

The Islamic University of Gaza
Deanship of Research and Graduate Studies
Faculty of sharia and Law
Master of Comparative Jurisprudence



الجامعة الإسلامية بغزة
عمادة البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير الفقه المقارن

أثر الشبهات الواردة على الدعاوى ووسائل الإثبات دراسة فقهية مقارنة

The Effect of Suspicions Incurred Upon Legal Proceedings
and Means of Evidence in Islamic Jurisprudence

إعدادُ البَاحِثِ

محمود سليمان محمد أبو غياض

إشرافُ الأستاذِ الدكتورِ

ماهر حامد محمد الحولي

قُدِّمَ هَذَا البَحْثُ إِسْتِكْمَالًا لِمُتَطَلِّبَاتِ الحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ المَاجِسْتِيرِ فِي الفِقهِ المُقَارَنِ بِكُلِّيَّةِ
الشَّرِيعَةِ وَالقَانُونِ فِي الجَامِعَةِ الإِسْلَامِيَّةِ بِغَزَّةِ.

أغسطس/2018م - ذي القعدة 1439هـ.

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

أثر الشبهات الواردة على الدعاوى ووسائل الإثبات
في الفقه الإسلامي.

The Effect of Suspicions Incurred Upon Legal Proceedings and Meas of Evidence in Islamic Jurisprudence

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى. وأن حقوق النشر محفوظة للجامعة الإسلامية - غزة.

Declaration

I hereby certify that this submission is the result of my own work, except where otherwise acknowledged, and that this thesis (or any part of it) has not been submitted for a higher degree or quantification to any other university or institution. All copyrights are reserves to IUG.

Student's name:	محمود سليمان أبو غياض	اسم الطالب:
Signature:		التوقيع:
Date:		التاريخ:



نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ محمود سليمان محمد ابو غياض لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ برنامج الفقه المقارن وموضوعها:

أثر الشبهات الواردة على الدعاوى ووسائل الإثبات - دراسة فقهية مقارنة

The Effect of Suspicions Incurred Upon Legal Proceedings and Meas of Evidence in Islamic Jurisprudence

وبعد المناقشة التي تمت اليوم الاحد 16 ذو القعدة 1439 هـ الموافق 2018/07/29م الساعة الحادية عشرة، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

.....

.....

.....

مشرفاً ورئيساً
مناقشاً داخلياً
مناقشاً خارجياً

أ. د. ماهر حامد الحولي
د. سالم عبد الله أبو مخدة
د. فلاح سعد الدلو

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/برنامج الفقه المقارن.

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله تعالى ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

أ. د. مازن إسماعيل هنية



التاريخ: 2019 / 10 / 23

الرقم العام للنسخة

3106850 اللغة

عربي

الموضوع / استلام النسخة الإلكترونية لرسالة علمية

قامت إدارة المكتبات بالجامعة الإسلامية باستلام النسخة الإلكترونية من رسالة

الطالب / محمد سليمان محمد إبراهيم رقم جامعي: 120140225 قسم: لغته لعمارة كلية: الهندسة والعمارة

وتم الاطلاع عليها، ومطابقتها بالنسخة الورقية للرسالة نفسها، ضمن المحددات المبينة أدناه:

- تم إجراء جميع التعديلات التي طلبتها لجنة المناقشة.

- تم توقيع المشرف/المشرفين على النسخة الورقية لاعتمادها كنسخة معدلة ونهائية.

- تم وضع ختم "عمادة الدراسات العليا" على النسخة الورقية لاعتماد توقيع المشرف/المشرفين.

- وجود جميع فصول الرسالة مجمعة في ملف (WORD) وآخر (PDF).

- وجود فهرس الرسالة، والملخصين باللغتين العربية والإنجليزية بملفات منفصلة (PDF + WORD)

- تطابق النص في كل صفحة ورقية مع النص في كل صفحة تقابلها في الصفحات الإلكترونية.

- تطابق التنسيق في جميع الصفحات (نوع وحجم الخط) بين النسخة الورقية والإلكترونية.

ملاحظة: ستقوم إدارة المكتبات بنشر هذه الرسالة كاملة بصيغة (PDF) على موقع المكتبة الإلكتروني.

والله والتوفيق،

توقيع الطاب



308

إدارة المكتبة المركزية

Central Library



ملخص الرسالة

هدف الرسالة:

تهدف هذه الدراسة إلى مناقشة الشبهات التي ترد على كل من الدعاوى القضائية، والوسائل المستخدمة في إثبات تلك الدعاوى بصورها المتعددة، والتكليف الفقهي لها، ومعرفة مدى تأثير الشبهة على الدعوى ووسيلة إثباتها أمام الجهة القضائية في الإسلام، وأنواع وصور تلك الشبهات.

منهج الدراسة:

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي من خلال بيان الصور التي ترد عليها الشبهات، والاستقرائي من خلال استقراء آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين في المسائل الفقهية، من ثم المقارنة بينها والتحليلي النقدي من خلال دراسة آراء الفقهاء ومناقشتها وتحليل محل النزاع وذكر أسباب الخلاف بينهما ومن ثم الترجيح بين الآراء مشفوعاً بذكر مسوغات الترجيح.

نتائج الدراسة:

1. أن الشريعة الإسلامية قائمة على التثبيت قبل تنفيذ الأحكام، حتى لا يفشى الفساد والظلم في المجتمع، وذلك من خلال درء الحد أو العقوبة المعينة من خلال الشبهة التي وردت عليه.

2. أن الشريعة الإسلامية تتماشى تماماً مع كل ما من شأنه أن يظهر الحقيقة ويدفع الظلم، وذلك من خلال ما نراه من تقريرها لوسائل الإثبات الحديثة التي لم يسمها الشارع كالقرائن مثلاً، وذلك لإلزامية الحكم الصادر عن الجهة القضائية وتحري العدل في ذلك، مما يؤكد على صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان.

توصيات الدراسة:

1. الأخذ بقوانين الشريعة الإسلامية والعمل بها في الجهات القضائية؛ ذلك أدعى أن ينتشر العدل ويُتقى الظلم، وأشمل لمعالجة أدق القضايا.
2. العمل بقطعية الوسائل الحديثة في الإثبات؛ لأنها لم تدع مجالاً للشك في إثبات الحقيقة.
3. الدعوة لعقد مؤتمرات علمية وورش عمل، يُدعى فيها من يمثل القضاء في المؤسسات الحكومية، من أجل الأخذ بعين الاعتبار وتقرير تلك الشبهات التي تدفع الحد وتسقطه، وتدريب المستخلص من تلك المؤتمرات والورش في كليات تدريس القانون.

كلمات مفتاحية: درء الحدود بالشبهات، شبهات الإثبات، الدعوى الصحيحة والفاصلة

Abstract

Objectives of the study:

This study aims at discussing the suspicions incurred upon legal proceedings and upon the various means of evidence, the juridical adaptation thereto, the extent of the influence of the suspicion on cases and the means of proving it before judicial authority in Islam, and the types and forms of such suspicions.

Research methodology:

The study used the descriptive approach for the presentation of the forms of suspicions, and the inductive approach for extrapolating the opinions of the old and modern jurists of the jurisprudential issues, and finally used the critical analytical approach for studying the opinions of scholars and discussing them and showing the different arguments, its reasons, outweighing one of such opinions and the reasons for such a weighing decision.

The most important findings:

1. The Islamic Sharia is based on verification before the implementation of the provisions, so as not to expose corruption and injustice in the society, by avoiding the penalty or punishment designated by the suspicion incurred upon it.
2. That Islamic law is in full conformity with all those who would show the truth and push injustice. This is shown through accepting modern means of proof that are not known as evidences because of conclusiveness verdict pronounced by judiciary and so as to realize justice. This proves that the Islamic Sharia is suitable for every time and place.

Most important recommendation:

1. Adopting the Islamic Sharia laws and making them effective in the judicial authorities. This will disseminate justice and avoid injustice. It will also be and more comprehensive to address the most critical cases.
2. Taking the conclusiveness of modern means of proof as a fact, because it left no room for doubt in proving the truth.
3. Calling for holding scientific conferences and workshops, to which representatives of the judiciary authorities are invited in order to take into account and determine those suspicions that eliminate penalty and drop it. This is in addition to teaching the conclusions of those conferences and workshops in law schools.

Keywords: cancelling penalties for suspicions, suspicions of evidence, the right and corrupt legal proceeding.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ
فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ
عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ
لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ"

[ص: ٢٦]

إهداء

- ❖ إلى كل من قلب هذه الصفحات.
- ❖ إلى كل مسلم على وجه المعمورة.
- ❖ إلى كل من لم يمنعه قرص برد الشتاء، ولا حر لظى الصيف بأن يدافع عن حياض هذه الأمة، إلى المرابطين والمجاهدين في سبيل الله على ترب غزة وخارجها.
- ❖ إلى أرواح من قدموا أرواحهم رخيصة في سبيل الله، إلى من هم أكرم منا جميعاً، الشهداء الكرام.
- ❖ إلى أنات الجرحي، وصرخات التكلي، وبكاء اليتامى، ودعوات من غيبت أحبتهم السجون والزنازين، أهالي الجرحى والشهداء والأسرى.
- ❖ إلى من تحلو معهم الحياة، من قاسموني الألم، وكبروا فينا الأمل، إلى من قربهم حياة، ودعوتهم نجاة، ورضاهم جنة رحمن، الذان يشبهان السماء اتساعاً وكفيهما هو الوطن الذي يسير بي نحو التقدم والتميز دوماً، أمي وأبي الغاليين.
- ❖ إلى الذين بهم أسند ظهري، وأقوى ساعدي، وأشد عضدي، وأتغنى بفضل الله وأخلاقهم وعلمهم بين الناس، إلى السحاب الذي يطير بي فوق رحاب الأدب والعلم، أشقائي وشقيقاتي.
- ❖ إلى الذين أقضي معهم سمري، وبهم أتقوى على طاعة ربي، ومعهم أشارك تجارب حياتي، الذين إذا غبت سألوها، وإذا حضرت شكروا، أصدقائي الغاليين على قلبي.
- ❖ إلى من خضت معهم غمار العلم، وسرت معهم مهرولاً في مضمار سباق التعلم، وما بخلوا عليّ بمعلومة ولا كتاب ولا غيره، زملاء الدراسة الأحباب.
- ❖ إلى من بموته قسم ظهري، وأضعف قوتي، من كان يساندني وشجعني على الدراسات العليا، من لم يبخل علي بأي مساندة قط إلى روح الحبيب الأديب النجم اللامع في بحر الكرم والجود إلى روح الحبيب الشيخ مشرف القدوة (أبو صلاح) رحمه الله.
- ❖ إلى روح أجدادي الغوالي الشيخ محمد والشيخ أحمد أبناء الشيخ حسن أبو غياض رحمهم الله جميعاً.

أهدي هذا العمل المتواضع الذي لولا عون الله وكرمه ما تمكنت من إنجازه، سائلاً ربي عز وجل أن يتقبله مني خالصاً لوجهه الكريم، وأن ينفع به العباد والبلاد

شكر وتقدير

"رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ" "النمل: 19"

كل الشكر الخالص لسابغ النعم، ودافع النقم، وكثير العطايا والمنن، الشكر لله وحده أن وفقني في هذا الجهد والبحث العلمي، أسأل الله أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم.

وعملاً بقول رسول الله ﷺ: "لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ"⁽¹⁾ فإني أتوجه بجزيل الشكر وخالص العرفان إلى فضيلة الأستاذ الدكتور ماهر حامد الحولي لقبوله الإشراف على هذه الرسالة، وعلى جهوده وتوجيهاته وإرشاداته التي كان لها الأثر الواضح في إنجاز هذا العمل، كما أقدم بجزيل الشكر والامتنان وخالص التقدير والعرفان إلى الأستاذين الكريمين عضوي لجنة المناقشة.

فضيلة الدكتور: فلاح سعد الدلو.

فضيلة الدكتور: سالم عبد الله أبو مخدة.

لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، وأشكرهم سلفاً على ما سيقدمانه للرسالة من توجيهات سديدة مما يسهم في إثراء هذه الدراسة ويزيدها أهمية.

والشكر موصول أيضاً إلى جميع أعضاء الهيئة التدريسية الذين كان لهم الأثر البالغ في تحصيلنا العلمي.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى واحة العلم وراعية العلماء الجامعة الإسلامية لدورها المميز في مجال البحث العلمي والعمل على النهوض بالمجتمع الفلسطيني ورفعته في كافة الميادين فجزى الله الجميع خيراً الجزاء، والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لطاعته ورضاه.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(1) "مسند الإمام أحمد، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبو هريرة رضي الله عنه، ج13/322: رقم الحديث

7983" قال الأرثوؤط: صحيح (انظر: الحاشية من نفس المصدر)،

فهرس المحتويات

أ.....	إقرار
ب.....	نتيجة الحكم
ت.....	الملخص باللغة العربية
ث.....	Abstract
ج.....	إقتباس
ح.....	الإهداء
خ.....	شكر وتقدير
د.....	فهرس المحتويات
1.....	المقدمة
2.....	أهمية البحث
2.....	مشكلة البحث
2.....	أسئلة البحث
3.....	فرضيات الباحث
3.....	أهداف الباحث
3.....	نطاق وحدود البحث
4.....	هيكلية البحث
5.....	الجهود السابقة
6.....	منهج البحث
8.....	الفصل الأول: مفهوم الشبهات والدعاوى ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية
9.....	المبحث الأول: مفهوم الشبهات وأقسامها
9.....	المطلب الأول: حقيقة الشبهة لغة واصطلاحاً
11.....	المطلب الثاني: أقسام الشبهة
12.....	الفرع الأول: تقسيم الحنفية للشبهة
14.....	الفرع الثاني: تقسيم الجمهور للشبهة
16.....	المبحث الثاني: مفهوم الدعاوى وأنواعها
16.....	المطلب الأول: حقيقة الدعوى لغة واصطلاحاً
20.....	المطلب الثاني: أنواع الدعوى
22.....	المبحث الثالث: مفهوم وسائل الإثبات وأنواعها

