم بتحملهم مبالغ مالية صادرة بأحكام قضائية وهكذا ، ولذا نجد أن كثيراً من القضاة في الوقت الحالي أصبح لا يكتفي بمجرد الإقرار في كل القضايا – ولا سيما المالية – ، بل متى ارتاب في أمر الخصمين أمرهم بالبينة ، وإن لم يكن ثمَّ بينة حفظ القضية و لم يحكم بها بمجرد الإقرار ، ومن هنا جاء النص عليها لتكون ضمن مبحث الإعفاء بمثل هذا التخريج ، وإلا فهي ليست من صور الإعفاء الشرعي المنصوص عليها ابتداءً.

ثانياً : الإعفاء الكلي بالنص الفقهي .

١– من يقبل قوله ويصدق بلا يمين فيعفى من إثبات ما يقول ، كإنفاق الأب على ولده ، وكذا المرأة في انقضاء عدتها وطهرها وحيضها ، متى كان الزمن ممكناً حتى ولو كان خلافاً لعادتها [٣] ، وكذا الوصي إذا أقر بأنه قبض من الغرماء ما عليهم وضاع صُدِّق قوله ، والزوج إذا كان مقيماً مع زوجته وادعت عليه زوجته بعدم الإنفاق قُبل قوله لشهادة العرف له [٤] .

---

[١] الاختيار لتعليل المختار ج٢ص١٣٣ .

[٢] المحرر في الفقه ج٢ص٢٠٧ .

[٣] انظر : البحر الرائق ج٤ص٤٥ ، الشرح الكبير ٨–٤٨٧ .

[٤] انظر : تبصرة الحكام ج١ص٢٦٦ .

٢- إعفاء المدعى عليه من اليمين حتى تثبت الخلطة عند المالكية ، إلا أن تكون الدعوى صحيحة يشهد لها العرف فعليه اليمين حينئذٍ .[١]

٣- المفقود إذا غاب أربع سنوات وادعت عليه زوجته رغبة في طلاقها ، حكم بموته نظراً لطول غيابه وانقطاع أخباره وتعفى المدعية من الإثبات على ما تدعيه عند المالكية[٢] والشافعي في القديم[٣] ورواية عند الحنابلة[٤] ، لقول عمر بن الخطاب ﷺ : " أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل "[٥] ، خلافاً للجمهور .[٦]

---

[١] انظر : الثمر الدواني ج١ص٦٠٤ ، الفواكه الدواني ج٢ص٣٤٣ ، وقد استثنى المالكية بعض المسائل فقالوا بتوجيه اليمين ولو لم تثبت الخلطة كالمتهم بين الناس والصانع والضيف والمريض وغير ذلك ، انظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٩ص٣٤٢ .

[٢] انظر : الكافي في فقه أهل المدينة ج٢ص٥٦٧ .

[٣] انظر : الحاوي الكبير ج١١ص٣١٦ .

[٤] انظر : الإنصاف ج٧ص٣٥٠ .

[٥] أخرجه مالك في الموطأ ، في كتاب الطلاق باب الأمة إذا طلقت وهي حامل ، من طريق ابن المسيب برقم ١١٩٥ ، موطأ الإمام مالك ، لمالك بن أنس الأصبحي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء التراث العربي – مصر ، بدون طبعه ، قال ابن الملقن في البدر المنير ج٨ص٢٢٨ : هذا الأثر صحيح رواه مالك في الموطأ .

[٦] ذهب الجمهور إلى القول بأن على مدعي وفاة المفقود البينة على ما يدعيه ، استصحاباً للأصل وعملاً بالظاهر وفرقوا بين من ظاهره السلامة ومن ظاهره الهلاك ، وضربوا آجالاً من أجل الحكم بوفاته فقيل مائة وعشرين سنة وقيل مائة سنة وقيل تسعين سنة ..الخ ، انظر : الاختيار لتعليل المختار ، ج٣ص٤٣-٤٤ ، الحاوي الكبير ج١١ص٣١٧ ، الإنصاف ج٧ص٣٥٠ .

القسم الثاني : الإعفاء الجزئي بالنص . وفيه :

أولاً : الإعفاء الجزئي بالنص الشرعي .

١- من المقرر في الشرع أن من يقذِّفُ بالزنا عليه أن يحضر أربعة شهود وإلا أقيم عليه حد القذف ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ ﴾[١] ، إلا أن الزوج إذا رمى زوجته بالزنا و لم يكن لديه أربعة شهود ، أعفي جزئياً من الإثبات بالشهادة ، بدليل قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ ﴾[٢] ، وطُلب منه الإثبات بملاعنة زوجته من خلال أيمان يؤديها على صفة مخصوصة ، جعلها الله حجة له بمنزلة البينة وأعفي منها ؛ لأن الرجل إذا رأى مع امرأته رجلا ربما لا يمكنه إقامة البينة عليه ، ولا يمكنه الصبر على العار، فجعل اللّه اللعان حجة له على صدقه ، وسميت شهادة لأنها نابت مناب الشهود ، فيسقط عنه حد القذف بمجرد أدائها ، ويدرأ عنها العذاب إذا قابلت شهادات الزوج بشهادات من جنسها .[٣]

---

[١] سورة النور آية (٤) .

[٢] سورة النور آية (٦-٧) .

[٣] انظر : تفسير ابن كثير ج٦ص١٤ ، مختصر تفسير البغوي ، د.عبدالله الزيد ، نشر جهاز الإرشاد والتوجيه بالحرس الوطني بالسعودية ، طبعة خاصة ١٤٢١هـ ، ج٢ ص٦٣٦ ، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ، ج١ص٥٦١ .

٢- ما جاء في حديث القسامة المتقدم[١] ، حيث أعُفي المدعون جزئياً من الإثبات بإقامة البينة لصعوبة ذلك في الغالب ، وطُلب منهم أداء خمسين يميناً من أجل استحقاق دم صاحبهم المقتول - مع أن اليمين في الأصل إنما تكون في حق المدعى عليه لا المدعي ابتداءً - فإن حلفوا وإلا ردت على المدعى عليهم إن هم أرادو[٢] خلافاً للحنفية[٣] ، فالأيمان في القسامة عبء إثبات في حق المدعي وبينة له ابتداءً خلافاً للأصل ، يثبت بها ما يدعيه المدعي ، ويعفى جزئياً من الإثبات بالبينة من شهادة ونحوها .[٤]

والمتأمل لهذه النصوص المتقدمة التي نصت على بعض صور الإعفاء الجزئي كاللعان ، يلحظ أنها جاءت على شكل نصوص شرعية مقررة للحكم ابتداءً ، فهل يدخل هذا ضمن الإعفاء أم هو أصل بذاته ؟

والذي يظهر لي أنه أصل شرعي بذاته ، ولكن لم يأتِ ابتداءً ، وإنما هو استثناءٌ من القاعدة العامة في الإثبات بدليل شرعي بعد وقوع ما يستدعيه ، ولذا نجد في السنة ما يبين ذلك ويوضح أن ذلك إعفاءٌ للأزواج من الإثبات المعلوم في قضايا القذف بالزنا ، والأولياء في قضايا دم القسامة ، بدليل ما أخرجه البخاري - رحمه الله - من حديث ابن عباس ﷺ في الرجل الذي قذف زوجته عند النبي ﷺ : (**فقال**

---

[١] انظر : ص٩١ من هذا البحث .

[٢] انظر : كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، تأليف : أبي الحسن المالكي ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعي ، نشر : دار الفكر - بيروت - ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ ، ج٢ص٣٧٨ ، التذكرة في الفروع على مذهب الشافعي ، تأليف : سراج الدين عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملقن ت٨٠٤هـ ، تحقيق : د.ياسين بن ناصر الخطيب ، نشر : دار المنارة - جدة - ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ ، ج١ص١٤٧ ، الملخص الفقهي ، تأليف : صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان ، نشر: دار العاصمة - الرياض - ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٣هـ ، ج٢ص٥١٥ .

[٣] انظر : الاختيار لتعليل المختار ،ج٥ص٦٦ .

[٤] انظر : إعلام الموقعين ج١ص١٣٠ .

النبي ﷺ : البينة ، أو حد في ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة فجعل يقول البينة وإلا حد في ظهرك ، فقال : والذي بعثك بالحق إني لصادق فليترلن الله ما يبرىء ظهري من الحد ... ثم ذكر حديث اللعان ونزول الآيات)[١] ، فهذا الحديث دليل على أن اللعان أصل شرعي مستقل بذاته ، جاء النص عليه في القرآن والسنة ، ولكن لم يُنص عليه ابتداءً في تشريع آيات القذف والرمي بالزنا ، وإنما عندما احتيج إليه عند وقوع ما يستدعيه فنزل التشريع بما يدل على إعفاء الأزواج من الإثبات الذي يصعب إيجاده كما جاء في قول الصحابي ، ولذا شُرع اللعان إعفاءً للأزواج من الإثبات الذي يصعب عليهم تحقيقه ، ولئلا يضطروا للبقاء مع زوجاتهم ، ولاسيما مع وجود الشك والريبة وعدم الدليل القاطع على ذلك .

ثانياً : الإعفاء الجزئي بالنص الفقهي .

١- الإعفاء من الإثبات بالبينة ، والاكتفاء بيمين من وافق قوله قيمة الرهن إذا اختلفا في مقدار الدين ، لأن الرهن يقوم مقام الشهادة ، فوجود الرهن إذاً شاهدٌ على مبلغ الحق ومعفياً عن الإثبات بالبينة وشاهد على صدق القائل .[٢]

٢- إعفاء الأمناء في الدعاوى المقبولة من الإثبات ، واعتبار قولهم مع اليمين[٣] ، كقبول قول المدعي مع يمينه في دعوى تلف الوديعة ونحوها .[٤]

---

[١] أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الشهادات ، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة ، برقم (٢٥٢٦) .

[٢] انظر : تبصرة الحكام ج٢ص٨٢ .

[٣] انظر : مغني المحتاج ١٩-١٩٨ ، الإنصاف ١١-٢٢٥ .

[٤] انظر : بداية المجتهد ج٦ص٢١٧ .

٣- من ادعى على الـــمُـــوصي بعد موته بدعوى ، فإنه يحلف ويستحق ما يدعيه ويعفى من البينة . [١]

[١] انظر : مجموع الفتاوى ، ج٣١ص٣٢٠ .

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق .

يمكن تقسيم الإعفاء بالاتفاق إلى قسمين هما :

القسم الأول : الإعفاء الكلي بالاتفاق .

ذكر الفقهاء – رحمهم الله – بعض صور الإعفاء الكلي بالاتفاق ، ونص عليه بعضهم بمسمى القضاء بشرط التصديق ، فيشترط أحدهم عند العقد أنه مصدق في الدعوى القضائية دون يمين تلزمه[١] ، ومن ذلك ما يلي :

١- إذا اتفق الطرفان على افتداء اليمين ، فإذا توجهت اليمين على المدعى عليه افتداها بمال أو مصالحة مع خصمه ، فيعفى من اليمين وتنقضي الخصومة[٢] ، بدليل قوله ﷺ : (**ذبوا عن أعراضكم بأموالكم**)[٣] ، ولما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه : " افتدى منها وقال أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمينه ".[٤]

٢- إذا شرط الزوج لزوجته أن القول قولها في حال غيابه ، وأنها مصدقة فيما تدعيه من انتهاء الأجل المضروب ، فإنه يسقط بذلك عنها عبء الإثبات للمغيب أمام الحاكم .[٥]

٣- إذا شرط الزوج لزوجته أن القول قولها إذا ادعت عليه إضراره بها دون يمين ، فمتى شكته عند الحاكم وثبت الشرط طلقت نفسها دون يمين .[١]

---

[١] انظر : تبصرة الحكام ج١ص٢٨٣ ، وقد اختلف في صحة هذا الشرط على قولين ، والأظهر أنه يصح إذا كان مشترطه معروفاً ومأموناً حسن الحال .

