

وسائل الإثبات

بين

الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

فوزية احصاد



شبكة
الألوكة
www.alukah.net

السيرة الذاتية

• معلومات شخصية :

الإسم الكامل	الجنسية	تاريخ الميلاد	العمر	مكان الميلاد
فوزية احصاد	مغربية	1984-01-01	30 سنة	ايموزار كندر المغرب
هاتف جوال	0674448409	العنوان البريدي	158 بلوك 4 الرشاد صفرو المغرب	
المهنة	أستاذة الثانوي التأهيلي	البريد الإلكتروني	Ahessad.f@gmail.com	

• المؤهلات العلمية والشهادات الأكاديمية :

الشهادة	التخصص	تاريخه	التقدير	الجامعة المعهد	الكلية المركز
بصدد التحضير لدكتوراه الدولة	مركز الفقه المالكي في الاجتهاد القضائي الأسري المغربي	مسجلة بتاريخ 2014-02-18	-	سيدي محمد بن عبد الله فاس	كلية الآداب-مختبر البحث في الأصول الشرعية للكونيات والمعاملات
ماستر	قضاء وتوثيق	2011-11-03	جيد جدا	القرويين فاس	الشرعية والقانون
الإجازة	قضاء وتوثيق	2009-07-16	جيد	القرويين فاس	الشرعية والقانون
الدراسات الجامعية العامة	الشرعية والقانون	2008-07-04	جيد	القرويين فاس	الشرعية والقانون
البكالوريا	آداب عصرية	2006-06-26	مقبول	ثانوية محمد السادس	ثانوية محمد السادس إيموزار
البكالوريا	علوم تجريبية	2002-06-26	جيد	ثانوية محمد السادس	ثانوية محمد السادس إيموزار

• البرامج الإذاعية التي شاركت فيها :

الإذاعة	البرنامج	تاريخه	عنوان المشاركة
إذاعة فاس الجهوية	الأسرة بين الأمس واليوم	2014-11-28	العلاقات الأسرية في الشرعية الإسلامية

• المشاركات العلمية :

عنوان الندوة	الجهة المنظمة	تاريخ الندوة	عنوان المشاركة
"حقوق الانسان في الإسلام"	الثانوية التأهيلية بئر أنزان بمدينة صفرو	2014-04-08	حقوق الطفل في الإسلام: إثبات النسب أنموذجا
"الشباب بين إكراهات الواقع وانتظارات المستقبل"	جمعية الأورومتوسطي ويتعاون مع كل من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ووزارة الثقافة ووزارة الأسرة والتضامن ووزارة التعليم العالي وولاية جهة فاس بولمان والجماعة الحضرية لفاس	2014-04-24	العلاقات الأسرية و تأثيرها على نفسية الناشئة"
"استقلالية السلطة القضائية وآليات الحكامة الجيدة أساس لكل تنمية مستدامة"	جمعية التراث والتواصل الأورومتوسطي يتعاون مع كل من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ووزارة التعليم العالي ووزارة الشبيبة والرياضة ووزارة الثقافة ووزارة العدل والحريات وهيئة المحامين بفاس وهيئة الوطنية للعدول.	2014-06-20	" وسائل دعم و تعزيز استقلالية القضاء"

• الندوات العلمية الدولية التي شاركت في تنظيمها :

عنوان الندوة	الجهة المنظمة	تاريخها	نوع المشاركة
المصارف الإسلامية بين تحديات الواقع و رهانات المستقبل	مختبر البحث في الأصول الشرعية للكونيات والمعاملات يتعاون مع الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل	أيام 10-11-12-13 أبريل 2014.	لجنة الإعلام والتواصل وإعداد التقارير
التأمين التعاوني ومساهمته في تنمية الاقتصاد الإسلامي"	فريق البحث في السنة والسيرة وقضايا الإعجاز	يومي 9-10 ماي 2014	لجنة إعداد التقارير
السيرة النبوية في الدراسات الصينية	مختبر البحث في الأصول الشرعية للكونيات والمعاملات	14-15 نونبر 2014	لجنة إعداد البيان الختامي والتوصيات

• مهارات أخرى :

نوعية المهارة	المهارات
تقنية المكاتب	شهادة تقني متخصص في برمجة الحاسوب من شركة "ميكروسوفت أوفيس"
اللغات	اللغة
	التحدث
أخرى	الكتابة
	القراءة
	الفرنسية
	إنجليزية وأمازيغية

مقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم، الذي سمي نفسه الحق، وأنزل الكتاب بالحق ليحكم الناس بالحق، وصلوات الله على سيدنا وحبيبنا محمد وعلى آله وأزواجه وصحبه الطاهرين.

وبعد، قال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِحُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ

نَادِمِينَ.﴾¹

من هذه الآية الكريمة، تتبين لنا أهمية الإثبات في حياة البشر، فهي من الوسائل التي تضمن استقرار المجتمع بتمكين القضاء من القيام بمهمته في تحقيق العدالة وصون الحقوق وزجر المجرمين.

ونظرا لهذه الأهمية البالغة، ومصادقا لقوله تعالى: (ما فرطنا في الكتاب من شيء)²، فقد اعتنى الشرع الإسلامي بوسائل الإثبات أيما اهتمام، إذ شكل القرآن الكريم إلى جانب السنة النبوية، واجتهاد الفقهاء، وحدة متكاملة منسجمة من القوانين التي تحكم وتنظم هذه الوسائل. وما كثرة الكتابات المعاصرة والقديمة التي تتناول هذه الوسائل بالدراسة والبحث والمقارنة، إلا دليل على نجاحها وتفوقها على القانون الوضعي، الذي غالبا ما ينهج نهج التشريع الإسلامي، فيما يخص الإطار العام لهذه الوسائل، إلا أنه يظل مع ذلك عاجزا أمام عظمة التشريع الإسلامي ودقته وقدسيتها.

ورغم أن الفرق بين التشريع الإسلامي والوضعي شاسع من حيث المبدأ، إذ لا يعقل مقارنة تشريع شرعه الله تعالى بنفسه، وآخر هو من نسج عبد ضعيف الله عز وجل، رغم ذلك، فقد ارتأيت خلال بحثي هذا، أن أسلط الضوء على بعض مكامن التقاطع والتخالف بين التشريعين، فيما يخص وسائل الإثبات، تاركة فريسة القارئ المحمص تتمعن السطور لتستنتج عظمة التشريع الرباني.

على هذا الأساس يمكن الجزم على أن اختياري لموضوع: "وسائل الإثبات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، لم يكن اعتباطا لعدة أسباب منها:

أ- الطموح للانتماء إلى زمرة من قال في حقهم الرسول صلى الله عليه وسلم: «من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين»³.

ب - الرغبة في نصره هذا الدين، وإعلاء كلمته، خصوصا بعد تكالب الأعداء عليه للنيل من مبادئه وإصاق تهمة الإرهاب عليه. فكيف لمن يسعى لتحقيق العدل وإعلاء كلمة الحق أن يتهم بمثل ما ذكر؟

ج - التأكيد على تفوق التشريع الإسلامي على التشريع الوضعي.

د - الرغبة في الكتابة عن موضوع يفتح أمامي آفاقا معرفية في المجالين الديني والقانوني.

هـ السعي لإعلاء كلمة الحق، ووسائل الإثبات هي الطرق المساعدة على تحقيق العدل وصيانة المجتمع بإيصال الحقوق لأربابها المستضعفين، وإيقاع العقوبات على مستحقيها المتجبرين.

ولذلك حرصت في تناولي للموضوع على مراعاة الدقة والأمانة في نسبة الأقوال والآراء والاجتهادات إلى قائلها، وتسطير الكتب التي وظفتها بالفعل، وتنويع مصادر البحث ما استطعت، بالاعتماد على كتاب الله وسنة رسوله، والرجوع إلى كتب تفسير الحديث الشريف وكتب القانون دون نسيان ما أحدث من دراسات فقهية وقانونية معاصرة، لها ارتباط بالموضوع.

1 - سورة الحجرات، الآية 6.

2 - سورة الأنعام، جزء من الآية 38.

3 - رواه البخاري في كتابه "العلم" رقم الحديث: 69.

وقد عمدت على بدء كل فصل بفقرات قصيرة، تحدد الأفكار الأساسية المراد التطرق إليها، وتضمن كل نهاية فصل بخلاصة مركزة عما سبق دراسته، وكذا تخريج الآيات القرآنية وأسماء المراجع في الهامش، والاعتماد على بعض كتب القانون الوضعي وغيره، وتذييل البحث بمجموعة من الفهارس:

أ- فهرس الآيات القرآنية.

ب - فهرس الأحاديث النبوية.

ج - فهرس المصادر والمراجع.

هذا وقد جاء تقسيم الموضوع في خطوطه العريضة إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة.

ففي الفصل الأول قمت بتعريف الإثبات وذكرت أهميته و مآهبه وذلك في ثلاث مباحث وفي الفصل الثاني تطرقت إلى دراسة أركان الإثبات في المبحث الأول، والمكلف به في المبحث الثاني.

أما الفصل الثالث والأخير فقد عالجت فيه وسائل الإثبات المشتركة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ووسائل الإثبات التي انفرد بها التشريع الإسلامي، كل في مبحث.

هذا وقد أبرزت في خاتمة هذا البحث ما توصلت إليه من نتائج.

ولا أدعي فيما أنجزت كمالاً ولا عصمة، فالكمال لله سبحانه والعصمة لأبيائه - عليهم أفضل الصلاة والسلام - فما كان من نقص فهو مني، وما كان من توفيق فمن الله عز وجل، فإله أسأل أن يتجاوز عني ما قصرت، وأن يلهمني الصواب والسادات والتوفيق.

ولا يفوتني أن أشكر الدكتور "محمد بودلاحة" على إشرافه القيم على موضوع هذا البحث وعلى صبره وأناته وتشجيعاته وتوجيهاته ونصائحه التي لم يبخل بها علي وعلى زملائي، على ما بذله من جهد ووقت ليكون هذا البحث على ما هو عليه الآن.

فالفضل الكبير بعد الله عز وجل له ولتوجيهاته، فاللهم جازه عنا خير الجزاء واجعل أعماله وجهده في ميزان حسناته.

كما أتقدم بالشكر الجزيل وفائق التقدير إلى كل الأساتذة الذين علمونا وفقهونا، إلى رسل رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلى من قيل في حقهم «كاد المعلم أن يكون رسولا»، إلى من بذلوا الجهد لنكون على ما ينبغي عليه أن نكون، وإلى من ساهم بقريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل. جازى الله الجميع خير الجزاء.

وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

الفصل الأول: تعريف الإثبات وأهميته ومآهبه

خلال هذا الفصل سنتطرق لتأصيل الإثبات لغة وفقها وقانوناً (المبحث الأول)، وبعد ذلك سندرس أهميته (المبحث الثاني)، ونعرض لمآهبه (المبحث الثالث).

- المبحث الأول: التأسيس اللغوي والاصطلاحي للإثبات

- المطلب الأول: التأسيس اللغوي

تَبَيَّنَ الشيء يَبَيِّنُ بالفتح وثبوتاً بالضم فهو ثابت وتثبيت، وثبت بفتح فسكون، شيء ثبت أي ثابت. وأثبتته هو وثبته بمعنى. ويقال ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتاً إذا أقام به، فهو ثابت. والتثبيت الثابت العقل. وأثبت الشيء معرفة: قتله علماً.

ومن المجاز أثبت فلان، فهو مثبت إذا اشتدت به علته أو أثبتته جراحه فلم يتحرك.

وقوله تعالى: (ليثبتوك) أي ليجرحوك جراحة لا تقوم معها أو ليحبسوك وهو أيضاً مجاز.

ووجدته من الإثبات والإعلام الثقة وهو ثبت من الإثبات إذا كان حجة لثقته في روايته وهو جمع ثبت محرّكة وهو الأقيس. وقد يسكن وسطه، والجمع أثبات.

وفي اللسان: ورجل له ثبت عند الحملة بالتحريك أي ثبات، وتقول أيضاً: لا أحكم بكذا إلا يثبت أي بحجة. وفي حديث قتادة بن النعمان: "بغير بينة ولا ثبت". وفي حديث صوم يوم الشك: "ثم جاء التثبت إنه من رمضان".⁴

التثبت بالتحريك: الحجة والبينة.

وثبت في الأمر والرأي، استثبتت إذا تأنى فيه ولم يعجل. أثبت حجته: أقامها وأوضحها.⁵

- المطلب الثاني: التأسيس الاصطلاحي الفقهي

سبق أن رأينا بأن الإثبات لغة هو تأكيد الحق بالبينة، والبينة الدليل أو الحجة. والمقصود بالحق: حقيقة أي شيء سواء أكان لذلك أثر قانوني أم لا.⁶

وقد قام الفقهاء في الشريعة بإطلاق لفظة البينة اصطلاحاً على شهادة الشهود فقط. غير أن الأصل هو أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة والشاهد لم يوف مسماءها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعه.⁷

فالبينة إذن الدليل أو الحجة، وهي مشتقة من البيان، وهو الظهور والوضوح، ومعناها البرهان الخاص الحاسم الذي يدعم دعوى المدعى، ولذلك يقول الفقهاء البينة كاسمها مبينة.⁸

والبينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة، اسم لكل مل بين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين.

والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والامارة متقاربة في المعنى،⁹ فالبينة إذن اسم لكل ما يبين الحق ويظهره.¹⁰

⁴ - تاج العروس من جواهر القاموس للإمام محب الدين أبي فيض السيد محمد مرتدى الحسيني الواسطي الزيدي الحنفي، دراسة وتحقيق علي شيري، دار الفكر، المجلد III، ط1994م/1414هـ. باب التاء فصل التاء. ص28-29.

⁵ - نفس المرجع، ص30.

⁶ - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، م1، ط7، ص13.

⁷ - أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط1، ص168-169.

⁸ - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، م2، فقرة 672، ص1046.

- المطلب الثالث: التأصيل الاصطلاحي القانوني

من الناحية القانونية فإن الإثبات هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، لأن الشارع لم يبح التمسك بأي دليل وحتم توفر أدلة معينة دون أخرى لإثبات بعض الحقوق.¹¹

فمثلا لا يجوز إثبات وجود الشيك بالشهود مهما كانت قيمة السند وصفة المتداعين، بل يجب الكتابة لثبوت الالتزام الصرفي.

ويعرف الفقه الإثبات بأنه: «إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها».¹²

إذن فوسائل الإثبات في القانون الوضعي، أو ما يطلق عليه أحيانا "تسبيب الأحكام"، معناه بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بني عليها الحكم من طرف القاضي في قضائه، فقد أوجب المشرع ذكر الأسباب والعلل ليضمن عدم تحيز القاضي في قضائه ويمكن من مراقبة أحكامه.

فمبدأ الإثبات القانوني يتلخص في تحديد المشرع سلفا لوسائل الإثبات ولقيمة كل وسيلة، فلا يبقى للقاضي إلا الحكم وفق هذه الأحكام القانونية¹³ المسطرة في النصوص بصرف النظر عن اقتناعه الشخصي أو عدم اقتناعه بثبوت الواقعة موضوع النزاع.

ومن التشريعات من أطلقت "البيانات" على كل وسائل إثبات الحق كالتشريع السوري والتشريع اللبناني،¹⁴ في حين أن تشريعات أخرى قد اختارت لفظة "الإثبات" للدلالة على وسائل إثبات الحق كالتشريع المصري والعراقي والمغربي.¹⁵

من هذا يتضح لنا أن البيئة أو الإثبات هي الوسيلة المادية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم، كما أنها هي الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأشخاص أمام القضاء أن لم يصطحب بتقديم الدليل عليه إلى القاضي فإن هذا الأخير لن يكون ملزما بل إنه لا يستطيع أن يسلم بصحة هذا الادعاء.¹⁶

ويمكن أن نستخلص من تعريف الإثبات قانونا أربعة أمور:

- أولا: الإثبات بمعناه القانوني غير الإثبات بمعناه العام. فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة. الإثبات التاريخي أو العلمي أو بوجه عام لا ترد عليه قيود الإثبات القضائي. وهذا ما يجعل ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب الالتزام بها ولا يجوز الانحراف عنها، وهذا ما يسمى بحجية الأمر المقضى به.¹⁷

- ثانيا: لما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، وكان الإثبات القضائي مقيدا إلى هذا الحد، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير منقفة حتما مع

⁹ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. ط1372هـ-1958م، مطبعة السنة المحمدية، ص12.

¹⁰ - محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ط1405هـ/1984م، دار الحديث الحسنية، ص13.

¹¹ - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، م1، ص14.

¹² - ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي. ط1، 1981م/1402هـ، ص5.

¹³ - أحمد الخليلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، ج2، ص1، 1980، مكتبة المعارف، ص210.

¹⁴ - قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية الصادر بسوريا بتاريخ 10-6-1947 عرف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني البيئات في المادة 129 بأنها الوسائل التي يتوسل بها أحد المتداعين لإقناع القاضي بوجود فعل يتولد عنه حق.

¹⁵ - ادريس العلوي العبدلاوي، مرجع سابق، ط1981-1402، ص5.

¹⁶ - المرجع نفسه، ص5.

¹⁷ - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح ق.ل.ع. المغربي. جIII، ط1، 1419-1999/ مطبعة النجاح الجديدة، ص222.