22.....	المطلب الأول: حقيقة وسائل الإثبات
25.....	المطلب الثاني: أنواع وسائل الإثبات وشروطها
39.....	المبحث الرابع: العلاقة بين الشبهات والدعاوى ووسائل الإثبات
39.....	المطلب الأول: أهمية الإثبات وشروطه
41.....	المطلب الثاني: علاقة الشبهات بالدعاوى ووسائل الإثبات
43.....	الفصل الثاني: أثر الشبهات الواردة على الدعاوى في الشريعة الإسلامية
44.....	المبحث الأول: الشبهات الواردة على المدعي
44.....	المطلب الأول: شبهة انعدام أهلية المدعي، وأثرها
44.....	الفرع الأول: تعريف الأهلية لغة واصطلاحاً
46.....	الفرع الثاني: تعريف المدعي لغة واصطلاحاً
46.....	الفرع الثالث: أمثلة تطبيقية لانعدام أهلية المدعي
49.....	المطلب الثاني: الشبهة في لفظ المدعي
50.....	المطلب الثالث: شبهة عدم مطالبة المدعي بما يدعيه
53.....	المبحث الثاني: الشبهات الواردة على المدعى عليه
53.....	المطلب الأول: شبهة غياب المدعى عليه
53.....	الفرع الأول: أثر غياب الخصم عن القضية
56.....	الفرع الثاني: الشبهة في غياب المدعى عليه وأثرها على القضية
57.....	المطلب الثاني: شبهة عدم اعتبار المدعى عليه خصماً
57.....	الفرع الأول: دعوى العين
58.....	الفرع الثاني: الدعاوى المختصة بالدين
59.....	الفرع الثالث: الخصم في الدعاوى الأخرى
60.....	الفرع الرابع: صور شبهات في مدى اعتبار الخصم مدعاً عليه من عدمه
61.....	المبحث الثالث: الشبهات الواردة على المدعي به
61.....	المطلب الأول: شبهة التوكيل في الدعوى
65.....	المطلب الثاني: شبهة الجهالة في المدعى به
65.....	الفرع الأول: دعاوى العين
71.....	الفرع الثاني: دعاوى الدين
72.....	الفرع الثالث: الدعاوى الأخرى
73.....	الفرع الرابع: صور شبهات ترد على الدعوى للجهالة في المدعى به
74.....	المطلب الثالث: شبهة ادعاء ما يستحيل ثبوته

75.....	المطلب الرابع: شبهة التقادم في الدعوى
79.....	المطلب الخامس: الشبهات المتعلقة بمكان الدعوى
80.....	الفصل الثالث: أثر الشبهات الواردة على وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية
81.....	المبحث الأول: الشبهات الواردة على الإقرار
81.....	المطلب الأول: شبهة السكر
84.....	المطلب الثاني: شبهة الاكراه
86.....	المطلب الثالث: شبهة اللبس أو التأويل في إقرار المقر
87.....	المطلب الرابع: شبهة وجود التعارض
88.....	المطلب الخامس: شبهة الرجوع عن الإقرار
90.....	المبحث الثاني: الشبهات الواردة على الشهادة
90.....	المطلب الأول: اختلاف الشهود في مكان أو زمان الجريمة
93.....	المطلب الثاني: رجوع الشهود عن شهادتهم
96.....	المطلب الثالث: تكذيب الشهود
97.....	المبحث الثالث: الشبهات الواردة على الكتابة
97.....	المطلب الأول: أهمية الكتابة وفوائدها
99.....	المطلب الثاني: حجية الكتابة في الإثبات
103.....	المطلب الثالث: مرتبة الكتابة بين مراتب الإثبات
105.....	المطلب الرابع: أنواع الكتابة درجاتها
109.....	المطلب الخامس: شبهات الكتابة
109.....	الفرع الأول: انكار الخط والكتابة
110.....	الفرع الثاني: الاعتراف بالخط دون الحق
111.....	المبحث الرابع: الشبهات الواردة على القرائن
111.....	المطلب الأول: ماهية القرائن وأنواعها ومشروعيتها
111.....	الفرع الأول: ماهية القرائن
113.....	الفرع الثاني: أنواع القرائن
115.....	المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن
115.....	الفرع الأول: مشروعية القرائن
118.....	الفرع الثاني: حكمة المشروعية
119.....	المطلب الثالث: الشبهات الواردة على القرائن العامة
119.....	الفرع الأول: شبهة الإكراه الواردة على قرينة الحمل من غير زوج

120.....	الفرع الثاني: شبهة الإكراه في قرينة من تقياً خمرأ كدليل على الشرب عند القائلين بها
121.....	الفرع الثالث: شبهة الإهداء أو الشراء في المال المسروق
122.....	المطلب الرابع: الشبهات الواردة على القرائن الحديثة
122.....	الفرع الأول: الشبهة الواردة على قرينة بصمة الإصبع
124.....	الفرع الثاني: الشبهات الواردة على البصمة الوراثية DNA
131.....	الخاتمة
131.....	النتائج
133.....	التوصيات
136.....	المصادر والمراجع
149.....	الفهارس العامة
150.....	أولاً: فهرس الآيات القرآنية
154.....	ثانياً: فهرس أطراف الأحاديث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن سار على دربهم وانتهج نهجه إلى يوم الدين، ثم أما بعد.

إن من روعة جمال الشريعة الإسلامية، وتمايم كمالها أنها ناقشت كافة الأمور والقضايا التي تطرأ على الأمة بأسرها سواء كانت من العبادات التي ينفرد بها العباد مع ربهم، أو من المعاملات التي تكون بين الناس بعضهم مع بعض، فنظمت لهم الحياة من خلال إرساء قواعد يسيروا عليها في كافة الأمور الدينية أو الدنيوية، وما كل ذلك إلا من أجل حفظ الحقوق لأصحابها، وجاءت الآيات دالة على هذا الأمر فقال ﷺ: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾ (1) فأمرنا تبارك وتعالى

بحفظ الحقوق وأدائها لأصحابها، كما ونهت الشريعة عن الظلم وأكل حقوق الناس وعد ذلك إثماً عظيماً وفساداً كبيراً؛ لما في ذلك من الأثر الكبير على الفرد بالاجتناب عما أمر الله وارتكاب ما نهى عنه الله، وعلى المجتمع بانتشار الظلم وضياع الحقوق، اللافت في هذا الأمر أن الشريعة لم تهمل حق مدعي الحق في رفع دعواه أو التظلم حتى لو كان من حكم عليه بذلك القاضي أو من يحل محله، فجعل له حق رفع الدعوى وادعاء حقه لكن بطريقة منظمة يرفع فيها أمره إلى القاضي أو من يحل محله، والشريعة ما جعلت طريق المطالبة بالحق معبداً بالورود، كي لا يدعي من شاء ما شاء ويثبت لنفسه ما ليس له، بل لا بد في ذلك من طرق ووسائل يثبت فيه المدعي صحة دعواه، أو ينفي المدعي عليه صحة الدعوى الواقعة عليه؛ لذلك قال ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر" (2)، فالدعوى لها شروطها وكيفيتها ووقتها وما إلى هنالك؛ وذلك من أجل المحافظة على حقوق الناس من الضياع.

لكن قد يعتري دعاوى وطرق ووسائل اثباتها نواقص وأمور مخلة في صحتها أو كفييتها، جعلت كثيراً من أهل العلم يفرّدوا لها جانباً كبيراً في كتبهم، وما أفرد العلماء ذلك الجانب في كتبهم وما أعطوه اهتماماً إلا لما رأوه من مدى الأثر الكبير الذي تتركه تلك النواقص في دعاوى ووسائل الإثبات التي قد تصل إلى رد الدعوى من أساسها أو نقض وترك وسيلة إثباتها، وإن تناول بعض الباحثين هذا الجانب من القضاء في الفقه الإسلامي إلا أن العلماء القدامى لم يفرّدوا عناوين خاصة بذاتها تناقش هذه النواقص والشبهات لكنهم تحدثوا عن هذه الشبهات من خلال حديثهم عن

(1) [الشعراء: 183].

(2) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية/ باب اليمين على المدعي عليه، ج3/1336: رقم الحديث

[1711].

شروط الدعاوى ووسائل إثباتها ومن خلال عناوين أخرى ستتضح لنا في خضم هذا البحث؛ لذلك خصصت هذا البحث في الحديث عن الشبهات التي تأتي على الدعاوى أو وسائل الإثبات فتردها، وما مدى تأثير تلك الشبهات، والكلام الفقهي بين أهل العلم في ذلك فكان عنوان بحثي في هذا الإطار:

أثر الشبهات الواردة على الدعاوى ووسائل الإثبات.

أسأل الله أن يكون هذا الجهد البحثي في ميزان حسناتي وحسنات كل قارئ له، وأن يكون شفيعاً لنا يوم القيامة.

أهمية البحث:

كان للحديث عن الشبهات بين العلماء قدراً كبيراً من كتبهم، وما كان ذلك إلا من أجل التحرز من السقوط في مغبة الظلم من خلال اعتبار ما شأنه الرد، ورد ما شأنه الاعتبار لذلك كان لهذا البحث أهمية كبيرة تكمن في:

1. تبين عظيم وسائل الإثبات وحساسيتها ولزوم توفر بعض الشروط فيها، وإلا فهي غير معتبرة في إثبات الحقوق أو إنكار الدعوى المرفوعة، وتركها والعمل بها إن ورد عليها شبهة معتبرة.
2. تسليط الضوء على أركان الدعوى والنواقص التي تردها وتجعلها غير معتبرة في نظر الفقهاء.
3. بيان الشبهات بشكل عام ومدى تأثيرها في الحكم على القضايا.

مشكلة البحث:

إن الشريعة الإسلامية محافظة جداً بقوانينها وأنظمتها على حقوق الناس، بل وجعلت المطالبة بها - إن ضاعت- أمر بدهي ومطلب مباح، وذلك من خلال الدعوى التي يرفعها صاحب الحق المسلوب، ويبين مدى أحقيته من خلال وسائل أقرها الشرع، لكن ذات الوسائل التي أقرها الشرع قد تعثر بها شبهات هي أيضاً أقرها الشرع و من أهل العلم من اعتبرها رادة للوسيلة برمتها، وما قيل في وسائل الإثبات من مدى المشروعية واحتمالية ورود الشبهات -المعتبرة شرعاً- عليها يقال في الدعوى، فكيف أن تتعارض تلك المشروعية المقررة من الشارع مع الشبهات التي اعتبرها الشارع وجعل لها أثراً كبيراً، لذلك كان لا بد من تبين العلاقة الموجود بينهما وحجم التأثير على وسائل الإثبات والدعاوى.

أسئلة البحث:

السؤال الرئيس: كيف لنا أن نوفق بين الأخذ بوسيلة الإثبات، ودراها من خلال الشبهة التي وردت عليها؟ ويتفرع عنه الأسئلة التالية:

1. ما مدى تأثير الشبهات على الدعاوى ووسائل الإثبات؟
2. ما العلاقة الموجودة بين كل من الشبهات ووسائل الإثبات والشبهات والدعاوى؟
3. ما الشروط اللازم توافرها في الشبهات في الوسائل والدعاوى حتى تكون دارئة؟

فرضيات البحث:

نتمكن من وضع فرضية للبحث وهي:

- أن الشريعة رغم أنها أعطت الإنسان حق المطالبة واسترداد الحقوق، إلا أنها جعلتها منضبطة بأمر عدة والنقص فيها يجعلها شبهة رادعة ومخلة، فإن الحقوق لها أهمية كبيرة لا بد من توخي الحيلة في ذلك حتى لا تضيع الحقوق.

أهداف البحث:

1. بيان مشروعية الشبهات التي تؤثر في وسائل الإثبات أو الدعاوى.
2. إبراز العلاقة التي تكون بين الشبهات ووسائل الإثبات أو الشبهات والدعاوى.
3. الإشارة إلى أن الدعوى قد ترد لانعدام بعض الضوابط أو الكيفيات الواجب توافرها فيها.
4. توضيح وسائل الإثبات التي تثبت الحقوق وإمكانية ردها لعدم توفر بعض الأمور الواجب توافرها.

نطاق وحدود البحث:

هذا البحث يسلط الضوء على الشبهات العامة التي ترد على وسيلة الإثبات أو الدعوى ولم يقتصر الحديث فيه عن الشبهات التي ترد على الجنايات والحدود.

هيكلية البحث:

تتكون هيكلية البحث من المقدمة السابقة، وثلاثة فصول، وخاتمة، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول:

مفهوم الشبهات والدعاوى ووسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الشبهات وأقسامها.

المبحث الثاني: مفهوم الدعاوى وأنواعها.

المبحث الثالث: مفهوم وسائل الإثبات وأنواعها.

المبحث الرابع: العلاقة بين الشبهات والدعاوى ووسائل الإثبات.

الفصل الثاني:

أثر الشبهات الواردة على الدعاوى في الشريعة الإسلامية

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الشبهات الواردة على المدعي.

المبحث الثاني: الشبهات الواردة على المدعى عليه.

المبحث الثالث: الشبهات الواردة على المدعى فيه.

الفصل الثالث:

أثر الشبهات الواردة على وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: الشبهات الواردة على الإقرار.

المبحث الثاني: الشبهات الواردة على الشهادة.

المبحث الثالث: الشبهات الواردة على الكتابة.

المبحث الرابع: الشبهات الواردة على القرائن.

الخاتمة:

وهي متضمنة لأهم النتائج والتوصيات المستخلصة من هذا البحث، والفهارس العامة.

الجهود السابقة:

اجتهد بعض الباحثين المختصين في الدراسات الشرعية من قبلي في البحث عن الشبهات وخصصوا لها أبحاثاً كثيرة، حيث أفرد البعض منهم دراسته في الشبهات وحدها من حيث قبولها وردّها من خلال ورودها على الحدود والجنايات، ومنهم من تكلم عن ذات الموضوع من خلال الموانع التي قد تد على القضاء، فرجعت في بحثي هذا إلى ما قدموه من جهد عظيم في ذات الدائرة التي كان فيها بحثي، ومن جملة الجهود البحثية السابقة التي اعتمدت عليها في بحثي هي:

- الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص، إلهام محمد على طوير، بإشراف الدكتور حسن سعد عوض خضر، وقدمت لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا من جامعة النجاح، من عام 2008، وهي اقتصرت في حديثها عن شبهات الحدود والقصاص، كما أنها لم تتكلم عن شبهات الدعوى، والمأمول في دراستي أن أوضح الشبهات التي قد ترد على وسائل الإثبات أي من حيث هي وسيلة وبمضمونها العام بغض النظر عن عملها في الحدود والجنايات، وأن أبين الشبهات التي ترد على الدعوى.
- موانع القضاء في الفقه الإسلامي، محمود محمد محمود عدوان، بإشراف الدكتور ماهر السوسي، وقدمت الرسالة لنيل درجة الماجستير في فقه القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون، من الجامعة الإسلامية عام 2007، وهو تحدث عن موانع القضاء بشكل عام وعن موانع الدعوى من حيث السير في التقاضي والفصل بين الخصوم، والمأمول من بحثي أن أذكر الشبهات التي ترد على وسائل الإثبات، والشبهات التي ترد على الدعوى قبل إجراءات التقاضي وتوضيح العلاقة التي تكون بين الشبهات وبين الدعوى ووسائل الإثبات.

وهناك كتب كثيرة تحدثت عن جوانب من هذا البحث وذلك مثل:

1. الدعوى والبيّنات والقضاء، للدكتور مصطفى البغا، والدكتور القرشي عبد الرحيم، والدكتور

سالم الراشدي.

2. الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، منصور الحفناوي.
3. النظام القضائي في الإسلام، محمد رأفت عثمان.
4. وسائل الإثبات، محمد الزحيلي.
5. نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي والقانون اليمني الجديد، للدكتور نصر فريد واصل.
6. دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية، زياد أبو الحاج، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، 2005م.