[٢] انظر : حاشية قرة عيون الأخيار ، ج١١ص٦٢٥-٦٢٦ ، المحرر في الفقه ، ج٢ص١٩٨ ، الطرق الحكمية ج١ص١٣٠ .

[٣] سبق تخريجه ، انظر : ص١٥٩ .

[٤] سبق تخريجه ، انظر : ص١٥٩ .

[٥] انظر : تبصرة الحكام ج١ص٢٨٥ .

٤- إذا قال شخص لأهله أو عمَّاله إني أعامل فلاناً من الناس ، فما ادعاه فهو صادق به فأعطوه ، فيعطى ما يدعيه بلا يمين أو إثبات ، وكذا لو أوصى أن ما يدعيه بني فلان ضده فيستحقونه بلا بينة لسبق التعامل بينهما .[٢]

القسم الثاني : الإعفاء الجزئي بالاتفاق .

ذكر الفقهاء – رحمهم الله – بعض صور الإعفاء الجزئي بالاتفاق ، ومن ذلك ما يلي :

١- إذا قال المدعى عليه إذا شهد علي فلان بكذا فهو صادق ، فلو شهد ثبت الحق[٣] ، وأعفي المدعي من الإثبات بإقامة شاهدين ، وذلك باعتراف المدعى عليه بالحق متى شهد به فلان ، فهو حينئذٍ أعفى المدعي من الإثبات واكتفى بشاهد واحد قام مقام الاعتراف من قبله .

٢- إذا طلب المدعى عليه من القاضي يمين المدعي ، وأعفاه من إقامة البينة على ما يدعيه ، فمتى حلف المدعي استحق ما يدعيه بيمينه دون إقامة البينة[٤] ، ولذا قيل متى : " طلب المدعى عليه يمين المدعي فإنه يحلف بلا خلاف "[٥] ، ويستحق المدعي ما ادعاه ، في حالة ما إذا لم يكن لديه بينة ، أما إذا كان لديه بينة فالخيار للمدعي إما أن يقيمها – أي البينة – أو يحلف اليمين إذا طلبها المدعى عليه منه ووجهها القاضي إليه .

---

[١] انظر : المرجع السابق ج١ص٢٨٥ .

[٢] انظر : المرجع السابق ج١ص٢٨٨ .

[٣] انظر : حاشية إعانة الطالبين ، ج٣ص٣٠٩، حاشيتا قيلوبي وعميره، ج٣ص٦ .

[٤] انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك ج٤ص٨٩ ، شرح خليل للخرشي ١٨-١٦٠ .

[٥] شرح خليل للخرشي ١٨-١٦٠ ،

المطلب الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه :

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص .

نص القانون على الإعفاء من عبء الإثبات في حالة القرائن القانونية القاطعة ، ومن أمثلة هذه القرائن ما يلي :

١- أن " حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه "[١] ، فاعتبر المنظم مسئولية الحارس بناءً على قرينة قانونية أفادت خطأه ، و لم يسمح له أن يلقي هذه المسئولية عن عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي .[٢]

٢- أن " كل من تولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة "[٣] ، فاعتبر المنظم كل من تولى حراسة الأشياء مسئولاً عما تحدثه من أضرار بناءً على قرينة قانونية أفادت خطاه ، ما لم يتخلص من ذلك بإثباته السبب الأجنبي .

---

[١] المادة السادسة والسبعون بعد المائة من القانون المدني المصري .

[٢] انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٢ ص٦١١ .

[٣] المادة الثامنة والسبعون بعد المائة من القانون المدني المصري .

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق .

سبق بيان صور نقل عبء الإثبات بالاتفاق ، وهي في حقيقتها نقل لطرف من أطراف الدعوى وإعفاء لآخر ، ولا داعي لإعادة ذكرها .

وغني عن البيان أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام ، فمتى اتفق الخصمان على إعفاءِ أحدهما من الإثبات في أي صورة كانت ، كان ذلك مقبولاً ، وذلك كأن يتفقا ابتداءً عند العقد مثلاً على أن أحدهما مصدق في كل دعوى ويقبل قوله بلا بينة أو يمين سواءً كان مدعياً أم مدعى عليه وهكذا .

المبحث الثالث : آثار الإعفاء من عبء الإثبات .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : آثار الإعفاء من عبء الإثبات .

للإعفاء من عبء الإثبات من خلال ما سبق بيانه ، آثار تتضح على الإثبات ، ويمكن بيانها من خلال ثلاثة فروع هي :

الفرع الأول : آثاره على اليمين .

للإعفاء من عبء الإثبات على اليمين أثر واضح ، فاليمين في أصل الشرع وبحسب النصوص العامة على عاتق المدعى عليه ، وذلك لقول النبي ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[١] ، وقوله ﷺ للمدعي : (**ليس لك إلا ذلك**)[٢] ، ولكن الصحيح[٣] أن عبء الإثبات يمكن الإعفاء منه ، وعليه فتكون اليمين ساقطة في حق من توجهت عليه إذا رضي خصمه بإسقاطها أو صالح عنها من توجهت إليه بمال ، سواء كان مدعياً أم مدعى عليه ، فهي لا تثبت في حق طرف واحد أبد الزمان .

الفرع الثاني :آثاره على البينة .

من المقرر أن البينة تقع على عاتق المدعي من حيث الأصل ، وذلك لقول النبي ﷺ : (**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**)[٤] ، وقوله ﷺ مخاطباً المدعي : (

---

[١] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

[٢] سبق تخريجه ، انظر ص٩٢ .

[٣] انظر ص١٦٠ من هذا البحث .

[٤] سبق تخريجه ، انظر ص٣ .

شاهداك أو يمينه)[1] ، ولكن الصحيح مشروعية الحكم للمدعي أو المدعى عليه ولو لم يقم البينة ، فيعفى من إقامتها نهائياً كما في شرط القضاء بالتصديق ، أو يعفى منها جزئياً وينقل إلى اليمين ، فيحلف ويستحق .

[1] سبق تخريجه ، انظر ص٩٢ .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على الإعفاء من عبء الإثبات .

تطبيقات الإعفاء

التطبيق الأول : إعفاء المدعي من الإثبات بعد إقرار المدعى عليه .

من قضايا المحكمة العامة بالرياض

رقم الصك : (٣٥٢٠١٢٥٨١٢٨٩٣١٠٠٨٤) في ١٤٣١/٠٧/١٥هـ .

الدعوى

حضر .... وادعى على .... قائلاً في دعواه أنني بعت على .... سيارة هايلوكس غمارتين نموذج عام ٢٠٠٢م ، بمبلغ وقدرة خمسة وثمانين ألف ريال على أقساط شهرية كل قسط بمبلغ ألفي ريال ابتداءً من ١٤٢٤/١١/٠١هـ ، سدد من الأقساط عشرين ألف ريال وتبقى في ذمته خمسة وستين ألف ريال وقد حل كامل المبلغ المتبقي وقدره خمسة وستون ألف ريال وقد كفل هذا الحاضر معي المشتري كفالة غرم وأداء أطلب الحكم عليه بدفع ما تبقى في ذمة مكفولة وقدره خمسة وستين ألف ريال هذه دعواي .

الإجابة

وبسؤال المدعى عليه عن دعوى المدعي أجاب بقوله ما ذكره المدعي في دعواه كله صحيح لكن لا أستطيع السداد في الوقت الحاضر هكذا أجاب .

السير في نظر القضية

وبعرض ذلك على المدعي قال لا أعلم عن حاله شيئاً .

التسبيب والحكم

فبناء على ما تقدم من الدعوى والإجابة ونظراً لإقرار المدعى عليه بدعوى المدعي وبكفالته للمشتري كفالة غرم وأداء وقد قرر أهل العلم أن لصاحب الحق مطالبة من شاء من الأصيل أو الكفيل فقد حكمت على المدعى عليه بدفع مبلغ وقدره خمسة وستين ألف ريال للمدعي على أن يتم سداد المبلغ على أقساط شهرية تحسم من مرتب المدعى عليه بشرطة الرياض بواقع ألف ريال قسط شهري ابتداءً من شهر ١٤٣١/٠٧/٢٥هـ حتى ١٤٣١/١٢/٢٥هـ ثم مبلغ ألفي ريال ابتداءً من ١٤٣٢/٠١/٢٥هـ حتى انتهاء القسط وأفهمت المدعى عليه إن كان له دعوى على مكفولة فهو على دعواه وبعرض ذلك على الطرفين قررا القناعة ، وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد .

تحليل الحكم

حكم القاضي على المدعى عليه ولمصلحة المدعي ، مع أنه لم يقم بينة على ما يدعيه ، وذلك لإقرار المدعى عليه بالحق ، فما دام أنه أقر بما عليه ، فيعفى المدعي من الإثبات ، ويتعين الحق في ذمة المدعى عليه .

التطبيق الثاني : إعفاء المدعي (الأمين) من الإثبات ، وقبول قوله بيمينه .

من قضايا المحكمة العامة بالمدينة المنورة

رقم الصك : (٤/٢٩١) في ١٤٢٩/٠٨/٢٣هـ .

الدعوى

ادعى .... ضد .... قائلاً في دعواه عليه : لقد سلمته ربع كيلو من الذهب الخالص .... ، وسبع ساعات نوع رادو موديل .... إضافة لتسعة خواتم فضة، وخمسة عشر عقداً من الزمرد ، أمانة عنده عندما أردت السفر لبلدي لأني أعمل في بيع المجوهرات الثمينة عن طريق المحلات أو الأشخاص الذين يطلبون مني ذلك ، وكان ذلك قبل أشهر تقريباً، وعندما عدت قبل شهرين من عمان طلبت منه إعادة الأمانة فسلمني الذهب دون الأشياء المتبقية ، لذلك أطلب إلزامه بدفع الذهب والساعات والخواتم وخمسة عشر عقداً المذكورة أعلاه ، هذه دعواي وأطلب منه الجواب .

الإجابة

وبعرض الدعوى على المدعى عليه أجاب بقوله ما ذكره المدعي من الذهب والساعات والخواتم والعقود صحيح لكني سلمتها إياه جميعاً هكذا أجاب .

السير في نظر القضية

وبعرض القاضي الإجابة على المدعي قال ما ذكره غير صحيح والصحيح هو ما قلته في دعواي.

ثم جرى سؤال القاضي للمدعى عليه هل لديه بينة أنه سلم تلك الأشياء للمدعي ؟ فقال نعم ، وفي جلسة ثانية حضر المدعي والمدعى عليه ، وأحضر المدعى عليه

الشاهد ... وطلب سماع شهادته وباستشهاده شهد بالله أن المدعى عليه هذا الحاضر .... سلم المدعي هذا الحاضر .... الذهب والساعات والخواتم والعقود وهي ربع كيلو من الذهب الخالص عيار .... وسبع ساعات رادو .... وتسع خواتم فضة وخمسة عشر عقد هكذا شهد .