الحقيقة الواقعية، وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع، بل بعيدة عن الحق، أقرب إلى أن تكون مصطلحا فنيا منها حقيقة واقعية.¹⁸

- ثالثا: ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به، ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق أو هذا الأثر.¹⁹

- رابعا: ما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثرا، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا يتكون حقيقة قضائية إلا عن طريق الإثبات القضائي.²⁰

- المبحث الثاني: أهمية الإثبات

الإثبات قانونا - كما سلف - هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، والثبت أو الدليل القانوني جوهرى بالنسبة للحق وإن كان ليس جزءا منه أو ركنا من أركانه.²¹ فالحق له أركان ثلاثة هي طرفاه ومحلته والحماية التي يسبغها القانون عليه. والإثبات ليس ركنا من أركان الحق، ذلك أن الحق قد يوجد دون أن تتوفر الوسيلة إلى إثباته، ومع ذلك فلا إثبات أهميته العملية البالغة، فالحق بالنسبة إلى صاحبه لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يقم عليه دليل، وكثيرون من الذين يخسرون دعواهم وبالتالي حقوقهم لا لشيء إلا لأن الدليل يعوزهم.²²

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية الأخيرة لمشروع القانون المدني المصري الجديد "نظرة في مشروع تنقيح القانون المدني": الواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه.²³

وقد عبر الفقيه "أهرنج" عن هذا المعنى بعبارته المشورة التي قال فيها «إن الدليل هو فدية الحق»، بمعنى أن تقديم الدليل من جانب صاحبه عبء عليه أن يحمله للحصول على حقه، فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل عليه، والدليل هو قوام حياة الحق، ومعقد النفع منه، فلا حق حيث لا دليل يؤكد، ولا دعوى حيث لا إثبات تستند اليه، والدليل هو الذي يظهر الحق ويجعل صاحبه يفيد منه والحق بدون دليل يعتبر هو والعدم سواء.²⁴

وجاء في "بلانيول المطول" و"روبيرت" أن الحق هو الوحيد الذي يراقب القانون ويعطيه أهمية بالغة.²⁵

وجاء في "بلانيول الموجز" أن الحق لا يساوي شيئا بدون دليل قضائي أو مادي يتفرع عنه.²⁶

وهذا ما تم تأكيده في "كابيتان" إذ أن الحق الذي لا يقيمه الدليل لا أهمية له، فهو كالعدم.²⁷

18 - السنهوري، الوسيط، ج2، ص15.

19 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، جIII، ط1، ص223.

20 - المرجع نفسه، ص223.

21 - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، م1، ص29.

22 - ادريس العلوي العبدلاوي، مرجع سابق، ص6.

23 - رسالة الإثبات، مرجع سابق، م1، ص29.

24 - ادري سالعوي العبدلاوي، مرجع سابق، ص6.

25 - بلانيول المطول، وروبيرت، ج2، س1931. رقم 1406، ص741:

"La preuve seule vérifie le droit et le rend utile".

"Un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou du fait matériel d'où il dérive"

"Un droit dont on ne peut faire la preuve ne présente aucune utilité. Il est comme s'il n'était pas".

26 - بلانيول الموجز، جزء 2، ط4، ص1.

27 - كابيتان ج1، ط3. ص91.

وهكذا فإن بيان الأسباب هو من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر لصحة الأحكام. ويتحقق هذا الشرط بإيراد الأسباب التي بنى عليها الحكم بصرف النظر عما إذا كانت صالحة أو فاسدة، مطابقة للقانون أو معارضة، وبطبيعة الحال يكون للخصوم في حالة فساد الأسباب والأدلة أو قصورها أن يطعنوا في الأحكام ويطلبوا إلغائها.²⁸

وللدلالة فوائد كثيرة نذكر منها:

1- حث القاضي على العناية بحكمه وتوخي العدالة في قضائه حتى لا يصدر الحكم على أساس فكرة مبهممة وغامضة خفيت معالمها، وإنما يكون الحكم نتيجة أسباب واضحة ودقيقة أسفر عنها تمحيص مزاعم الخصوم و وزن ما استندوا إليه من أدلة واقعية وحجج قانونية.

2- إقناع الخصوم بعدالة الأحكام الصادرة²⁹

ولذلك كان الإثبات من أهم موضوعات القانون المدني، والمواد الخاصة به يطبقها القاضي في كل دعوى مع المواد الخاصة بالحق ذاته المتنازع عليه، ذلك أن القاضي لا يقضي بالحق المدعى به إلا إذا ثبت أمامه بالدليل الذي رتبته القانون له.³⁰

والمشرع المغربي قد أفرد له في قانون الالتزامات والعقود القسم السابع من الكتاب الأول المتعلق بالنظرية العامة للالتزامات.³¹

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري أن "نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، بل هو النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أفضية".³²

مما سبق تتضح لنا أهمية الإثبات، ذلك أنه في المجتمعات الحديثة المنظمة، حيث يسود القانون، ويمتتع على الشخص أن يلجأ إلى اقتضاء حقه بنفسه، وحيث يلتزم بأن يستعين في ذلك بالسلطة التي تقوم لتحقيق حماية الحقوق لأصحابها، وهي سلطة القضاء، يجد كل صاحب حق نفسه إذا أراد المطالبة بحقه في حالة تعرض هذا الحق لإنكار من جانب الغير يجد نفسه مضطراً إلى إقامة الدليل على وجود الحق الذي يطالب به، حتى يمكنه الاستعانة بسلطات الدولة في أعمال ما يكلفه القانون من حماية. وبغير إقامة هذا الدليل لا يستطيع أن يرتكن إلى هذه الحماية فيتعرض لفقدان كل ما يتضمنه حقه من مميزات ومنافع. ومن هذا يظهر أنه في مجال أعمال حماية الحقوق بمعرفة السلطة القضائية يستوي تعذر تقديم الدليل لإثبات موجود مع انعدام هذا الحق منذ البداية.³³

- المبحث الثالث: مذاهب الإثبات

بدافع توضيح المقارنة و تسهيل عملية استيعاب مفاهيم مختلف مذاهب الإثبات بين الفقه الوضعي والإسلامي، ارتأيت أن أبدأ بسرد وتوضيح هذه المفاهيم في إطار الفقه الوضعي ثم إظهار مكانتها في الفقه الإسلامي، وذلك تفادياً للتكرار والإطالة التي لا طائل من ورائها.

المطلب الأول: مذاهب الإثبات في الفقه الوضعي:

28 - ادريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، ج2، ط1986، ص224.

29 - مرجع سابق ص225.

30 - أحمد نشأت، مرجع سابق، م1، ص29.

31 - عبد الكريم شهبوب، مرجع سابق، ص223.

32 - المرجع نفسه، ص224.

33 - ادريس العلوي العبدلاوي، الإثبات في المواد المدنية والجنائية، ص18.

نظرا لما يتطلبه الإثبات القضائي من قواعد خاصة في تعيين من يقوم به ورسم الإجراءات التي يتم بها تقديم الأدلة إلى القضاء، فإنه يبدو من الضروري أن تخضع هذه الوسائل لتنظيم قانوني، لذلك فإن كل نظام قانوني، وكل تنظيم قضائي يقتضي حتما وجود نظام للإثبات. إلا أن التنظيم القانوني للإثبات لا يتخذ صورة واحدة، فقد يقتصر هذا التنظيم على رسم إجراءات تقديم الأدلة إلى القضاء، تاركا تحديد ما يعتبر من الأدلة ووزن كل منها في الإثبات إلى سلطة القاضي التي تتضمن فوق ذلك حق توجيه الخصوم إلى الدليل، بل وقدرة القاضي على التحقق من صحة الوقائع المدعاة بنفسه،³⁴ كما أن التنظيم قد يمتد في صورة أخرى كمناقضة للأولى، بحيث لا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه بأي دليل آخر غير ما نص عليه القانون.³⁵ فلا يبقى للقاضي إلا الحكم وفق هذه الأحكام القانونية المسطرة في النصوص بصرف النظر عن اقتناعه الشخصي أو عدم اقتناعه.³⁶

فالصورة الأولى من صور تنظيم الإثبات هي ما يسمى "مذهب الإثبات الحر أو المطلق"، أما الصورة الثانية فهي مذهب الإثبات القانوني أو المقيد، لكن أكثر الشرائع الحديثة تتبع في التنظيم القانوني للإثبات مسلكا وسطا بين المذهبين السابقين: وهي صورة يمكن أن يطلق عليها تسمية المذهب المختلط أو المعتدل في الإثبات،³⁷ وهو المذهب المعتمد في التشريع الإسلامي. وسنتناول كل مذهب من هذه المذاهب الثلاثة على حدة:

- الفرع الأول: مذهب الإثبات الحر أو المطلق

ومقتضى هذا المبدأ أن لا يفيد القاضي مسبقا بوسائل محددة للإثبات ولا بالقيمة الإثباتية لكل وسيلة من وسائل الإثبات المعروفة، بل يترك الأمر إلى وجدانه وإلى اطمئنانه الداخلي للاقتناع بثبوت الواقعة المعروضة عليه أو عدم ثبوتها.³⁸

فهو إثبات مطلق يقبل أي دليل لإثبات أي حق، فيسمح للقاضي بأن يصل إلى الحقيقة بكافة الطرق التي يمكن أن يؤدي إليها في نظره، وأن يستنتجها من كل ما يمكن أن يدل عليها في اعتقاده، وإليه المرجع في تقدير صحة الدليل وما به من قوة الدلالة.³⁹

وهو نظام للإثبات لم يكن يعرف غيره في المجتمعات البدائية.⁴⁰ وهو السائد اليوم في الإثبات الجنائي، وقد رأينا القانون المغربي يقرره صراحة في المادة 28 من المسطرة.⁴¹

وتطبيقا لمبدأ الإثبات الوجداني، يحق للقاضي الجنائي:

- أن يستند إلى كل وسيلة إثبات لتكوين اقتناعه دون تقيده بوسائل إثبات معينة (م288).

- أن يقارن بين وسائل الإثبات المدلى بها لديه وأن يقابل فيما بينها ليصدر الحكم وفق الوسيلة التي اطمأن ضميره إلى صدقها.

- أن يبحث بنفسه عن الأدلة ووسائل الإثبات، فلا يكتفي بما يقدمه إليه المترافعون.⁴²

وعموما فإن جميع التشريعات على الإطلاق تأخذ بهذا المذهب في المواد الجنائية، لأن طبيعة هذه المواد لا تقبل تحديد طرق معينة للإثبات.

34 - ادريس العلوي البعدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص10.

35 - أحمد نشأت، مرجع سابق، م1، ص30.

36 - أحمد الخليلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص210.

37 - ادريس العلوي البعدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص10.

38 - أحمد الخليلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص214.

39 - أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص9.

40 - ادريس العلوي البعدلاوي، وسائل الإثبات، ص10.

41 - أحمد الخليلي، شرح قانون المسطرة الجنائية، مرجع سابق، ص214-215.

42 - نفسه، ص215.

أما ما عدا المواد الجنائية، فإننا نجد بعض القوانين الحديثة ما تزال تتبع هذا المذهب في تنظيم الإثبات كالقانون الألماني والسويسري والانجليزي والأمريكي.⁴³

ولهذا المذهب خطره، إذ يمكن الخصوم من التهازر والمضاربة بالأدلة الضعيفة كشهادة الشهود التي تحمل الصدق والكذب ولها عيوب كثيرة، والقرائن التي كثيرا ما يخطئ المرء في استنتاجاته منها، فضلا عن ضياع وقت القضاء في بحثها.⁴⁴

كما يؤخذ عليه أنه يعطي القاضي حرية واسعة تتجافى مع الاستقرار الواجب في المعاملات.⁴⁵ لأن الخصوم لا يعرفون ما إذا كان في وسعهم إقناع القاضي لاختلاف القضاة في التقدير، مما يزرع الثقة في التعامل، ولأن القاضي قد يكون مغرضا فيحكم بما يهوى دون أن يكون عليه رقيب من القانون.⁴⁶

كما أن هذه السلطة الواسعة التي لا حد لها، قد توقع في الخطأ «فما من بشر معصوم عن الخطأ.. ويتيح له من باب أولى أيضا أن يقضي بعلمه الشخصي»،⁴⁷ ذلك أن القاضي - كما سبق - لا يحكم في الدعوى إلا طبقا لاقتناعه واعتقاده.⁴⁸

أما ميزة هذا المذهب فتتمثل في أنه يجعل الحقائق القضائية التي يصل إليها القاضي في حكمه مطابقة إلى درجة كبيرة للحقائق الواقعة المتنازع فيها.⁴⁹

- الفرع الثاني: مذهب الإثبات القانوني

يطلق عليه أيضا الإثبات المقيد، الذي يحتم توافر أدلة معينة بحيث لا يجوز لخصم إثبات الحق الذي يدعيه بأي دليل آخر غيرها.⁵⁰

فيتلخص مبدأ هذا المذهب في تحديد المشرع سلفا لوسائل الإثبات ولقيمة كل وسيلة منها، فلا يبقى للقاضي إلا الحكم وفق هذه الأحكام القانونية المسطرة في النصوص بصرف النظر عن اقتناعه الشخصي أو عدم اقتناعه بثبوت الواقعة موضوع النزاع.⁵¹

وما يزال هذا المذهب قائما ودوره هاما في الميدان المدني إلى الآن حيث نجد الحجية القاطعة لكل من الإقرار القضائي (م 410 ق.ل.ع) والورقة الرسمية (م 443).⁵²

وظاهر أن هذه الصورة من صور التنظيم القانوني للإثبات إن كانت تتيح للأشخاص تقدير مراكزهم في المنازعات على ضوء ما يكون لديهم من أدلة مما يعتبر وسيلة إلى ضمان الثقة وتحقيق الاستقرار، فإن ما تقوم عليه من جمود القواعد كثيرا ما يؤدي إلى بعد ما يعتبر حقيقة أمام القضاء عن الحقيقة الواقعة.⁵³

كما أن هذا المذهب يهدد الحقوق البسيطة الكثيرة التداول التي لا تستأهل وليس من مصلحة المتعاقدين التقيد فيها بدليل معين كالكتابة، مثل الحقوق التي لا تزيد قيمتها على 250 درهما.⁵⁴

43 - نفسه، ص 215.

44 - أحمد نشأت، مرجع سابق، م 1، ص 30.

45 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، ص 10.

46 - نفس المرجع، ص 10.

47 - أحمد نشأت، مرجع سابق، م 1، ص 30.

48 - أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات، ص 9.

49 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، ص 10.

50 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 227.

51 - أحمد الخليلي، مرجع سابق، ص 210.

52 - نفسه، ص 210.

53 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 12.

54 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 227.

ومن العيوب أيضا أن موقف القاضي في هذا النظام يكون سلبيا محضا إذ لا يجوز أن يعمل من جانبه على إكمال ما في أدلة الخصوم من نقص ولا أن يقضي بعلمه الشخصي، وإنما يتعين عليه أن يكون حكمه على ضوء ما قدمه الخصوم من أدلة يقدرها في الحدود التي رسمها القانون مما تصبح معه وظيفة القضاء آلية محضة.⁵⁵

كما أنه يعرقل سير المعاملات التجارية التي تستدعي السرعة واليسير في حال ما إذا منع مانع مادي أو أدبي من إمكان توفره.⁵⁶

- الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط

الصورة الثالثة لتنظيم الإثبات هي الصورة التي تجمع بين مبادئ للمذهبين السالفين، فلا تأخذ بالحرية المطلقة أو التقييد الكامل، وإنما تجعل لكل منهما مجالا في قواعد الإثبات، فتلزم القاضي في الأصل بأن يقف موقف الحياد كما تحدد الأدلة التي تقبل الإثبات أمام القضاء وتعين قوة بعضها في الإثبات، وتضع شروط الوقائع التي يجوز إثباتها، ولكنها من ناحية أخرى تجعل للقاضي في بعض الأحوال أن ينشط إلى جمع الأدلة على ما يريد معرفته من وقائع فيستجوب الخصوم أو يستعين بأهل الخبرة أو يستدل بشهادة الشهود من تلقاء نفسه، كما أنها تكفل له سلطة تقدير قيمة الدليل الذي يستمد من بعض طرق الإثبات كالشهادة، بل تجعل له أن يستنتج ثبوت واقعة غير ثابتة من واقعة أخرى ثابتة وهو ما يسمى بالقرائن القضائية.⁵⁷

وبذلك يتجنب هذا المذهب في الإثبات ما يخشى من تحكم القاضي في مذهب الإثبات الحر أو المطلق، وجمود القواعد وما قد تؤدي إليه من الظلم في مذهب الإثبات المقيد بالمزج بين خصائص النظامين في نظام واحد مما يبرز تسميته بالمذهب المختلط.⁵⁸

ولاشك أنه أفضل المذاهب الثلاثة في هذه المسائل ضمانا للحقوق الهامة وتيسيرا للناس في الحقوق البسيطة، وحيث يتعذر توفر الدليل المعين بالقانون.⁵⁹

وهذا الطريق الوسط أي مذهب الإثبات المختلط هي الطريق التي اتبعتها جميع الشرائع اللاتينية، وقد اتبعتها أيضا قانون الالتزامات والعقود المغربي والقانون المصري والقانون السوري والقانون اللبناني وأكثر القوانين العربية.⁶⁰

والمبدأ العام أن الأدلة القانونية هي طريق الإثبات في المواد المدنية ولكنها قد تكون في بعض الأحوال إقناعية. فالقاضي في المسائل المدنية لا يمكنه أن يكتفي باقتناعه الذي يمكن أن يستمد من شهادة الشهود أو القرائن مهما تكن قاطعة، بل لابد من وجود الدليل القانوني وهو الكتابة، ومتى وجدت وجب اعتبارها دليلا قاطعا على صحة الواقعة، ولا يرتفع هذا القيد وتعود للقاضي حريته في الإثبات إلا إذا تعذر الحصول على الكتابة.⁶¹

أما في المسائل التجارية، فقد اتبع مذهب الإثبات المطلق إلى حد كبير، وذلك للسرعة التي تقتضيها هذه المعاملات وطبيعتها وتيسيرا لها.⁶²

55 - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 12.

56 - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مرجع سابق، م 1، ص 30.

57 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 12.

58 - لمرج نفسه، ص 13.

59 - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح ق.ل.ع. مرجع سابق، ص 228.

60 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 13.

61 - أحمد فتحي بنهسي، مرجع سابق، ص 9.

62 - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح ق.ل.ع. مرجع سابق، ص 228.