حيث قدمت هذه الكتب الفائدة لي من خلال طرح الخلاف بين العلماء في مدى قبول بعض الدعاوى ووسائل الإثبات من عدمه للسير في الفصل بين العباد في تقاضيتهم، ذلك أدى لإستقراء بعض الشبهات التي ترد على الدعاوى ووسائل الإثبات، والمأمول من الدراسة أن أطرح تلك القضايا كقضايا رئيسة وركيزة بتسليط الضوء عليها بحيث أعين من بعدي في بحثه عن شبهات الدعاوى ووسائل الإثبات، بالإضافة لطرح القرائن باعتبارها معينة في كشف اللبس ورد الحقوق إلى أصحابها من خلال طرح شبهاتها.

ولم أقف على بحث يتناول هذا العنوان بالذات.

منهج البحث:

- اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي والاستقرائي والتحليلي النقدي على النحو التالي:
1. المنهج الوصفي: من خلال بيان الصور التي ترد عليها الشبهات سواء أكانت في الدعاوى أو وسائل الإثبات.
 2. المنهج الاستقرائي: وذلك في استقراء آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين في مسائل الشبهات التي ترد الدعوى ووسيلة الإثبات المطروحة.
 3. المنهج التحليلي والنقدي: بدراسة آراء الفقهاء ومناقشتها وتحليل محل النزاع وذكر أسباب الخلاف بينهما والترجيح ومسوغات الترجيح.

واعتمد الباحث المنهجية التالية في كيفية التوثيق:

- اعتمدت في توثيق الكتب الرجوع إلى الكتب الأصلية، وبعض الكتب الحديثة مع ذكر ذلك بما تقتضيه الأمانة العلمية، ذاكراً بذلك اسم الكتاب، ثم مؤلفه، ثم الجزء، ثم رقم الصفحة.
1. عزو الآيات إلى سورها بذكر اسم السورة، ثم رقم الآية واعتمدت في ذلك خط القرآن الكريم -AI- QuranAlKareem واضعاً الآيات بين قوسين "...".

2. تخريج الأحاديث من مضانها مع بيان الحكم عليه، إلا فيما ورد عند البخاري أو مسلم أو كليهما.
3. إذا ذكرت كلام أحد العلماء أو أصحاب المؤلفات أو الكتب أو الجهود السابقة بنصه وضعته بين علامتي تنصيص "..."، وإن كتبتة بمعناه لم أضعه بين علامتي تنصيص وذكرت ذلك في الحاشية السفلى.

4. ضمنت خاتمة البحث فهرساً للآيات والأحاديث والمراجع والموضوعات، متبعاً المنهجية التالية:

- بالنسبة لفهرس الآيات فقد رتبته على ترتيب السور القرآنية في المصحف الشريف، بذكر السورة، ثم الآيات التي وردت في البحث.
- بالنسبة لفهرس الأحاديث فقد ذكرت طرف الحديث ورتبتها على الحروف الهجائية، مع ذكر رقم الصفحة التي ورد فيها الحديث.
- بالنسبة للمراجع فقد رتبته على الحروف الهجائية على الحرف الأول من اسم المؤلف، مسقطاً اعتبار الألف واللام ذاكراً اسم الكتاب، دار النشر والتوزيع ورقم الطبعة وتاريخها إن أمكن.
- بالنسبة للموضوعات فقد رتبته حسب ورودها في البحث مع ذكر رقم الصفحة التي ورد فيها الموضوع.

والله الموفق وهو الهادي إلى سبيل الرشاد

الفصل الأول

مفهوم الشبهات والدعاوى ووسائل

الإثبات في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: مفهوم الشبهات وأقسامها.

المطلب الأول: حقيقة الشبهة لغةً واصطلاحًا.

أولاً: الشبهة لغةً: الشبهة من الشَبَّه، واشتبه الأمر⁽¹⁾، أي اختلط، قال في الصحاح: الشبهة هي الالتباس، والمشتبهات هي المشكلات، والمتشابهات هي التماثلات⁽²⁾، والشبه بمعنى المثل، فالشبه والشبيه يعني المثل، والجمع أشباه، وقال وشبه عليه خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره⁽³⁾، والشبهة هو خفاء الأمر⁽⁴⁾.

فمن خلال ما تقدم تبين للباحث أن الشبهة في اللغة تدور حول معنيين رئيسيين: **المعنى الأول الاشتباه**: وهو يدور حول مفهوم واحد بتعبيراتٍ مختلفةٍ، وهي الاختلاط، والالتباس، والخفاء بين الشئيين، فلا يتميز أحدهما من الآخر لما بينهما من التشابه. **المعنى الثاني المشابهة**: هو التماثل أو المثل، أي المطابقة في الشكل والمضمون، أو في أحدهما.

المعنى الأقرب لموضوع البحث: هو المعنى الأول، وذلك لأن الشبهة المقصودة تعني التردد في صدق الدعوى ووسيلة إثباتها، وهذا ما تضمنه المعنى الأول.

ثانياً: الشبهة اصطلاحاً:

تدور تعريفات العلماء للشبهة حول معنى واحد بعباراتٍ مختلفة⁽⁵⁾، وهو: "كل ما ليس بواضح الحل والحرمة مما تنازعت الأدلة وتجاذبت المعاني والأسباب"⁽⁶⁾ فبعضها يعضده دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال، فهي تتردد بين الحلال والحرام، بحيث اشتبهت بغيرها مما لم يتبين حكمها على التعيين.

(1) الفراهيدي، العين (ج3/404).

(2) الفارابي، الصحاح (ج6/2236).

(3) ابن منظور، لسان العرب (ج13/503-504).

(4) التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم (ج1/1005).

(5) الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية (ص245).

(6) دمادا أفندي، مجمع الأنهر (ج1/592)؛ الهيتمي، فتح المبين (ص233)؛ الماوردي، الحاوي الكبير

(ج13/219)؛ الزركشي، المنتور (ج2/228) ابن منذر، الإشراف على مذاهب العلماء في الاختلاف

(ج7/229)؛ الفاداني، الفوائد الجنية (ج2/134)؛ الجرجاني، التعريفات (ج1/124).

حيث عرفها الفقهاء بتعريفات عدة، منها:

الحنفية: "اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت"⁽¹⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: غير مانع؛ فحسب هذا التعريف أن من فعل الحرمة معتقداً الحل لا

شبهة في فعله⁽²⁾، لأنه حينما فعل الفعل المحرم كان الثابت عنده الحل .

الشافعية: "الشيء المجهول تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة"⁽³⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: ليس كل جهل بالحكم معتبر، فقد يكون الجهل لتقصير من المكلف

نفسه فحينها لا تعتبر جهله شبهة دائرة⁽⁴⁾.

الحنابلة: "وجود صورة المبيح مع عدم ثبوت حكمه"⁽⁵⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: قد توجد صورة المبيح ويثبت حكمه، لكن يجهل المكلف الحكم، فجهله

شبهة دائرة.

ولم يضع المالكية تعريفاً مفرداً في الشبهة وتحدثوا عن الشبهة من خلال حديثهم عن صورها

وضرب الأمثلة فيها⁽⁶⁾.

الملاحظ على التعريفات السابقة أنها اشتملت على بيان الحكم، و المراد من البحث بيان الخلل

الذي يعتري الدعوى أو وسيلة الإثبات.

لذلك: يمكن للباحث تعريف للشبهة بما يدل على موضوع البحث من حيث بيان أن الشبهة هي:

"هي خلل يقدر في الدعوى أو في وسيلة إثباتها فيوجب ردها"

سبب اختيار التعريف:

أن موضوع البحث يتناول الشبهة من ناحية قضائية كإجراءات تداعي وإثبات؛ فلزم أن نبين أن

الشبهة المرادة هنا بشكلها القضائي، أي ما يعتري رفع الدعوى والسير بها، وإجراءات التقاضي

من خلل، ولأن موضوع الرسالة منصب على اعتبار الدعوى أو ردها من خلال مجلس القضاء

وليس كما طرحته التعريفات السابقة من حيث الحكم.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/36)؛ البابرتي، العناية شرح الهداية (ج5/249)؛ ملا خسرو، درر

الحكام (ج2/64)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج5/12).

(2) الشربيني، مغني المحتاج (ج4/144).

(3) الزركشي، المنثور (ج2/228).

(4) الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية (ج1/246).

(5) المروزي، مسائل الإمام أحمد (ج4/1890).

(6) القرافي، الفروق (ج4/202).

شرح التعريف:

قول الباحث: خلل يقدح: أي هو عيب⁽¹⁾، أو اضطراب أو ضعف قوي⁽²⁾، في أحد أركان الدعوى أو في وسيلة إثباتها، وقلنا خلل احترازا عن النقص؛ لأن النقص لا يكون شبهة لوضوح أثره ولإمكان تداركه وإكماله وهذا بخلاف الخلل فإنه ناتج عن اختلاط أو التباس أو خفاء في مقومات الدعوى.

قول الباحث: في الدعوى: أي مكونات الدعوى وهي المدعي والمدعى عليه والمدعى به، وهو قيد خرج به ما يرد من شبهات في غير مجال القضاء، كالمعتقدات والعبادات والمعاملات مثلا. قول الباحث: وسيلة إثباتها: ذلك لأن الخلل قد يعتلي الدعوى وحدها وقد يعتلي وسيلة إثباتها وحدها وقد يعتليهما معا.

قول الباحث: فيوجب ردها: وذلك لعدم اطمئنان القاضي إلى مدلول الدعوى، مما يدفع القاضي إلى عدم النظر فيها، أو ردها ابتداء؛ نظرا لعدم استكمال الدعوى أو وسيلتها شرائط القبول.

العلاقة بين المعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي للشبهة:

من خلال ما سبق يمكن للباحث استخلاص المعنى الاصطلاحي للشبهة من خلال التقاطع بين المعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي إذ أن الشبهة في أصلها اللغوي ترجع إلى الاختلاط، والالتباس، والخفاء، وهذه المعاني هي التي يدور حولها المعنى الاصطلاحي، وهو بذلك يتقاطع مع المعنى اللغوي من جميع جوانبه.

(1) الرازي، مختار الصحاح (ج1/96).

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر (ص124).

المطلب الثاني: أقسام الشبهة.

يقصد بأقسام الشبهات بمفهومها العام هو تقسيم الفقهاء للشبهة من حيث كونها شبهة ترد على كل المجالات الفقهية أما أقسام الشبهات بمفهومها الخاص في هذا البحث الواردة على دعاوى ووسائل الإثبات فهو ما سيتناوله الباحث في الفصل الثاني والثالث بالتفصيل. هذا وقد اهتم الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، وبعض المالكية⁽³⁾، وبعض الحنابلة⁽⁴⁾، بتقسيم الشبهة، وبيان أنواعها وآثارها، بينما أكثر فقهاء المالكية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، اكتفوا بالكلام على الشُّبُهَاتِ بصفة عامة كلما استلزم ذلك الأمر في الموضوع المناسب لكل منها⁽⁷⁾.

الفرع الأول: تقسيم الحنفية للشبهة.

قسم فقهاء الحنفية الشبهة على النحو التالي:

1. شبهة الفعل: وتسمى شبهة اشتباه، أي أنها شبهة في حق من حصل عنده الاشتباه، وهو فعل الحرام والوقوع فيه مع ظن حله، ولا بد في ذلك ظن الحل وإلا فتقع عليهم العقوبة المحددة. مثال: أن يطأ الرجل من طلقها ثلاثاً في عدتها ظاناً أنه حلال⁽⁸⁾.

2. الشبهة في المحل: ويسمونها الشبهة الحكمية أو شبهة الملِكِ، وهي التي تنشأ جزاء وجود دليل على الحل في محل ووجود عارض يمنع هذا الحل⁽⁹⁾.

-
- (1) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (ج4/90)؛ ملا خسرو، درر الحكام (ج2/65).
 - (2) الماوردي، الحاوي الكبير (ج13/220)؛ الشربيني، الإقناع (ج2/537)؛ حاشية البجيرمي (ج4/210).
 - (3) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة (ج3/1146)؛ ابن رشد، بداية المجتهد (ج4/234).
 - (4) ابن قدامه، المغني (ج9/325)؛ البهوتي، كشف القناع (ج4/567)؛ المنجي، الممتع في شرح المقنع (ج3/604).
 - (5) الرجراجي، مناهج التحصيل (ج2/450)؛ التميمي، شرح التلقين (ج2/101)؛ ابن رشد، المقدمات والممهديات (ج3/208)؛ القرافي، الذخيرة (ج11/90).
 - (6) ابن قدامه، الكافي (ج2/287)؛ الرحيباني، مطالب أولى النهى (ج4/767)؛ العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع (ج14/250).
 - (7) ضميرية، نظرية الشبهات وأثرها في درء الحدود، مجلة البحوث الإسلامية (ج96/233).
 - (8) ابن نجيم، البحر الرائق (ج5/14)، دامادا أفندي، مجمع الأنهر (ج1/592).
 - (9) السرخسي، المبسوط (ج11/123)؛ البابرتي، العناية شرح الهداية (ج2/376)؛ الزيلعي، تبيين الحقائق (ج3/175)؛ ابن الشحنة، لسان الحكام (ج1/399)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج4/172).

مثال: أن يوطأ الرجل أمة ابنه أو ابن ابنه وما سفل، لعموم أنت ومالك لأبيك كدليل على الحل، بمعنى أن ما كان ملكاً للولد فهو ملكاً لأبيه، ويرد على ذلك أن اللام للنسب لا الملك كعارض على هذا الدليل (1).

3. شبهة العقد أو الصيغة وتثبت بالعقد، ولو كان العقد مُتفقاً على تحريمه، وكان الجاني عالمًا بالتحريم، وهذه الشبهة قال بها أبو حنيفة وهي تثبت عنده بمطلق العقد سواء أكان العقد حلالاً متفق على حله، أو حراماً متفقاً على حرمة أو مختلف فيه، سواء أكان الواطئ مثلاً يعلم الحرمة أو يجهلها، ولا تثبت عند الباقيين الشبهة عند العلم بحرمتها (2).

مثال: كمن وطأ امرأة بعد عقده الزواج عليها وهو لا يحل له الزواج منها، فبمجرد العقد عند أبي حنيفة ينتقي الحد، ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطأها في العدة فإنه لا يحل له إن قال كنت أظن أنها تحل لي، أما إن قال كنت أعلم أنها لا تحل لي فإنه يحل، وكذلك من خالعت نفسها أو طلقت على مال، كالحكم السابق أي أن وطأ إحداهن وقال أعلم بالحرمة وجب الحد عليه، وإن قال أظن الحل لا حد عليه عند أبي حنيفة؛ وذلك لبقاء بعض آثار الملك في العدة كالنفقة والمنع من الخروج وما إلى ذلك (3).

(1) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة (ج4/113)؛ الموسوعة الفقهية الكويتية (ج25/340).

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/139)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج4/223)؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (ج4/90).

(3) العيني، البناية شرح الهداية (ج6/299-300)؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/139)؛ ملا خسرو، درر الحكام (ج2/65)؛ دامادا أفندي، مجمع الأنهر (ج1/594).

الفرع الثاني: تقسيم الجمهور للشبهة

قسم الشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة الشبهة ثلاثة أقسام:

1. شبهة المحل: وتتعلق بمحل الفعل المحرم، وتنشأ عن دليل معارض ينفي الحرمة، ويفيد الحل في خصوصية معينة، لكنه دون دليل الحرمة في قوته (1).