وبعرض الشاهد وشهادته على المدعي قال : إن الشاهد يعمل عند المدعى عليه وتحت كفالته ، فشهادته غير مقبولة فهو يخاف من كفيله ولا يقول الحق وإنما يقول ما يملي عليه كفيله المدعى عليه .

فجرى سؤال المدعى عليه هل الشاهد تحت كفالتك أو يعمل عندك ؟

فقال نعم هو يعمل عندي في محلي وتحت كفالتي .

وجرى سؤال الطرفين هل الوديعة بمقابل أم هي تبرع من المدعى عليه ؟

فقال المدعي والمدعى عليه هي تبرع دون مقابل.

فجرى سؤال الطرفين هل لدى أيهما ما يريد إضافته ؟

فقالا لا .

التسبيب والحكم

وبعد سماع الدعوى والإجابة ؛ ولأن الوديعة تمت دون مقابل وإنما كانت تبرعاً من المدعى عليه، و لم يكن هناك إثبات لاستلام المدعى عليه للوديعة سوى اعترافه لدي ، ولما جاءت شهادة الشاهد التي تعتبر قرينة وإن كانت شهادة أجير خاص ، ولما قرره جمع من أهل العلم أنه يقبل قول المودع عنده على الرد بيمينه ، وحيث ادعى الرد ، لذلك كله أفهمت المدعي بأنه ليس له إلا يمين المدعى عليه أنه رد الأشياء التي ذكرها في دعواه ، فقال لا أرغب بيمينه ، واستعد المدعى عليه لأداء اليمين ؛ لذلك كله حكمت برد دعوى المدعي ضد المدعى عليه ، وأفهمته بأن له يمين

المدعى عليه متى طلبها ، وبعرض الحكم على المدعى عليه قرر القناعة ، وقرر المدعي عدم القناعة .

التصديق

برفع الحكم لمحكمة التمييز صادقت على الحكم بموجب القرار رقم ٣/٩٢١/أ في ١٤٢٩/١٠/٢٧هـ .

تحليل الحكم

أعفى القاضي المدعى عليه وهو المودَع لديه من إقامة البينة على ما يدعيه من دفع ، وحيث أن المودَع من الأمناء ، وهو ممن يقبل قوله بيمينه في الرد ، فقد أعفي من الإثبات بالبينة ، وطلبت من اليمين على صحة ما دفع به .

التطبيق الثالث : إعفاء المدعي حقيقة من الجواب والإثبات لعدم سماع الدعوى وقبولها .

من قضايا محكمة بني مالك .

رقم الصك : (١٨) في ١٤٢٨/٠١/١٦هـ .

الدعوى

ادعى المدعي .... على المدعى عليه .... الحاضر معه قائلا في دعواه : إن هذا الحاضر قد يدعي أني قد اعتديت على مقبرة .... الواقعة .... وحدودها كالآتي : شمالاً المقبرة وشعيب بطول ١٥,٥م ثم انكسارات إلى الجنوب .... ومدخل ب ٥م بطول : ٢٦,٢٠م ضلع واحد فقط الشرق مقبرة بطول ٥٨م وانكسار الغرب شعيب .... بطول ٥٢م ضلع واحد فقط المساحة (١٢٧٦,٠٢ م) أطلب إن كان له دعوى فعليه إثباتها حتى نتخارج شرعاً هذه دعواي .

التسبيب والحكم

وبناءً على ما تقدم من الدعوى وحضور المدعى عليه ، ولعدم حاجتنا للإجابة كون الدعوى مقلوبة فقد صرفت النظر عن الدعوى وأخليت سبيل المدعى عليه . وبإفهام الطرفين قرر المدعى عليه القناعة ، وقرر المدعي عدمها ، وصلى الله على نبينا محمد .

التصديق

برفع الحكم لمحكمة التمييز صادقت على الحكم بموجب القرار رقم ١/٦/٣١٢ في ١٤٢٨/٠٢/٢٩هـ .

تحليل الحكم

أعفى القاضي طرفي الدعوى جميعاً من الإثبات ، وذلك لأن الدعوى المقلوبة لا يصح سماعها ، فهي وإن كانت حقيقة في ذاتها ، إلا أنها لا تسمع ، وعليه لا يمكن إيجاب الإثبات على أحد أو إلزامه به ، فيعفى طرفي الدعوى من الإثبات .

التطبيق الرابع : اتفاق الطرفان على أن يحلف المدعي ويستحق ما يدعيه ، وإعفائه من الإثبات .

من قضايا المحكمة الجزئية في مدينة بريده .

رقم الصك : (٤/١٧٦) في ١٤٢٥/٠٤/٠٥هـ .

الدعوى

ادعى .... على .... المدعى عليه الحاضر معه قائلاً في دعواه : أن المدعى عليه حضر إليَّ يوم الخميس في موقف التاكسي وركب معي على السيارة الدايو ورفض الترول ، ويظهر أنه لم يكن بحالة طبيعية ، ثم توجهت إلى مترلي ونزلت ، ثم رجعت إلى السيارة ، ثم ذهبت إلى محطة .... لتعبئة الوقود ، ثم لما أردت أن أحاسب لم أجد المحفظة حيث أني كنت وضعتها في درج الدايو وفيها خمسة آلاف ريال، وبطاقة الصراف الآلي ، والبطاقة الشخصية ، فذهبت من المحطة ثم وقفت في مكان خالٍ ثم نزلت إلى المدعى عليه وأنزلته للبحث عن المحفظة فضربني بحديده كانت معه على رأسي فأغمي علي ، ولما صحوت لم أجد شماغي ولا عقالي وقلمين كانا معي ، ثم ذهبت للمستشفى وأبلغت الشرطة ، ودعوت المدعى عليه إلى المطعم وأحضرت شاهداً معي ، وقد أقر المدعى عليه عند الشاهد بأنه أعاد لي بطاقتي الشخصية وقلم من القلمين ، وطلب مني إنهاء القضية مقابل خمسمائة ريال فرفضت ، فلما حضرنا عند الشرطة حضر المدعى عليه هو وأخوه .... وطلب مني إنهاء القضية مقابل ألف ريال فرفضت ، أطلب إلزام المدعى عليه بإعادة مبلغ خمسة آلاف ريال التي سرقها مني هذه دعواي .

الإجابة

وبسؤال المدعى عليه أجاب بقوله : في ذلك اليوم حضرت إلى موقف التاكسي وركب معي المدعي على سيارتي الداتسون و لم أسرق منه أي مبلغ ، وكان المدعي في حالة غير طبيعية و لم أطلب منه إنهاء القضية مقابل خمسمائة ريال وإنما أخي .... طلب إنهاء القضية مقابل ألف ريال في الشرطة و لم أجد له في سيارتي إلا قلماً له سلمته إياه هكذا أجاب .

السير في نظر القضية

وبعرض ذلك على المدعي قال لدي شاهد وسأحضره في الجلسة القادمة ، وفي جلسة أخرى حضر الطرفان في الموعد المحدد ، وجرى سؤال المدعي عن بينته ، فطلب إمهاله إلى الغد ، وقال المدعى عليه إن معي شهوداً أطلب سماع شهادتهم فأحضر .... مسلم بنجلاديشي الجنسية يحمل إقامة رقم .... وبسؤاله عن شهادته شهد قائلاً إن المدعي هذا الحاضر حضر إلي في البوفيه التي أعمل فيها بعد المغرب في أحد الأيام وثيابه متسخة ، وأخذ كوب شاهي و لم يحاسب وكان يقول أين .... أين البقالة هذا ما لدي وبه أشهد ، علما أن الشاهد من مواليد ١٩٦٨م وكفيله .... ، كما أحضر المدعى عليه .... وصلته بالمدعى عليه أخوه لأمه حسبما ذكره وبسؤاله عما لديه من شهادة شهد قائلاً أشهد بالله إنني شاهدت المدعي هذا الحاضر حضر إلى .... في بقالته الواقعة في حي .... قبل صلاة العشاء في أحد الأيام وكانت ثيابه متسخة وليس عليه طاقية وريحته كريهة وتكلم على .... وطرده هذا ما لدي وبه أشهد .

وبعرض ذلك على المدعي قال : ما ذكره الشاهد غير صحيح وليس له علاقة بالقضية .

وفي جلسة أخرى حضر المدعي .... وأحضر معه ..... وبسؤاله عما لديه من شهادة قال : أشهد لله أني كنت في بيت المدعي فاتصل على المدعى عليه وواعده في مطعم .... بعد العشاء من أحد الأيام وطلب مني المدعي مرافقته للشهادة على المدعى عليه وفعلا حضر المدعى عليه وتناقش المدعي والمدعى عليه عن موضوع سرقته فقال المدعى عليه أنا سرقت منك الشماغ والعقال والبطاقة وقد أعدتها لك ، وهذا القلم ثم أخرجه المدعى عليه من جيبه وسلمه للمدعي ، ثم طلب المدعى عليه إنهاء القضية ، وقال المدعى عليه سأعطيك خمسمائة ريال الآن وخمسمائة بعد إنهاء القضية ، بالشرطة فرفض المدعي ذلك كما أن المدعى عليه قال للمدعي أنا لم أسرق منك أي مبلغ ، ثم في هذه الأثناء حضر أخو المدعى عليه ملتح وطلب من المدعى عليه إنهاء القضية مقابل ألف ريال فرفض المدعي ذلك هذا ما لدي وبه أشهد .

وبعرض ذلك على المدعى عليه قال ما ذكره الشاهد من أنني سلمت المدعي القلم المذكور فصحيح لأنني وجدته في سيارتي ، وما ذكره أن أخي وهو الملتحي .... فاوضه على إنهاء القضية على مبلغ خمسمائة ريال فصحيح ، أما أنا فلم أفاوض المدعى عليه على ذلك و لم أقر له بسرقة أي شيء منه هكذا قال .

ثم جرى سؤال المدعى عليه هل لديه قدح في الشاهد فقال ليس لدي فيه أي قدح أو طعن ، ثم جرى سؤال المدعي هل لديه مزيد بينة فقال ليس لدي مزيد بينة .

ثم في جلسة أخرى حضر المدعي وأحضر .... سعودي الجنسية وبسؤاله عما لديه قال : أشهد لله بأن .... عدل ثقة مرضي الشهادة لي وعليَّ هكذا شهد وبطلب مزكٍ آخر من المدعي لشاهده وعد بإحضاره .

ثم في جلسة أخرى حضر المدعي في الموعد وتمت النصف ساعة و لم يحضر المدعى عليه وأحضر المدعي ..... بالبطاقة .... وبسؤاله عما لديه من شهادة شهد قائلا أشهد بأن .... عدل ثقة مرضي الشهادة لي وعلي هكذا شهد .

ثم في جلسة أخرى حضر المدعي والمدعى عليه وقرر المدعى عليه قائلاً يحلف المدعي أني سرقت منه مبلغ خمسة آلاف ريال وإذا حلف سلمته المبلغ هكذا قال ، وبعرض ذلك على المدعي وافق على الحلف ، فأمرته بالحلف فحلف قائلا : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة أن المدعى عليه هذا الحاضر .... سرق مني مبلغ خمسة آلاف ريال هكذا حلف .