والأدلة الإقناعية هي طريق الإثبات في المواد الجنائية، فالقاضي غير مقيد بطريق مخصوص من طرق الإثبات بل إنه يكون اعتقاده بثبوت الجريمة من جميع ظروف الدعوى، سواء كان ذلك بالكتابة أو بأي طريق من طرق الإثبات.⁶³

ويلاحظ الفقه على هذا المذهب ملاحظتين أساسيتين:

1- أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية لا تزال للأدلة فيه حجة ظنية. ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح، وليست حقيقة قاطعة ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الإثبات مقفلاً أمام القاضي.⁶⁴

2- إن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانوني عنه في نظام آخر، فهو يضع من القيود على حرية القاضي، في تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية. فمن النظم من تقلل من هذه القيود، حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فيرجح حظ العدالة ومنها ما يزيد في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل، وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين في كتفي الميزان، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى.⁶⁵

المطلب الثاني: مذاهب الإثبات في التشريع الإسلامي:

يمكن القول بأن من الفقهاء المسلمين من يرى الأخذ بمبدأ الإثبات القانوني، ولكن لا يصح نسبة ذلك إلى الشريعة الإسلامية مباشرة. فالاجتهاد الفقهي لا ينبغي أن يعبر عنه بالشريعة الإسلامية التي نزل بها الوحي الإلهي، وقد كان هذا الإدماج بين الأمرين، وإضفاء صفة التشريع الإسلامي على الأحكام الاجتهادية هو السبب في اقتصار دراسات أحكام الشريعة على الجمع والتعليق بدل البحث والاستنتاج.⁶⁶

وفي هذا يقول ابن القيم:⁶⁷ «نهى النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح، أميره بريده، أن ينزل عدوه إذا حاصرهم على حكم الله، وقال: «فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا، ولكن أنزلهم على حكمك وحكم أصحابك»⁶⁸. فتأمل كيف فرق بين حكم الله وحكم الأمير المجتهد، ونهى أن يسمى حكم المجتهدين حكم الله».⁶⁹

فمهما يكن للأحكام الاجتهادية من صلة وثقى بمصادر الشريعة الإسلامية إلا أنها ينبغي أن لا تجرد من صفتها الأصلية والأساسية وهي «الاجتهاد»، والاجتهاد بطبيعته قابل للتغيير والتطوير، لأنه إذا اعتمد من جانب مصادر الشريعة ومبادئها، فإنه من جانب آخر يتأثر إلى حد كبير بظروف وملابسات الواقع الاجتماعي الذي يعيش فيه المجتهد، بالإضافة إلى خصائصه الشخصية الصرفة.

فحكم الشريعة هو حكم الله، ولكن حكم الاجتهاد لا ينبغي إطلاق حكم الله عليه.⁷⁰

فإذا رجعنا إلى القرآن مصدر الشريعة الغراء، نجد أنه في المسائل المدينة يأمر بكتابة الديون والإشهاد على البيوع مع استثناء المعاملات التجارية: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل

63 - أحمد فتحي بهنسي، مرجع سابق، ص 9.

64 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 13.

65 - السنهوري، الوسيط، II، ص 30.

66 - أحمد الخليلي، مرجع سابق، ج 2، ص 210-211.

67 - ابن القيم، أعلام الموقعين، ج 1، ص 39.

68 - رواه مسلم في كتاب "الجهاد والسير" ح رقم 3261

69 - ابن القيم، مرجع سابق، ج 1، ص 39.

70 - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ج 2، ص 211.

مسمى فاكتبوه) إلى قوله تعالى: (ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله، ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا. إلا أن تكون تجارة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها واشهدوا إذا تبايعتم).⁷¹

لكن هذا لا يعني أنه لا يمكن الاحتجاج إلا بالكتابة في المسائل المدنية، فكل أمين من مرتين ووكيل وشريك ومقارض وولي محجور وملتقط لقيط ومستأجر وأجير وغيرهم يصدق باليمين في التلف على حكم الأمانة إن لم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً.⁷²

وفي المسائل الجنائية لم يتعرض القرآن لوسائل معينة لإثبات جرائم الحدود والقصاص، وكل ما تعرض له هو أن المتهم بالقذف لا يقبل منه دفع التهمة إلا إذا شهد أربعة شهود على زنى المرأة المقذوفة،⁷³ بدليل قوله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة).⁷⁴ والآية لا تتعلق بإثبات الجريمة ضد المتهم ولكن بدفع المتهم لجريمة القذف المنسوبة إليه، ومع ذلك يستنتج منه أن جريمة الزنى لا تثبت إلا بأربعة شهود.⁷⁵

وهذا ما جعل البعض يقول بتبني الشريعة الإسلامية للإثبات القانوني في جرائم الحدود والقصاص، منهم الدكتور حومد حيث يقول: «وقد تبنت الشريعة الإسلامية هذه الطريقة لإثبات جرائم الحدود والقصاص، بمعنى أن القاضي المسلم ملزم بالبحث عن نصاب الشهادة مثلاً».⁷⁶

وحتى بالنسبة لرأي الفقهاء المسلمين الذين اعتنقوا مبدأ الإثبات القانوني نجد أنهم أضافوا إليه بعض القواعد التي تحد من صلابته، وفي مقدمة ذلك استقلال القاضي وحرية في قبول شهادة أي شخص أو استبعادها، لأن تجريح الشاهد وتعديله يستهل بهما القاضي ويخضعان لسلطته التقديرية دون أن يلزم بتعليل حكمه في ذلك.⁷⁷

وهكذا يستطيع القاضي عن طريق اقتناعه الباطني أو عدم اقتناعه بثبوت الواقعة موضوع الشهادة، أن يقبل شهادة الشهود أو يرفضها، بالإضافة إلى أن من هؤلاء الفقهاء من يقبل الرجوع عن الاعتراف في جرمته الزنا وشرب الخمر، وإثبات جريمة شرب الخمر بالقرائن التي منها وجود رائحة الخمر في فم المتهم.⁷⁸

والواضح أن الشريعة الإسلامية أخذت بالمذهب المختلط في الإثبات، بل كانت هي السبابة إلى ابتكاره، وقد لخص الفقيه العظيم ابن قيم الجوزية⁷⁹ هذا الرأي فقال: «إن الشارع في جميع المواضيع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيئات التي هي أدلة عليه، وشواهد له، ولا يرد حقا متى ظهر بدليله أبداً فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها. ولا يقف ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه، كترجيح شاهد الحال (القرينة) على مجرد البيئته في صورة من على رأسه عمامة، وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره و لاعادة له يكشف رأسه، فبيئته الحال (القرينة) ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعي إضعاف ما يفيد مجرد البيئته عند كل أحد، فالشارع لا يمهل مثل هذه البيئته والدلالة، ويضيع حقا يعلم كل أحد ظهوره وحجته، بل لما ظن هذا من ظنه ضيعوا طريق الحكم، فضع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكناً من

71 - سورة البقرة، من الآية 281.

72 - جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، المكتبة العصرية، ط1، ص587، باب الدعوى والبيئات.

73 - أحمد الخليلي، مرجع سابق، م2، ص212.

74 - سورة النور، الآية 4.

75 - حمد الخليلي، مرجع سابق، م2، ص212.

76 - المرجع نفسه، ص210.

77 - نفسه، ج2، ص212.

78 - ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، ج2، ط.د.ت. ص351-352.

79 - أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، ج1، ص90.

ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده».⁸⁰

وأضاف ابن القيم : «إن الشارع لم يقف الحكم في حفظ الحقوق البتة على شهادة ذكرين لا في الدماء ولا في الأموال ولا في الفروج ولا في الحدود... فهذا محض الفقه والاعتبار ومصالح العباد، وهو من أعظم الأدلة على جلاله فقه الصحابة وعظمتهم ومطابقتهم لمصالح العباد وحكمة الرب وشرعه، وأن التفاوت الذي بين أقوالهم وأقوال من بعدهم كالتفاوت الذي بين القائلين... والمقصود أن الحاكم يحكم بالحجة التي ترجح الحق إذا لم يعارضها مثلها، والمطلوب منه ومن كل من يحكم بين اثنين أن يعلم ما يقع ثم يحكم فيه بما يجب».⁸¹

فإذا ظهرت إمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريقة كان، فثم شرع الله، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طريق العدل وإمارته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين إشارة فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها بموجبها.⁸² بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخراج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له.

وهكذا وبعد معرفة ماهية الإثبات وأهميته ومذاهبه في كل من القانون والتشريع الإسلامي، تنتقل إلى الفصل الثاني لتتعرف على أركانه والمكلف به.

الفصل الثاني: أركان الإثبات والمكلف به

خلال هذا الفصل سنتحدث عن أركان الإثبات (المبحث الأول)، وعلى من يقع عبء الإثبات (المبحث الثاني)، ثم نقل عبء الإثبات وتنقله (المبحث الثالث)، فالإعفاء من الإثبات (المبحث الرابع).

- المبحث الأول: أركان الإثبات:

المطلب الأول: في التشريع الإسلامي:

بالنسبة للتشريع الإسلامي، فإقل ما يمكن أن نقول عليه بخصوص أركان الإثبات، هو أنه لم يخالف الفقه الوضعي مبدئياً، وإن كان لم يتطرق لصياغة هذه الأركان إلا نادراً.

وهكذا فقد اشترط الفقه الإسلامي أن تكون هناك دعوى، والدعوى مفرد دعاوى وهي في اللغة الطلب، يقول الله تعالى: (**وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدْعُونَ**).⁸³ أي تطلبون. وفي الشرع إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته. والمدعي هو الذي يطالب بالحق، وإذا سكت عن المطالبة ترك. والمدعى عليه هو المطالب بالحق، وإذا سكت لم يترك.⁸⁴

وكذلك اشترط لصحة هذه الدعوى العقل والحرية والبلوغ والرشد.

وكما تجب هذه الشروط للمدعي فإنها تجب أيضاً بالنسبة للمنكر للدعوى.⁸⁵

80 - نفسه، ص90.

81 - أحمد بهنسي، نظرية الإثبات، مرجع سابق، ص10-11.

82 - أحمد الخليلي، مرجع سابق، ج2، ص214.

83 - سورة فصلت، الآية 31.

84 - فقه السنة، السيد سابق، المكتبة العصرية، م III، ص234.

85 - المرجع نفسه، ص235.

وتشترط البينة، فلا تثبت دعوى إلا بدليل يستبين به الحق ويظهره. فعن ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه».⁸⁶

وقد اشترط الفقه الإسلامي أيضا قطعية الدليل، لأن الدليل الظني لا يفيد اليقين: (وإن الظن لا يغني عن الحق شيئا).⁸⁷ وعن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل: «تري الشمس، قال نعم، قال "على مثلها فاشهد أو دع".»⁸⁸

المطلب الثاني: في الفقه الوضعي:

للإثبات أركان ثلاثة هي: واقعة متنازع عليها (الفرع الأول)، نص في القانون يجعل لهذه الواقعة أثرا قانونيا (الفرع الثاني)، ودليل يبيحه القانون (فرع ثالث). بالنسبة للركن الأول فإنه يتطلب توافر شروط لا تقوم إلا به.

- الفرع الأول: شروط الواقعة

يقصد بالشروط المستلزمة في الإثبات، استبعاد كل واقعة لا يكون اتباعها مجديا في تحقيق هدف الإثبات، كما تهدف إلى استلزام كون الواقعة محددة ومتعلقة بالحق المتنازع فيه، وأن تكون جائزة القبول.⁸⁹

وتنص المادة 403 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي: «لا يجوز إثبات الالتزام: 1- إذا كان يرمي إلى إثبات وجود التزام غير مشروع، أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه. 2- إذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة».⁹⁰

والواضح من هذه المادة أن المشرع يستلزم في الواقعة المراد إثباتها أن تكون مستهدفة إثبات وجود التزام مشروع غير مخالف للنظام العام وحسن الآداب.⁹¹

كما أنه يستلزم أن تكون الواقعة محل الإثبات متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزا قبولها، إلا أن هناك شرطين آخرين للواقعة المراد إثباتها هما:

- ❖ 1- أن تكون هذه الواقعة محل نزاع.
- ❖ 2- أن تكون محددة.

من كل هذا يتضح لنا أن الشروط التي يستلزم القانون توافرها في الواقعة محل الإثبات هي:⁹²

- 1- أن تكون الواقعة محل نزاع (أولا)
- 2- أن تكون محددة (ثانيا)
- 3- أن تكون متعلقة بالحق المتنازع فيه (ثالثا)

⁸⁶ - رواه مسلم في كتابه "الأفضية" رقم الحديث: 3228

⁸⁷ - سورة النجم، الآية 28.

⁸⁸ ت رواه الخلال في جامعته، ابن عدي وهو ضعيف لأن في إسناده محمد بن سليمان، ضعفه النسائي وقال البيهقي: لم يرد من

وجه يعتمد عليه.

⁸⁹ - ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص24

⁹⁰ - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود، ج3، مرجع سابق، ص240.

⁹¹ - ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص24

⁹² - مرجع سابق، ص25.

- 4- أن تكون منتجة في الإثبات (رابعاً)
- 5- أن تكون جائزة القبول (خامساً).

- أولاً: أن تكون الواقعة متنازع عليها:

يجب أن تكون هناك واقع متنازع عليها، فإن لم يكن هناك نزاع فلا معنى بالبداهة للتقاضي أو الإثبات، ويجب أن يكون النزاع بين طرفي الدعوى فلا يصح أن يرفع زيد دعوى على عمر لأنه ماطل في دفع دين عليه ل بكر.⁹³

وإذا اعترف المدعى عليه بدعوى المدعي أو ببضعها، فلا محل لتكليف المدعي بإثبات ما اعترف به.⁹⁴

وهذا الشرط تقتضيه وظيفة الإثبات أمام القضاء كوسيلة لفض المنازعات، فإن لم تكن الواقعة المدعاة محل نزاع لم تعد هناك حاجة لاستلزام إثباتها، وعلى ذلك لو أقر بها الخصم لم تعد محلاً للإثبات، ولا يكون للقاضي أن يناقش ثبوتها أو عدم ثبوتها، ذلك أن عمل القاضي ينحصر في نظر ما هو متنازع فيه، فالواقعة المسلم بها من طرفي الخصومة لا يجوز للقاضي أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه.⁹⁵

والواقعة المتنازع عليها إما أن تكون ارتباطاً قانونياً⁹⁶ أي تعاقد حصل بإرادة الطرفين المتعاقدين كالبيع، والشراء والرهن الخ... وإما أن تكون حادثة مادية⁹⁷ غير قابلة لأن تكون بعقد كالإغصاب ووضع اليد والحرق والغرق وأعمال الفضولي.⁹⁸

ويجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها "أولاً" متعلقة بموضوع الدعوى منتجة فيها، ويرى الدكتور سليمان مرقس الفصل بين شرطي أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وبين أن تكون منتجة فيها، وقال بأن أحمد نشأت يخطئ بينها.⁹⁹

وهكذا فإن شرط أن تكون الواقعة متنازع عليها، شرط بديهي، فإذا كانت الواقعة معترفاً بها، فلا مجال لإثباتها. فالاعتراف إقرار، والإقرار إعفاء من الإثبات، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أفي مدعيها من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة. لذلك يكون الأصح القول أن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة، لا لأنها واقعة غير قابلة للإثبات. ويتضح الفرق بين القولين في أن الواقعة المعترف بها لا تصح ثابتة إلا بالنسبة إلى المقر. إذ الإقرار حجة قارة عليه، أما بالنسبة إلى الغير، فلم يقيم الدليل عليها، ومن ثم يصح إثباتها ولو كانت غير قابلة للإثبات لما صح ذلك، وغني عن البيان أن البث في كون الواقعة معترفاً بها مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض.¹⁰⁰

- ثانياً: أن تكون الواقعة محددة :

يشترط في الواقعة المراد إثباتها أن تكون محددة. وهذا الشرط بديهي لأن الواقعة غير المحددة يستحيل إثباتها، ويجب أن يكون تحديد الواقعة كافياً حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها لا بغيرها.¹⁰¹

93 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ص33.

94 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص229.

95 - ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص25.

96 - Un acte juridique

97 - Un fait matériel

98 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ص34.

99 - سليمان مرقس، أصول الإثبات، ط2، فقرة 16، ص17.

100 - الدكتور السنهوري، الوسيط، 2، ص60.

101 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص26.

فلو أن شخصا طالب بدين أو ملكية، وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التي يصح أن تكون مصدرا للدين أو سببا للملكية. فإن الواقعة التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديدا كافيا، فلا يصح السماع بإثباتها إلا بعد أن تحدد، وكون الواقعة محددة تحديدا كافيا مسألة موضوعية.¹⁰²

إذن فمن الضروري أن تكون الواقعة المراد إثباتها محصورة غير مطلقة أي معينة ومحددة، فإذا رفعت دعوى بدين يجب أن تعين مقداره، ولا يصح أن ترفع دعوى على شخص بناء على أنه أخل بتعهداته دون تعيين وتحديد هذه التعهدات.¹⁰³

من هذا يتبين لنا أن الواقعة الغير محددة تبدو مستحيلة الإثبات، ولذا يجب ألا يسمح للشخص أن يثبت واقعة إذا لم تكن محددة حتى لا تضيع وقت القضاء على غير طائل، فلو طلب شخص مثلا إثبات ملكيته دون أن يحدد سندها لايجاب إلى طلبه قبل أن يبين هذا السند حتى يسير الإثبات في حدود معروفة مقدما بحيث يفوت على الخصم ما يكون لديه من قصد إطالة النزاع بغير داع.¹⁰⁴

ويلاحظ أن الواقعة محل الإثبات قد تكون واقعة إيجابية وقد تكون واقعة سلبية. وكلاهما يصلح أن يكون محلا للإثبات بشرط أن يكون محددًا. فإثبات وجود عقد أو صدور فعل ضار من الغير كالضرب إثبات لوقائع إيجابية وإثبات عدم التقصير في الوفاء بالالتزام أو عدم اتخاذ الغير الحيطة الكافية في قيامه بنشاط ما إثبات لوقائع سلبية، وكلها وقائع محددة.¹⁰⁵

وهذه الحقيقة ما كانت تحتاج إلى هذا البيان لولا أن بعض الفقه¹⁰⁶ ذهب إلى عدم جواز السماح بإثبات الوقائع السلبية بصفة عامة بسبب ما وقع فيه من الخلط بين القواعد التي تحدد شروط الواقعة محل الإثبات والقاعدة التي تجعل عبئ الإثبات على المدعي، وتعفى من يقتصر على مجرد الإنكار من تقديم الدليل على إنكاره.

والحقيقة أن الوقائع السلبية كالوقائع الإيجابية في قبولها للإثبات ما دامت محددة. اما إن كانت غير محددة فلا تقبل في الإثبات قبل تحديدها.

ومن الأحوال التي يستلزم فيها القانون إثبات واقعة سلبية حالة المطالبة برد ما دفع بغير وجه حق، إذ يلتزم من يطالب بالرد بأن يثبت بأن وفاءه كان غير مستحق للموفى له.

إلا أن إقامة الدليل المباشر على الواقعة السلبية يبدو متعذرا في كثير من الأحيان، ولذا يتم إثباتها بطريق غير مباشر، وذلك بإثبات واقعة إيجابية يؤخذ منها ثبوت الواقعة السلبية، فمن يريد إثبات عدم ارتكابه فعلا ضارا وقع في مكان معين يستطيع ذلك بإثبات وجوده وقت وقوع الفعل الضار في مكان آخر. وعلى كل حال، فمن المفروض أن يقتنع القضاة في إثبات هذا النوع من الوقائع بما يرجح ثبوتها، وألا يتطلبوا في دليل إثباتها نفس القوة المطلوبة في إثبات الوقائع الإيجابية.