مثال: كالأمة المشتركة بين رجلين، فإذا وطأها أحد الشريكين وكان وطأها في نصيبه فلا يقع عليه الحد، لكن إن وطأها في نصيب الآخر فإنه يُحد، فيقع الاشتباه وتحقق الشبهة.

2. شبهة الفاعل: وأساسها ظنُّ الفاعل أنه يأتي الحلال، فهو يفعل الشيء جاهلاً بوجود حكم التحريم، فيظن الفعل مُباحاً على الأصل، وقد يتوهم وجود حكم مبيح، وهذه الشبهة عندهم تعم الحدود والكفارات (2).

مثال: كمن يطأ امرأة معينة أجنبية عنه، معتقداً أنها امرأته أو مملوكته، فحينها لا يحد للشبهة المبنية على جهله.

3. شبهة الجهة أو الطريق أو السبب: ويقصد بها الاشتباه في حل الفعل وحرمة (3).

مثال: أن يختلف العلماء في إباحة الموطوءة بعينها، وذلك كنكاح المتعة، فإن قول المبيح نكاح المتعة يقتضي عدم الحد، وقول الذي يحرم نكاح المتعة يقتضي الحد، فحصل الاشتباه وتحققت الشبهة.

تنبيه: لكي تتحقق الشبهة وتعتبر فقد اشترط المالكية شرطاً واحداً، وهو: أن يعتقد الشخص الواقع في الشبهة وجود السبب المبيح، أي إن فعل عالماً بالحرمة فإنه لا شبهة حينها ويحد على فعله (4)، وهذا أمر باطني لا سبيل إلى معرفته إلا بإخبار الفاعل عن نفسه.

(1) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة (ج3/1146)؛ زكريا الأنصاري، الغرر البهية (ج5/82)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج7/304).

(2) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/508)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج7/304)؛ الشربيني، مغني المحتاج (ج6/518).

(3) خليل الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (ج4/16)؛ القرافي، الذخيرة (ج9/61)؛ الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ج2/521)؛ قليوبي وعميرة، حاشيتي قليوبي وعميرة (ج4/181)؛ الغمراوي، السراج الوهاج (ج1/522).

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (ج4/352)؛ القرافي، الفروق (ج4/172).

الخلاصة: أن هذه التقسيمات قد تتداخل فيما بينها، أو ترادف تسمياتها، فتتفق في المُسمى وتختلف في الاسم، أو العكس، وقد تسمى بأكثر من اسم في المذهب الواحد. **فمثلاً:** ما يجعله الشافعية ومن معهم شبهة في الفاعل، يسميه الحنفية شبهة الفعل أو الاشتباه، ويتفقون في شبهة المحل، وهي تسمى أيضاً شبهة حكمية، أو شبهة ملك عند الحنفية. وتقترب شبهة الفعل عند الحنفية من شبهة الطريق أو الجهة عند الشافعية، وقد تلتقي شبهة المحل عند الشافعية بشبهة الجهة، أو السبب أو الطريق عندهم، وينفرد أبو حنيفة باعتبار شبهة العقد (1).

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/139)؛ العيني، البناء شرح الهداية (ج6/296)؛ اللكنوي، الجامع الصغير وشرحه الجامع الكبير (ج1/362)؛ القاضي عبد الوهاب، المعونة (ج1/1074)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (217/13).

المبحث الثاني: مفهوم الدعاوى، وأنواعها.

المطلب الأول: حقيقة الدعوى لغةً واصطلاحاً.

أولاً: الدعوى لغةً:

الدعوى من الادعاء، والادعاء أن تدعي حقاً لك ولغيرك، يقال: ادعى حقاً أو باطلاً⁽¹⁾، وفلان يدعى بكرم فعالة: يخبر عن نفسه بذلك⁽²⁾، ويقال دعوى باطلة أو صحيحة وجمعها دعاوى بالفتح كفتوى وفتاوى⁽³⁾، وادعيت الشيء زعمته لي حقاً كان أو باطلاً⁽⁴⁾.

ثانياً: الدعوى اصطلاحاً:

فقد عرف الفقهاء الدعوى بتعريفات مختلفة على النحو التالي:

الحنفية: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته⁽⁵⁾.

يلاحظ على تعريفهم/ قولهم المطالبة بحق فيه عموم من جهة كون هذا الحق المطالب به غير

مشروع فهم لم يقيدوا الحق بالمعتبر شرعاً، وذلك لأن المطالبة بما هو غير مشروع لا يعتبر حقاً.

المالكية: طلب معين أو ما في ذمة معين أو أمر يترتب له عليه نفع معتبر شرعاً⁽⁶⁾.

يلاحظ على تعريفهم/ عدم ذكر المكان وعدم تحديد القاضي الذي يترافع أمامه المتداعيان، وهما

من أهم أركان الدعوى.

الشافعية: إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم⁽⁷⁾.

يلاحظ على تعريفهم/ ما لوحظ على تعريف الحنفية من احتمالية كونه حق غير مشروع.

(1) الفراهيدي، العين (ج3/221)؛ ابن فارس، مجمل اللغة (ج1/327)؛ الحميري، شمس العلوم (ج4/2104).

(2) الزمخشري، أساس البلاغة (ج1/288)؛ الأزهرى، تهذيب اللغة (ج3/78)؛ ابن منظور، لسان العرب (ج14/260).

(3) المطرزي، المغرب (ج1/165)؛ القونوي، أنيس الفقهاء (ج1/90).

(4) ابن المنصور، لسان العرب (ج14/261)؛ أبو الحسن المرسي، المخصص (ج4/478).

(5) العيني، البناية شرح الهداية (ج9/313)؛ البابرّي، العناية شرح الهداية (ج8/152).

(6) القرافي، الذخيرة (ج11/5)؛ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب (ج2/603).

(7) زكريا الأنصاري، فتح الوهاب (ج2/282)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج10/285)؛ حاشية الجمل

(ج5/704)؛ الرملي، فتح الرحمن (ج1/996).

الحنابلة: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو ذمته (1).
يلاحظ على تعريفهم/ ما كان من ملاحظات على تعريف الحنفية والشافعية من حيث احتمالية كونه حق غير مشروع وكذلك ما كان من ملاحظات على تعريف المالكية من حيث عدم ذكر المكان، وعدم تحديد القاضي الذي يترافع أمامه المتداعيان.

من خلال ما تقدم من تعريفات الفقهاء للدعوى تبين أن العلماء تناولوا الدعوى من حيث المطالبة بالمدعى به ووجود الحق الفعلي بوجوده في يد غيره، وكأنهم بينوا أن أركان الدعوى هي مطالبة ومتداعيان ومدعى به، ولم يتناولوا مجلس القاضي أو جهة القضاء الفاصلة بين الحقوق وكأنه معروفاً ضمناً في زمانهم أن التقاضي لا بد أن يكون في مجلس القضاء وأمام من هو أهل للقضاء، ولأن الأحكام تختلف باختلاف الزمان كان لا بد من التنويه من أن القضاء لا بد فيه من مجلس قضاء معتبر شرعاً وعرفاً؛ منعاً لوقوع الظلم وانتشار الفساد.

التعريف المختار:

من خلال ما تقدم من تعريفات العلماء للدعوى يعرفها الباحث بأنها:
المطالبة بأداء حق مشروع من جهة معينة في مجلس القضاء.

سبب اختيار التعريف:

لأنه تعريف مانع من أمرين:

- مانع من دخول الحق غير المشروع الناتج عن معاملة محرمة مثلاً.
- مانع من دخول المطالبة الحاصلة خارج مجلس القضاء.

شرح التعريف:

قول الباحث: "المطالبة بأداء" هو قيد خرج به تكلم المدعي من غير مطالبة بحقه، كأن يتكلم على سبيل القصص.

قول الباحث: "حق مشروع" قيد خرج به المطالبة بحق غير مشروع، وذلك كمن يطالب بثمن زجاجة خمر، أو يطالب بنصيبه في عملية سرقة.

(1) الحجاوي، الاقتناع (ج4/419)؛ البهوتي، الروض المربع (ج1/718)؛ ابن أبي تغلب، نيل المآرب (ج2/465)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى (ج6/566)؛ ابن ضويان، منار السبيل (ج2/476).

قول الباحث: "من جهة معينة" احتراز عن الإطالة في التعريف وهو لفظ يشمل كل شخص سواء أكان هذا بصفته الشخصية أو بصفته الاعتبارية، كمن يكون له حق عند مؤسسة أو دائرة حكومية أو مدنية.

قول الباحث: "في مجلس القضاء" وهو قيد خرج به المطالبة في أي مجلس غير مجلس القضاء كمن يطالب بحقه عن طريق المراسلات، أو عن طريق ولي أمر المدعى عليه، وغيرها من الدعوى التي تكون خارج مجلس القضاء.

ثالثا: أركان الدعوى.

الركن لغة: الجانب القوي الذي يمسك الشيء (1).

الركن اصطلاحا: هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته (2).

ومن خلال تعريف العلماء، ومن خلال التعريف الذي وضعه الباحث للدعوى يتضح أن أركان الدعوى هي:

1. المطالبة بالقول أو ما يقوم مقامه من التعبيرات الموضوعية في اللغة أو عُرف الناس، مما يدل على طلب الحق بشكل واضح.

2. أن يكون الحق المطالب به مشروعاً.

3. أن تكون المطالبة بالحق في مجلس القضاء (3).

رابعا: شروط الدعوى.

أ. شروط لفظ الدعوى (الصيغة).

1. الجزم في لفظ الدعوى، فلا تصح الدعوى بلفظ أشك، أو أظن.

2. مطالبة المدعي بما يدعيه على المدعى عليه.

3. صدور الدعوى من المدعي أو وكيله ضد المدعى عليه.

4. ذكر المدعي في دعواه أن المدعى عليه واضع يده على المدعى به.

5. عدم مناقضة الدعوى لدعوى سابقة من ذات المدعي (4).

(1) ابن دريد، جمهرة اللغة (ج2/799)؛ الأزهرى، تهذيب اللغة (ج10/108)؛ ابن سيده، المخصص (ج3/317).

(2) النملة، المهذب في علم الأصول (ج5/1963).

(3) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/191)؛ النملة، المهذب في علم الأصول (ج5/1963).

(4) السرخسي، المبسوط (ج17/96)؛ الموصلى، الاختيار لتعليل المختار (ج2/209)؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/390)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج20/287).

ب. شروط المتداعيين (1) :

يشترط في المتداعيين ما يلي:

1. الأهلية⁽²⁾ لكل منهما.

2. أن يكونوا أصحاب شأن في الادعاء.

ج. شروط المدعى به (3) :

1. انتفاء الجهالة في المدعى به، بحيث يكون معلوماً وواضحاً.

2. أن يكون المدعى به مقدور عليه وليس مما يستحيل ثبوته.

3. أن يكون المدعى به حقاً مشروعاً.

(1) الخطاب، مواهب الجليل (ج6/125)؛ ملا خسرو، درر الحكام (ج2/330).

(2) انظر: (ص42 وما بعدها) من هذا البحث للوقوف على تعريف الأهلية.

(3) عيش، منح الجليل (ج8/570)؛ مجلة الأحكام العدلية (ج1/321)؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (ج10/303)؛

صالح الفوزان، الملخص الفقهي (ج2/633).

المطلب الثاني: أنواع الدعوى.

تنقسم الدعاوى باعتباريات عدة إلى أقسام متعددة، سيقنصر الباحث على تقسيمها باعتبار الصحة وعدمها، وهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى أقسام ثلاثة:

أولاً: الدعوى الصحيحة.

وهي الدعوى التي تتوفر فيها كامل أركانها شروطها، وتتضمن هذه الدعوى ما يلي:

1. حاملة لطلب مشروع.
2. يترتب عليها كافة أحكامها.
3. ينبغي على الخصم الحضور إلى مجلس القضاء.
4. يجب على المدعى عليه الجواب على هذه الدعوى، ومنه تطلب اليمين إذا اقتضى الأمر ذلك (1).

ثانياً: الدعوى الباطلة.

هي الدعوى التي لم تستوفِ أركانها أو شرائط الصحة، وبناء عليه لا يترتب على هذه الدعوى من الأحكام ما يترتب على الدعوى الصحيحة، فلا يثبت على المدعى عليه بهذه الدعوى أي شيء، كما أنها دعوى غير قابلة للتصحيح (2).

مثال: وذلك كمن يدعي حقا له على رجل لا يعرف اسمه ولا صفته، أو كمن يدعي حقا له على رجل ولكنه لا يعرف مقدار الحق ولا صفته ولا سببه، أو كمن يطالب بنصيبه من شريك له في عملية سرقة، أو كمن ادعى على غيره بأنه وكيله، وأنكر الوكيل، فلا تعتبر وكالته ولا ينظر إليها بل ترفض.

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/175).

(2) البغا، الدعاوى والبيئات والقضاء

ثالثاً: الدعوى الفاسدة أو الناقصة (1).

هي الدعوى التي اختلت في أوصافها الخارجية، أو في التعبير المكوّن للدعوى، لكنها استوفت كل شرائطها الأساسية، كادعاء ملكية عقار من غير أن يبين حدود هذا العقار (2)، أو كأن يتردّد المدّعي فيما يستعمله من ألفاظ، كقوله: (أشك أو أظن أنّ لي على فلان كذا). ففي هذين المثالين ونحوهما لا تردّ الدعوى، وإنّما يطلب من المدّعي إكمال ما ينقصها، فإذا فعل سمعت دعواه وطلب الجواب من خصمه، وإذا لم يصحّحها تردّ حتّى يفعل ذلك، وسميت هذه الدعوى بالدعوى الفاسدة؛ لأن هذه الدعوى يمكن تصحيحها.

(1) يسمّى الحنفيّة هذا النوع من الدعاوى بالفاسدة، نظراً لتفريقهم بين مصطلحي الفساد والبطلان في سائر العقود، بحيث جعلوا الفاسد أقل من البطلان، وهو عندهم ما ختل أحد شروطه، وبالتالي يمكن اصلاحه، أما الباطل فهو ما اختل أحد أركانه ولا يمكن اصلاحه، لذلك سموا هذا النوع من الدعاوى بالفاسدة: وهذا بخلاف الجمهور فهم لا يفرقون بين المصطلحين، فالمصطلحان عندهم بمعنى واحد، أي: أنها لفظان مترادفان بمعنى واحد؛ لذلك لا يستعملون مصطلح الفاسد في التعبير عما يمكن اصلاحه من العقود أو المعاملات وإنّما يعبرون عنه بمسمى آخر، فالشافعية مثلاً يسمون الدعوى التي اختل أحد شروطها بالدعوى الناقصة، وهي عندهم كلّ دعوى يفتقر القاضي في فصل الخصومة معها إلى شيء آخر، وقسموها إلى ناقصة الصفة وناقصة الشرط: ناقصة الصفة: هي الدعوى التي لم يفصل المدّعي فيها أوصاف الشيء المدّعي به اللازم ذكرها. ومثالها: كأن يدّعي عقاراً على أحد ولا يحدّد حدوده، أو ديناً دون تحديد مقداره، ونحوهما، فإن أكملت صحّت وإلا فلا. ناقصة الشرط: وهي الدعوى التي يختل فيها شرط من شروط صحّتها: كدعوى النكاح، ولا يذكر فيها الولي ولا الشهود.