التسبيب والحكم

بناءً على ما تقدم ولطلب المدعى عليه يمين المدعي ولكون المدعي أيضاً قوي جانبه بشهادة شاهده ..... والتي فيها أن المدعى عليه قال أنا سرقت منك الشماغ والعقال والبطاقة وقد أعدتها لك وهذا قلمك ثم أخرجه المدعى عليه من جيبه وسلمه للمدعي وأن المدعى عليه طلب من المدعي إنهاء القضية مقابل ألف ريال كما تقوي جانب المدعي أن المدعى عليه خمسة سوابق أوْلاهَا سرقة سيارة ، والباقي في مجال المسكرات والمخدرات ، كما تقوى جانب المدعي بالتقرير الطبي الصادر المشروح على صورة كتاب سعادة مدير مركز شرطة .... رقم .... وتاريخ ..... وأن بالمدعي جرحا في جمجمة الرأس ومدة الشفاء يومان .

واستناداً على ما ذكره ابن فرحون في تبصرة الحكام ٨٢/٢ ونصه القضاء باللوث بالأموال ، .... فيمن دخل عليه السراق فسرقوا متاعه ، وانتهبوا ماله ، وأرادوا قتله فنازعهم ، وحاربهم ، ثم ادعى أنه عرفهم أو لم يعرفهم أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة مستحلين لها أو ترى أن يكلف البينة ؟

قال: هو مصدق وقد نزلت هذه بالمدينة في زمن عمر بن الخطاب ﷺ فغرمهم عمر بقوله ونكَّلهم عقوبة موجعة و لم يكلف البينة ، ولحلف المدعي .

لذا حكمت بإلزام المدعى عليه .... بتسليم خمسة آلاف ريال للمدعي ..... هذا ما حكمت به وبعرض الحكم على الطرفين قرر المدعي القناعة وقرر المدعى عليه اعتراضه على الحكم ، وبالله التوفيق ، وصلى الله على نبينا محمد .

التصديق

برفع الحكم لمحكمة التمييز صادقت على الحكم بموجب القرار رقم ٣٠٣/ج٤ /أ في ١٤٢٥/٠٤/٢١هـ .

تحليل الحكم

سار القاضي في هذه القضية سيراً طويلاً ، ونظر في البينات ولم تأتي لديه بينة موصلة في حقيقة الأمر ، وطلب المدعى عليه من القاضي أن يوجه اليمين إلى المدعي ويستحق ما يدعيه ، فطلب القاضي منه ذلك ، وأعفاه من الإثبات بالبينة بناءً على طلب خصمه ، واكتفى منه باليمين على صحة ما يقوله ، وحكم له بموجب ذلك .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والحمد لله على أن يسر لي إتمام هذا البحث ، والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، وأسأله أن يكون نافعاً للمسلمين ، وأسأله أن يغفر لي زلتي فيما كتبته فالنفس البشرية لا تخلو من خطأ وسهو وزلل .

ويطيب لي أن أشير أهم ما توصلت إليه في البحث من نتائج ، وهي كما يلي :

١- أن نقل عبء الإثبات هو : **انتقال عبء إقامة الدليل أمام القضاء من المكلف به إلى خصمه وترتب آثاره عليه** .

٢- أن الإعفاء من عبء الإثبات هو : **إسقاط عبء الإثبات عن المكلف به كلياً أو جزئياً بنص أو اتفاق** .

٣- أن الصحيح في مسألة عبء الإثبات أنه ليس من قبيل النظام العام الذي لا تجوز مخالفته والخروج عنه .

٤- أن وسائل وطرق الإثبات مطلقة وغير محصورة ، فكل ما أبان الحق وأظهره فهو وسيلة للحق ومثبته له ، وإن لم ينص عليها .

٥- أن معرفة المدعي والمدعى عليه ، من أهم الأمور لفهم القضاء الصحيح ، وبمعرفتهما يعرف من يتحمل عبء الإثبات .

٦- عرضت لمسألة نقل عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وتطرقت للخلاف فيها وأدلة ذلك ، وترجح لدي جواز نقل عبء الإثبات ، وهو ما ذهب إليه الجمهور خلافاً للحنفية والظاهرية ، وبسطت في موضعه أسباب الترجيح .

٧- بينت جواز نقل عبء الإثبات في النظام السعودي والمقارن ، واستشهدت لذلك بالمواد النظامية والقانونية .

٨- بينت أهم صور نقل عبء الإثبات التي نص عليها الفقهاء والقانونيون .

٩- بينت أهم الآثار المترتبة على نقل عبء الإثبات ، سواء الخاصة بعبء الإثبات ، أو الخاصة بالقاضي ، أو الخاصة بالخصوم .

١٠- استشهدت بتطبيقات قضائية معاصرة على جواز نقل عبء الإثبات ، مما يدل صراحة على أهمية هذا الموضوع وحاجة الناس إليه .

١١- عرضت لمسألة الإعفاء من عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وتطرقت للخلاف فيها وأدلة ذلك ، وترجح لدي جواز الإعفاء من عبء الإثبات ، وهو ما ذهب إليه الجمهور وبينت ذلك .

١٢- بينت جواز الإعفاء من عبء الإثبات في النظام السعودي والقانون المقارن ، واستشهدت لذلك بالمواد النظامية والقانونية .

١٣- بينت أهم صور الإعفاء من عبء الإثبات التي نص عليها الفقهاء والنظاميون .

١٤- بينت أهم الآثار المترتبة على جواز الإعفاء من عبء الإثبات .

١٥- استشهدت بتطبيقات قضائية معاصرة على جواز الإعفاء من عبء الإثبات ، مما يدل صراحة على أهمية هذا الموضوع وحاجة الناس إليه .

وقد تبين لي من خلال هذا البحث أمور مهمة ، ويطيب لي أن أوضح بعض التوصيات التي يُحتاج إليها في مثل هذه المواضيع ، وذلك كما يلي :

١- لا بد أن يحضى هذا الموضوع بمزيد عناية ودراسة وتأصيل ، من قبل القضاة والمحققين والمحامين ، لما في ذلك من مصلحة للقضاء والتقاضي .

٢- هذا الموضوع في طياته الكثير من الجوانب والنقاط الفرعية ، التي تحتاج لمواضيع مستقلة ، فالجانب الجنائي مثلاً يحتاج لدراسة مستقلة وهكذا .

٣- ينبغي في دراسة القضاة للقضاء الاهتمام في جانب الأصول الشرعية ، والقواعد الفقهية ، والمعهودات الشرعية التي تأتي موافقة لنص ، أو

خلافاً لقياس ، لأمور اعتبرها الشارع ، والقرائن، والأعراف، وليس كوسيلة من وسائل الإثبات فقط ، بل كمرجحات تقوي جانب أحد المتداعيين فتجعله بمركز المدعى عليه ، وتضعف الآخر فتجعله بمركز المدعي .

٤- الجوانب التطبيقية القضائية بحاجة لمزيد اهتمام وعناية ، في هذا الموضوع وغيره ، وخصوصاً لدى الجهات المعنية .

هذا ما تيسر لي جمعه وبيانه ، وأسأل الله أن يكتب في ذلك الخير ، وأسأل الله أن يغفر لي زللي وخطأي ، فإن أصبت فمن الله ، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان ، والله ورسوله منه بريئان ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد ، وآله وصحبه وسلم .

الفهارس

وتشتمل على الآتي :

١- فهرس الآيات القرآنية .

٢- فهرس الأحاديث والآثار .

٣- فهرس الأعلام .

٤- فهرس الأشعار .

٥- فهرس المصادر والمراجع .

٦-فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات القرآنية .

﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ ﴾ ..... - ٢ -

﴿ وَكُلّا نَّقُصُّ عَلَيۡكَ مِنۡ أَنۢبَآءِ ٱلرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِۦ فُؤَادَكَۚ ﴾..... - ٢٣ -

﴿ يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت ﴾..... - ٢٥ -

﴿ عَفَا ٱللَّهُ عَنكَ لِمَ أَذِنتَ لَهُمۡ ﴾..... - ٢٥ -

﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ ﴾.... - ٣٢ -

﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ ﴾ ..... - ٦٩ -

﴿ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ ﴾..... - ٩٠ -

﴿ وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾..... - ٩١ -

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ﴾ - ٩١ -

﴿ أَوۡ يَخَافُوٓاْ أَن تُرَدَّ أَيۡمَٰنُۢ بَعۡدَ أَيۡمَٰنِهِمۡۗ ﴾..... - ١٠٨ -

﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ ﴾..... - ١٠٨ -

﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا ﴾.....- ١١٥ -

فهرس الأحاديث والآثار .

(البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ...**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(من صُنع إليه معروف فقال لفاعله : جزاك الله خيراً)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(من لا يشكر الناس لا يشكر الله) .....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(ثم جاء الثَّبَتُ أنه من رمضان) .....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(بغير بينة ولا ثَبَتٍ).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(عفوت عنكم عن صدقة الخيل).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(قضى باليمين على المدعى عليه).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(إنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(قضى رسول الله ﷺ أن الخصمين يقعدان بين يدى الحكم)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض بينهما حتى تسمع)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(شاهداك أو يمينه) .....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(ليس لك إلا ذلك) .....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(فَقَالَ : الْكُبْرَ الْكُبْرَ ، فَقَالَ لَهُمْ : تَأْتُونَ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَنْ قَتَلَهُ)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(يُقسِمُ خمسون منكم على رجلٍ منهم ، فيدفع برُمته)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد) .**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ يَسْتَحِقُّ بِهَا مَالاً هُوَ فِيهَا فَاجِرٌ)...**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(من كانت له طلبة عند أحد فعليه البينة والمطلوب أولى باليمين)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبَكُمْ ؟).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(مَنْ طَلَبَ طَلَبَهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ ، فَالْمَطْلُوبُ أَوْلَى بِالْيَمِينِ مِنَ الْطَالِبِ)**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(ذبوا عن أعراضكم بأموالكم) .....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

(لا عذر لمن أقر).....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

فهرس الأعلام

زُهير بن أبي سُلمى ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

طَرَفَةُ بن العبد..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الزجاج..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

قتادة بن النعمان ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

السنهوري..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الخليل..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن الأنباري ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن القيم ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن تيمية ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن نجيم..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن المسيب ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن فرحون ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

شريح ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن عباس..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

أبي موسى الأشعري ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

سحنون ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الماوردي ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

البخاري..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن حزم الظاهري..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

النخعي..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الشعبي ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الأوزاعي ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

إياس ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن سيرين. ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن عبد البر..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

سَعِيدُ بْنُ عُبَيْدٍ ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

بشَيْرِ بْنِ يَسَارٍ ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

يحيى بن سعيد الأنصاري..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

عبد الله بن سهل..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الإمام أحمد ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

النَّسائيُّ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن حجر..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن رجب ..... خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

نافع.....**خطأ!**

الإشارة المرجعية غير معرّفة.

ابن عمر.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

الشافعي.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

أم سلمة.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

ابن رشد.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

السبكي.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

زيد بن ثابت.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

الْمِقْدَادَ.....**خطأ!**

الإشارة المرجعية غير معرّفة.