أما الواقعة غير المحددة، فلا تكون قابلة للإثبات سواء كانت إيجابية أو سلبية، الذي يقول أنه يمر من جهة معينة كل يوم أو أنه لم يمر من هذه الجهة في يوم من الأيام إنما يقول بواقعة غير محددة لا يمكن إتباعها.¹⁰⁷

إن الواقعة المطلقة أو غير المحددة سواء أكانت إيجابية أم سلبية فيستحيل إثباتها إثباتا كاملا ما لم تجزئ المحكمة في شأنها عبء الإثبات، فتكتفي من المدعى بما يقرب احتمال صدقه، ثم تكلف خصمه بإثبات العكس، بحيث إذا عجز اعتبر ادعاء المدعي ثابتا. فإذا أوفى شخص إلى آخر مبلغا كان

102 - عبد الكريم شهيون، مرجع سابق، ص244.

103 - عبد الكريم شهيون، مرجع سابق، ص244.

104 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص26.

105 - نفسه، ص26.

106 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ص44.

107 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص27.

الظاهر من ذلك أنه مدين له بهذا المبلغ، فإذا طالب الموفى بعد ذلك الموفى له برد المبلغ باعتباره مدفوعا دون حق وجب عليه أن يثبت عدم مديونيته للموفى له بأي دين، أي أن يثبت نفيا مطلقا، وهو لن يستطيع إثبات ذلك إلا إذا اكتفت المحكمة منه بدليل مجتزأ.¹⁰⁸

- ثالثا: تكون الواقعة متعلقة بالحق المتنازع فيه :

إن الواقعة المتعلقة بالدعوى هي لواقعة البديلة التي يكون إثباتها من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال.¹⁰⁹

إذ أن محل الإثبات ليس الحق ذاته، وإنما الواقعة القانونية التي تعتبر مصدرا له. بل إن الإثبات كثيرا ما يكون إثباتا غير مباشر، أي ينصب على واقعة أو وقائع مجاورة يستفاد من ثبوتها الواقعة المنشئة للحق.

وقد يظن لأول وهلة أن هذا الشرط لا يحتاج إلى الذكر لأن الإثبات مفروض فيه من الناحية المنطقية أن ينصب على الوقائع التي أدت إلى نشوء الحق المدعى به، وهذه مفروض فيها، وهي مصدر الحق أن تكون وثيقة الصلة به. غير أن هذا الظن لا يلبث أن يزول إذا عرفنا أن الإثبات ليس حتما فيه أن يكون دائما على هذه الصورة¹¹⁰، إذ أن الدكتور السنهوري قسم الإثبات إلى تقسيمات خمسة¹¹¹ من بينها: طرق مباشرة¹¹² وطرق غير مباشرة¹¹³.

فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها. مثل الكتابة والبينة¹¹⁴. وهذا النوع من الإثبات كثيرا ما يتعذر من الناحية العلمية، ولذا يمكن أن يكون الإثبات غير مباشر بمعنى أنه يتناول واقعة لا تتصل بوجود الحق اتصالا مباشرا، وإنما يمكن أن تؤدي عقلا وبطريق غير مباشر إلى الحقيقة.

ولا يمكن وضع معيار عام في هذا المجال يتحدد على أساسه مدى الصلة التي يجب أن تقوم بين الواقعة المراد إثباتها والواقعة المنشئة للحق المدعى به، فالمسألة تختلف باختلاف ظروف كل قضية.¹¹⁵

ولهذا كان قاضي الموضوع هو صاحب الكلمة فيما إذا كانت الواقعة المطلوب إثباتها متصلة بالدعوى أو غير متصلة بها. ولكن نلاحظ أن محكمة النقض يمكنها تراقب قاضي الموضوع في هذا المجال عن طريق التسبيب. فإذا طلب أحد الخصوم أن يسمح له بإثبات واقعة يراها متصلة بالدعوى، ورفض القاضي أن يجيبه إلى طلبه فإنه يتعين على القاضي أن يبين في حكمه الأسباب التي دعت به إلى عدم إجابة هذا الطلب، فإذا لم تكن الأسباب سائغة كان هذا قصورا في التسبيب يؤدي إلى نقض الحكم.¹¹⁶

- رابعا: أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات :

الواقعة المنتجة في الإثبات هي الواقعة البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية، ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة أعلى من تعلق الواقعة بالدعوى. فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة منتجة في الإثبات، ولكن كل واقعة منتجة في الإثبات تكون حتما متعلقة بالدعوى.¹¹⁷

108 - الدكتور سليمان مرقس، موجز أصول الإثبات، مرجع سابق، ص12

109 - السنهوري، الوسيط، ج2، مرجع سابق، ص60.

110 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص27-28.

111 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص98-104.

112 - Preuve directe

113 - Preuve indirecte

114 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص248.

115 - ادريس العلوي، مرجع سابق، ص28.

116 - ادريس العلوي، القانون القضائي الخاص، ط1986، ج2، ص227-228.

117 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص62 فقرة 43.

وقد نصت على هذا الشرط صراحة المادة 403 من قانون الالتزامات والعقود،¹¹⁸ التي سبق ذكرها، والتي تقول بأنه لا يجوز إثبات الالتزام إذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة.

ومعنى هذا الشرط أن يكون من شأن الواقعة إذا ثبتت أن تؤدي إلى إقناع القاضي بتحقيق النزاع المعروف. وبعبارة أخرى، يلزم في كل واقعة حتى تكون مقبولة في الإثبات أمام القضاء أن تؤدي إلى إثبات ادعاء من يطلب إقامة الدليل عليها، أو أن تعين على هذا الإثبات. وهذا هو ما يعنيه اشتراط كون الواقعة منتجة للإثبات، وليس من اللازم اعتبار الواقعة منتجة في الإثبات أن تكون¹¹⁹ حاسمة في هذا الإثبات أي تؤدي بذاتها وبمفردها إلى ثبوت الحق المتنازع فيه، وإنما يكفي أن تكون حلقة هي سلسلة وقائع تؤدي إلى هذا الثبوت.¹²⁰

ويتبين مما سبق أن كل واقعة منتجة في الإثبات، لا بد أن تكون متعلقة بموضوع النزاع، وإذا كانت الواقعة متعلقة بالنزاع قد تكون منتجة في الإثبات.

وقد أغفل المشرع الفرنسي شرط الاتصال بالنزاع واقتصر على اشتراط كون الواقعة منتجة للإثبات، وقد حذا القانون المغربي حذو الفرنسي، واكتفى بأن اشترط في الفقرة الثانية من الفصل 403 ق.ل.ع. كون الوقائع منتجة في إثبات الالتزام.

أما المشرع المصري، فقد نص في المادة 156 مرافعات على الشرطين معا.¹²¹

إذا كان الأمر يتعلق بواقعة يراها القاضي منتجة قانونا في ثبوت الحق المدعو به أو غير منتجة، فإننا نكون بصدد مسألة قانونية يخضع القاضي فيها لرقابة المجلس الأعلى.¹²²

- خامسا: أن تكون الواقعة جائزة القبول:

وقد نصت على هذا الشرط المادة 403 ق.ل.ع. في فقرتها الأولى، إذ نصت على أنه «لا يجوز إثبات الالتزام إذا كان يرمي إلى إثبات وجود التزام غير مشروع أو التزام لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه».¹²³

وعندما نقول جائزة القبول أي جائزا قبول إثباتها كما إذا اشتغل عندك بناء شهر فبراير، بأجرة قدرها كذا يوما وأعطيته أجرته باعتبار فبراير 28 أو 29 يوما حسب السنة (كبيسة أو بسيطة) فلا يصح أن يقبل منه أن يثبت أن فبراير 31 يوما.¹²⁴

فلا يكفي أن تكون الواقعة القانونية منتجة بطبيعتها في الإثبات بل يجب أن تكون أيضا جائزة للإثبات أي أن القانون لا يمنع إثباتها. والواقعة لا تكون جائزة القبول إذا كانت مستحيلة للإثبات بالنظر إلى طبيعتها وبحسب المتصور عقلا، وكذلك إذا كان القانون يمنع إثباتها لأسباب تقتضي ذلك، مثل استحالة تصور رابطة البنوية بين شخص وبين من يصغره سنا.¹²⁵

وقد يكون منع إثبات بعض الوقائع بحكم القانون راجعا إلى أسباب تتعلق بالنظام العام وحسن الآداب، كمنع أثبات عقد شراء مخدرات بقصد المطالبة بالتسليم من جانب المشتري، أو الوفاء بالثمن من جانب البائع، كما قد يرجع هذا المنع إلى منافاة الواقعة المطلوب إثباتها لقريضة قانونية قاطعة، كما

118 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص240.

119 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص29.

120 - نفسه، ص29.

121 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص245.

122 - المرجع نفسه، ص246.

123 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص30.

124 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ص36.

125 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص31.

لو كانت تتعارض مع حجية الشيء المقضي به، أو كان المطلوب هو نفي خطأ المتبوع المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس.¹²⁶

ولا يجوز أيضاً إثبات الواقعة التي سبق الفصل فيها نهائياً، إذ لا يصح نظر أمر مرتين أمام القضاء، لأن قوة الشيء المحكوم به قرينة قاطعة على صحة الحكم لا تقبل إثبات ما ينقضها.¹²⁷

نخلص من كل ما سبق أن إثبات واقعة ما عند النزاع أمام المحكمة مقصود به أن يؤدي إلى إظهار حقيقة ما يدعى به، ومفروض فيه كذلك ألا يصطدم مع أمر يمس النظام العام وحسن الآداب.

وعلى أساس هذين الاعتبارين تتحدد شروط الواقعة المراد إثباتها، فالاعتبار الأول يقتضي أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها والاعتبار الثاني يتطلب أن تكون الواقعة جائزة للإثبات.

وواضح أن هذه الشروط تهدف جميعها إلى ضمان صلاحية الواقعة لأن تساهم على فرض ثبوتها في تكوين اقتناع القاضي لحل النزاع المعروف.¹²⁸

وهناك شرطان آخران تقتضيهما طبيعة الأشياء وهما يختلفان من هذه الشروط في الغرض، الأول يتعلق بقابلية الواقعة بذاتها للإثبات بصرف النظر عما إذا كانت تقيّد في إقناع القاضي بحقيقة الإدعاء أو لا تقيّد ومقتضاه أن تكون الواقعة محددة، والثاني يتعلق بحاجة الواقعة إلى الإثبات وهذا يقتضي أن تكون الواقعة محل نزاع.¹²⁹

- الفرع الثاني: نص في القانون يجعل لهذه الواقعة أثراً قانونياً

يجب أن يكون هناك نص قانوني يجعل للواقعة في حالة ثبوتها أساساً لحق من الحقوق، أو بعبارة أخرى، يجب أن يكون إثباتها منتجاً قانوناً، وإلا فلا فائدة في الإثبات.¹³⁰ فلا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون، فلا يجوز له أن يثبت بالشهادة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ولا يجوز له أن يحزئ إقرار خصمه حيث يكون متعنتاً في توجبها. ويجب فيما يسمح له به القانون من طرف الإثبات بأن يتقدم بما عنده من الأدلة طبقاً للأوضاع التي رسمها له القانون.¹³¹

كما إذا أراد شخص أن يثبت ملكيته لقطعة أرض بوضع يده عليها أربع عشرة سنة، فلا يقبل منه ذلك لأنه على فرض ثبوته لا يصح في القانون أن يكون أساساً لحق الملكية، إذا كان المشرع يوجب وضع اليد خمس عشرة سنة.¹³²

وفي هذا النص قد يكون معلوماً لدى القاضي وقد لا يكون، رغم أنه من المفروض علمه به، ولكن جرت العادة أن يبين المحامي النص الذي يعتمد عليه.¹³³

وقد يكون النص غامضاً غير واضح، أو لا يكون هناك نص ظاهر، وقد لا يختلف الخصوم على الواقعة، وإنما يختلفون على أثرها القانوني، ففي هذه الحالات يجب على القاضي بمعاونة المحامي أن يجتهد ويبحث لإيجاد حل أساسه القانون والقواعد القانونية المسلم بها.

ولا يملك الخصوم تفسير القانون أو انطباقه على واقعة الدعوى ولو اتفقوا على ذلك إلا إذا وافق القاضي ورأى أن ذلك صحيح قانوناً.¹³⁴

126 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 247.

127 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ج 1، ص 36.

128 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 247.

129 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 31. و أحمد نشأت، مرجع سابق، ج 1، ص 37.

130 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ج 1، ص 42.

131 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 2، ص 34.

132 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 230.

133 - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 42.

- الفروع الثالث: أن يكون الإثبات بالدليل الذي أباحه القانون

أي أن القاضي مقيد بطرق الإثبات التي عينها الشارع رغبة منه في حماية المتقاضين من مخاطر تحكم القضاة وأخطائهم، ولصاحب الحق التمسك بأي دليل أباحه له القانون لإثبات حقه.¹³⁵

فليس كل ما يؤدي لإقناع القاضي يثبت به الحق ولو كان بناء على معلوماته الشخصية التي عرفها خارج المحكمة، إلا إذا كان ذلك بناء على خبرته الشخصية بالشؤون العامة، أو بما هو معروف للناس عموماً.¹³⁶

فمعلومات القاضي نوعان:

- معلومات يحصل عليها بصفته قاضياً، من الإجراءات التي تتخذ في الدعوى كسماعه الشهود في الجلسة وانتقاله إلى محل الواقعة بقرار يصدره في الجلسة، وهو بطبيعة الحال مما يحكم به.

- معلومات يحصل عليها من الخارج بصفته فرداً من الناس، كأن يكون شاهداً الواقعة وقت حصولها أو سمع تفاصيلها من بعض الناس، أو سبق أن رأى المكان الذي وقعت فيه الجريمة، فلا يجوز له أن يحكم بناء عليها.¹³⁷

ويجب على القاضي أن لا يأخذ بالدليل إلا بعد أن يتبع الإجراءات الخاصة به، فلا يصح له مثلاً أن يأخذ بدليل لمصلحة أحد الطرفين إلا بعد تمكين الطرف الآخر أثناء سير الدعوى من الإدلاء بدفاعه بعده، إلا إذا أعلن إعلاناً قانونياً ولم يحضر. ولا يستطيع القاضي أن يستند إلى تحقيق ويقضي بمقتضاه ضد شخص لم يسأل في هذا التحقيق، ولم يستدع إليه وامتنع عن الحضور. كذلك لا يمكنه أن يعتمد على تقرير خبير، ويقضي بموجبه ضد شخص لم يحضر أمام الخبير، أو لم يطلب للحضور أمامه أو امتنع عن ذلك.¹³⁸

وخلاصة ما تقدم، أن القاضي لا يمكنه أن يحكم في الواقعة المتنازع عليها إلا بمقتضى الدليل الذي أباحه القانون، وبعد استيفاء الإجراءات المبينة فيه، خصوصاً وأن المشرع المغربي أخذ في تنظيم الإثبات في المواد المدنية بالمذهب المالكي.

وقد خص المشرع المغربي لبحث إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها الفصول من 399 إلى 477 من قانون الالتزامات والعقود، وذلك في بابين، بحث في الباب الأول أحكاماً عامة وطرق الإثبات التي هي: الإقرار، الإثبات بالكتابة، شهادة الشهود، القرينة، اليمين، النكول عنها. ثم في الباب الثاني بحث في تأويل الاتفاقات وفي بعض القواعد القانونية العامة.¹³⁹

- المبحث الثاني: عبء الإثبات

وظيفة القاضي هي توزيع العدل بين الناس بتطبيق القانون على ما يعرض عليه من المنازعات، ويتجلى دور الخصوم في الإثبات في تقديم الأدلة إذ أن الهدف الذي يرمى إليه الخصوم من الأدلة التي يقدمونها لإثبات ادعاءاتهم أمام القضاء هو إتيان القاضي بصحة ما يدعونه.

¹³⁴ ت عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص230.

¹³⁵ - ادريس العلوي، رسائل الإثبات، مرجع سابق، ص44.

¹³⁶ - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص230-231.

¹³⁷ أحمد بهنسي، مرجع سابق، ص11.

¹³⁸ - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص231.

¹³⁹ - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص232.

والقانون يضع القواعد التي تنظم تحمل كل منهم بنصيبه في الإثبات، أي ينظم حملهم لعبء الإثبات، أما القاضي فدوره أن يزن ما يقدم إليه من أدلة الخصوم في حدود ما يجعل له القانون من سلطة في هذا الصدد لبناء حكمه على أساس الاقتناع الذي يتحصل من هذه الأدلة.¹⁴⁰

وخلال هذا المبحث سنتعرف على المكلف بالإثبات (مطلب أول)، وكيف يتم نقل عبء الإثبات وتنقله (مطلب ثاني)، وحالات الإعفاء من الإثبات (مطلب ثالث).

- المطلب الأول: المكلف بالإثبات

أول تنظيم لقواعد الإثبات يتصل بتعيين مَنْ من الخصمين يحمل عبء الإثبات، أي من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر، وتعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه، في كثير من الأحوال، مصير الدعوى من الناحية العلمية، فقد يكون الحق متراوفا بينهما، لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو أن يفيقه، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه، وبهذا صرح الفصل 39 من ق.ل.ع. بقوله: «إثبات الالتزام على مدعيه».¹⁴¹

فالمكلف بالإثبات هو من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضا أو خلاف الظاهر أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة، أو خلاف قرينة قضائية.¹⁴²

والقاعدة الرومانية أن المدعي هو المكلف بالإثبات وأن المنكر لا يلزم بإثبات، وأن المدعي عليه بدفعه للدعوى يصبح مدعيا، ومعنى ذلك أنك إذا ادعيت على شخص شيئا فأنت المكلف بالإثبات لأنك مدع، وقبل أن تثبته، ما على المدعي سوى الإنكار، وعند إثباته إذا ادعى البراءة وجب عليه إثباتها لأنه أصبح مدعيا بها.¹⁴³

والقاعدة الإنجليزية أن من يدعي حقا أو يدفعه أي يدعي التخلص منه عليه الإثبات.