وللمالكيّة نوع آخر من الدعاوى تكون ناقصة في حكمها، لنقصان شرط من شروطها، وهو عدم حصول خلطة أو معاملة بين المدّعي والمدّعى عليه، وحكمها أنّها تسمع، لكن لا يطالب المدّعى عليه باليمين إذا عجز المدّعي عن إثبات البيّنة.

والفرق بينها وبين الفاسدة . عند الحنفيّة أو الناقصة عند الشافعيّة . من ناحيتين:

الأولى: أنّها تترتّب عليها أحكامها جميعها إلّا اليمين.

الثانية: الشرط الناقص فيها لا يمكن استكمالها، بخلاف الأخرى. الخلاصة: سائر المذاهب متّفقة في الحكم بعدم رد هذه الدعاوى، وإنّما يسأل عنها: فإن أكملها سمعت منه، وترتّبّت عليها آثارها.

(الزرقا، المدخل الفقهي العام ج2/729 وما بعدها).

(2) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/175).

المبحث الثالث: مفهوم وسائل الإثبات وأنواعها.

المطلب الأول: حقيقة وسائل الإثبات.

جرت عادة العلماء عند تعريف المصطلحات المركبة أن يعرفوها باعتبار الإضافة من ثم يعرفوها باعتبار كونها لقبا وعلماء على الفن.

أولاً: تعريف وسائل الإثبات باعتبار كونها مركبا إضافيا.

أ. الوسيلة لغةً واصطلاحاً.

1. الوسيلة لغة: الوسيلة على وزن فعيلة، مشتقة من وَسَل، وتأتي في اللغة لمعانٍ عدة، منها: المنزلة عند الملك، والدرجة، والقربى، يقال: وسل فلان إلى الله وسيلة إذا عمل عملا تقرب به إليه، والواصل: الراغب إلى الله، وتوسل إليه بوسيلة إذا تقرب إليه بعمل. وتوسل إليه بكذا: تقرب إليه بحرمة أصرة تعطفه عليه. والوسيلة: ما يتقرب به إلى الغير، أو هي ما يتوصل به إلى الشيء ويتقرب به⁽¹⁾. وهذا المعنى هو الأقرب إلى موضوع البحث؛ لأنه يتوصل بالوسيلة إلى صدق الادعاء وصحة الدعوى، وإثبات الحق.

2. الوسيلة اصطلاحاً:

الوسيلة هي الوساطة التي لا يمكن الوصول إلى الهدف أو تحقيق المبتغى إلا بها، وقد عرفها القرافي بأنها: الطرق المؤدية إلى المقاصد⁽²⁾.

3. العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.

تقاطع التعريف الاصطلاحي للوسائل مع المعنى اللغوي، حيث الوسيلة لغة هي ما يقرب للشي المعين كما تبين، والوسيلة اصطلاحاً هي الطريق المؤدية، فالتقاطع كان بينهما في التقريب للشيء.

ب. الإثبات لغة: إقامة الثبوت يعني إقامة الحجة، وهو من ثبت الشيء ثبوتاً بمعنى استقر، يقال: أثبت الأمر أي جعله ثابتاً، وقول ثابت أي: صحيح، وأثبت الحق أقام حجته، والثبت بالتحريك:

(1) الجوهري، الصحاح تاج اللغة (ج5/1841)؛ ابن منظور، لسان العرب (ج11/724-725)؛ الرازي،

مختار الصحاح (ص338)؛ المرسي، المحكم والمحيط الأعظم (ج8/612).

(2) القرافي، الفروق (ج2/33).

الحجة والبيينة وثابته وأثبتته: عرفه حق المعرفة، وطعنه فأثبت فيه الرمح أي أنفذه، وأثبت حجته أقامها وأوضحها، وأثبت قوله نقيض نفاه، وقول ثابت أي صحيح⁽¹⁾.

ثانياً: الإثبات اصطلاحاً:

لم يضع الفقهاء القدامى تعريفاً اصطلاحياً للإثبات، وإنما أطلقوه وأرادوا به المعنى اللغوي وهو إقامة الحجة مطلقاً دون تقييد بمكان أو واقعة، ولعل السبب في ذلك أنهم رأوا أن المعنى اللغوي مشتهر ومعروف، ويكفي لتوضيح معنى الإثبات فاكتفوا به.

تعريفات المعاصرين للإثبات.

1. عرفه الجرجاني بأنه: "هو الحكم بثبوت شيء لآخر"⁽²⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: أنه عرف الإثبات بنتيجته، بمعنى أن الحكم يترتب على ما تبين قوة حجته أمام القضاء، وقد يأتي المدعي بإثباته ولا يحكم القاضي بمقتضاه، لقوة الحجة المقابلة مثلاً، ويؤخذ عليه أنه لم يذكر أركان الدعوى الذي من أجله يكون الإثبات وهم المتداعيين، ومجلس القضاء.

2. عرفه الشيخ أحمد إبراهيم بك بأنه: "إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعي عليه"⁽³⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: أنه لم يقيد الدليل بالمعتبر شرعاً، فمن المحتمل أن يكون الدليل ليس له اعتبار شرعي، كشهادة المرأة الواحدة في حالات التي لا بد فيها من تعدد الرجال الشهود.

3. ذكر الدكتور محمد الزحيلي: أن الإثبات قد يأتي بمعناه العام أو الخاص، وفرق بينهما على النحو التالي:

1، 3 فالإثبات في التعريف العام هو: إقامة الحجة مطلقاً، سواء أكان ذلك على حق أو واقعة، وسواء أمام القاضي أو غيره، وسواء قبل التنازع أو بعده⁽⁴⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: أنه تناول الإثبات بشكله العام، فلم يقيد الإثبات في مجلس القضاء، ولم يقيد الحجة بالمعتبرة شرعاً، ولم يقيد الإثبات بوقت التنازع وبعده وجعل وقته مفتوحاً سواء قبل أو

(1) ابن منظور، لسان العرب (ج2/19-20)؛ المقري، المصباح المنير(110)؛ الحميري، شمس العلوم (ج2/813).

(2) الجرجاني، التعريفات (ص22).

(3) بك، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية (ص31).

(4) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (ج1/22).

بعد، والإثبات قبل الحاجة إليه لا فائدة منه، فقد يكون لا حجة للإثبات حتى بعد التنازع، مثل الإقرار من المدعى عليه.

2، 3 الإثبات في معناه الخاص هو: إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية⁽¹⁾.

يؤخذ على هذا التعريف: أنه لم يضع قيد الحجة المعتبرة شرعاً، فقد تكون حجة لا اعتبار لها في الإثبات، وليس شرطاً أن يترتب على الإثبات آثار شرعية، فقد يأتي المدعى بإثباته كشهود عدول، لا جرح فيهم، ثم يرجع الشهود عن شهادتهم فلا يكون هناك أي أثر مترتب على شهادتهم الأولى، فليس شرطاً أن يترتب على الإثبات أثر، فالإثبات يقدم من أحد المتداعيين والقاضي يحكم من خلال البيّنات وما اتضح عند من خلالها.

فلما سبق ذكره من الاستدراكات، فقد عرفت **الإثبات بأنه:**

إقامة الدليل المعتبر شرعاً من أحد المتداعيين أمام الجهة القضائية على حق أو واقعة متنازع عليها.

سبب اختيار التعريف:

- لأنه قيد الوسيلة أو الدليل بالمعتبر شرعاً، فخرج به كل وسيلة إثبات غير معتبرة شرعاً.
- لأنه قيد إقامة الدليل عند التنازع، لأنه قد يكون هناك دعوى مع إقرار المدعى عليه وبالتالي لا يُطالب المدعي بإقامة الدليل.

شرح التعريف:

قول الباحث "المعتبر شرعاً": قيد خرج به الدليل غير المشروع، مثل شهادة الكافر على المسلم فيما لا تجوز فيه شهادته.

قول الباحث "أحد المتداعيين": قيد خرج به ما تقام من إثباتات من غير طريق المتداعيين، ليخرج بذلك علم القاضي، فلا يحكم به.

قول الباحث "أمام الجهة القضائية": قيد خرج به ما يثبت به أحد المتداعيين أمام العامة غير المختصين في القضاء، فحينها لا يعتبر إثباته إلا شيء يقوله على سبيل الحكاية، ولا قيمة لإثباته له حينها. **قول الباحث "متنازع عليها":** قيد خرج به ما يعترف به أحد المتداعيين من غير تنازع، فذلك إقرار من أحد المتداعيين على الحقوق، ولا حاجة للإثبات حينها.

(1) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (ج1/22).

المطلب الثاني: أنواع وسائل الإثبات وشروطها.

سبق وأن ذكر الباحث خلاف العلماء في وسائل الإثبات بين من يحصرها فيما دل عليه الشرع، ومن يجعلها غير محصورة، ورجح الباحث رأي القائلين بعدم الحصر، وأنها اجتهادية تخضع لتقدير القاضي، لذلك وسائل الإثبات متنوعة ومتغيرة وتزداد مع ازدياد تطور الحياة وتقدمها، فقد ظهر من الوسائل ما لم يكن معروفاً عند الفقهاء القدامى كالبصمة بشقيها: الوراثة، والجسدية كبصمة الأصابع والعين وما شابه.

لذلك سيكتفي الباحث بذكر أهم أنواع الوسائل وأكثرها دوراً واعتماداً في فصل النزاع بين الخصوم في مجالس القضاء وأروقة المحاكم.

أولاً: الشهادة.

وهي من أشهر الوسائل وأكثرها حضوراً في فقه القضاء، وقد اعتنى بها العلماء وبنوا شروطها وأنواعها وهي وسيلة تفيد الظن الذي يصح بناء الحكم عليه، وهذا الظن قد يتفاوت عند القاضي تبعاً لتفاوت الشهود في الورع والتقوى والصلاح الذي يكون القاضي على علم به، فليس من يعرفه القاضي كمن يزكى عنده.

أ. الشهادة لغة: خبر قاطع تقول منه: شهد الرجل على كذا، وربما قالوا شهد الرجل، بسكون الهاء للتخفيف؛ عن الأخفش. وقولهم: اشهد بكذا أي احلف⁽¹⁾.

ب. الشهادة اصطلاحاً:

فقد عرف العلماء الشهادة بتعريفات عدة أقتصر على تعريف يفى بالغرض، وذلك لأن موضوع البحث منصبا على بيان الشبهات وأثرها وليس على بيان التعريفات والاختلاف بينها. الشهادة: الإخبار بإثبات حق لأحدٍ على آخر، في حضور القاضي ومواجهة الخصمين⁽²⁾.

سبب اختيار هذا التعريف

1. لأنه تعريف شمل كل أطراف القضية وعناصر التقاضي كالقاضي الخصوم، والذي من شأنه أن يمنع الاستدراك عليه بأنه غير جامع.
2. وضوح العبارة وسهولة فهمها.

(1) ابن منظور، لسان العرب (ج3/239).

(2) مجلة الأحكام العدلية (ج1/339).

. شروط الشهادة المقبولة:

شروط الشهادة المقبولة تنقسم إلى قسمين:

1. شروط تحمل الشهادة:

- 1، 1 أن يكون الشاهد عاقلاً وقت تحمل الشهادة، فلا يصح تحمل الشهادة من المجنون، أو الصبي غير المميز، إذ إن العقل أداة لفهم الحوادث وضبطها، والمجنون والصبي غير المميز فاقدان للأهلية وقاصران عن فهم الحوادث وضوابطها⁽¹⁾؛ لذلك لا تصح شهادتها.
 - 2، 1 أن يكون الشاهد مبصراً وقت تحمل الشهادة وهذا مذهب الحنفية⁽²⁾، وذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، وأبو يوسف من الحنفية⁽⁶⁾، إلى جواز تحمل الأعمى للشهادة التي هي من قبيل السماع، والصوت فقط، دون الأفعال⁽⁷⁾.
 - 3، 1 أن يكون تحمل الشهادة عن علم ومعاينة للشيء المشهود عليه بنفس الشاهد لا بغيره، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: عندما سئل عن الشاهد فقال للسائل: "هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها، فاشهد، أو دع"⁽⁸⁾.
- أما الإسلام، والبلوغ، والعدالة فليست شروطاً لتحمل الشهادة؛ وإنما هي شرائط لأداء البينة⁽⁹⁾.
- ### 2. شروط أداء الشهادة:

-
- (1) الكاساني، بدائع الصنائع (ج5/9)؛ الدردير، الشرح الكبير (ج4/165)؛ الشربيني، مغني المحتاج (ج4/427)؛ البهوتي، كشاف القناع (ج6/411).
 - (2) الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/9)؛ السرخسي، بالمبسوط (ج4/472)؛ السغدي، الننف في الفتاوى (ج2/797).
 - (3) الرجرجي، مناهج التحصيل (ج8/123)؛ القاضي عبد الوهاب، الإشراف (ج2/971).
 - (4) الشافعي، الأم (ج7/48)؛ الماوردي، الإقناع (ج1/202)؛ الشيرازي، التنبية (ج1/269).
 - (5) ابن قدامة، المغني (ج10/170)؛ الكوسج، مسائل الإمام أحمد (ج8/4082).
 - (6) السرخسي، المبسوط (ج16/129)؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/362)؛ العيني، العناية شرح الهداية (ج9/134).
 - (7) الدسوقي، حاشية الدسوقي (ج4/661)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/257)؛ الشيرازي، المهذب (ج5/575)؛ ابن قدامة، المغني (ج9/163).
 - (8) [البيهقي: شعب الإيمان، ج13/349: رقم الحديث 10469 "قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، الزيلعي، نصب الرأية (ج4/82)].
 - (9) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/267)؛ السرخسي، المبسوط (ج5/35).

1، 2 الإسلام: فلا تصح شهادة الكافر على المسلم عند جمهور الفقهاء؛ لقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"⁽¹⁾، وذهب الإمام أحمد⁽²⁾، وابن القيم⁽³⁾، وابن حزم الظاهري⁽⁴⁾، إلى جواز شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر في حال عدم وجود مسلم غيره معه. وبذلك اتفق العلماء على عدم جواز شهادة الكافر في حال الإقامة، وفي حال السفر عند وجود مسلمين⁽⁵⁾.

2، 2 البلوغ اشترط الفقهاء لأداء الشهادة بلوغ الشاهد، فلا تصح شهادة الصبي غير المميز بالاتفاق⁽⁶⁾، أما شهادة الصبي المميز فهي محل خلاف بينهم، على ثلاثة أقوال: 1، 2، 2 لا تجوز شهادة الصبي المميز، وهو قول الحنفية⁽⁷⁾، والشافعية⁽⁸⁾. 2، 2، 2 تجوز شهادة الصبي المميز في الجراحات فقط، شريطة عدم تفرقهم أو وجود بالغ بينهم، وأن تكون على من هو في سنه بمعنى ألا تكون على كبير، وهو قول للحنابلة⁽⁹⁾، وذكر المالكية أن شهادة الصبيان المميزين على بعضهم في الجراحات هو من قبيل قرائن الأحوال، لذلك اشترط عدم تفرقهم مخافة ان يجبنوا⁽¹⁰⁾.