فهرس الأشعار .

وحمل العبءِ من أعناق قومي وفعلي في الخطوب بما عناني**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

الحامِل العِبْء الثقيل عن الـــــ جاني بغير يَدٍ ولا شُكْر**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

فالهبيت لافؤادَ له والثَّبيت ثبته فهمه.....**خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**

فهرس المصادر والمراجع

١. الإثبات مناطه وضوابطه ، تأليف : د.قدرى عبدالفتاح الشهاوي ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢م .

٢. الإجماع ، تأليف أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، بتحقيق الدكتور أبو حماد صغير بن أحمد حنيف ، نشر دار عالم الكتب ، الطبعة الثانية ١٤٢٤هـ .

٣. أحكام الإلتزام والإثبات ، تأليف : د.سمير عبدالسيد تناغو ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م .

٤. الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تأليف أبي الحسن علي بن محمد الماوردي ت٤٥٠هـ ، تحقيق الدكتور أحمد بن محمد البغدادي ، نشر مكتبة دار ابن قتيبة – الكويت – ، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ .

٥. أحكام القرآن للجصاص ، تأليف أحمد بن علي المكني بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي ت:٣٧٠هـ ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوى ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ .

٦. الاختيارات الفقهية ، تأليف : تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ت: ٧٢٨ه، تحقيق : علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي ، نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الأولى : ١٣٩٧هـ/١٩٧٨م .

٧. الأدب المفرد ، تأليف : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ت:٢٥٦هـ ، تحقيق : محمد فؤاد عبدالباقي ، ومذيلة بأحكام الألباني ، نشر : دار البشائر الإسلامية – بيروت – ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٩هـ .

٨. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، تأليف : محمد ناصر الدين الألباني ت: ١٤٢٠هـ ، إشراف : زهير الشاويش ، نشر : المكتب الإسلامي – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٥هـ .

٩. الاستذكار ، تأليف الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي ت٤٦٣هـ ، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض ، طبعة دار الكتب العليمة بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٢٧هـ .

١٠. الإستيعاب في معرفة الأصحاب ، تأليف : يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي ت:٤٦٣هـ ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، نشر : دار الجيل – بيروت – ، الطبعة

الأولى ، ١٤١٢هـ .

١١. أسد الغابة ، تأليف : أبي الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري ، المعروف بـ " ابن الأثير " ت:٦٣٠هـ ، تحقيق : علي محمد معوض وعادل أحمد عبدالموجود ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، بدون طبعه .

١٢. أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، تأليف زكريا الأنصاري ، تحقيق د.محمد تامر ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ .

١٣. الأشباه والنظائر ، تأليف : تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي ت٧٧١هـ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ١٤١١ هـ – ١٩٩١م .

١٤. الإصابة في تمييز الصحابة ، تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ت:٨٥٢هـ ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، نشر : دار الجيل — بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ .

١٥. أصول القانون ، تأليف الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، بدون دار نشر وبدون تاريخ طبعه .

١٦. الأعلام ، تأليف : خير الدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس ، الزركلي الدمشقي ت: ١٣٩٦هـ ، نشر : دار العلم للملايين ، الطبعة الخامسة عشر ، ٢٠٠٢م .

١٧. إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزية ت٧٥١هـ تحقيق : طه عبد الرءوف سعد ، نشر دار الجيل – بيروت طبعة ١٩٧٣م .

١٨. إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ، تأليف ابن قيم الجوزية ، تحقيق محمد حامد الفقي ، نشر مكتبة المعارف — الرياض ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

١٩. الأم ، لأبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي ت ٢٠٤هـ ، تحقيق د.رفعت فوزي عبدالمطلب ، نشر دار الوفاء ، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ .

٢٠. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف الأمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي الحنبلي ت٨٨٥ ، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي ، نشر دار الكتب العلمية بيروت– لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ .

٢١. البحر الرائق شرح كتر الدقائق ، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم ت ٩٧٠هـ ، تحقيق زكريا عميرات ، نشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.

٢٢. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تأليف الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد

ابن رشد القرطبي الأندلسي ت٥٩٥هـ ، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت- لبنان ، الطبعة الرابعة ٢٠٠٧م .

٢٣. البداية والنهاية ، تأليف : أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (المتوفى : ٧٧٤هـ ، تحقيق : علي شيري ، نشر : دار إحياء التراث العربي - بيروت - ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ .

٢٤. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير ، تأليف : ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري ت: ٨٠٤هـ ، تحقيق : مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال ، نشر : دار الهجرة للنشر والتوزيع - الرياض - ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٥هـ .

٢٥. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة ، تأليف : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت:٩١١هـ ، تحقيق : محمد أبو الفضل إبراهيم ، نشر : دار الفكر - بيروت - ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ .

٢٦. بلغة السالك لأقرب المسالك ، لأحمد الصاوي ، تحقيق محمد عبدالسلام شاهين ، نشر دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ، ج٤ص٩٠ .

٢٧. البهجة في شرح التحفة ، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، تحقيق محمد عبد القادر شاهين ، نشر دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م .

٢٨. بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام ، تأليف : أبي الحسن علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي ابن القطان ت: ٦٢٨هـ ، تحقيق : د. الحسين آيت سعيد ، نشر : دار طيبة - الرياض - ، الطبعة : الأولى ، ١٤١٨هـ .

٢٩. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة ، لأبي محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت :٤٥٠هـ ، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت — لبنان ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ .

٣٠. تاريخ بغداد ، تأليف: أحمد بن علي أبو بكر الخطيب البغدادي ت:٤٦٣هـ ، نشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٠هـ .

٣١. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون ت : ٧٩٩هـ ، تحقيق الشيخ جمال مرعشلي ، نشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ .

٣٢. تبيين الحقائق شرح كتز الدقائق ومعه حاشية الشِّلْبِيِّ ، لعثمان بن علي الشهير بفخر الدين الزيلعي الحنفي ت : ٧٤٣هـ ، نشر المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق ، القاهرة ، الطبعة

الأولى ١٣١٣هـ .

٣٣. تحفة الحبيب على شرح الخطيب ، لسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ

٣٤. تحفة الفقهاء ، تأليف علاء الدين السمرقندي ت٥٣٩هـ ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ، ج٣ص٣٧١، الاختيار ج٢ص٩٧ ، الكافي في فقه أهل المدينة ،

٣٥. تذكرة الحفاظ ، تأليف: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت:٧٤٨هـ ، تحقيق: زكريا عميرات ، نشر: دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ .

٣٦. التذكرة في الفروع على مذهب الشافعي ، تأليف : سراج الدين عمر بن علي الأنصاري المعروف بابن الملقن ت٨٠٤هـ ، تحقيق : د.ياسين بن ناصر الخطيب ، نشر : دار المنارة – جدة – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ .

٣٧. التعليقات السنية على الفوائد البهية ، تأليف : لأبي الحسنات عبد الحي اللكنوي ت:١٣٠٤هـ ، نشر : مطبعة المصطفائي ، طبعه ١٩٧٦م .

٣٨. تفسير القرآن العظيم ، لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير ت:٧٧٤هـ ، تحقيق مصطفى محمد ومحمد رشاد ومحمد العجماوي وعلي عبدالباقي وحسن قطب ، نشر دار عالم الكتب ، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ .

٣٩. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني ت: ٨٥٢هـ ، نشر : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ .

٤٠. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ت:٤٦٣هـ ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوى و محمد عبد الكبير البكري ، نشر مؤسسة قرطبة ، بدون طبعة .

٤١. التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، رسالة ماجستير للباحث : عمر بن عبدالعزيز اللحيدان ، مقدم للمعهد العالي للقضاء ١٤٣١هـ .

٤٢. التنبيه في فقه الشافعي ، تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ، تحقيق : عماد الدين أحمد حيدر ، نشر : دار عالم الكتب – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ .

٤٣. تهذيب التهذيب ، تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ت:٨٥٢هـ ، نشر : دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ .

٤٤. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان ، لعبدالرحمن السعدي ت: ١٣٧٦هـ ، تحقيق

عبدالرحمن اللويحق ، نشر مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ ، ج١ص٢٤٦ .

٤٥. التيسير بشرح الجامع الصغير ، تأليف : الإمام الحافظ زين الدين عبد الرؤوف المناوي ت:١٠٣١هـ ، نشر : مكتبة الإمام الشافعي – الرياض – ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٨هـ .

٤٦. الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، لصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري ت:١٣٣٥هـ ، المكتبة الثقافية – بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ .

٤٧. الجامع الصحيح (سنن الترمذي) ، تأليف : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ت:٢٧٩هـ ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون ، ومذيلة بتعليقات الألباني ، بدون طبعه .

٤٨. جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم ، لابن رجب الحنبلي ت:٧٩٥هـ ، تحقيق حسن أحمد إسبر ، نشر دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ .

٤٩. الجامع لأحكام القرآن ، تأليف أبو عبدالله محمد القرطبي ت٦٧١هـ ، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، نشر دار الكتب المصرية – القاهرة ، الطبعة الثانية ١٣٨٤هـ .

٥٠. الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث ، لأحمد بن عبد الكريم الغزي ، تحقيق فواز أحمد زمرلي ، نشر دار ابن حزم ، بدون طبعه .

٥١. الجرح والتعديل ، تأليف : الإمام الحافظ شيخ الإسلام أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس بن المنذر الرازي ت: ٣٢٧هـ ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية – بحيدر آباد الدكن – الهند سنة ١٢٧١هـ – ١٩٥٢م .

٥٢. الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري ، تأليف : أبي بكر علي الزبيدي ت:٨٠٠هـ ، تحقيق : إلياس قبلان ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى : الأولى ، ٢٠٠٦م .

٥٣. حاشية إعانة الطالبين ، المؤلف : لأبي بكر المشهور بالبكري بن محمد شطا الدمياطي ت ١٣٠٢هـ ، نشر دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ .

٥٤. حاشية البجيرمي على المنهاج ، لسليمان بن محمد البجيرمي ت ١٢٢١هـ ، تحقيق عبدالله محمود ، نشر دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ .

٥٥. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، تأليف العلامة شمس الدين محمد الدسوقي ، على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، بدون تاريخ طبعة .

٥٦. حاشية قرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار على الدر المختار لسيدي محمد علاء الدين أفندي ،

طبعة دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ .

٥٧. حاشيتا قيلوبي وعميره ، لشهاب الدين القليوبي ت ١٠٦٩ هـ وأحمد البرلسي عميرة ت ٩٥٧هـ ، على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلى ت٨٦٤هـ على منهاج الطالبين للإمام النووي ت٦٧٦ ، نشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثالثة ١٣٧٥هـ .

٥٨. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، وهو شرح مختصر المزني ، تأليف أبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ت٤٥٠هـ ، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، نشر دار الكتب العلية – بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ .

٥٩. الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ، لمحمد علاء الدين بن علي الحصكفي ت: ١٠٨٨هـ ، نشر دار الفكر - بيروت ، طبعة ١٣٨٦م .

٦٠. الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، تأليف الدكتور أحمد شوقي محمد عبدالرحمن ، الناشر منشأة دار المعارف بالأسكندرية ، طبعة ٢٠٠٧م .