أما القاعدة الفرنسية: «من يطالب بتنفيذ تعهد وجب عليه إثباته، ومن ادعى التخلص وجب عليه إثبات الدفع الذي انقضى به ذلك التعهد».¹⁴⁴

هذا فيما يخص القانون الوضعي، فما قول الشرع الإسلامي؟

إن القاعدة الشرعية "أن البينة على من ادعى"¹⁴⁵ والمدعي (أي المكلف بالإثبات لا من رفع الدعوى) هو من يروم إثبات أمر خفي يريد به إزالة أمر جلي. وقيل إن المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها. والمدعي عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه. وقال صاحب "تكملة ابن عابدين" أن هذا أحسن التعاريف وأصحها.

وهكذا يتضح أن المدعي هو الذي يكلف بإقامة الدليل على صحة دعواه وصدقها، لأن الأصل في المدعي عليه براءة ذمته. وعلى المدعي أن يثبت العكس. فقد ورد في البيهقي والطبراني بإسناد صحيح أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»¹⁴⁶.

140 - ادريس العلوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص36.

141 - عبد الكريم شهبون مرجع سابق، ج 3، ص232.

142 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج2، ص77.

143 - رسالة الإثبات، مرجع سابق، ج1، ص70.

144 - المرجع نفسه، ص71؟.

145 - عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال

وأموالهم ولكن البينة على المدعي" رواه البخاري ومسلم في كتابه "الأفضية" رقم الحديث: 3228

146 - رواه الترميدي في كتابه "الأحكام" رقم 1261

وهذا هو المبدأ في جميع الشرائع، وفي القانون المدني المغربي وسائر القوانين الحديثة. فالمدعي هو الذي يحمل في الأصل عبء الإثبات¹⁴⁷ سواء كان دائنا يدعي ثبوت الدائنية أو مدينا يدعي التخلص من المديونية. فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول: إن من يحمل عبء الإثبات هو المدين في الدعوى والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.

فالمكلف بالإثبات إذا هو من يدعي خلاف الثابت أصلا أو عرضا، ومن أحسن ما قيل: البرهان على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا. فالأصل عدم التعهد والعرض وجوده.¹⁴⁸

وتبدو أهمية تعيين من من الخصوم يتحمل هذا العبء من أنه لو كان واجبا عليه فلم يتم به بالصورة الكافية لإثبات ادعائه، أي إذا عجز عن الإثبات فإن خصمه يعتبر كاسبا للنزاع ولو أنه لم يبذل أي جهد من جانبه.

وقد نص المشرع المغربي في المادتين 399 و400 من قانون الالتزامات والعقود على القواعد السابقة، فبعد أن نصت المادة 399 على القاعدة الأساسية في الإثبات وهي أن إثبات الالتزام على مدعيه، جاءت المادة 400 تقتضي بأنه: «إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضائه أو عدم نفاذه اتجاهاه أن يثبت ادعاه». ¹⁴⁹

- المطلب الثاني: نقل عبء الإثبات وتنقله

إن عبء الإثبات قد ينتقل من عاتق أحد الطرفين إلى عاتق الطرف الآخر، فإذا ادعى شخص أن له دينا في ذمة شخص آخر وجب عليه إثباته فإذا ما أثبتته وادعى المدين الوفاء وجب عليه إثبات الوفاء.¹⁵⁰

وهكذا فقد يتناوب الخصمان في الدعوى عبء الإثبات تبعا لطبيعة ما يدعيه كل منهما. فالدائن يكون هو المدعي والمدين هو المدعى عليه، ويكون عبء الإثبات على الدائن، فإذا أثبت الدائن الدين وادعى المدين براءة ذمته انقلب المدين مدعيا فينتقل عبء الإثبات إلى المدين، وقد يثبت المدين براءة ذمته، ويدعي الدائن خلاف ذلك، فيعود الدائن ثانيا مدعيا، فينتقل عبء الإثبات إلى الدائن، وهكذا حتى يعجز من وقع عليه عبء الإثبات عن القيام به فيخسر الدعوى.¹⁵¹

على أنه من الناحية العلمية لا تقوم حدود فاصلة ينتقل عندها عبء الإثبات من أحد الطرفين إلى الآخر بصورة قاطعة، الدليل القاطع كثيرا ما يتعذر على الخصم أن يقدمه. والقاضي نزولا منه على حكم الضرورات العلمية يكتفي من الخصم بدليل يجعل دعواه قرينة التصديق، فيكون على الطرف الآخر حينئذ أن يدحض هذا الدليل، وعلى هذا النحو من التيسير والتخفيف ينتهي الأمر في الواقع إلى تجزئة عبء الإثبات بين طرفي الخصومة، والغالب في العمل هو أن يدلي كل من الطرفين بما يؤيد دعواه وللقاضي أن يكون اقتناعه من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة. وقد يحصل أن يتقدم أحد الخصمين بدليل فليقتنه الخصم الآخر ويفنده ويتخذ منه دليلا لصالحه.¹⁵²

- المطلب الثالث: الإعفاء من الإثبات

يصح إعفاء الخصم من الإثبات واعتبار الواقعة التي يدعيها ثابتة إذا استند في إثباتها إلى ورقة في حيازة خصمه وأبى هذا الخصم تقديمها على شرط أن تكون حيازته لها ثابتة، ولا يسمح له في هذه

147 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، م3، ص232.

148 - نفسه، ص233.

149 - ادريس العلوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص46-47.

150 - رسالة الإثبات، مرجع سابق، م1، ص71-72.

151 - عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ج3، ص234.

152 - ادريس العلوي، مرجع سابق، ص46.

الحالة التمسك بالقاعدة القديمة التي تقتضي بأنه يجوز إلزام شخص بتقديم مستند ضد نفسه لما يجب أن يسود التعامل من الصدق في المعاملة وحسن النية¹⁵³. وأن لا يطلب شخص أكثر من حقه، وأن يؤدي لمن يتعامل معه كل حقه، وكما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أن الدين المعاملة، ولم يكمل إيمان المرء حتى يحب لغيره ما يحب لنفسه.

وقد يقع عبء الإثبات على عاتق أحد الخصمين بمقتضى القاعدة الأساسية ومع ذلك يكون في غنى عن إثبات الواقعة التي يدعيها، وذلك بمقتضى قرينة يقررها القانون لمصلحته، فالمشرع قد يرى في حالات معينة أن الشخص كثيرا مت يتعذر عليه الإثبات، فيستنبط من أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في التعامل قرينة تغني من تقررت لمصلحته عن الإثبات متى توفرت له الظروف اللازمة لقيامها، ولأن هذه القرينة مقصود بها تلافى صعوبة الإثبات، ولأنها لا تعدو أن تكون احتمالا قد يخطئ في بعض الأحوال فيجوز نقضها بإثبات العكس¹⁵⁴.

وقد يستغني المدعي من الإثبات أيضا بواسطة القانون، إذ يفترض القانون وقوع خطأ من المدعى عليه.

وهناك طريقة للإثبات قد يحصل بها المدعى من المدعي عليه على دليله إذا لم يكن بيده دليل، وذلك باستجواب المدعى عليه، أو بتوجيه اليمين الحاسمة إليه¹⁵⁵ مع الإشارة إلى أنه لا يجوز إلزام شخص بتقديم دليل ضد نفسه. وهذا من المبادئ المعروفة، لكن هذا لا يعني أنه يمتنع على المكلف بالإثبات أن يحصل دليلا لمصلحته من مستند قدمه خصمه إلى القضاء في سبيل إثبات دعائه هو، لأن تقديم المستند من جانب الخصم كان بإرادته، ولأنه إذا كان من حق الخصم أن يقدم الدليل أو لا يقدمه دون أن يرغب على ذلك، فإنه إن قدمه يصبح من حق القاضي أن يحدد دلالاته على وجهها الصحيح، أي أن القاضي يقدر الدليل بصرف النظر عن قدمه¹⁵⁶.

153 - رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص 1.

154 - ادريس العلوي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ص 47.

155 - رسالة الإثبات، مرجع سابق، ج 1، ص 75.

156 - ادريس العلوي، مرجع سابق، ص 48-49.

الفصل الثالث: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي والوضعي:

خلال هذا الفصل سنتحدث عن وسائل الإثبات المشتركة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كمبحث أول، ثم ننتقل في المبحث الثاني لنرى ما ينفرد به الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: وسائل الإثبات المشتركة:

المطلب الأول: الكتابة

أولاً: في الفقه الإسلامي:

لقد اتبعت معظم الشرائع قاعدة الإثبات بالكتابة وأمر بذلك القرآن الكريم: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، وليكتب بينكم كتابه بالعدل وليمل الذي عليه الحق، وليتق ربه ولا يبغض منه شيئاً" إلى أن يقول سبحانه وتعالى: "ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا"¹⁵⁷.

فهذا الأمر بالكتابة هو إرشاد منه تعالى لعباده المؤمنين إذا تعاملوا بمعاملات مؤجلة أن يكتبوها ليكون ذلك أحفظ لمقدارها وميقاتها وأضبط للشاهد فيها¹⁵⁸.

وقال القرطبي عن قوله تعالى: "ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله: أن الله تعالى أكد على التخصيص والتحصين في القليل والكثير. وقال أيضاً عن قوله تعالى: "ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا" يعني أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه: وأقوم للشهادة" أي أصح وأحفظ "وأدنى" أقرب ألا تشركا¹⁵⁹.

وقد قال ابن العربي عن قوله تعالى "فاكتبوه: إشارة ظاهرة إلى أنه يكتب بجميع صفاته المبينة له المعربة عنه المعرفة للحاكم بما يحكم عند ارتفاعهما إليه¹⁶⁰.

وقد كان القضاء في عصر الخلفاء الراشدين والدولة الأموية في طور التكوين والنشوء ولم تكن حوادث تستدعي كتابة الأحكام لأن المتقاضين كانوا أشبه بالمستفتين فإذا أظهر القاضي حكمه اقتنعوا به غالباً ولكن جد بعد ذلك من الأمور مالت نظر القضاة إلى كتابة الأحكام في الصحف.

قال محمد بن يوسف الكندي في كتابه تاريخ قضاة مصر أن سليم بن عتو قاضي مصر من قبل معاوية بن أبي سفيان اختصم إليه في ميراث فقضى بين الورثة ثم تناكروا فعادوا إليه فقضى بينهم وكتب كتاباً بقضائه وأشهد فيه شيوخ الجند فكان أول القضاة بمصر سجل سجلاً بقضائه¹⁶¹.

من جهة أخرى، اختلف الفقهاء المسلمون بالاحتجاج بالخط أو عدم الاحتجاج به لإثبات الحقوق في المسائل المدنية إلى فريقين:

157 - سورة البقرة الآية 281

158 - تفسير القرآن الكريم للامام أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، ج1، ص305

159 - رسالة الإثبات مرجع سابق ج1 ص106

160 - أحكام القرآن لابن العربي ج1 ص328

161 - نظرية الإثبات لأحمد بهنسي مرجع سابق ص190

❖ فرقة ترفض الاحتجاج بالخط في الإثبات لتشابه الخطوط ولأنه مما يدخله التزوير والافتعال¹⁶².

فمثلا إذا أردنا إثبات النسب أو الزواج بعقد باطل فلن نستطيع، لان "العقد الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج ولو بعد الدخول، ويعتبر في منزلة العدم، فلا يثبت به النسب من الأب ولا بعده العدة على المرأة"¹⁶³.

❖ فرقة تحتج به وتجوزه للإثبات لان الشارع اعتبره رعاية لمصالح الناس¹⁶⁴، فمثلا ينعقد الزواج أحيانا بالكتابة في حال الغيبة، "فإذا كان أحد العاقدين غائبا عن مجلس العقد ينعقد الزواج عند الحنفية بالكتابة أو إرسال رسول، إذا حضر شاهدان عند وصول الكتب أو الرسول، لأن الكتاب من الغائب خطابه. قال الحنفية: الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر"¹⁶⁵.

أما في المسائل الجنائية في الفقه الإسلامي فلا نرى للخط مجالا كبيرا إلا إذا كان في صورة إقرار بارتكاب جريمة سواء كانت تستوجب حدا أو قصاصا أو تعزيرا¹⁶⁶، فإن كانت تحتوي على إقرار بحد واعترف بها كاتبها فيكون كمن أقر مرة أخرى، وإن أنكرها فيكون كمن أنكر إقراره أو عدل عنه وإن كانت تحتوي على إقرار بجريمة قتل تستوجب القصاص، فإن اعترف بها وجب القصاص، وإن أنكر فيكون الأمر لوثا يستوجب القسامة.

وإن كانت تحتوي على ما يستوجب التعزير كان الأمر متروكا للقاضي إن اقتنع بما تحتويه عزر كاتبها وإلا فلا¹⁶⁷.

ونجد بعض الفقهاء قد تكلموا على الشهادة على الخط وقسموها ثلاثة أقسام:

1. الشهادة على خط المقر، وتجويز في الأموال والتعزير، ولا بد في الشهادة على الخط من عدلين.
2. الشهادة على خط الشاهد الذي توفي أو غاب ببعد أو جهل مكانه تجوز . والمرأة المشهود على خطها بشهادتها بشيء كالرجل يشترط فيها بعد غيبتها¹⁶⁸.
3. الشهادة على خط نفسه: في الواقع أن هذه الشهادة لا أهمية لها لأنه يستطيع أن يشهد على ما علم من بادئ الأمر لا على أنه خصه.

وإنما قد يرى القاضي أن في هذه الشهادة فائدة، فله أن يشهد على خط نفسه على الراجح¹⁶⁹.

ثانيا: في الفقه الوضعي :

القاعدة في المواد المدنية أن يكون بالكتابة إلا ما استثنى¹⁷⁰ لأسباب معقولة أو لتعذر الحصول على كتابة.

ولا يخفى أن الكتابة تحصل في وقت لا نزاع فيه، تقرر فيه الحقائق على طبيعتها وقد سماها الفرنسيون Preuve préconstituée أي الدليل المتخذ أو الموجود مقدما، فعند تقديمها للقضاء تنطلق بتلك الحقائق التي سبق إثباتها بدون غرض أو تحيز أو نسيان.... ولذلك يتفقد بالكتابة ما لم يثبت أنها مزورة أو يثبت عكسها بالكتابة كذلك.

162 - المرجع السابق ص187

163 - الفقه الاسلامي وأدلته لوحة الزحيلي، دار الفكر ج7 ص47

164 - نظرية الاثبات مرجع سابق ص187

165 - الفقه الاسلامي وأدلته مرجع سابق ص45

166 - نظرية الاثبات مرجع سابق ص187

167 - أحمد فتحي بنهنيسي مرجع سابق ص188

168 - الشيخ محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، حاشية الدسوقي ج4 ص180

169 - أحمد بنهنيسي مرجع سابق ص189

170 - رسالة الاثبات مرجع سابق ص100

حتى في الأحوال الجائز فيها الإثبات بغير الكتابة يحسن كثيرا أن يكون التعاقد بالكتابة، إن أمكنت، وكلما كان العقد جليا صريحا دقيقا مفصلا كلما كان قريبا من الإقرار القضائي فيأخذ به القاضي.

هذا فيما يخص المسائل المدنية، أما فيما يتعلق بالمسائل الجنائية فالقاعدة مختلفة، فبما ان الجرائم من الوقائع التي لا يتصور أن يعطي الجاني مقدا كتابة على نفسه بإثباتها، فإن الكتابة لم تكن من الأدلة القانونية في القضايا الجنائية¹⁷¹.

والورقة المكتوبة التي تصلح دليلا في الإثبات قد تنطوي على جسم الجريمة كالورقة التي تتضمن القف أو التزوير، وقد تكون مجرد دليل عليها كالورقة التي تحمل اعتراف المتهم.

والقاعدة العامة في المسائل الجنائية أن الورقة سواء كانت عرفية أم رسمية ليس لها حجية خاصة في الإثبات فتحض ككل الأدلة لمطلق تقدير القاضي¹⁷². وقد جاء في حكم المجلس الأعلى: "أن تقدير أدلة الثبوت هو من اختصاص محكمة الموضوع في المسائل الجزائية"¹⁷³.

المطلب الثاني: الشهادة

أولاً: في الفقه الإسلامي :

الشهادة لغة هو خبر قاطع، تقول: شهد على كذا من باب سلم، وقيل الشهادة مأخوذة من الاعلام، لقوله تعالى: "شهد الله أنه لا إله إلا هو والملائكة وأولوا العلم قائما بالقسط"¹⁷⁴. يقال: شهد لزيد بكذا شهادة، أي أدى ما عليه من الشهادة، فهو شاهد، وأشهد الرجل على إقرار الغريم: واستشهدته بمعنى واحد.

والشاهد من اسماء النبي صلى الله عليه وسلم. قال تعالى: "يا أيها النبي، إنا أرسلناك شاهدا ومبشرا ونذيرا"¹⁷⁵.

أي على أمتك بالابلاغ والرسالة¹⁷⁶، وقيل المشاهدة والمعينة¹⁷⁷.

وإصطلاحاً، قال ابن عرفة في تعريفها "الصواب أن الشهادة قول بحيث يوجب على الحاكم سماعه والحكم بمقتضاه. أن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه"¹⁷⁸.

والشهادة في الفقه الإسلامي أهم وسيلة للإثبات في جميع الميادين، ذلك أنها متيسرة في غالب الأحيان ومتوفرة في كل المجتمعات والبيئات، ولا يتطلب شكليات معقدة بعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لكثير من وسائل الإثبات التي يفرضها القانون الوضعي.

وقد اهتم الإسلام بالشهادة ونظم قواعدها وسن أحكامها، إذ أن الأصل في الشهادة مرجعه من الكتاب والسنة والإجماع قال تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم"¹⁷⁹.

وقد جاء في باب "ما جاء في الشهادات" للإمام مالك الحديث الآتي: عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها"¹⁸⁰، وعن عمر بن الخطاب أنه قال: "لا تجوز شهادة خصم ولا ضنين"¹⁸¹.

171 - نظرية الإثبات في الفقه الجنائي لأحمد بهنسي مرجع سابق ص 187

172 - المرجع السابق ص 187

173 - حكم عدد 76 تاريخ 23-10-1961 ق.م.م عدد 43 ص 133.

174 - سورة آل عمران الآية 18

175 - سورة الأحزاب الآية 18

176 - الزبيدي تاج العروس ، مرجع سابق ، ج 2 ص 392

177 - ابن منظور "لسان العرب"، دار صادر بيروت ج 3 ص 239

178 - محمد ابن عرفة الورغمي، الحدود الفقهية تحقيق محمد ابو الاجنان ط 1993: 1 دار الغرب الاسلامي ج 2 ص 582

179 - سورة البقرة الآية 282

وقال شريح: "القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين، وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء"¹⁸².