(1) [التوبة: 141]

(2) ابن مفلح، النكت والفوائد (ج2/275)؛ الفوزان، الملخص الفقهي (ج2/648).

(3) ابن القيم، الطرق الحكمية (ج1/151).

(4) ابن حزم، المحلى (ج8/491).

(5) السغدري، المنتقى في الفتاوى (ج1/279)؛ السرخسي، المبسوط (ج9/74)؛ مالك، المدونة (ج4/21)؛ ابن رشد، بداية المجتهد (ج4/246)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (ج8/330)؛ الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب (ج18/627)؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج12/40)؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج6/425).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/267)؛ القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من الأمهات (ج8/296)، الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، (ج3/436)، ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقنع (ج12/31)، ابن حزم، المحلى (ج8/513).

(7) السغدري، المنتقى في الفتاوى (ج2/797)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/267).

(8) الماوردي، الحاوي الكبير (ج17/213)؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (ج3/436)؛ النووي، المجموع (ج13/102).

(9) عبد الرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع (ج12/31)؛ ابن مفلح، النكت والفوائد (ج2/283).

(10) خليل الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (ج7/471)؛ ابن عبد البر، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج2/909).

3، 2، 2 أن شهادة الصبي المميز جائزة على الإطلاق وهو قول للحنابلة⁽¹⁾.

3. البصر: فلا تقبل شهادة الأعمى عند أبي حنيفة ومحمد⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، لأنه لا بد من معرفة المشهود له والإشارة إليه عند الشهادة، ولا يميز الأعمى ذلك إلا بنغمة الصوت، وفيها شبهة؛ لأن الأصوات تتشابه، وأجاز المالكية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، وأبو يوسف⁽⁶⁾، شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت، لعموم الآيات الواردة في الشهادة، ولأن السمع أحد وسائل العلم.

4. النطق: فلا تقبل شهادة الأخرس عند الحنفية⁽⁷⁾، والشافعية في الأصح⁽⁸⁾، والحنابلة⁽⁹⁾، وإن فهمت إشارته؛ لأن الشهادة تتطلب اليقين، وأجاز المالكية⁽¹⁰⁾، والشافعية في الصحيح⁽¹¹⁾، قبول شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته؛ لأنها تقوم مقام نطقه في طلاقه ونكاحه.

-
- (1) ابن تيمية، المحرر في الفقه (ج2/284)؛ ابن مفلح، النكت والفوائد (ج2/283).
 - (2) السرخسي، المبسوط (ج4/472)؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/362).
 - (3) الشافعي، الأم (ج7/96)؛ الماوردي، الإقناع (ج1/202).
 - (4) ابن اسحاق، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (ج7/530)؛ الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التفسير في شرح المدونة وحل مشكلاتها (ج8/123).
 - (5) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج4/286).
 - (6) السغدي، المنتقى في الفتوى (ج2/797)؛ السرخسي، المبسوط (ج16/129).
 - (7) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج6/268)؛ ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (ج8/322)؛ ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام (ج1/246).
 - (8) الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي (ج1/269)؛ الحويني، نهاية المطالب في دراية المذهب (ج14/72).
 - (9) الكلوداني، الهداية على مذهب الإمام أحمد (ج1/594)؛ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج4/271).
 - (10) ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة (ج2/899)؛ المواق، التاج والاكليل لمختصر خليل (ج8/167)؛ القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (ج2/972).
 - (11) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج13/276)؛ النووي، المجموع (ج20/226).

5. العدالة: فلا تصح شهادة الفاسق باتفاق العلماء⁽¹⁾؛ لقوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ"⁽²⁾.
 6. عدم التهمة: فترد شهادة المتهم بإجماع الفقهاء⁽³⁾، والتهمة: أن يجلب الشاهد إلى المشهود له نفعاً أو ضرراً بسبب القرابة أو الخصومة أو العداوة⁽⁴⁾، فلا تقبل شهادة الأب لابنه، أو الأم لابنها، ولا الخصم لخصمه كالوكيل والموصي عليه وهو اليتيم، ولا العدو على عدوه، لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمرٍ حقد على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع"⁽⁵⁾ لأهل البيت⁽⁶⁾.

7. أن تكون بلفظ الشهادة، وتكون موافقة للدعوى، وحصول الاتفاق في الشهادة في حال تعدد الشهود، فإن حدث اختلاف في جنس الشهادة كأن يشهد أحدهما بالبيع والآخر بالميراث أو في القدر كأن يشهد أحدهما بألفين، والآخر بألف، أو في الفعل كالقتل والغصب، رفضت الشهادة⁽⁷⁾.
 انياً: الإقرار.

الإقرار لغة: هو الاعتراف بالشيء⁽⁸⁾.

الإقرار اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الإقرار بتعريفات مختلفة، أذكر منها تعريفاً واحداً يفى بالغرض وأقتصر عليه، وذلك لأن موضوع البحث منصب على بيان الشبهات وأثرها وليس على بيان التعريفات والاختلاف بينها.

الإقرار: إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه⁽⁹⁾.

(1) السرخسي، المبسوط (ج2/329)؛ القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة (ج1/1517)؛
 الماوردي، الحاوي الكبير (ج7/17)؛ ابن قدامه، المغني (ج9/70).

(2) "الطلاق:2".

(3) السرخسي، المبسوط (ج10/168)؛ المواق، التاج والاكليل لمختصر خليل (ج8/191)؛ الغمراوي، السراج
 الوهاج (ج1/603)؛ اسحاق بن بهرام، مسائل الامام أحمد وابن رهاويه (ج8/4084).

(4)

(5) القانع: الذي ينفق على أهل البيت

(6) [أحمد: المسند، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، (ج11/299،
 ح6698)، حسنه الألباني، انظر مختصر أبي داوود (ج2/514)].

(7) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/317)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/346)؛ عثمان،
 النظام القضائي في الإسلام (ج1/322).

(8) الفراهيدي، العين (ج5/22)؛ العسكري، الفروق اللغوية (ج1/48).

(9) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/249).

سبب اختيار هذا التعريف.

1. لأنه تعريف مصاغ بعبارة واضحة ومباشرة في الدلالة على مضمونه ومقتضاه.

شروط الإقرار المعتبر.

إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه: لفظاً أو كتابة، أو إشارة، على نفسه، أو على موكله، أو موروثه، أو موليه، بما يمكن صدقه فيه وليس بإنشاء⁽¹⁾.

ثالثاً: الكتابة.

فقد أمرت الشريعة بحفظ الحقوق وعدم كتمانها أو إنكارها، والكتابة تعتبر وسيلة مهمة لصيانة الحقوق من الضياع، وهي أسهل وسيلة وأدق طريقة، لإنهاء الخصومة وفض النزاع عند الجحود والإنكار، رفع الارتياح في مقدار الحقوق عند النسيان.

أ. **الكتابة لغة:** كتب الشيء يكتبه كتاباً وكتابة، وكتبه بمعنى خطه، فالكتابة والخط مترادفان **والكتاب:** اسم لما كتب مجموعاً، ويقال: اكتتب فلان فلاناً أي سأله أن يكتب له كتاباً في حاجة ولها في اللغة معان كثيرة منها الفرض، والقدر، ورسم اللفظ بحروف هجائية، والمعنى الأخير هو المراد في هذا المقام⁽²⁾.

ب. الكتابة اصطلاحاً:

لم يتبلور تعريف الكتابة عند الفقهاء باعتبارها مسلك من مسالك الإثبات وطريق من طرق إقامة الحجة عند القاضي، وهذا راجع إلى أن كثيراً من الفقهاء لم يعتبروها حجة في الإثبات؛ لذلك لم تحظى الكتابة باهتمام الفقهاء كما حظيت به الشهادة واليمين والإقرار، فلم يفرد لها الفقهاء مبحثاً مستقلاً وإنما كانوا يتعرضون لها عند حديثهم عن كتاب القاضي للقاضي ومحاضر المحاكم، وقد أطلقوا عليها ألفاظاً مختلفة مثل المحضر والسجل والوثيقة⁽³⁾.
وعليه: ومن خلال النظر في ما كتب الفقهاء حول هذه الألفاظ يمكن للباحث أن يسترشد بما كتبوا ويضع تعريفاً للكتابة يؤدي الغرض ويدل على المطلوب.

(1) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج8/361).

(2) ابن منظور، لسان العرب (ج1/698)؛ المقري، المصباح المنير (ص 719).

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/318)؛ الخيري، الدرر الغراء (ج1/253)؛ الطرابلسي، معين الحكام (ج1/136).

فالكتابة هي: "توثيق الحقوق والوقائع بحروف هجائية ترسم على شيء قابل للرسم عليه".

ت. ضوابط الكتابة:

لم يذكر الفقهاء للكتابة صيغة معينة يجب الالتزام بها ولا تصح الكتابة بدونها، وذلك راجع لعدم وجود آثار تنص أو تلوح لصيغة معينة يجب التزامها في توثيق الحقوق وإنما تركت الأمر للناس كل على حسب عُرْفه وعادته، من باب تسهيل على الناس ورفع الحرج، فالأمر واسع، لكن رغم هذا إلا أن هناك أموراً معروفة بداهة يجب ألا يخلو منها مستند، وحتى تكون الكتابة وسيلة معتبرة يثبت بها حق ويُقام عليها حكم لا بد لها من توفر جملة من الشروط التي تجعل منها دليل كتابي يمكن الاعتماد عليه والاطمئنان إليه، وهذه الشروط هي:

1. يشترط في الكاتب الكتابة العدالة، قال تعالى: "وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ" (1) فلا يأتي العدل في الكتابة إلا بعدالة الكاتب، وأن يكتب كل ما يسمع صغيراً كان أو كبيراً ولا يهمل شيئاً استحقاقاً له، قال تعالى: "وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ" (2).

2. أن تكون الكتابة بحروف يسهل قراءتها وفهمها وبحيث تركز على مضمون الواقعة المنازع عليها، وتكون بكلمات بعيدة عن الاحتمالات والمعاني المتعددة، بمعنى تكون الكتابة تفسر نفسها بنفسها ولا تحتاج إلى قرائن وأمور أخرى لتفسرها، أن يكتب الشيء المتعاقد عليه بشكل مفصل وواضح (3).

3. أن تكون الكتابة على شيء يثبت عليه الكتابة وبالتالي يمكن معه حفظ البيانات والمعلومات لمدة أطول فلا تتغير مع مرور الزمن وذلك من خلال الكتابة على ورق لا يتلف مع كثرة المناولة والأخذ والرد (4).

4. يشترط صحة الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات أن تكون الكتابة غير قابلة للتحريف والتعديل عليها بمعنى أنه يجب أن تكون الكتابة التي تريد إثبات حق بها خالية من أي علامات تدل على العبث في هذه المعلومات وإلا ستفقد الكتابة حجيتها في الإثبات (5).

(1) [البقرة: 282].

(2) [البقرة: 282].

(3) السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان (ج1/118).

(4) الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية (ج29/24).

(5) المرجع السابق.

5. يشترط في الكتابة أن تكون موقعة من الجهة التي أصدرتها، وإلا فلا قيمة لها، فإذا كان يحق للمدعى عليه الطعن في الورقة رغم وجود التوقيع أو الختم عليها، فيكون مع عدم وجوده من باب أولى، هذا في حال كانت الورقة صادرة عن جهة رسمية، وإذا كانت الورقة صادرة عن جهة غير رسمية يعني عن أفراد فلا بد أن تكون موقعة عن الشخص نفسه وبمحض إرادته وباسمه وخطه أو بأي إشارة يختارها الشخص يعبر بها عن فهمه وإقراره بما احتوته هذه الورقة، ويحق للقائم على أمر شخص كالكوكيل أو الوصي أن يوقع عنه مع ذكر الصفة التي خولته بهذا التوقيع⁽¹⁾.

6. يشترط في الكتابة الإلكترونية التي تكون محفوظة على الأجهزة الإلكترونية والحواسيب أن تحفظ بشكل يمنع الوصول إليها والتعديل عليها، بمعنى أن يتم حفظها بشكل يمنع من تحويلها أو تعديلها أو التعديل عليها، بحث تكون الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات خالية من شائبي التصنيع والتزوير.

رابعاً: القرائن.

هي أمارات لا تدل على الواقعة بشكل مباشر وإنما تكون مصاحبة لوقعتها، ليست كلها على درجة واحدة من القوة في الدلالة على معانيها، يستتبط القاضي من هذه القرائن معاني حول الواقعة التي ينظر فيها، ومن خلال هذه المعاني المستنبطة يستطيع القاضي تحديد المسار الذي سيبحث فيه هذه القضية من خلال ربط الأحداث بعضها ببعض، وبالتالي تحديد من المكلف بعبء الإثبات.

القرائن لغة: القرائن جمع، مفردة قرينة، والقرينة والاقتران بمعنى التلازم والاتصال، يقال: اقترن الشيء بغيره، أي: اتصل به وصاحبه، ويقال: اقترنا تلامها⁽¹⁾.

القرائن اصطلاحاً:

فقد عرف العلماء القرائن بتعريفات عدة أقنصر على تعريف يفى بالعرض، وذلك لأن موضوع البحث منصبا على بيان الشبهات وأثرها وليس على بيان التعريفات والاختلاف بينها.

القرائن هي: "الأمارات التي ترجح أحد الجوانب عند الاشتباه"⁽²⁾.

(1) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط (ج2/731).

(2) الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية (ج4/302).

شروط القرائن.

يشترط في القرائن عدة شروط لكي يصح اعتبارها والاستئناس بها في عملية التقاضي، سيذكر الباحث هذه الشروط عند الحديث عن شبهات القرائن في الفصل الثالث من هذا البحث.

خامسا: اليمين.

هذه الوسيلة في الحقيقة لا يثبت بها حق في الغالب فعندما ينكر المدعى عليه الحق ويحلف يمينا على صدقه هو فيها كاذب، ماذا تغير في الدعوى؟ لم يتغير شيئا، فقد عاد المدعي بدون حقه، فلم يأخذ شيئا من وراء حلف اليمين سوى طمأنينة النفس وإنهاء الخصومة وفض النزاع، فهي وسيلة جعلت لإنهاء الخصومة وإغلاق ملف الدعوى، إلى حين تغير الحال⁽¹⁾.

المطلب الثالث: مراتب الإثبات.

تنقسم وسائل الإثبات بالنظر إلى حجيتها إلى وسائل متفق عليها ووسائل مختلف فيها، ومن حيث الدلالة إلى وسائل مباشرة، ووسائل غير مباشرة في الدلالة على الواقعة، ومن حيث إفادة العلم إلى وسائل تفيد العلم وأخرى تفيد الظن، وسنرتبها بناء على هذا المعيار الأخير أي من حيث إفادة العلم⁽²⁾ على النحو التالي:

أولا: وسائل الإثبات من حيث إفادة العلم.