٦١. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ، تأليف : تأليف : أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي ت:٨٥٢هـ ، نشر : دار الجيل - بيروت - ، طبعة ١٤١٤هـ .

٦٢. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، تأليف : إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون ت:٧٩٩هـ ، تحقيق : مأمون بن محيي الدين الجنان ، نشر : دار الكتب العلمية - بيروت - ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ .

٦٣. ديوان الشاعر زهير بن أبي سلمى ، تحقيق : علي حسن فاعور ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت ، طبعه ١٤٠٨هـ .

٦٤. ديوان الشاعر طرفة بن العبد شرح الأعلم الشنتمري ، المحقق: درية الخطيب - لطفي السقال ، نشر : المؤسسة العربية للدراسات والنشر- دار الثقافة والفنون ، طبعه : ٢٠٠٠م .

٦٥. ذخيرة الحفاظ ، تأليف : محمد بن طاهر المقدسي ت: ٥٠٧ هـ ، تحقيق : د.عبد الرحمن الفريوائي ، نشر : دار السلف - الرياض - ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ .

٦٦. رد المحتار على الدر المختار ، الشهيرة بحاشية ابن عابدين ، تأليف محمد أمين بن عابدين ت١٢٥٢هـ ، طبعة دار عالم الكتب ، طبعة خاصة ١٤٢٣هـ .

٦٧. الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع ، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ت١٠٥١ ، تحقيق سعيد محمد اللحام ، نشر دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت – لبنان ،

بدون طبعه .

٦٨. زاد المعاد في هدي خير العباد ، تـــأليف : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـــ) ، نشر : مؤسسة الرسالة - بيروت - ، مكتبة المنار الإسلامية - الكويت - ، الطبعة : السابعة والعشرون ، ١٤١٥هـــ /١٩٩٤م .

٦٩. سبل السلام شرح بلوغ المرام ، تأليف : محمد بن إسماعيل الصنعاني ت:١١٨٢هـــ ، تعليق العلامة المحدث محمد بن ناصر الدين الألباني ت:١٤٢٠هـــ ، نشر : مكتبة المعارف - الرياض - ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٧هـــ .

٧٠. السراج الوهاج على متن المنهاج ، لمحمد الزهري الغمراوي ، نشر دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـــ .

٧١. سنن ابن ماجه ، تأليف : محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ت٢٧٣هـــ ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ومذيلة بأحكام الألباني ، نشر : دار الفكر - بيروت - ، بدون طبعه .

٧٢. سنن أبي داود ، تأليف : سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي ت:٢٧٥هـــ ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، ومذيلة بأحكام الألباني ، الناشر : دار الفكر - بيروت - ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـــ .

٧٣. سنن البيهقي الكبرى ، تأليف : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ت :٤٥٨هـــ ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، نشر : مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـــ .

٧٤. سنن الدارقطني ، للإمام أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني ت:٣٨٥هـــ ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط - حسن عبد المنعم شلبي - عبد اللطيف حرز الله - أحمد برهوم ، نشر : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٣م .

٧٥. السنن الكبرى ، تأليف أحمد بن شعيب النسائي ت:٣٠٣هـــ ، تحقيق : حسن عبدالمنعم شلبي ، نشر : مؤسسة الرسالة ، طبعه ١٤١٥ه .

٧٦. سير أعلام النبلاء ، تأليف : شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي ت: ٧٤٨هـــ ، تحقيق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط ، نشر : مؤسسة الرسالة - بيروت - ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥هـــ .

٧٧. شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، تأليف : عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري الحنبلي ت:١٠٨٩هـــ ، تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط ، محمود الأرناؤوط ، نشر : دار بن كثير - دمشق - ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـــ .

٧٨. شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، تأليف شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري

الحنبلي ت٧٧٢هـ ، تحقيق وتخريج الدكتور عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين رحمه الله ، طبعة خاصة على نفقة عبد العزيز و محمد الجميح ، دون دار نشر ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ

٧٩. الشرح الممتع على زاد المستقنع ، تأليف العلامة محمد بن صالح العثيمين ت١٤٢١هـ ، نشر : دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ .

٨٠. شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ، وبهامشه حاشية المسماة تسهيل منح الجليل ، تأليف العلامة الشيخ محمد عليش ، نشر مكتبة النجاح – طرابلس – ليبيا ، بدون تاريخ طبعه .

٨١. شعب الإيمان ، تأليف : أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي ت: ٤٥٨هـ ، تحقيق : د.عبد العلي عبد الحميد حامد ، نشر : مكتبة الرشد – الرياض – بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٣هـ .

٨٢. الشعر والشعراء ، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة ت:٢٧٦هـ ، تحقيق : أحمد شاكر ، نشر : دار المعارف – القاهرة – ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ .

٨٣. صحيح ابن حبان بترتيب ، تأليف محمد بن حبان التميمي البستي ت: ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، نشر : مؤسسة الرسالة – بيروت – ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ .

٨٤. صحيح البخاري ، لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية ، دار السلام – الرياض – ، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ .

٨٥. صحيح الجامع الصغير وزيادته ، لمحمد بن ناصر الدين الألباني ، نشر المكتب الإسلامي – بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ ، ٦٤٤/١ .

٨٦. صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ت:٢٦١هـ ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية ، دار السلام – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ .

٨٧. صفة الصفوة ، تأليف : لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد ابن الجوزي ت:٥٩٧هـ ، تحقيق : محمود فاخوري – د.محمد رواس قلعه جي ، نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ .

٨٨. ضعيف الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير) ، تأليف : محمد ناصر الدين الألباني ت:١٤٢٠هـ ، نشر : المكتب الإسلامي – بيروت – ، الطبعة : الثالثة ، ١٤٠٨هـ .

٨٩. طبقات الحنابلة ، تأليف : أبو الحسين ابن أبي يعلى ت: ٥٢٦هـ ، تحقيق : محمد حامد الفقي نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤١٥هـ .

٩٠. طبقات الفقهاء الشافعية ، تأليف : تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح ت ٦٤٣هـ ، تحقيق : محيي الدين علي نجيب ، ناشر : دار البشائر الإسلامية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٢م .
٩١. الطبقات الكبرى ، تأليف : محمد بن سعد أبو عبد الله البصري ت:٢٣٠هـ ، تحقيق : إحسان عباس ، نشر : دار صادر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٩٦٨م .
٩٢. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المشهور بابن القيم ت:٧٥١هـ ، تحقيق : د. محمد جميل غازي ، نشر مطبعة المدني – القاهرة – ، بدون طبعة .
٩٣. عبء الإثبات ونقله ، تأليف المحامي فرج محمد علي ، نشر المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ، الطبعة الثانية ٢٠٠٩م .
٩٤. العدة في شرح العمدة ، تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ، نشر مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ١٤٢٧ هـ .
٩٥. العزيز شرح الوجيز المسمى بالشرح الكبير ، لعبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني ت٦٢٣هـ ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض و الشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ .
٩٦. العناية شرح الهداية ، تأليف : محمد بن محمد البابرتي ت:٧٨٦هـ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٧م .
٩٧. عون المعبود شرح سنن أبي داود ، تأليف : أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي ، تحقيق : عبد الرحمن محمد عثمان ، نشر : المكتبة السلفية – المدينة المنورة – ، الطبعة : الثانية ، ١٣٨٨هـ ، ١٩٦٨م .
٩٨. فتح الباري شرح صحيح البخاري ، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت:٨٥٢هـ ، طبعة محققة ومصححة عن الطبعة المحققة والمجازه من العلامة ابن باز ، نشر دار الفكر – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ .
٩٩. فتح القدير ، تأليف الإمام كمال الدين السيواسي ، المعروف بابن الهمام الحنفي ت٦٨١هـ، على الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين علي المرغيناني ت٥٩٢هـ ، ومعه تكملته نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده ، تحقيق الشيخ عبدالرزاق المهدي ، طبعة دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان ، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ .
١٠٠. الفردوس بمأثور الخطاب ، لأبي شجاع شيرويه بن شهردار بن شيرويه الديلمي الهمذاني ت:

٥٠٩هـ ، تحقيق ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ .

١٠١. الفروع ، للعلامة الفقيه المحدث شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ت٧٦٣هـ ، ومعه تصحيح الفروع للفقيه العلامة المدقق علاء الدين علي المرداوي ت٨٨٥هـ ، وحاشية ابن قندس لتقي الدين أبي بكر بن إبراهيم البغلي ت٨٦١هـ ، بتحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، نشر مؤسسة الرسالة ودار المؤيد ، الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ .

١٠٢. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ت٣٨٦هـ ، تأليف أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي ت١١٢٦هـ ، نشر المكتبة العصرية – صيدا – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ

١٠٣. قانون أصول المحاكمات الأردني ، رقم ٢٤ الصادر سنة ١٩٨٨م .

١٠٤. قانون أصول المحاكمات السوري ، رقم ٨٤ الصادر سنة ١٩٥٣م .

١٠٥. قانون أصول المحاكمات اللبناني ، رقم ٩٠ الصادر سنة ١٩٨٣م .

١٠٦. قانون الإثبات العراقي ، رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م .

١٠٧. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، تأليف : د.محمد حسن قاسم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م .

١٠٨. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري ، رقم ٢٥ الصادر سنة ١٩٦٨م ، المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢م ، والقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م .

١٠٩. قانون البينات الأردني ، رقم ٣٠ الصادر سنة ١٩٥٢م .

١١٠. قانون البينات السوري ، رقم ٣٥٩ الصادر سنة ١٩٤٧م .

١١١. القانون المدني الأردني ، رقم ٤٣ الصادر سنة ١٩٧٦م .

١١٢. القانون المدني السوري ، رقم ٨٤ الصادر سنة ١٩٤٩م .

١١٣. القانون المدني المصري ، رقم ١٣١ الصادر سنة ١٩٤٨م .

١١٤. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، رقم ١٣ الصادر سنة ١٩٨٦م .

١١٥. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، تأليف الدكتور توفيق حسن فرج ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة ٢٠٠٣م .

١١٦. القوانين الفقهية ، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي ، نشر دار الكتب العلمية – بيروت ، الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ.

١١٧. الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي ، تأليف : عبدالله بن محمد آل خنين ، نشر : مكتبة العبيكان ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٩هـ .