للشهادة جانبان، جانب يسمى التحمل وهو القدرة على الحفظ والضبط والجانب الآخر يسمى الأداء وهو القدرة على التعبير الشرعي الصحيح. والشروط المطلوبة في الشاهد نوعان¹⁸³:

- ❖ شروط في تحملة الشهادة: العقل وقت التحمل والإبصار عند بعض الفقهاء.
- ❖ شروط في أدائه للشهادة: وهي العقل والبلوغ والحرية والعدالة.

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء: في الصفة، والجنس، والعدد.

فأما عدد الصفات المعتمدة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة: العدالة، البلوغ والإسلام والحرية ونفي التهمة... وأما النظر في العدد والجنس، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزان يشاهدين ذكرين.... واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين... واختلفا في قبولهما في الحدود¹⁸⁴.

ويرى الحنفية أن الشاهد يلزم أن يقول لفظ أشهد حتى تقبل فلو قال الشاهد اعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته¹⁸⁵.

وللقاضي في الفقه الإسلامي سلطة تقديرية في قبول أو رد الشهادة، إذ قال عز وجل: "ممن ترضون من الشهداء"¹⁸⁶، وهذا دليل على تفويض القبول في الشهادة إلى الحاكم، لأن الرضا معنى يكون في النفس بما يظهر إليها من الأمارات عليه ويقوم من الدلائل المبنية له ولا يكون غير هذا فإننا لو جعلنا لغيره لما وصل إليه بالاجتهاد واجتهاده أولى من اجتهاد غيره¹⁸⁷.

والشهادة في الفقه الإسلامي تتميز عن نظيرتها في نقط أساسية وحاسمة في تحديد الحق وإبطال الباطل.

فالشاهد عندنا يستحضر أثناء شهادته رقابة الله عز وجل وخوفه منه، فلا يستطيع الشهادة بباطل خوفاً من عقاب الله ووعيده.

بالإضافة إلى أن التشريع الإسلامي أبدع نظام التزكية للشهادة بعدالة الشاهد، فوضع له قوانين خاصة توطئه وتقننه، وهذا ما يجعل حدا لتلاعب الشهود وبيع ذمهم.

هذا دون أن ننسى بأن التشريع الإسلامي وضع معياري العدد والجنس اللذان يختلفان باختلاف القضايا المشهود بها.

ثانياً: في الفقه الوضعي:

إن شهادة الشهود لها عيوب كثيرة في الفقه الوضعي، فقد يشهد للإنسان زورا محابيا أو منتقما أو مرتشيا، أو لمجرد كراهة بينه وبين من يشهد ضده أو بسبب خطأ أو نسيان، وقد يكون ضعيف الذاكرة

180 - أخرجه مسلم في كتاب الأقضية، باب خير الشهود، حديث 19

181 - الموطأ للإمام مالك، كتاب إسعاف المبتأ برجال الموطأ للإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، كتاب الأقضية، باب

مجاة في الشهادات ص 632، دار الأفاق الجديدة المغرب ط 4- 1998م

182 - أحمد بنهنيسي مرجع سابق ص 15

183 - المرجع السابق ص 20

184 - ابن رشد "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" دار الفكر ، ج 2 ص 347

185 - أحمد بنهنيسي مرجع سابق ص 44

186 - سورة البقرة الآية 282

187 - ابن العربي "أحكام القرآن" دار الكتب العلمية ج 1 ص 336

أو ليس دقيق الملاحظة¹⁸⁸، لذلك كانت القاعدة أن الإثبات يجب أن يكون بالكتابة إلا فيما استثني لأسباب قوية.

يجب على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق، وإلا كانت شهادته باطلة.

ويجب على أي حال ألا يتأثر القاضي باليمين فيصدق الشاهد بيمينه بل له مطلق الحرية في تقدير شهادته.

كما يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصيا متحققا ما يشهد به بحواس نفسه ويجب أن يؤدي الشهادة شفها أمام المحكمة أو القاضي مباشرة، وجها لوجه، ويجب أيضا أن لا يعتمد الشاهد في شهادته إلا على ذاكرته، ولا يصح أن يسمح له بتلاوة شهادته من ورقة مكتوبة، إلا إذا كانت منصبة على أمر معقد أو لمعرفة أرقام وتواريخ بعد إذن المحكمة (م 330 ق.ج.م).

ويجب أن تؤدي الشهادة في حضور الخصوم وإلا كانت باطلة، ولا يخفى أن لكل خصم في الدعوى الحق في سؤال الشاهد ومناقشته¹⁸⁹.

وإذا استمع إلى الشاهد عدة مرات أثناء متابعة نفس المناقشات لم يتعين عليه تجديد اليمين غير أن الرئيس يذكره إن اقتضى الحال باليمين التي سبق أن أداها (م 328 ق.ج.م)¹⁹⁰.

وكما في الفقه الإسلامي، ترجع القيمة الإثباتية للشهادة في الفقه الوضعي إلى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، ولقاضي الموضوع وحده، ولا يطالب استبعاده للشهادة بتعليل هذا الاستبعاد تعليلا خاصا وإنما يكفي أن يعلن عدم اقتناعه بها¹⁹¹.

المطلب الثالث: الإقرار

أولا: في الفقه الإسلامي:

الإقرار لغة: الاعتراف والإثبات¹⁹². والإقرار إثبات الشيء إما باللسان وإما بالقلب أو بهما جميعا¹⁹³، ويعرف ابن رشد حقيقة الإقرار بكونه الإخبار عن أمر يتعلق به حق الغير.

وقال ابن عرفة: "الإقرار خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه"¹⁹⁴.

والإقرار أيضا هو أن يعترف المرؤ بالشيء في ذمته لغيره، كأن يقول: "إن لزيد عندي خمسين ألف درهم مثلا، أو أن المتاع الفلاني لفلان"¹⁹⁵.

فالإقرار إذن إخبار بحق لآخر لا إثبات عليه، وهو خبر يتردد بين الصدق والكذب، فهو خير محتمل باعتبار ظاهره وبذلك لا يكون حجة، ولكنه جعل حجة إذا اصطحب بدليل معقول يرجح جانب الصدق إلى جانب الكذب¹⁹⁶.

188 - أحمد نشأت، مرجع سابق، ج1 ص543

189 - المرجع السابق، ج1 ص543

190 - أحمد الخليلي "شرح المسطرة الجنائية" مكتبة المعارف الرباط، ج2 ص197

191 - المرجع السابق ص198

192 - بن منظور "لسان العرب" مرجع سابق، ج5، ص88

193 - مرتضى الزبيدي "تاج العروس" مرجع سابق ج3 ص488

194 - ابن عرفة الحدود الفقهية ص120

195 - أبو بكر جابر الجزائري "منهاج المسلم"، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ص118

196 - أحمد فتحي بهنسي، مرجع سابق ص136

وهكذا فإن الإقرار إذا توفرت فيه شروطه فهو أقوى الحجج، وأبلغ من الشهادة وأقوى منها في الحجية¹⁹⁷، ويختلف بهذا عن الانتشاء كالبيع والهبة ونحوهما التي تفيد القطع لا الظن. وقال البعض إن الإقرار ليس بإخبار ولكنه إنشاء. وقال البعض إن الإقرار إخبار بحق عليه من وجه وإنشاء من وجه¹⁹⁸، والدليل على أن الإقرار حجة شرعية من النص والإجماع، قوله تعالى: "بأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين"¹⁹⁹.

فقد أمر الله تعالى العبد بأن يشهد على نفسه بالحق، ويسمى الإقرار على نفسه شهادة، كما تسمى الشهادة على الغير إقراراً²⁰⁰.

وقد جاء في باب ما جاء فيمن اعترف على نفسه بالزنا: "حدثني مالك عن نافع أن صفية بنت أبي عبيدة أخبرته: أن أبا بكر الصديق أوتي برجل قد وقع على جارية بكر فأحبها، ثم اعترف على نفسه بالزنا ولم يكن أحسن: فأمر به أبو بكر فجلد الحد ثم نفي إلى فدك"²⁰¹.

وقد روى مالك في الموطأ عن شهاب أنه أخبره أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وشهد على نفسه أربع مرات، فأمر به عليه الصلاة والسلام فرجم. قال ابن شهاب: "فمن أجل ذلك يؤخذ الرجل باعترافه على نفسه"، وقال الزرقاني: "باعترافه على نفسه بالزنا أو غيره حيث كان مكلفاً غير محجور عليه. وللإقرار شروط واجبة في المقر: كأن يكون عاقلاً بالغاً، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه، ويشترط في المقر له أن يكون أهلاً للاستحقاق وألا يكذب المقر إقراره"²⁰².

ويلزم أن يكون الإقرار عند الإمام فإن كان عند غيره لم يجز إقراره، ويلزم القاضي أن يناقش المقر في إقراره ويندب له أن يلقيه الرجوع عن الإقرار وخاصة في الحدود التي خالصة حقا لله تعالى²⁰³.

وقد قال مالك في الذي يعترف على نفسه بالزنا ثم يرجع عن ذلك ويقول: لم افعل وإنما كان ذلك مني على وجه كذا وكذا - لشيء يذكره - إن ذلك يقبل منه، ولا يقام عليه الحد، وذلك أن الحد الذي هو لله، لا يؤخذ إلا بأحد وجهين: إما ببينة عادلة تثبت على صاحبها، وإما باعتراف يقيم عليه حتى يقام عليه الحد فإن أقام على اعترافه أقيم عليه الحد²⁰⁴.

والإقرار حجة على المقر فقط، فيؤخذ المقر بإقراره ولا يكون إقراره حجة على غيره، وكذلك يشترط في الإقرار مطابقته للدعوى وخلوه من عيوب الإرادة كإقرار المكره والسكران والمجنون والنائم، وأما عن نصاب الإقرار فقد اختلف الفقهاء في عدد مراته التي يؤخذ بها المتهم ويكون اعترافه مستوجباً لمسئولية في مختلف الجرائم²⁰⁵.

فعلى القاضي أن يقوم بسؤال المقر عن ماهية الجريمة التي ارتكبها وكيفية ارتكابه لها، ففي الزنا يسأله عن ماهية الزنا، وعن كيفية وعن مكانه وعن المزني بها، وعماً إذا كان محصناً أو غير محصن فإن أقر بأنه محصن سأله عن ماهية الإحصان²⁰⁶.

وفي حالة الإقرار بالنسب، يبطل الإقرار إن صرح المقر في إقراره بأن الولد ابنه من الزنا، لأن الزنا لا يصلح سبباً لإثبات النسب، إذ النسب نعمة فلا تنال بالمحذور²⁰⁷.

197 ، بن معجوز ، مرجع سابق ص21

198 - احمد ابراهيم ابراهيم "طرق القضاء في الشريعة الإسلامية" ، ط7، ص1347، ص118

199 - سورة النساء الآية 135

200 - أحكام القرآن لابن العربي مرجع سابق ، ج1، ص636

201 - الامام جلال الدين السيوطي "الموطأ" مرجع سابق ص720

202 - بن معجوز ، مرجع سابق ص21

203 - احمد فتحي بهنسي مرجع سابق ص142

204 - جلال الدين السيوطي مرجع سابق ص720

205 - أحمد بهنسي مرجع سابق ص149

206 - مرجع سابق ص158

ويمكن الرجوع في الإقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر. أما إذا تعلق الأمر بمصلحة فرد من الأفراد فلا يقبل رجوعه فيما يختص بحق هذا الفرد كالفرد والسرقة والقصاص²⁰⁸.

وقال الدسوقي في الفرق بين الإقرار والشهادة والدعوى: أن الثلاثة طلبها إخبار والفرق بينها أن الإخبار إن كان حكمه قاصرا على قائله فهو إقرار، وإن لم يقتصر على قائله فإما أن لا يكون للمخبر فيه نفع وهو الشهادة، أو يكون له فيه وهو الدعوى²⁰⁹.

ثانيا: في الفقه الوضعي:

الإقرار أو الاعتراف "l'aveu" هو اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرا نتيجته، قاصدا إلزام نفسه بمقتضاه²¹⁰.

ولأخذ بالاعتراف كوسيلة للإثبات مذهبان: مذهب يؤيد الأخذ به ومذهب يعارض.

يذهب المؤيدون للاعتراف كوسيلة لإثبات بأنه سيد الأدلة، فهو يفيد اليقين لصدوره عن المتهم نفسه²¹¹.

وهو سيد الأدلة في المسائل المدنية لأنه يعتبر نفسه حجة قاطعة على اشتغال ذمة صاحبه بما أقر بهن ويجب الأخذ به في جميع الأحوال مهما كانت قيمة الدعوى، ومهما كان فيه من المخالفة لمصلحة المقر الثابتة له بعقد رسمي أو عرفي²¹².

فإذا اعترف المتهم أما المحكمة بأنه مذنب Guilty أي مرتكب للجريمة الموجهة إليه في ورقة الاتهام لم يبق أي ضرورة لإثبات آخر. ولا يكون أمام المحكمة سوى الحكم على المتهم بناء على اعترافه. هذا في القانون الانجليزي، أما في القانون الفرنسي فلا ينظر للاعتراف إلا كدليل فقط على التهمة، فلا يأخذ به إلا إذا اقتنع بصحته ومطابقته للواقع شأن كل دليل آخر²¹³.

ويصح القول بأن الإقرار ليس دليلا، إنما هو يعني عن الدليل لأنه يعني مدعي الحق من إثباته²¹⁴.

بينما يرى خصوم الإثبات بالاعتراف أنه "لا يصلح نهائيا للإثبات لأنه لا يصدر إلا من شخص أبله أو مريض أو على الأقل ضعيف النفس والسيطرة على أعصابه، يتأثر بمواجهته مع ضابط الشرطة القضائية أو قاضي التحقيق أو المحكمة، فيهدي بالاعتراف استجابة لرغبة هؤلاء²¹⁵. فالمتهم لا يعترف إلا نادرا ولكنه قد يعترف بالجريمة التي ارتكبها بدافع الضمير أو بانهزامه أمام الأدلة القاطعة المقدمة ضده، كما يمكن أن يعترف أحيانا بجريمة لم يرتكبها تحت تأثير عوامل مختلفة، فقد يحمل على الاعتراف بالإكراه أو التهديد أو يدفع إليه بوعود خادعة أو قد يريد أن يتحمل مسؤولية غيره نظير أجر معلوم²¹⁶.

ومهما يكن من نصيب الحقيقة أو المبالغة في هذا الرأي أو ذاك فإن المادة 288 من ق.ج.م أكدت أن الجريمة يمكن إثباتها بأية وسيلة من سائل الإثبات التي منها الاعتراف قطعا²¹⁷.

وللإقرار شروط لا يثبت إلا بها وهي²¹⁸:

207 - د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الطبعة 3 1409 هـ 1989 م، ج7، دار الفكر بدمشق ص692

208 - احمد بهنسي مرجع سابق ص161

209 - الدسوقي "حاشية الدسوقي على شرح الدردير" دار الفكر، بيروت، توزيع دار الرشاد بالمغرب، ج3 ص397

210 - احمد نشأت "رسالة الإثبات"، ط7، ج2، ص3

211 - احمد الخمليشي، مرجع سابق، ج2، ص169

212 - احمد نشأت مرجع سابق ص3

213 - احمد بهنسي مرجع سابق ص135

214 - احمد نشأت مرجع سابق، ج2 ص3

215 - احمد الخمليشي مرجع سابق ج2 ص170

216 - احمد بهنسي مرجع سابق ص136

217 - احمد الخمليشي مرجع سابق ج2 ص170

- ❖ الإقرار يجب أن يكون بقول صريح أو إخبار، فلا يكون بامتناع عن قول أو سكوت أو تسليم بأمر تسليمياً مقيداً.
- ❖ يجب أن يكون الإقرار متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانوني، فلو اعترف خصم لخصمه بأن النزاع القائم بينهما يفصل فيه بمقتضى قاعدة قانونية معينة، أو بمقتضى قانون أجنبي فإن مثل هذا الإقرار لا يقيد المقر ولا يفيد القاضي في شيء.
- ❖ يجب أن يدرك المقر مرمى إقراره، وأن يقصد به إلزام نفسه وأن يكون عالماً بأنه سيتخذ حجة عليه وأن خصمه سيعفى به من تقديم أي دليل.
- ❖ اشتراط أهلية المقر وعدم اشتراط أهلية المقر له.
- ❖ لا يستلزم الإقرار قبول المقر له إنما يصح له عدم قبوله لأنه عمل فردي يتم من جانب واحد.
- ❖ يجب أن يكون الإقرار أمام المحكمة، فإذا أقر شخص أمام أية جهة حكومية أخرى كإحدى جهات الإدارة في تحقيق متعلق بالنزاع فلا يعتبر إقراره قضائياً.
- ❖ يجب أن يكون الإقرار في أثناء سير الدعوى الخاصة بالحق المقر به.

فإذا سلم الاعتراف القضائي من المناقشة واطمأنت المحكمة إليه، أمكنها أن تعتمد وحده في إصدار الحكم بالإدانة، ولا تكون في حاجة إلى البحث عن وسائل إثبات أخرى كالشهود مثلاً، وفي حالة تخلف ذلك الاطمئنان اليقيني يمكنها أن تعضد الاعتراف بوسائل إثبات أخرى كالقرائن والشهود²¹⁹.

وهكذا فإن الإقرار القضائي متى كان مستوفياً شرائطه وأركانته المتقدمة يعتبر حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضي الأخذ به، وعدم إجراء أي بحث في موضوعه بعد حصوله²²⁰.

وخلاصة الأمر أن الفقه الوضعي جعل الأخذ بالاعتراف والاكتفاء به جوازياً، للمحكمة أن تأخذ به إذا اقتنعت بصحته وإلا تركته جانباً ونظرت الدعوى بصرف النظر عنه.

المطلب الرابع: القرائن

أولاً: في الفقه الإسلامي.

القرين لغة: المصاحب²²¹ واصطلاحاً عرفها الشريف الجرجاني²²² بأنها "أمر يشير إلى المطلوب".

القرينة مأخوذة من المقارنة وهي المصاحبة، وقد تكون دلالتها قوية أو ضعيفة على حسب قوة المصاحبة وضعفها وقد ترقى إلى درجة الاحتمال البعيد جداً بحيث لا يعبأ بها، والمرجع في ضبطها إلى قوة الذهن والفتنة واليقظة²²³.

وقد أفاض ابن القيم الجوزية في الكلام على القرينة في مؤلفه "الطرق الحكيمة" فقال: "هذه مسألة كبيرة عظيمة النفع، جليلة القدر إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقاً كثيراً، وأقام باطلاً كبيراً، وإن توسع وجعل معوله عليها دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد²²⁴".

والدليل على حجية القرينة في الإثبات مأخوذة من الكتاب والسنة والإجماع. قال تعالى: "إن خير من استأجرت القوي الأمين"²²⁵، أما القوة فعلاقتها رفع الحجر الثقيل الذي لا يستطيع أحد أن يرفعه، وأما

218 احمد الخليلي مرجع سابق ج 2 ص 174

219 - مرجع سابق ج 2 ص 174

220 - احمد نشأت مرجع سابق ج 2 ص 25

221 - ابن منظور "لسان العرب" مرجع سابق ج 12 ص 90

222 - علي بن محمد الجرجاني "التعريفات" ط 1 1403هـ، درا الكتب العلمية بيروت لبنان، ص 152

223 - احمد ابراهيم، مرجع سابق ص 43

224 - احمد بهنسي، مرجع سابق ص 167

225 - سورة القصص الآية 26

الأمانة فبقوله لها (أي بقول موسى لبنت شعيب) وكان يوماً رياحاً: امشي خلفي لئلا تصفك الريح بضم ثوبك لك، وأنا عبراني لا أنظر في أدبار النساء²²⁶.

وقد حكم النبي سليمان عليه السلام للمرأتين اللتين ادعتا الولد بعد أن حكم به داود عليه السلام للكبرى فقال سليمان: انتوني بالسكين أشقه بينهما، فسمحت الكبرى بذلك وقالت الصغرى لا تفعل رحمك الله هو ابنها ففضى به للصغرى فأبى شيء أحسن من اعتبار هذه القرينة الظاهرة، فاستدل برضا الكبرى وأنها قصدت الاسترواح إلى التأسى بمساواة الصغرى في فقد ولدها وشفقة الصغرى عليه وامتناعها من الرضا بذلك دل على أنها أمه وأن الحامل لها على الامتناع من الدعوى ما قام بقلبها من الرحمة والشفقة التي وضعها الله في قلب الأم²²⁷.

ومن ذلك قول الشاهد الذي ذكر الله شهادته ولم ينكرها بل لم يعبه بل حطاً مقررراً لها فقال تعالى: "واستبقا الباب وقدت قميصه من دبر وألقيا سيدهما لذا الباب قالت ما جزاء من أراد بأهلك سوء إلا أن يسجن أو عذاب أليم، قال هي راودتني عن نفسي، وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين، فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدك إن كيدك عن عظيم"²²⁸.

وذلك أن القميص جرت العادة فيه أنه إذا جذ من خلفه تمزق من تلك الجهة، وإذا جذب من قدام تمزق من تلك الجهة، ولا يجذب القميص من خلف اللابس إلا إذا كان مدبراً²²⁹.

هذا وقد وحكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب والصحابة معه برجم المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد. وهذا ما ذهب إليه أحمد ومالك في أصح رواته اعتماداً على القرينة الظاهرة²³⁰.

قال مالك: "الأمر عندنا في المرأة توجد حاملاً ولا زوج لها، فتقول: استكرهت، أو تقول تزوجت، إن ذلك لا يقبل منها وإنما يقام عليها الحد، إلا أن يكون لها على ما ادعت بينة"²³¹.

ومن ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزبير أن يقرر حيي بن أخطب بالعذاب على إخراج المال الذي غيبه وادعى نفاذه، فقال له: العهد قريب والمال أكثر من ذلك، فهاتان قرينتان في غاية القوة: كثرة المال وقصر المدة التي ينفق فيها²³².

وقد أخذ بالقرائن في أحوال كثيرة، سرد ابن القيم كثيراً منها، ونذكر بعضها:

- ✓ أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها وأمره أن يعرف عصافها ووعاءها ووكاءها، فجعل وصفه لها قائماً مقام البينة.
- ✓ اللقيط إذا ادعاه اثنان ووصفه أحدهما بعلامة خفية بجسده حكم له به عند الجمهور.
- ✓ قول أمير المؤمنين علي رضي الله عنه للظعينة التي حملت كتاب حاطب فأنكرته، فقال لها لتخرجن الكتاب أو لنجردنك، فلما رأت الجلد أخرجته من عقاصها. وعلى هذا إذا ادعى الخصم الفلس وأنه لا شيء معه فقال المدعي للحاكم: المال معه، وسأل تفتيشه وجب على الحاكم إجابته إلى ذلك²³³.

ثانياً: في الفقه الوضعي.

226 - أحكام القرآن لأبن العربي، مرجع سابق، ج3، ص45

227 - احمد بهنسي مرجع سابق ص167

228 - سورة يوسف الآية 26-27

229 - أحكام القرآن لابن العربي، مرجع سابق، ج3، ص48

230 - احمد بهنسي مرجع سابق ص168

231 - "اسعاف المبطأ...." لجلال الدين السيوطي، مرجع سابق، ص721

232 - احمد بهنسي مرجع سابق ص168

233 - مرجع سابق، ص169

القريفة هي الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستخلصها من واقعة معينة²³⁴.

والقريفة تتحقق باستنتاج مجهول من معلوم وذلك باستنباط الواقعة المجهولة المواد إثباتها من واقعة أخرى ثابتة. فالمادة 1349 من القانون الفرنسي تقول: "إنها استنتاجات يستنتجها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة"²³⁵. ويعرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي في مادته 449 بأنها: "دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة".

وتعتبر القريفة وسيلة إثبات غير مباشرة، فالقاضي الذي يقرر نسبة جريمة قتل مثلا إلى (ب) بناء على اعترافه أو شهادة شهود أو محررات مكتوبة يكون قد ثبتت لديه تلك النسبة بصفة مباشرة، فالمتهم اعترف بنسبة القتل إليه، والشهود شهدوا عليه بهذه الواقعة، وكذلك الورقة المكتوبة.

فعندما يحكم القاضي بناء على القريفة لا تثبت لديه الواقعة التي يبحث عنها بصف مباشرة، وإنما تثبت أمامه واقعة أخرى بينها وبين الواقعة التي يبحث عنها علاقة ارتباط وتلازم حسب مجريات العادي من الأمور²³⁶.

فالقريفة إذا هي الصلة الضرورية التي ينشئها القانون بين وقائع معينة، أو هي نتيجة يتحتم على القاضي أن يستخلصها من واقعة معينة.

والقرائن كما هو ظاهر مما تقدم نوعان: قرائن موضوعية أو قضائية وقرائن قانونية.

فالقرائن القانونية هي التي نص عليها القانون بنص صريح، ولذا سميت قانونية²³⁷. إذ لا يمكن للقاضي أن يقبل المناقشة في ثبوت الواقعة المجهولة التي تدل عليها. مثل بلوغ الطفل الثانية عشرة أو السادسة عشرة حيث اعتبر القانون السن الأول قريفة على التمييز والسن الثاني قريفة على الرشد الجنائي، فلا يسمح بأي حال من الأحوال بالمجادلة في صحة ذلك ولو كانت هذه المجادلة قائمة على حجج مادية ملموسة²³⁸.

وهكذا فالقرائن القانونية هي التي يلزم الشارع بها القاضي ليستنتج منها دائما نتيجة معينة، فلا يجوز للقاضي أن يرى غير ذلك.

أما النوع الثاني من القرائن وهو القرائن القضائية أو الموضوعية أو الإقناعية أو الفعلية، فهي التي يستنتجها القاضي من موضوع الدعوى وظروفها، وسميت قضائية لأنها من استنباط القاضي، وسميت أيضا موضوعية لأنها تستنبط من موضوع الدعوى وظروفها²³⁹. وسميت إقناعية وفعلية لأن تقديرها يترك للقاضي فيستنتج منها ما يطابق عقله ويرتاح إليه ضميره²⁴⁰.

وهي تتفاوت في قوة دلالاتها على الواقعة المجهولة تبعا لمدى التلازم والارتباط الطبيعي بين الواقعتين.

فمن أمثلة القرائن القوية الدلالة ضبط المسروق في يد المتهم بسرقة، أو بوجود بصماته على الصندوق المختلس منه المال.

234 - "الإثبات في المواد الجنائية" لمحمود مصطفى، ط7 1977م، مطبعة جامعة القاهرة، ص352

235 - احمد نشأت ، مرجع سابق، ج2، ص186

236 - احمد الخليلي ، مرجع سابق ، ج2 ، ص206

237 - احمد نشأت ، مرجع سابق ، ص187

238 - احمد الخليلي ، مرجع سابق ، ج2 ، ص207

239 - احمد نشأت ، مرجع سابق، ج2، ص187

240 - احمد بهنسي، مرجع سابق، ص165

ومن أمثلة القرائن الضعيفة الدلالة محاولة فرار المشبوه فيه بجريمة قتل عندما استدعته الشرطة للاستماع إليه بشأنها²⁴¹.

وقد قيل بأن القرائن الفعلية أو الاقتناعية هي دليل، بينما القرائن القانونية ليست دليلاً، بل إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل، ولكن الحقيقة لا يوجد فرق بين الاثنين من هذه الوجهة، لأنه في كليهما يجب أولاً إثبات الوقائع التي تعتبر قرائن، وإنما الفرق الحقيقي بينهما أن القاضي له حق تقدير تلك الوقائع في القرائن الفعلية، ولكن ليس حرية تقديرها في القرائن القانونية²⁴².

والقرائن القانونية نوعان: قرائن قانونية قاطعة، وقرائن قانونية غير قاطعة، فالقرائن القانونية القاطعة هي التي لا تقبل إثبات ما ينقضها، أي أن الخصم لا يمكنه أن يثبت ما يخالفها، كقرينة الملكية المستفادة عن وضع اليد للمدة الطويلة، وقرينة قوة الشيء المحكوم به.

أما القرائن القانونية غير القاطعة فهي التي تقبل إثبات ما ينقضها²⁴³. فهذه القرائن تبقى مؤقتة، فهي قائمة إلى أن يقوم الدليل على عكسها، كوجود أجنبي في بيت مسلم في المحل المخصص للحريم، فإنه يعتبر قرينة على الزنا، ولكن يجوز للمتهم أن يثبت أن وجوده كان لسبب آخر.

وهكذا يتعين على القاضي أن يقف كثيراً أمام دلالة القرينة على الواقعة المجهولة، وأن يبحث دائماً عن قرائن أخرى أو وسائل إثبات مباشرة لتعزيز الإثبات بالقرينة، كما لا ينبغي له أن يهمل ما في وقائع القضية من القرائن المضادة، فكل قضية تشتمل دائماً على قرائن إثبات وقرائن نفي، وفي مقدمتها قاعدة "الأصل براءة المتهم".

ومن الناحية القانونية لا يوجد مانع من اعتماد القاضي على القرائن وحدها لإصدار الحكم بالإدانة متى تعددت هذه القرائن وكانت متناسقة ومتطابقة في دلالتها²⁴⁴.

المطلب الخامس: الخبرة والمعايينة.

أولاً: في الفقه الإسلامي:

الخبرة لغة هي الاختبار، والخبير العالم، والخبر والخبرة والمخبرة بالشيء كله: العلم به، يقال من أين خبرت هذا الأمر؟ أي من أين علمته؟²⁴⁵

والمعايينة: النظر، وقد عاينه معايينة وعياناً، ورآه عياناً: لم يشك في رأيه إياه²⁴⁶، وعاينه معايينة وعياناً، رآه بعينه²⁴⁷.

وتختلف المعايينة عن الخبرة في أن المعايينة تكون بمشاهدة القاضي بنفسه لمحل النزاع بينما الخبرة إجراء يلجأ إليه القاضي فيما لا يمكنه معرفته. فالقاضي يلزمه إذا أشكل عليه الأمر أن يستشير أهل الخبرة²⁴⁸.

وقد ورد في المبسوط أنه "إذا أشكل على الإمام قيمة المسروق، واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم، وقال بعضهم أدنى، لم يقطع لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة، وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه"²⁴⁹.

241 - أحمد الخليلي، مرجع سابق، ص 209

242 - احمد بهنسي، مرجع سابق، ص 166

243 - احمد نشأت، مرجع سابق، ج 2، ص 193

244 - أحمد الخليلي، مرجع سابق، ج 2، ص 209

245 - "لسان العرب" لابن منظور، مادة خير، دار صادر بيروت، ج 4، ص 266

246 - مرجع سابق، باب العين، ج 10، ص 357

247 - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط 1405هـ، ج 2، ص 641

248 - احمد بهنسي، مرجع سابق، ص 179

وورد في الموطأ: "أن سارقا في زمان عثمان اترجة فأمر بها عثمان أن تقوم، فقومت بثلاثة دراهم... فقطع عثمان يده"²⁵⁰.

وجال الخبرة واسع، فيشمل إثبات العيوب، وفي هذا يقول ابن عاصم²⁵¹:

ويثبت العيوب أهل المعرفة بها ولا ينظر فيهم لصفة.

ويقول بن رشد: "أما شهادة النساء مفردات أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا، مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء، ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع"²⁵²، كما يرجع إلى أهل الخبرة والطب في مجموعة من حالات أخرى "كالموضحة وشبهها، وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار، فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد، إذا لم يوجد غيره"²⁵³.

ثانيا: في الفقه الوضعي

الوقائع التي تعرض على القضاء للفصل فيها، كثيرا ما يتطلب الكشف عنها خبرة فنية متخصصة لا تتوفر في المعلومات العامة لدى القاضي، كالمسائل المتعلقة بالطب والهندسة وفروعها المختلفة، والتحليلات الكيماوية لاكتشاف الغش أو التزييف مثلا، إلى غير ذلك من أنواع التخصصات الكثيرة.²⁵⁴

والخبير هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل²⁵⁵. وقد أجاز القانون الوضعي للقاضي الاستعانة بالخبراء للاستهداء بأرائهم، ولذلك نصت المادة 171 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "يجوز لكل هيئة من هيئات التحقيق أو الحكم كلما عرضت مسألة تقنية أن تأمر بنذب خبراء إما تلقائيا وإما بطلب من النيابة العامة أو من المترافعين"²⁵⁶.

الأصل أنه ليس هناك ما يجبر المحكمة على إجراء المعاينة سواء بنفسها أو بواسطة أهل الخبرة، ولكن الشارع قد نص في بعض الأحوال على وجوب تعيين أهل خبرة يكون عملهم مصدر دليل للقاضي، أو لأن الشارع رأى ضرورة الاستعانة بهم²⁵⁷.

وبناء على هذه المبادئ فإن للقاضي أن يرفض طلب إجراء الخبرة إذا رأى أن الوقائع المطلوب فيها الخبرة واضحة لديه من مستندات الملف، أو أنها غير منتجة في الدعوى وعليه في جميع الحالات أن يعزل رفض الطلب لأنه رفض لوسيلة من وسائل الدفاع.

ويكفي لهذا التعليل تصريح قاضي التحقيق أو المحكمة بانتفاء الحاجة إلى الخبرة²⁵⁸. أما عن انتداب الخبراء فقد اختار القانون المغربي من بين الطرق العديدة المتبعة، طريقة إسناد اختيار الخبراء وعودهم إلى المحكمة.

وللمحكمة تعيين خبير واحد أو أكثر حسب أهمية الواقعة المطلوب فيها الخبرة²⁵⁹. ويتم اختيار هؤلاء الخبراء من اللائحة التي تهيئها سنويا لجنة برئاسة وزير العدل.

249 - "المبسوط" لأبي بكر محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي، ط1- 1324هـ، مطبعة السعادة بمصر، ج9، ص178

250 - "إسعاف المبطل برجال الموطأ"، مرجع سابق، ص725

251 - التسولي مرجع سابق، ص64

252 - "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، مرجع سابق، ج2، ص348

253 - "الطرق الحكمية" لابن القيم ص99

254 - احمد الخليلي، مرجع سابق، ص200

255 - احمد بهنسي، مرجع سابق، ص179

256 - احمد الخليلي، مرجع سابق، ص200

257 - احمد نشأت مرجع سابق ص434

258 - احمد الخليلي، مرجع سابق، ص201

259 - المرجع السابق ص201



المطلب السادس: معلومات القاضي

أولاً: في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في الأخذ بمعلومات القاضي كوسيلة للإثبات في زمن الولاية ومكانها وما علمه في غيرها، فقال مالك وأصحابه أنه لا يقضي بعلمه في المدعى به سواء علمه قبل التولية أو بعدها، في مجلس قضائه أو غيره قبل الشروع في المحاكمة أو بعد الشروع، فهو أشد المذاهب في ذلك²⁶⁰.

وقد أفاض في شرح ذلك صاحب المبسوط إلى أن قال:

"فأما في الحدود التي هي خالص حق الله تعالى كحد الزنا، والسرقه وشرب الخمر، فإن عين السبب غي حالة القضاء، فليس له أن يقضي بعلمه استحساناً، وفي القياس له ذلك، لأن علمه بمعينة السبب أقوى من علمه بشهادة الشهود عنده ولكنه استحسناً لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: "أرأيت لو لقيت رجلاً على الزنا ما كنت أصنع به فقال: شهدتك عليه كشهادة واحد من المسلمين فقال صدقت"²⁶¹.

معلومات القاضي تتقاطع مع المعايير كإجراء مستقل عن الخبرة، إذ كما سبق تعريفها: "المعينة هي مشاهدة القاضي بنفسه محل النزاع"²⁶²، فهي بهذا المعنى محل انتقاد من طرف بعض الفقهاء المسلمين الذين اعتبروها خروجاً عن مبدأ حياد القاضي، فهي من باب قضاء القاضي بعلمه، لأنه يكون قد حصل على معلومات خارج مجلس القضاء فيكون هذا دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم الحق في مناقشة هذا الدليل، اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً، وهو أمر لا يسوغ قبوله²⁶³.

وهناك رأي آخر يرى أنه لا بأس للقاضي أن يركب لينظر إلى الشيء مع غيره من الناس فيما قد تشوجر فيه عنده، واختلط الأمر وطالت فيه الخصومة، ولا يجد سبيلاً إلى معرفته إلا بالمعينة، وقد يكثر هذا في باب دعوى الضرر، فقد ركب عثمان بن عفان رضي الله عنه في أمر لينظر إليه فذكر له في الطريق أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف عليه وحكم فيه فانصرف ولم ينظر فيه"²⁶⁴.