١١٨. الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي ، دار ابن

حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت- لبنان ، الطبعة الأول .
١١٩. الكافي في فقه أهل المدينة ، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي ت ٤٦٣هـ ، نشر مكتبة الرياض الحديثة ، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ .
١٢٠. كتاب المجموع شرح المهذب للشيرازي ، تأليف أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، نشر دار إحياء التراث العربي بيروت- لبنان ، الطبعة الأولى بدون تاريخ .
١٢١. كشاف القناع عن الإقناع ، تأليف الشيخ العلامة منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ت١٠٥١هـ ، تحقيق وتخريج وتوثيق لجنة متخصصة في وزارة العدل السعودية ، نشر وزارة العدل في المملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ .
١٢٢. كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، تأليف : أبي الحسن المالكي ، تحقيق : يوسف الشيخ محمد البقاعي ، نشر : دار الفكر - بيروت - ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ .
١٢٣. اللباب في شرح الكتاب ، تأليف الشيخ عبدالغني الغنيمي الحنفي ، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ، طبعة المكتبة العلمية – بيروت – لبنان ، بدون تاريخ طبعة .
١٢٤. لسان الحكام في معرفة الأحكام ، تأليف إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي ، نشر مكتبة الحلبي - القاهرة ، الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ .
١٢٥. لسان العرب ، لابن منظور ، تحقيق يوسف خياط ، نشر دار لسان العرب - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ .
١٢٦. مبادئ القانون ، مدخل إلى القانون والإلتزامات ، تأليف الدكتور محمد حسن قاسم ، نشر الدار الجامعية ، طبعه ١٩٩٨م .
١٢٧. المبدع شرح المقنع ، لبرهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح ت ٨٨٤هـ ، نشر المكتب الإسلامي ، طبعة ١٤٠٠هـ .
١٢٨. المبسوط ، تأليف شمس الدين السرخسي الحنفي ، نشر دار المعرفة – بيروت – لبنان ، بدون تاريخ طبعة.
١٢٩. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، تأليف : نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت:٨٠٧ ، نشر : دار الفكر - بيروت - ، الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ .
١٣٠. مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ت:٧٢٨هـ ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم ، نشر : دار عالم الكتب - الرياض - ، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ .
١٣١. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، لمجد الدين أبي البركات ت:٦٥٢هـ ، ومعه النكت على الفوائد السنية على مشكل المحرر ، لشمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي

ت:٧٦٣هـ ، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد ، طبعة ١٤٢٤هـ .

١٣٢. المحلى ، تأليف أبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري ت:٤٥٦هـ ، تحقيق : أحمد شاكر ، نشر : دار الجيل ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ طبعه .

١٣٣. مختصر تفسير البغوي ، د.عبدالله الزيد ، نشر جهاز الإرشاد والتوجيه بالحرس الوطني بالسعودية ، طبعة خاصة ١٤٢١هـ .

١٣٤. المدخل إلى علم القانون ، تأليف الدكتور هشام القاسم ، دمشق ١٤٠٢-١٤٠٣هـ .

١٣٥. المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، تأليف الدكتور محمد حسام محمود مصطفى ، طبعة القاهرة ١٩٩٨م .

١٣٦. مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات ، تأليف الإمام الحافظ ابن حزم الظاهري ، ويليه نقد مراتب الإجماع للإمام الحافظ ابن تيمية ، تحقيق حسن أحمد إسبر ، نشر دار ابن حزم ، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ .

١٣٧. مسند أبي يعلى ، تأليف : أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي ت٣٠٧هـ ، تحقيق : حسين سليم أسد ، نشر : دار المأمون للتراث - دمشق - ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٤هـ .

١٣٨. مسند الإمام أحمد بن حنبل ، تأليف : أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني ت:٢٤١هـ ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ، نشر مؤسسة الرسالة - بيروت - ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٩هـ .

١٣٩. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، لمصطفى بن سعد السيوطي الرحيباني ت ١٢٤٣هـ ، ومعه تجريد زوائد الغاية ، الطبعة الثالثة ١٤٢١هـ ، بدون دار نشر.

١٤٠. المطلع على ألفاظ المقنع ، لأبي عبدالله حمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي ، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين الخطيب ، نشر مكتبة السوادي ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ .

١٤١. معالم التنزيل ، لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ت:٥١٠هـ ، تحقيق محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش ، نشر دار طيبة ، الطبعة الرابعة ١٤١٧هـ .

١٤٢. المعجم الأوسط ، تأليف : أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ت:٣٦٠هـ ، تحقيق : طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، نشر : دار الحرمين - القاهرة - ، ١٤١٥هـ .

١٤٣. معجم الصحابة ، تأليف : أبو القاسم عبد الله بن محمد بن عبد العزيز بن المَرْزُبان البغوي ت:٣١٧هـ ، تحقيق : محمد الأمين بن محمد الجكني ، نشر : مكتبة دار البيان – الكويت -

، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ .

١٤٤. معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية ، تأليف : عمر رضا كحالة ، نشر : مؤسسة الرسالة – بيروت – ، بدون طبعه .

١٤٥. معرفة السنن والآثار ، تأليف : أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت :٤٥٨هـ ، تحقيق : سيد كسروي حسن ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٥هـ .

١٤٦. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، لأبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي ت ٨٤٤هـ ، نشر مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ .

١٤٧. المغني ، تأليف موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي الدمشقي الحنبلي ت٦٢٠هـ ، تحقيق د.عبد الله بن عبدالمحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو ، نشر دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة السادسة ١٤٢٨ هـ .

١٤٨. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تأليف شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، تحقيق علي محمد معوض و عادل احمد عبد الموجود ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت– لبنان ، الطبعة الأولى ٢٠٠٦ م .

١٤٩. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة ، لشمس الدين أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي ت :٩٠٢هـ ، تحقيق محمد عثمان الخشت ، نشر دار الكتاب العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ .

١٥٠. مقاييس اللغة ، لأبي الحسين أحمد بن فارس ، تحقيق عبدالسلام هارون ، نشر دار الجيل – بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.

١٥١. مقدمة في الأصول العامة لعلم القانون ، تأليف خالد رشيد القيام ، كلية الحقوق ، الطبعة الأولى ١٩٩٩م .

١٥٢. المقنع ، تأليف موفق الدين أبي محمد عبدالله بن قدامه المقدسي ، ومعه الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن قدامه المقدسي ، ومعه الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي المرداوي ، تحقيق الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، نشر دار عالم الكتب عام ١٤١٩ه ، بدون طبعة .

١٥٣. الملخص الفقهي ، تأليف : صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان ، نشر: دار العاصمة – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٣هـ .

١٥٤. منار السبيل في شرح الدليل ، تأليف إبراهيم بن محمد بن ضويان ت:١٣٥٣هـ ، تحقيق زهير الشاويش ، نشر المكتب الإسلامي ، الطبعة السابعة ١٤٠٩هـ .

١٥٥. المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى ، تأليف : محمد ضياء الرحمن الأعظمي ، نشر : مكتبة الرشد – الرياض – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م .
١٥٦. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، تأليف الإمام محيي الدين النووي ت:٦٧٦هـ ، تحقيق : الشيخ خليل مأمون شيحا ، نشر : دار المعرفة – بيروت – ، الطبعة الثالثة عشر ، ١٤٢٨هـ .
١٥٧. منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي ، تأليف : زكريا بن محمد الأنصاري ت:٩٢٦هـ ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ .
١٥٨. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي ، تحقيق زكريا عميرات ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة خاصة ١٤٢٣ هـ .
١٥٩. الموسوعة الفقهية ، إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت ، الطبعة الخامسة ١٤٢٥هـ .
١٦٠. الموطأ ، تأليف : الإمام مالك بن أنس ت:١٧٩هـ ، رواية أبي مصعب الزهري المدني ، تحقيق : د.بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل ، نشر مؤسسة الرسالة – بيروت – ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٨هـ .
١٦١. موطأ الإمام مالك ، لمالك بن أنس الأصبحي ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر دار إحياء التراث العربي — مصر ، بدون طبعه .
١٦٢. ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، تأليف : شمس الدين أبوعبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي ت: ٧٤٨هـ ، تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود ، نشر : دار الكتب العلمية – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ .
١٦٣. النظام الأساسي للحكم للملكة العربية السعودية ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ .
١٦٤. نظام المرافعات الشرعية السعودي ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢١) وتاريخ ٢٠-٥-١٤٢١هـ ، والمنشور في جريدة أم القرى عدد ٣٨١١ وتاريخ ١٧-٦-١٤٢١هـ .
١٦٥. نظرية الدعوى ، د.محمد نعيم ياسين ، نشر دار النفائس عمان ، ص١٩٧ .
١٦٦. نهاية المطلب في دراية المذهب ، تأليف إمام الحرمين عبدالملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ، تحقيق أ.د. عبد العظيم محمود الديب ، طبعة دار المنهاج للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ .
١٦٧. نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، تأليف : الشيخ أحمد بابا التنبكتي المالكي ت:١٠٣٦هـ ،

تحقيق : طلاب كلية الدعوة الإسلامية طرابلس ، نشر : كلية الدعوة الإسلامية – طرابلس – ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٩م .

١٦٨. الهداية شرح بداية المبتديء ، لأبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني ت ٥٩٣هـ ، تحقيق محمد محمد تامر وحافظ عاشور حافظ ، نشر دار السلام ، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ .

١٦٩. الوافي بالوفيات ، تأليف : صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ت: ٧٦٤هـ ، تحقيق : أحمد الأرنأووط وتركي مصطفى ، نشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت – ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ .

١٧٠. الوجيز في أصول القضاء المدني ، عبدالتواب مبارك ، نشر دار النهضة مصر ١٣٢٩هـ .

١٧١. الوجيز في شرح قانون الإثبات ، تأليف : د.عبدالسميع عبدالوهاب أبو الخير ، بدون ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧م .

١٧٢. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ، تأليف د.محمد الزحيلي ، مكتبة المؤيد – دمشق – بيروت ، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ .

١٧٣. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، تأليف : د.عبدالرزاق أحمد السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – ، الطبعة الثالثة الجديدة ٢٠٠٠م .

١٧٤. الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني ، للدكتور أسامه روبي عبدالعزيز الروبي ، نشر دار النهضة العربية ، طبعة ٢٠٠٨م .

١٧٥. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، تأليف : أبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان ت:٦٨١هـ ، تحقيق : إحسان عباس ، نشر : دار صادر – بيروت – ، بدون طبعه .

فهرس الموضوعات .

المقدمة ..... – ٢ –

أهمية الموضوع : ..... – ٣ –

مشكلة الموضوع : ..... – ٥ –

أهداف الموضوع : ..... – ٦ –

أسباب اختيار الموضوع : ..... – ٦ –

الدراسات السابقة في الموضوع : ..... – ٧ –

منهج البحث : ..... – ٨ –

أولاً : منهج الكتابة في صلب الموضوع : ..... – ٨ –

ثانياً : منهج التعليق والتهميش والتخريج : ..... – ٩ –

ثالثاً : الناحية الشكلية ، والتنظيمية ، ولغة الكتابة : ..... – ١٠ –

تقسيمات البحث : ..... – ١١ –

شكرٌ وثناء : ..... – ١٥ –

الفصل التمهيدي ..... – ١٩ –

التعريف بمصطلحات البحث ، وبيان علاقته بالنظام العام ..... – ١٩ –

وفيه أربعة مباحث : ..... – ١٩ –

المبحث الأول : التعريف بنقل عبء الإثبات والإعفاء منه . ..... – ٢٠ –

المطلب الأول : تعريف نقل عبء الإثبات ..... – ٢٠ –

أولاً : نقل عبء الإثبات في اللغة . ..... – ٢١ –

النقل في اللغة : ..... - ٢١ -

العبء في اللغة : ..... - ٢١ -

الإثبات في اللغة : ..... - ٢٢ -

ثانياً : نقل عبء الإثبات في الاصطلاح . ..... - ٢٦ -

أولاً : تعريف عبء الإثبات في الفقه الإسلامي : ..... - ٢٦ -

ثانياً : تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح النظامي ..... - ٢٨ -

تعريف نقل عبء الإثبات في الاصطلاح الشرعي والنظامي ..... - ٢٩ -

المطلب الثاني : تعريف الإعفاء من عبء الإثبات ..... - ٣١ -

أولاً : تعريف الإعفاء من عبء الإثبات في اللغة . ..... - ٣١ -

الإعفاء في اللغة : ..... - ٣١ -

ثانياً : الإعفاء من عبء الإثبات في الاصطلاح الفقهي . ..... - ٣٣ -

المبحث الثاني : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام . ..... - ٣٤ -

المطلب الأول : مفهوم النظام العام . ..... - ٣٤ -

أولا : فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية . ..... - ٣٤ -

ثانياً : فكرة النظام العام في القانون ..... - ٣٦ -

المطلب الثاني : المذاهب المنظمة للإثبات في الفقه والقانون . ..... - ٣٩ -

الفرع الأول : المذاهب المنظمة للإثبات في الفقه . ..... - ٣٩ -

أولاً : المذهب الأول . ..... - ٣٩ -

ثانياً : المذهب الثاني . ..... - ٤٠ -

الفرع الثاني : المذاهب المنظمة للإثبات في القانون ..... - ٤٣ -

أولاً : المذهب الأول . ..... - ٤٣ -

ثانياً : المذهب الثاني . ..... - ٤٤ -

ثالثاً : المذهب الثالث ..... - ٤٥ -

المطلب الثالث : علاقة نقل عبء الإثبات والإعفاء منه بالنظام العام ..... - ٤٧ -

أولاً : ماهية قواعد الإثبات الشكلية . ..... - ٤٧ -

ثانياً : ماهية قواعد الإثبات الموضوعية ..... - ٤٨ -

الفرع الأول : علاقة قواعد الإثبات الشكلية بالنظام العام ..... - ٤٩ -

الفرع الثاني : علاقة قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام ..... - ٥٠ -

أولا : قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام . ..... - ٥٠ -

ثانياً : قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام . ..... - ٥٣ -

ثالثاً : التوسط بين الرأيين السابقين . ..... - ٥٣ -

المبحث الثالث : التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وعلاقته بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات ..... - ٥٦ -

المطلب الأول : تعريف المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي . ..... - ٥٦ -

الفرع الأول : تعريف المدعي في الفقه الإسلامي . ..... - ٥٦ -

الفرع الثاني : تعريف المدعى عليه في الفقه الإسلامي . ..... - ٥٧ -

الفرع الثالث : التعريف المختار للمدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي . - ٥٨ -

المطلب الثاني : تعريف المدعي والمدعى عليه في القانون . ..... - ٦٠ -

الفرع الأول : تعريف المدعي في القانون ..... - ٦١ -

الفرع الثاني : تعريف المدعى عليه في القانون . ..... - ٦٢ -

المطلب الثالث : علاقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات . ..... - ٦٤ -

الفرع الأول : أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه . ..... - ٦٤ -

الفرع الثاني : علاقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه بالنقل والإعفاء من عبء الإثبات ..... - ٦٨ -

المبحث الرابع : مبدأ حياد القاضي في نقل عبء الإثبات والإعفاء منه ..... - ٦٩ -

المطلب الأول : مفهوم مبدأ حياد القاضي ..... - ٦٩ -

المطلب الثاني : الدور الحيادي للقاضي في الإثبات ..... - ٧٣ -

أولاً : صور من حياد القاضي عند فقهاء الشريعة . ..... - ٧٣ -

ثانياً : صور من حياد القاضي في القانون ..... - ٧٥ -

المطلب الثالث : الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات . ..... - ٧٧ -

أولاً : صور من إيجابية القاضي عند فقهاء الشريعة . ..... - ٧٧ -

ثانياً : صور من إيجابية القاضي في القانون ..... - ٧٨ -

الفصل الأول ..... - ٨٠ -

(نقل عبء الإثبات فقهاً ونظاماً) ..... - ٨٠ -

وفيه ثلاثة مباحث : ..... - ٨٠ -

المبحث الأول : حكم نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون ، وفيه ثلاثة مطالب : ..... - ٨١ -

المطلب الأول : نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي . ..... - ٨١ -

تمهيد : ..... - ٨١ -

أولاً : تحرير محل النزاع : ..... - ٨٢ -

ثانياً : الأقوال في المسألة : ..... - ٨٣ -

ثالثاً : الأدلة في المسألة : ..... - ٨٩ -

أدلة القول الأول : ..... - ٨٩ -

أولاً : الأدلة من الكتاب ..... - ٩٠ -

ثانياً : الأدلة من السنة ..... - ٩٤ -

ثالثاً : الأدلة من المعقول . ..... - ١٠٠ -

أدلة القول الثاني : ..... - ١٠٦ -

أدلة القول الثالث : ..... - ١٠٨ -

أولاً : الأدلة من الكتاب ..... - ١٠٨ -

ثانياً : الأدلة من السنة ..... - ١١٠ -

ثالثاً : دليل الإجماع . ..... - ١٢٠ -

رابعاً : الأدلة من المعقول . ..... - ١٢٣ -

رابعاً : الترجيح : ..... - ١٢٦ -

المطلب الثاني : نقل عب الإثبات في النظام السعودي . ..... - ١٢٩ -

المطلب الثالث : نقل عبء الإثبات في القانون المقارن . ..... - ١٣٣ -

المبحث الثاني : صور نقل عبء الإثبات ، وفيه مطلبان : ..... - ١٣٨ -

المطلب الأول : صور نقل عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه : ..... - ١٣٨ -

الصورة الأولى : اليمين المردودة . ..... - ١٣٨ -

الصورة الثانية : اليمين مع الشاهد . ..... - ١٣٨ -

الصورة الثالثة : بينة العكس . ..... - ١٣٩ -

الصورة الرابعة : دفع دعوى المدعي من قبل المدعى عليه بأحد الدفوع . - ١٣٩ -

المطلب الثاني : صور نقل عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه : ..... - ١٤١ -

الصورة الأولى : النقل بالنص . ..... - ١٤١ -

أولاً : الحالة العادية – النص الصريح . ..... - ١٤١ -

ثانياً : حالة القرائن القضائية . ..... - ١٤٢ -

ثالثاً : حالة القرائن القانونية . ..... - ١٤٢ -

الصورة الثانية : النقل بالاتفاق ..... - ١٤٤ -

المبحث الثالث : آثار نقل عبء الإثبات . ..... - ١٤٥ -

المطلب الأول : آثار نقل عبء الإثبات ..... - ١٤٥ -

الفرع الأول : آثاره على اليمين . ..... - ١٤٥ -

الفرع الثاني :آثاره على البينة . ..... - ١٤٦ -

الفرع الثالث : آثاره على الأمين ..... - ١٤٦ -

الفرع الرابع : آثاره على القضاء القضاة . ..... - ١٤٧ -

الفرع الخامس : آثار عامه ..... - ١٤٧ -

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على نقل عبء الإثبات ..... - ١٤٩ -

التطبيق الأول : بينة العكس ..... - ١٤٩ -

التطبيق الثاني : القضاء بالشاهد واليمين ..... - ١٥٣ -

التطبيق الثالث : دفع دعوى المدعي من قبل المدعى عليه بأحد الدفوع وإثباته ذلك بالبينة الشرعية ..... - ١٥٧ -

الفصل الثاني ..... - ١٦١ -

(الإعفاء من عبء الإثبات فقهاً ونظاماً) ..... - ١٦١ -

وفيه ثلاثة مباحث : ..... - ١٦١ -

المبحث الأول : حكم الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون . وفيه ثلاثة مطالب :..... - ١٦٢ -

المطلب الأول : الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي . ..... - ١٦٢ -

الفرع الأول : الإعفاء بالنص ..... - ١٦٢ -

الفرع الثاني : الإعفاء بالاتفاق ..... - ١٦٤ -

أولاً : الأقوال في المسألة :..... - ١٦٥ -

ثانياً : الأدلة في المسألة : ..... - ١٦٦ -

أدلة القول الأول :..... - ١٦٦ -

أدلة القول الثاني : ..... - ١٦٧ -

ثالثاً : الترجيح :..... - ١٦٨ -

المطلب الثاني : جواز الإعفاء من عب الإثبات في النظام السعودي . ..... - ١٦٩ -

المطلب الثالث : جواز الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن ..... - ١٧٠ -

المبحث الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات ، وفيه مطلبان : ..... - ١٧٢ -

المطلب الأول : صور الإعفاء من عبء الإثبات في الفقه الإسلامي ، وفيه : - ١٧٢ -

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص . ..... - ١٧٢ -

القسم الأول : الإعفاء الكلي بالنص . وفيه :..... - ١٧٢ -

أولاً : الإعفاء الكلي بالنص الشرعي . ..... - ١٧٢ -

ثانياً : الإعفاء الكلي بالنص الفقهي . ..... - ١٧٣ -

القسم الثاني : الإعفاء الجزئي بالنص . وفيه :..... - ١٧٥ -

أولاً : الإعفاء الجزئي بالنص الشرعي ..... - ١٧٥ -

ثانياً : الإعفاء الجزئي بالنص الفقهي ..... - ١٧٧ -

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق ..... - ١٧٩ -

القسم الأول : الإعفاء الكلي بالاتفاق . ..... - ١٧٩ -

القسم الثاني : الإعفاء الجزئي بالاتفاق . ..... - ١٨٠ -

المطلب الثاني : صور الإعفاء من عبء الإثبات في القانون المقارن ، وفيه : - ١٨١ -

الصورة الأولى : الإعفاء بالنص . ..... - ١٨١ -

الصورة الثانية : الإعفاء بالاتفاق ..... - ١٨٢ -

المبحث الثالث : آثار الإعفاء من عبء الإثبات . ..... - ١٨٣ -

المطلب الأول : آثار الإعفاء من عبء الإثبات ..... - ١٨٣ -

الفرع الأول : آثاره على اليمين . ..... - ١٨٣ -

الفرع الثاني :آثاره على البينة . ..... - ١٨٣ -

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية على الإعفاء من عبء الإثبات . ..... - ١٨٥ -

التطبيق الأول : إعفاء المدعي من الإثبات بعد إقرار المدعى عليه . ..... - ١٨٥ -

التطبيق الثاني : إعفاء المدعي (الأمين) من الإثبات وقبول قوله بيمينه - ١٨٧ -

التطبيق الثالث : إعفاء المدعي حقيقة من الجواب والإثبات لعدم سماع الدعوى وقبولها . ..... - ١٩٠ -

التطبيق الرابع : اتفاق الطرفان على أن يحلف المدعي ويستحق ما يدعيه ، وإعفائه من الإثبات . ..... - ١٩٢ -

الخاتمة ..... - ١٩٧ -

الفهارس..... - ٢٠٠ -

فهرس الآيات القرآنية . ..... - ٢٠١ -

فهرس الأحاديث والآثار . ..... - ٢٠١ -

فهرس الأعلام ..... - ٢٠٤ -

فهرس الأشعار . ..... - ٢٠٧ -

فهرس المصادر والمراجع..... - ٢٠٨ -

فهرس الموضوعات . ..... - ٢٢٣ -