ومن المسلم به في الفقه الإسلامي أن الحد يدرأ بالشبهة، والدليل على ذلك الحديث الذي رواه مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب أنه قال بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم، يقال له "هزال" - "يا هزال لو سترته بردائك لكان خيراً لك"²⁶⁵.

ولمعلومات القاضي صورة انفرد بها الفقه الإسلامي، وهي كتاب القاضي إلى القاضي، إذ يتقدم رجل إلى القاضي فيسأله أن يقبل بينة على حق له على رجل في بلد آخر، ليكتب القاضي لقاضي بلد آخر كتاباً يوضح فيه كل ذلك²⁶⁶.

ثانياً: في الفقه الوضعي

للقاضي نوعان من المعلومات²⁶⁷:

260 - احمد بهنسي، مرجع سابق، ص 180

261 - "المبسوط" لسرخيسي، مرجع سابق، ج 9، ص

262 - "طرق القضاء في الشريعة الإسلامية" لأحمد إبراهيم، المطبعة السلفية القاهرة، ط1347هـ، ج 2 ص264

263 - "القضاء والعرف في الإسلام" لسيمير عالية، ط1-1406هـ، ص130

264 - "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام" لابن فرحون، مطبعة التقدم، ط1320هـ، ج 1، ص30

265 - "إسعاف المبطأ برجال الموطأ" مرجع سابق، ص716

266 - احمد نهنسي، مرجع سابق، ص185

267 - المرجع السابق ص182

- ❖ معلومات يحصل عليها من الخارج بصفته فردا من الناس، كأن يكون شاهد الواقعة وقت حصولها، أو سمع تفاصيلها، أو سبق أن رأى المكان الذي وقعت فيه الجريمة، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بناء عليها.
- ❖ معلومات يحصل عليها بصفته قاضيا، من الإجراءات التي تتخذ في الدعوى كسماعه الشهود في الجلسة وانتقاله إلى محل الواقعة بقرار يصدره في الجلسة، وهو بطبيعة الحال مما يحكم به.

وهكذا يتبين لنا من خلال هذا المبحث أن الفقه الغربي حدا حدو الفقه الإسلامي في أخذه لأغلب وسائل الإثبات، رغم وجود اختلافات ملموسة بين الفقهاء.

يبقى لنا الآن أن ندرس ما انفرد به الفقه الإسلامي عن الوضعي من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني: وسائل الإثبات التي انفرد بها الفقه الإسلامي:

لقد انفرد الشرع الإسلامي بوسائل إثبات يفترق إليها التشريع الغربي، لعدم إيمان هذا الأخير برقابة الله وقداسة القضاء. وسنتحدث عن هذه الوسائل بدء باليمين ثم القسامة وانتهاء باللعان.

المطلب الأول: اليمين:

معنى اليمين لغة ضد اليسار، للجهة ويراد بها أيضا البركة والقوة والقسمة، مؤنثة جمع أيمن، أيمن، أيامن²⁶⁸.

واليمين شرعا هي استشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه²⁶⁹.

واليمين نوعان: قضائية وغير قضائية، فالقضائية هي التي تحلف في مجلس القضاء وغير القضائية هي التي لا تكون في مجلس القضاء.

واليمين القضائية نوعان: اليمين الحاسمة وهي التي يوجهها الخصم إلى خصمه عند عجزه عن إثبات حقه حسما للنزاع، واليمين المتممة وهي التي للقاضي أن يوجهها لأحد الخصمين تكميلا للأدلة المقدمة إليه²⁷⁰.

والتحليف أو اليمين متوجهة بحكم حاكم أو محكم على طالب أو مطلوب أو عليهما مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما، لا بمجرد طلب الخصم تحليفه²⁷¹.

وهكذا فإن التحليف ثلاثة أقسام:

- ✓ تحليف المدعي
- ✓ تحليف المدعى عليه
- ✓ تحليف الشاهد

وقبل أن نتكلم على أقسام هذا التكليف بتفصيل يستحسن أن ننظر في صيغة القسم.

أجمع الفقهاء أن اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا إله إلا هو، وأقوايل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة، وهي عند مالك: بالله الذي لا إله إلا هو لا يزيد عليها، ويزيد عليها الشافعي: الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية²⁷².

وقد جاء في شرح أرجوزة تحفة الحكام قول الإمام أبي عبد الله محمد التاودي: "وبالله يكون الحلف (وما يتعلق بها) من مكانها وزمانها وبيان صفاتها وأقسامها ولم يرج اليمين التي تكفر كقول الشيخ خليل: اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته وعظمته إلخ"²⁷³.

أولاً: تحليف المدعي:

ويكون تحليف المدعي في صور مختلفة:

1. القسامة وهي نوعان: قسامة في الدماء، وقد دلت عليها السنة الصحيحة الصريحة أنه يبدأ فيها بأيامان المدعين ويحكم فيها بالقصاص.

والنوع الثاني: القسامة مع اللوث في الأموال، كما إذا ادعى عليه سرقة ماله فأنكره وحلف له ثم ظهر معه المسروق حلف المدعي وكانت يمينه أولى من يمين المدعي عليه، وكان حكم دعوى استحقاق الدم في القسامة.

2. إذا ردت عليه اليمين.

3. إذا شهد شاهد واحد حلف معه واستحق²⁷⁴. والأحاديث في هذه الصورة كثيرة منها ما ذكره مالك بن أنس في باب القضاء باليمين مع الشاهد: "قال يحيى: قال مالك، عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد"²⁷⁵.

ثانياً: تحليف المدعى عليه

اتفق الفقهاء على أن الإيمان تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعي بينة، واختلفوا هل يثبت بها حق المدعي وسبب اختلافهم، ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"²⁷⁶ 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....

فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً، 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"²⁷⁷.

والاستحلاف يجوز في كل مل فيه القضاء بالنكول، ولهذا لا يستحلف في الحدود، لأنه لا يقضي فيها بالنكول، والنكول قائم مقام الإقرار ففي الحدود التي هي حق خالص لله تعالى لا يجوز إقامتها بالإقرار بعد الرجوع، ولذا لا تقام بالنكول.

أما في التعزير فجمهور الفقهاء رأوا على أنه يجوز الحكم فيه بالنكول لأن النكول إقرار لا شبهة فيه في التعازير إذ الإقرار فيها لا يجوز العدول عنه²⁷⁸.

272 - "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد، دار الفكر، د. ط، م، 2، ص 349

273 - "حاشية البهجة في شرح التحفة" للإمام أبي عبد الله محمد التاودي، دار الفكر، د. ط - المجلد 1 - ص 279

274 - احمد بهنسي مرجع سابق ص 191

275 - "إسعاف المبطأ برجال الموطأ" مرجع سابق، ص 633

276 - أخرجه الترمذي في كتابه "الأحكام" تحت رقم: 1261

277 - "بداية المجتهد..." لابن رشد مرجع سابق، ج 2، ص 348

278 - احمد بهنسي، مرجع سابق، ص 192

كما يثبت القذف عند الشافعي باليمين، إذا لم يكن لدى المقذوف دليل آخر فله أن يستحلف القاذف فإن نكل القاذف ثبت القذف في حقه بالنكول، فإذا حلف ترك²⁷⁹.

ويتميز التشريع الاسلامي بأنه يستحلف أهل الذمة، لأن المقصود النكول وهم يمتنعون عن اليمين الكاذبة ويعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين، ويحلف النصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى واليهود بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والأصل فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة الرجم حيث قال لابن سوريا الأعور: "أنشدك الله الذي أنزل التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم كذا؟"²⁸⁰.

ثالثاً: تحليف الشاهد:

لو ادعى شخص على آخر شهادة فأنكرها فهل يحلف وتصح الدعوى بذلك؟

قال البعض إذا ادعى رجل أنه شاهد له بحقه وسأل يمينه كان له ذلك وإذا أنكل عن اليمين لزمه ما ادعى بشهادته.

وقد رتب بعض الفقهاء على ذلك إيجاب الضمان على كاتب الشهادة إذا تلف شيء نتيجة امتناعه عن الشهادة²⁸¹.

المطلب الثاني: القسامة:

القسامة في اللغة: الحسن والجمال، ويراد بها الهدنة، الجماعة يقسمون على حقهم ويأخذونه، ويراد بها أن يقسم خمسون من أولياء الدم على استحقاقهم دم صاحبه إذا وجدوه قتيلاً بين قوم ولم يعرف قاتله²⁸².

والقسامة شرعاً تستعمل في اليمين بالله يقسم بها أولياء الدم على استحقاقهم دم صاحبهم، أو يقسم المتهمون على نفي القتل عنهم فيقول خمسون من أهل المحلة إذا وجد قتيلاً فيها: تالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلاً، فإذا حلفوا يغرمون الدية عند الحنفية²⁸³.

وقد اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب²⁸⁴.

المسألة الأولى: هل يجب الحكم بالقسامة أم لا؟

المسألة الثانية: إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرى الدعوى؟

المسألة الثالثة: هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم، وكم عدد الحالفين من الأولياء؟

المسألة الرابعة: فيما يعد لوثاً يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان.

وعموماً رغم الخلاف في وجوب القسامة كدليل، فقد كانت في الجاهلية وأقرها الشرع ومصدرها الكتاب والسنة والإجماع.

279 - المرجع السابق ص 194

280 - المرجع السابق ص 197

281 - احمد بهنسي مرجع سابق ص 189

282 - المعجم الوسيط مرجع سابق - ج 2 - ص 763

283 - المرجع السابق ص 201

284 - "بداية المجتهد..." لابن رشد مرجع سابق - م 2 - ص 320

أما الكتاب فقوله تعالى: "من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً"²⁸⁵ ووكّل الله تعالى بيان هذا السلطان للنبي صلى الله عليه وسلم فبينه بالقسامة²⁸⁶.

وكذلك قوله تعالى: "إن الله يأمركم أن تذبجوا بقرة، قالوا أتتخذنا هزواً، قال أتعوذ بالله أن أكون من الجاهلين"²⁸⁷، وقد فسّر بن العربي الآية بقوله: "لما ضرب بنو إسرائيل الميت بتلك القطعة من البقرة قال: دمي عند فلان فتعين قتله، وقد استدل مالك في رواية ابن القاسم وابن وهب عنه على صحة القول بالقسامة، بقول المقتول: دمي عند فلان بهذا"²⁸⁸.

وأما السنة، فقد روى مالك في باب "تبرئة أهل الدم في القسامة" حديثاً عن أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سهل، عن سهل بن أبي حنمة، أنه أخبره رجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محبيصة فأخبره: أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في فقير بئر أو عين، فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه. فقالوا: والله ما قتلناه، فأقبل حتى قدم على قومه. فذكرهم ذلك، ثم أقبل هو وأخوه حويصة أكبر منه وعبد الرحمن، فذهب محبيصة ليتكلم، وهو الذي كان بخيبر، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كبر، كبر" يريد السن. فتكلم حويصة ثم تكلم محبيصة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يأذنوا بحرب"²⁸⁹، فكتب إليهم في ذلك، فكتبوا: "إنا والله ما قتلناه"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحبيصة وعبد الرحمن "أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ فقالوا: لا. قال: "افتحلف لكم يهود؟" قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده. فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار. قال سهل: لقد ركضتني منها ناقة حمراء²⁹⁰.

وأما الإجماع: فلأن سبب وجوب القسامة هو التقصير في النصره وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصره... فالشرع ألزمهم القسامة دفعا للتهمة والدية لوجود القتيل بين أظهرهم، وإلى هذا المعنى أشار سيدنا عمر رضي الله عنه حينما قيل: "أنبذل أموالنا وأيماننا؟" فقال: "أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم"، ولم يتعرض له أحد أو يناقضه فيه²⁹¹.

ولكي تجب القسامة يشترط²⁹²:

- ❖ أن يكون المقتول إنساناً.
- ❖ ألا يعلم قاتله.
- ❖ رفع الدعوى من أولياء القتيل.
- ❖ أن يقول قتله هذا، وهذا تعمد قتله، ويصف كيفية القتل...
- ❖ إنكار المجنى عليه لأن اليمين على من أنكر.
- ❖ أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل مملوكاً لشخص ما.

المطلب الثالث: اللعان:

اللعان لغة: لعنه الله لعنا: طرده وأبعده من الخير، يقال لعنت الكلب طردته²⁹³. وسمي به ما يحصل بين الزوجين لأن كل واحد منهما يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً، أو لأن الرجل هو الذي يلعن

285. سورة الإسراء الآية 33

286. احمد بهنسي مرجع سابق ص 202

287. سورة البقرة الآية 67

288. أحكام القرآن لابن العربي، مرجع سابق، ج 1، ص 39

289. رواه البخاري في كتابه "الأحكام" تحت رقم: 6655

290. "إسعاف المبطأ برجال الموطأ" مرجع سابق ص 766

291. احمد بهنسي مرجع سابق ص 203

292. مرجع سابق ص 204

293. المعجم الوسيط مرجع سابق، م 2، ص 862

نفسه، وأطلق في جانب المرأة من جانب التغليب، فسمي لعاناً لأنه قول الرجل وهو الذي بدأ به في الآية

وعرفه المالكية بأنه: حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه، وحلف زوجته على تكذيبه أربعة أيمان، بصيغة "أشهد بالله لرأيتها تزني ونحوه" وبحضور حاكم، سواء صح النكاح أو فسد²⁹⁴.

وقد كان حد قاذف الأجنبية والزوجات الجلد والدليل على ذلك حديث جاء في الموطأ في باب "ما جاء في اللعان": "أن عويمرا العجلاني أقبل حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال: يارسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، أيقنته فنقتلونه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "قد أنزل فيك وفي صاحبتك، فأذهب فأتني بها"²⁹⁵ قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس، عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما فرغ من تلاعنها، قال عويمر: كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها. فطلقها ثلاثاً قيل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال مالك، قال ابن شهاب: "فكانت تلك بعد سنة المتلاعنين"²⁹⁶.

والآية التي نزلت على رسول الله بهذا الخصوص هي قوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدراً عنهما العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"²⁹⁷.

وللعان صورتان موجبتان له: إحداها دعوى الزنا، والثانية نفي الحمل، ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة، وإذا نفي الحمل، فلا يخلو أن ينفيه نفيًا مطلقاً أو يزعم أنه لم يقر بها بعد استبرائها²⁹⁸. واشترط المالكية شرطين لصحة اللعان ولنفي الولد وهما²⁹⁹:

- أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته لأمد يلتحق به الولد، أو أنه وطئها واستبرأها بحيضة واحدة بعد الوطء.
- أن ينفي الولد قبل وضعه، فإن سكت ولو يوماً بلا عذر حتى وضعته حد ولا يلاعن.

للعان جملة شروط نذكرها بوجه عام:

1. يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كان أو عبيدين أو إحداهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين، أو أحدهما، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا، وممن قال بهذا القول مالك والشافعي³⁰⁰.
2. أن يكون بحضور القاضي أو نائبه، وهذا متفق عليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه، ولاعن بينهما³⁰¹.
3. أن يكون اللعان بحضور الشهود والمستحب أن يكونوا أربعة ويبدأ به الزوج لأن الله تعالى بدأ به في الآية، وبدأ به الرسول في لعان هلال، ولأن لعانه بينة الإثبات، ولعان المرأة للإنكار، وتقدم بينة الإثبات³⁰².

294 - المرجع السابق ص556

295 - أخرجه البخاري في كتابه "تفسير القرآن" تحت رقم: 4376

296 - "إسعاف المبطأ برجال الموطأ" مرجع سابق ص500

297 - سورة النور الآية 6

298 - "بداية المجتهد..." لابن رشد، مرجع سابق، م2، ص87

299 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص558

300 - "بداية المجتهد..." لابن رشد، مرجع سابق، م2، ص89

301 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص565

302 - احمد بهنسي مرجع سابق ص216

4. أن يكون بعد طلب القاضي³⁰³.
5. استكمال لفظات اللعان، واختلف الناس هل يجوز أن يبذل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة، ومكان أشهد أقسم، ومكان قوله بالله غيره من أسمائه؟ ورأى الجمهور على أنه لا يجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ³⁰⁴.
6. الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضرا، أو تسميته ونسبته إن كان غائبا³⁰⁵.

خاتمة

من المسلم به أن الدراسات المقارنة من أدق الدراسات وأعقدها، خصوصا ما تعلق بوسائل الإثبات، وذلك لكثرة وشساعة مواضيع الإثبات في الجانبين الفقهي والقانوني، مما يجعل أمر تلخيصها عسيرا، بحيث يعجز الدارس على أخذ المهم منها باعتبار أهمية كل نقطة من نقاطها. ومع ذلك فهذا النوع من الدراسات يدلي بثماره على الباحث والقارئ، ويظهر ذلك من خلال ما توصلت إليه هذه الدراسة المقارنة المتواضعة.

* إن الشريعة الإسلامية هي شريعة العدل، وفي سبيل ذلك تترك المجال خصبا أمام القضاة لإثبات الحق بكل الطرق والوسائل دون تقييدهم بوسيلة معينة، ما دام الأمر لا يخرج عن حدود الواجب تبعا للقاعدة الفقهية "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب".

303 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص565

304 - "بداية المجتهد..." لابن رشد، مرجع سابق، م2، ص89

305 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص566

* إن منهج الشريعة الإسلامية منهج وسط يتفق مع الواقعية ويساير التطور، ويستوعب كل الأزمنة، ويشمل آفاق الأمم ومجالات الحياة. مقابل منهج القانون الوضعي الذي يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة، بل ويتغير في الزمن والمكان الواحد، وما هذا إلا دليل على قصوره وعجزه.

* وسائل الإثبات في الفقه الوضعي أقل شأنًا من نظيرتها في الفقه الإسلامي، وما محاولة التقليد التي ينهجها التشريع الوضعي في بعض الدول، إلا دليل على صحة هذا الاستنتاج.

وفي نهاية هذا البحث لا يسعني إلا أن أؤكد على ضرورة العودة إلى التشريع الإسلامي في كل نواحي الحياة، إذ هو النبع الصافي الذي إذا شربنا منه ارتويننا، وهو النور الذي يضيء بمكارمه خطانا نحو طريق الحق والصواب.

هذه هي الشريعة الإسلامية التي إن وطئنا أكنافها وأسبرنا أغوارها نالنا منها النفع العظيم، واستفدنا منها في نهضتنا التشريعية والاجتماعية والقضائية مما يجعلنا نقابل العالم بنور يضيء جانبنا من جوانب الثقافة العالمية في القانون.