1. التواتر.

بحيث ينقل العلم بواقعة ما إلى القاضي جماعة يستحيل في العادة تواطئهم على الكذب فهذا النقل يحصل عند القاضي علم يقيني فيما يتعلق بالواقعة التي نقلت إليه أخبارها⁽³⁾. مثال ذلك: كأن يحدث في مسجد عام حدث ما ينقله إلى القاضي أناس مختلفون أعمارا وأشكالا وأنسابا فهذا يورث طمأنينة في القلب تصل إلى حد اليقين، قال ابن القيم: "الحكم بالتواتر، وإن لم يكن المخبرون عدولا ولا مسلمين، وهذا من أظهر البينات، بينة التواتر أقوى من الشاهدين بكثير، فإنه يفيد العلم، والشاهدان غايتهما أن يفيدا ظنا غالبا"⁽⁴⁾.

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/346).

(2) الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة (ص90).

(3) ميارة، الإلتقان والإحكام (ج1/88)؛ التسولي، البهجة شرح التحفة (ج1/212).

(4) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ص169).

2. الإقرار.

وهذا الطريق يفيد القاضي علما حول القضية التي بين يديه، فهو سيد الأدلة كما يقول القانونيون، وبه تنتهي أي قضية تلقائيا، حيث ينحصر دور القاضي في تنفيذ الأثر المترتب على الإقرار، إلا إذا تم رد الإقرار ببينة أقوى منه، قال ابن حزم: "أقوى ما حكم بعلمه ثم بالإقرار ثم بالبينة"⁽¹⁾.

3. علم القاضي.

هو علم يورث الطمأنينة واليقين لدى القاضي كأن يرى في مجلسه واقعة ما، أو يسمع إقرارا من أحد وهكذا، فالقاضي في هذه الحالة يكون قد رأى بنفسه أو سمع بنفسه فهو على يقين مما سيقضي فيه، لكن اختلف الفقهاء حول قضاء القاضي بعلمه على أقوال ذكرت في كتب الفقه، يمكن مراجعتها هناك؛ لأن هذه المسألة خارجة عن موضوع بحثنا. هذه هي الوسائل المعروفة عند الفقهاء ولكل وسيلة تفريعات وقد تكون مركبة من أكثر من وسيلة كالشاهد واليمين وبعض القرائن، وهي وسائل يتفاوت فيها الظن الحاصل منها حسب طبيعة الوسيلة.

ثانيا: وسائل الإثبات من حيث إفادة الظن:

هي وسائل عدة يتفاوت فيها الظن الحاصل منها حسب طبيعة الوسيلة.

1. الشهادة: وهي من أشهر الوسائل وأكثرها حضورا في فقه القضاء وقد اعتنى بها العلماء وبنوا شروطها وأنواعها وهي وسيلة تفيد الظن الذي يصح بناء الحكم عليه وهذا الظن قد يتفاوت عند القاضي تبعا لتفاوت الشهود في الورع والنقوى والصلاح الذي يكون القاضي على علم به، فليس من يعرفه القاضي كمن يزكى عنده⁽²⁾.

2. اليمين: هذه الوسيلة في الحقيقة لا يثبت بها حق في الغالب فعندما ينكر المدعى عليه الحق ويحلف يمينا على صدقه هو فيها كاذب، ماذا تغير في الدعوى؟ لم يتغير شيئا، فقد عاد المدعى

(1) ابن حزم، المحلى (ج8/523).

(2) ملا خسرو، درر الحكام (ج2/370)؛ مجلة الأحكام العدلية (ج1/339)؛ ابن عرفة، المختصر الفقهي

(ج9/222)؛ الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج8/211)؛ ابن قدامه، المغني (ج10/128).

بدون حقه فلم يأخذ شيئاً من وراء حلف اليمين سوى طمأنينة النفس وإنهاء الخصومة فض النزاع، فهي وسيلة جعلت لإنهاء الخصومة وإغلاق ملف الدعوى، إلى حين تغير الحال⁽¹⁾.

3. القرائن: وهي أمارات لا تدل على الواقعة بشكل مباشر وإنما تكون مصاحبة لوقوعها، ليست كلها على درجة واحدة من القوة في الدلالة على معانيها، يستتبط القاضي من هذه القرائن معاني حول الواقعة التي ينظر فيها، ومن خلال هذه المعاني المستتبطة يستطيع القاضي تحديد المسار الذي سيبحث فيه هذه القضية من خلال ربط الأحداث بعضها ببعض، وبالتالي تحديد من المكلف بعبء الإثبات⁽²⁾.

هذه هي الوسائل المعروفة عند الفقهاء ولكل وسيلة تفرعات وقد تكون مركبة من أكثر من وسيلة كالشاهد واليمين وبعض القرائن.

ثالثاً: التوسع في الاعتماد على وسائل الإثبات.

قد اعتنت الشريعة بولاية القضاء وجعلت له قواعد وشروط وضوابط لا بد من توافرها في كل من القاضي والدعوى ووسائل إثباتها وأطراف العلاقة فيها، وما ذلك إلا لخطورة هذه الولاية وعظم أثرها في المجتمع سلبيًا وإيجابيًا، فالقضاء أخطر ولاية في الإسلام، لعظم المسؤولية يوم القيامة، لأن موضوع القضاء هو الفصل في دماء وأموال وأعراض الناس، وهذه خلافة عن الله في الأرض للحكم بين الناس، قال تعالى: "يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ يَوْمَ الْحِسَابِ"⁽³⁾.

لا يتسنى لأي أحد أن يحكم بين الناس ويحقق العدل ويرد المظالم إلى أهلها إلا بإثبات نسبة الحقوق إلى أصحابها، والإثبات له وسائله وطرقه، وهذه الوسائل والطرق منها ما هو متفق عليه كالإقرار والشهادة واليمين، ومنها ما هو مختلف فيه كالكتابة والقرائن والشاهد واليمين وغيرها، فما هو سبب الخلاف في هذه الوسائل، وهل هي حجة في الإثبات؟ وما مدى حجيتها، بناء على هذا التساؤل ينبني سؤالاً آخر، وهو هل وسائل الإثبات هي ما سماها الشارع وحدها، ولا يجوز العدول إلى غيرها، أم أن كل وسيلة يمكن من خلالها الإثبات فهي معتبرة شرعاً؟.

من خلال ما تقدم يتبادر إلى الأذهان سؤال، هل وسائل الإثبات موقوفة على الشارع فلا يصح الإثبات بغيرها؟، أم أن كل ما شأنه الإثبات يعتبر من وسائل الإثبات؟

(1) المبسوط، السرخسي (ج20/113)؛ ملا خسرو، درر الحكام (ج2/38).

(2) أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي (ج62/129).

(3) [ص: 26]

المسألة: هل وسائل الإثبات توقيفية أم اجتهادية؟.

قد اختلف الفقهاء في تكييف وسائل الإثبات التي يعتمد عليها في إثبات صدق الدعوى، هل لا بد لكل وسيلة من مستند شرعي يدل على اعتبارها، أم أن الأمر متروك للقاضي وتقديراته في الأخذ بالوسيلة التي يغلب على ظنه أنها ترد الحق إلى صاحبه؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: مذهب الجمهور من: الحنفية⁽¹⁾، المالكية⁽²⁾، الشافعية⁽³⁾، قالوا إن القاضي مقيد بالوسائل التي دلت عليها النصوص أو أشارت إلى اعتبارها، وليس للقاضي الحق في الخروج عن مقتضى هذه النصوص، والاعتماد على وسائل لم يأت على اعتبارها دليل لا تصريحاً ولا تلويحاً.

دليلهم ما يلي:

قالوا أن الشريعة قد بينت الطرق التي يقضي بها على اختلاف أنواعها، فالشهادة واليمين دل عليهما قول الأشعث بن قيس عن النبي عليه الصلاة والسلام: "شاهدك أو يمينه"⁽⁴⁾. والإقرار قد دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في قصة العسيف: "واغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها"⁽⁵⁾، لذلك يجب على القاضي أن يلتزم بالوسائل الشرعية ويلزم الخصوم بالتقيد بهذه الوسائل ولا يخرج عنها إلى غيرها من الوسائل المستحدثة.

وعليه: يلزم من هذا القول:

1. كل حكم صدر بناء على هذه الوسائل الغير المعتمدة فهو لاغٍ ولا اعتبار له.
2. أن وسائل الإثبات مقيدة ومحدودة بعدد معين، وبالتالي ليس للقاضي أن يجتهد في هذا المجال فهو ملزم بهذه الوسائل وكذلك الخصوم.

(1) السرخسي، المبسوط (ج16/105).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج4/252).

(3) الشربيني، مغنى المحتاج (ج 4 / 461).

(4) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الرهن/ باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، ج3/143: رقم الحديث 2515].

(5) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الوكالة/ باب الوكالة في الحدود، ج3/102: رقم الحديث 2314].

القول الثاني: ابن تيمية⁽¹⁾، وابن القيم⁽²⁾، والشوكاني⁽³⁾، وابن فرحون⁽⁴⁾ من المالكية، وغيرهم قالوا: إن الوسائل ليست مقيدة أو محددة بل هي مطلقة حسب الظروف والوقائع والقاضي مخير في الاعتماد على الوسيلة التي يغلب على ظنه أنها توصل الحق إلى صاحبه.

دليلهم ما يلي:

1. قالوا مادام أن الشريعة لم تهدر هذه الوسيلة ولم تنص على حرمتها فليس هناك ما يمنع من اعتمادها.

2. إن الله سبحانه أرسل رسله، وأنزل كتبه، ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة، وأبين أمانة.

3. ناقشوا دليل القائلين بعدم الخروج عما نصت عليه الشريعة من وسائل، بأن المقصود من هذه الطرق والوسائل ليست الحصر بل إن المقصود هو إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط وهذا هو هدف الشريعة من تشريع القضاء، أي: إيصال الحقوق إلى أصحابها، فبأي طريق تم ذلك فثم شرع الله، قال ابن القيم: "فأي طريقة استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له"⁽⁵⁾.

وعليه: يلزم من هذا القول:

انتفاء كل المحاذير التي تلزم من القول الأول، لكن ينبغي أن يكون اعتماد وسائل الإثبات الحديثة أو التي لم تنص عليها الشريعة صراحة من خلال ضوابط⁽⁶⁾ يحصل بها الطمأنينة لدى القاضي والخصوم مما يقيم ميزان العدل ويرسخ الإنصاف.

سبب الخلاف.

يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى ما يلي:

1. اختلافهم في تأويل النصوص، فالذي حصر تفسير البينة في الأحاديث في الشهادة، قال بأن وسائل الإثبات توقيفية وبالتالي لا يجوز الخروج عما حددته الشريعة من وسائل، والذي فسرها

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (ج18/230-231)

(2) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ص12-27).

(3) الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية (ج2/379).

(4) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام (ج1/172-173)

(5) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (ص18).

(6) سيتم ذكر هذه الضوابط عند الترجيح بين الأقوال في هذه المسألة.

بأنها المقصود منها هو مجرد الإثبات، قال بأنها اجتهادية وبالتالي غير محصورة في وسيلة معينة.

2. اختلافهم في تكييف الوسائل غير المنصوص عليها، هل هي وسائل آمنة إلى الحد الذي يستطيع القاضي الاعتماد عليها في إصدار الأحكام، أو هي غير آمنة؟.

3. الاقتصار على هذه الوسائل وخصوصا في هذا العصر يؤدي إلى تعطيل وربما ضياع مصالح الناس وحقوقهم.

الترجيح:

تطورت وسائل الجريمة وآلياتها بل أصبح المجرم يدرس علم الإجرام، فلو اقتصرنا على هذا العدد نكون أضعنا حقوق الناس فالشريعة علاج لكل زمان ومكان وحالة، ومادام تطورت وتعددت وسائل الجريمة إذا لابد من تطور وتنوع وسائل الإثبات لمواجهة هذا الواقع وإلا ستضيع الحقوق بمزيد من الحنكة لدى الجاني، بل هناك جريمة منظمة وشركات مثل عصابات المافيا فهم على قدر عالٍ من التدريب، والشريعة لا تقف عاجزة عن مواجهة هذا الواقع، فالقول بتعدد وسائل الإثبات وأن مرجعها إلى تقديرات القاضي وهو قول يتفق مع روح التشريع ومقاصد الشريعة فمقاصد الشريعة حفظ الحقوق، فأى طريق أدى إلى حفظ الحقوق وصيانتها فهو معتبر ومن الشريعة.

ضوابط لا بد من مراعاتها في وسائل الإثبات المستجدة.

1. أن تكون تلك الوسيلة ثابتة علمياً بحيث يجزم أهل الفن المختص بفائدته.
2. ألا تعارض وسيلة الإثبات أو تناقض دليلاً شرعياً.
3. أن يتم بيان هذه الطرق من أهل الاختصاص وتحديداتها وخصائصها وموانعها وأسبابها وكل ما يتعلق بها؛ حتى لا يقول كل من شاء من الخصوم أو قضاة الجور برأيه؛ لأن ذلك فتحا لباب الظلم وإضاعة الحقوق على أصحابها⁽¹⁾.

(1) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (ج2/618).

المبحث الرابع: العلاقة بين الشبهات والدعاوى ووسائل الإثبات

سبق أن عرف الباحث الشبهة لغة واصطلاحاً، لذا سيدخل الباحث في بيان علاقة الشبهة بالدعاوى ووسائل إثباتها مباشرة.

المطلب الأول: أهمية الإثبات وشروطه.

الإثبات له دور أساسي في إنهاء الخصومات وفض المنازعات وحماية الحقوق، ولكي لا تضيق الحقوق من أهلها، لا بد من أن تكون وسائل الإثبات صحيحة واضحة في الدلالة على مقتضاها، بحيث تكون خالية مما يُعكر صفاء دلالتها، فلا يعتريها تزيف أو تحريف أو إلتباس، يقدر في كونها وسيلة يمكن أن يثبت بها الحق، وإذا كان دور القاضي هو رفع الظلم وإقامة العدل وإرجاع الحقوق إلى أهلها من خلال تطبيق أحكام الشريعة فيما يعرض عليه من خصومات، ولا يتم ذلك إلا بالإثبات، والإثبات روح القضاء وجوهره وقيام أمره، فكل دعوى ليس عليها برهان أو دليل يُثبت صحتها فهي لغو لا قيمة لها؛ لأن الإثبات هو الذي يحمي الحق ويصونه عن السلب والإنكار؛ لذلك اهتمت به الشريعة، فلا يُقبل قولٌ إلا بالدليل على صدقه قال تعالى: "فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا" (1).

وقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يُعطى الناس بدعواهم، لادّعى رجالٌ أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدّعي، واليمين على من أنكر" (2).

هذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع وأصل من أصول الأحكام وأعظم مرجع عند التنازع والخصام، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه بل يحتاج إلى بينة أو تصديق المدعى عليه فلا يحكم لأحد بدعواه، وقد بين صلى الله عليه وسلم الحكمة في كونه لا يعطى بمجرد دعواه؛ لأنه لو كان أعطي بمجرد الدعوى لادّعى أقوام دماء رجال وأموالهم وبالتالي لا يمكن للمدعى عليه أن يصون ماله ودمه وبذلك يفسد نظام الحياة ويختل توازنها؛ لذلك كان لابد من صيانة الحقوق من البينة (3)، ولأن جانب المدعي ضعيف لأنه يقول خلاف الظاهر فكلف

(1) [النساء: 6]

(2) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية/ باب اليمين على المدعى عليه، ج3/1336: رقم الحديث 1711].

(3) النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج (ج3/12)؛ ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية (ص110)

الحجة القوية وهي البينة؛ لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً فيقوى بها ضعف المدعي وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل فراغ ذمته فاكتفي منه باليمين وهي حجة ضعيفة لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة⁽¹⁾.

شروط الإثبات:

1. أن تسبقه دعوى.
2. أن يوافق الإثبات الدعوى.
3. أن يكون الإثبات في مجلس القضاء.
4. أن يكون الإثبات مؤثراً في الدعوة.
5. أن يكون موافقاً للعقل والحس وظاهر الحال.
6. أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن.
7. أن يكون الإثبات بالطرق التي يعتبرها الشارع⁽²⁾.

(1) ابن حجر، فتح الباري (ج5/283) بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (ج13/248)؛

القسطاني، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري (ج7/55).

(2) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (ج1/47).

المطلب الثاني: علاقة الشبهات بالدعوى ووسائل الإثبات

الدعوى ووسائل إثباتها خبر يحتمل الصدق والكذب على حد سواء لذلك لا يكون حجة بمفرده ولا يثبت به حق⁽¹⁾ فلا بد من مرجحات ترجح جانب الصدق على الكذب، وهذه المرجحات تكون في الدعوى وتكون في وسيلة الإثبات كالشهادة والأقرار وما شابه، ذلك لأن الدعوى ووسيلة الإثبات مفيدة للظن في صدق الدعوى، والظن يبقى معه احتمال النقيض، واحتمال النقيض شبهة، والشبهة تضعف هذا الظن⁽²⁾، ولكن ليس كل شبهة ترد بها الدعوى أو وسيلة الإثبات، وإنما لابد وأن تكون الشبهة قوية توجب الالتباس في الأمر، فإن الاحتمال الذي يشبه الوهم والخيال، لا عبرة به ولا يلتفت إليه⁽³⁾.

ولو اعتبرت القواطع في الدعوى ووسيلة الإثبات، لتعطل القضاء وضاعت الحقوق، لتعذر القطع واليقين وإنما يكتفى بالظن الغالب⁽⁴⁾، فإذا وجدت شبهة في وجوب الحد إما لخلل في الدعوى أو وسيلة إثباتها فحينئذ ندعها؛ وذلك لأن الأصل براءة المسلم حتى تقوم البينة على صدق الدعوى، فلو شككنا في الدعوى أو في وسيلة إثباتها فإنه يجب علينا أن نعمل الأسباب التي يزول بها الشك، فمثلاً لو شككنا في الشهادة على دعوى ما، فإننا لكي نتأكد من صدق الشهادة ونتخلص من الشك، فإننا نستشهد كل واحد على حدة، وأن نجمع بين شهادتهم، فإذا تناقضت عرفنا أنها شهادة باطلة، وإن اتفقت زال الشك عنها، وكذلك ننظر في حال المقر هل هو عاقل كامل العقل أو هو ناقص العقل؟ هل هو سكران أو غير سكران؟ هل هو ملجئ للإقرار أو غير ملجئ؟ وهلم جراً حتى نتبين، وذلك لأن الأصل براءة المسلم حتى يثبت ما يستحق به المؤاخذة⁽⁵⁾.

فلا بد للقاضي أن يقف على صحيح ما أتاه من الدعوى بغير إشكال؛ لأن القضاء يُقام بالإفصاح والتصريح وليس بالكنايات والتلميح، ألا ترى لو أن الشهود شهدوا على رجل بالزنا، ولم يقولوا رأينا أولج فيها كان حكمهم حكم من قذف لا حكم من شهد⁽⁶⁾، ولو أننا شممننا ريح خمر تخرج من فم رجل لكانت هذه قرينة محتملة وليست صريحة؛ لأن ريح نحو التفاح الحامض وكذا السفرجل يشبه رائحة الخمر، ولاحتمال أنه شربها إكراها، أو اضطراراً⁽⁷⁾، فإذا اشتبه أمر الإنسان وأشكل

(1) الخصاف، أدب القاضي (ج2/303 وما بعدها).

(2) القرافي، الفروق (ج1/182)؛ الشاطبي، الموافقات (ج1/272).

(3) السعدي، بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار ط الرشد (ص313).

(4) الطوفي، شرح مختصر الروضة (ج2/237).

(5) العثيمين، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام (ج5/369).

(6) ابن بطال، شرح صحيح البخاري (ج8/445).

(7) الملا علي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (ج4/1514).

علينا حاله، ووقعت الاحتمالات: هل فعل موجب الحد أم لا؟ وهل هو عالم أو جاهل؟ وهل هو متأول معتقد حله أم لا؟ وهل له عذر عقد أو اعتقاد؟ درأت عنه العقوبة؛ لأننا لم نتحقق موجبها يقينا⁽¹⁾.

(1) السعدي، بهجة قلوب الأبرار وقرّة عيون الأخيار ط الرشد (ص313).

الفصل الثاني

أثر الشبهات الواردة على الدعاوى في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: الشبهات الواردة على المدعي.

المطلب الأول: شبهة انعدام أهلية المدعي، وأثرها.

سبق أن بين الباحث معنى الشبهة لغة واصطلاحاً في الفصل الأول من هذا البحث، ولذلك سينتقل الباحث لبيان معنى الأهلية لغة واصطلاحاً، وبيان معنى المدعي لغة واصطلاحاً، ومن ثم يُبين المقصود بشبهة أهلية المدعي كمصطلح مركب.

الفرع الأول: تعريف الأهلية لغةً واصطلاحاً:

أولاً: الأهلية لغةً: الأهلية: اسم مؤنث مأخوذة من المصدر أهل، وتطلق الأهلية في اللغة على عدة معانٍ، ترجع إلى معنى صلاحية الأمر للشيء، يقال: فلان به أهلية أي: كفاءة وجدارة والكفاية لأمر من الأمور⁽¹⁾، ويُقال هو أهل لكذا، أي هو مستوجب له. وأهله لذلك تأهيلاً، وأهله رآه له أهلاً ويقال: استأهله بمعنى استوجبه⁽²⁾، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، والصلاحية لوجوب الحقوق، له أو عليه⁽³⁾، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين: "وَكَاوَأُحَقِّقَ بِهَا وَأَهْلَهَا"⁽⁴⁾.
ثانياً: الأهلية اصطلاحاً:

لقد تفاوتت عبارة الأصوليين في تعريف الأهلية، وجميع هذه التعريفات متقاربة، إذ أنها تدور حول معنى واحد ألا وهو: صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام، وهذه الصلاحية عبارة عن صفة قدرها الشارع في الإنسان، بحيث يكون صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له، والواجبات عليه⁽⁵⁾، يتضح تعريف الأهلية في الاصطلاح الأصوليين من خلال تعريف قسميها: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

ثالثاً: أقسام الأهلية:

قسم الأصوليون الأهلية الى قسمين:

- (1) الزبيدي، تاج العروس (ج45/28) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف (ص67) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (ج1/136)
- (2) ابن منظور، لسان العرب (ج11/29-30)؛ المرسي، المحكم والمحيط الأعظم (ج4/356)؛ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط (ج1/32)
- (3) الزبيدي، تاج العروس (ج45/28)؛ المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف (ص67)؛ عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (ج1/136).
- (4) [الفتح: 26]
- (5) البخاري، كشف الأسرار (ج4/237)؛ ابن نظام، فواتح الرحموت (ج1/242)؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير (ج2/164).

أ. أهلية الوجوب: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له، وعليه⁽¹⁾.

تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين:

1. أهلية الوجوب الناقصة: تثبت للجنين في بطن أمه؛ لأنه تثبت له حقوق ولا تترتب عليه واجبات، ولكن تلك الحقوق لا بد لثبوتها من ولادته حياً، فإن ولد ميتاً لم يثبت له أي حق، كالإرث والوصية ونحوها⁽²⁾.

2. أهلية الوجوب الكاملة: تثبت للإنسان منذ ولادته إلى وفاته ولا تفارقه بسبب الصبا أو الجنون ونحو ذلك؛ لأنها تثبت بمجرد الحياة⁽³⁾.

ب. أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً⁽⁴⁾.

تنقسم أهلية الأداء إلى قسمين:

1. أهلية الأداء الناقصة: تثبت للإنسان عند وصوله سن التمييز إلى البلوغ، فشرطها الأساس التمييز، فلا تثبت للمجنون الذي لا يعقل، ولكنها تثبت لضعيف الإدراك ومن به تخلف عقلي، ولكنه إذا لم يبلغ سن التمييز، أو بلغ ولكنه مجنون فلا تكون له أهلية الأداء، وما عليه من واجبات يقوم وليه بأدائها من ماله، فيخرج عنه ما يجب عليه من نفقة أو زكاة أو ضمان متلف من ماله. ويترتب هذا النوع من الأهلية صحة ما يفعله الشخص من العبادات، فيصح إسلام الصبي وصلاته وحجه وصيامه ونحو ذلك، ولكن لا يكون ملزماً بأدائها إلا على جهة التأديب والتمرين⁽⁵⁾.

2. أهلية الأداء الكاملة: هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره⁽⁶⁾.

وهذه الأهلية هي المقصودة في هذا البحث من حيث تعلق الشبهة فيها؛ لأنها الأهلية التي بها تصح تصرفات الشخص، وعليها تُبنى الإلتزامات.

(1) السرخسي، أصول السرخسي (ج2/333)؛ التقطازاني، شرح التلويح على التوضيح (ج2/321)؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير (ج2/164).

(2) الجديع، تيسير علم أصول الفقه (ص89)؛ السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص81).

(3) المراجع السابقة.

(4) التقطازاني، شرح التلويح على التوضيح (ج2/321)؛ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير (ج2/164)؛ الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (ج4/2964).

(5) السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله (ص81).

(6) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته (ج4/2966).

الفرع الثاني: تعريف المُدعي لغةً واصطلاحاً:

معرفة المُدعي والمُدعى عليه غاية بالأهمية لأنه لا يمكن القيام بالقضاء إلا بعد معرفتهما معرفة دقيقة لما يترتب على ذلك من تطبيق قواعد الإثبات ومن ثم تكليف أحدهما بالإثبات دون الآخر، ولقد اهتم الفقهاء في بيان الفرق بينهما وقد وضعوا لذلك قواعد وضوابط للتمييز بينهما.

أولاً: المُدعي لغةً واصطلاحاً:

المُدعي لغةً: مدع اسم فاعل من ادعى، وهو الطلب، وهو قول يطلب به الإنسان إيجاب الشيء على غيره⁽¹⁾، يقال: ادعى الشيء: تمناه، ومنه قوله تعالى: "لَمَّا فِيهَا فَكَّهَتْهُمُ مَا يَدْعُونَ"⁽²⁾، المدعي، كل من ادعى نسبا أو علما، أو ادعى ملك شيء، نوزع فيه أو لم ينازع⁽³⁾.

المُدعي اصطلاحاً: من لا يجبر على الخصومة إذا تركها⁽⁴⁾.

فالمُدعي هو الذي يطلب الحق من غيره سواء أكان ديناً أم عيناً، فحق الطلب له، ويكون باختياره وهو منشئ الخصومة، ولا يمكن لإنسان أن يجبره على طلب حقه من آخر لاحتمال أنه استوفاه منه أو أبرأه⁽⁵⁾.

المقصود بشبهة إنعدام أهلية المدعي:

من خلال ما تقدم يتبين أن المقصود بإنعدام أهلية المدعي، هو ما يعتري المدعي من نواقص فتجعل منه شخصاً غير متزنٍ في توضيح مراده ومطلبه.

الفرع الثالث: أمثلة تطبيقية لانعدام أهلية المدعي

ادعى صبي مميز على رجل عاقل بالغ بجناية، ومحل الشبهة في هذه الدعوى هو في اختلاف الفقهاء في اعتبار الدعوى من الصبي المميز، على اعتبار أن الاختلاف بين الفقهاء يُعد شبهة معتبرة في الأقضية.

(1) النكري، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون (ج2/74).

(2) [يس:57].

(3) الركي، النظم المستعذب (ج2/357).

(4) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي (ج3/154)؛ ابن الشحنة، لسان الحكام في معرفة الأحكام

(ج1/226)؛ الجرجاني، التعريفات (ص207).

(5) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (ج2/649-650).

وقد اختلف الفقهاء في قبول دعوى الصبي المميز على النحو التالي:
القول الأول: ذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾ إلى الاكتفاء بالأهلية الناقصة في ادعاء المدعي،
لذلك تجوز عندهم الدعوى من الصبي المميز المأذون له.

دليلهم ما يلي:

أن الدعوى من التصرفات التي تترتب عليها نفعاً وضرراً كالتصرفات المالية، وبالتالي تصح
عندهم هذه التصرفات من الصبي المميز وعليه تصح الدعوى منه، وأما إذا انعدمت الأهلية
الكاملة فيلزم موافقة الولي فيها⁽³⁾.

نُقِشَ هذا الاستدلال: بأن القياس على الأمور المالية لا يصح إذ إن التصرفات لا تصح إلا
بالبلوغ أو بإذن وليه⁽⁴⁾.

القول الثاني: وذهب الشافعية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، إلى عدم جواز الادعاء من ناقص الأهلية ولو كان
مأذون له.

دليلهم ما يلي:

1. قوله تعالى: "حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"⁽⁷⁾.

وجه الدلالة: أن قول الصبي غير المميز غير معتبر إذ إن الشرط الأساسي لقبول قوله هو البلوغ
والرشد، وكلاهما غير متوفر عند الصبي غير المميز.

(1) ابن مازه، المحيط البرهاني (ج9/530)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/21)؛ ملا
خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام (ج2/330).

(2) الحطاب، مواهب الجليل (ج5/120)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/96).

(3) المرغيناني، الهداية (ج4/294)؛ الزيلعي، تبين الحقائق (ج5/219)؛ التفتازاني، شرح
التلويح (ج2/923)؛ ابن الهمام، فتح القدير (ج9/312).

(4) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج6/284)؛ العثيمين، الشرح الممتع على زاد
المستتبع (ج15/385).

(5) البجيرمي، تحفة الحبيب (ج4/446)؛ نووي الجاوي، نهاية الزين (ج1/386)؛ الغمراوي، السراج الوهاج
(ج1/511).

(6) ابن مفلح، المبدع شرح المقنع (ج8/249)؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف
(ج11/371)؛ الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد (ج4/420)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى
(ج6/566).

(7) [النساء: 6]

سبب الخلاف:

هو اختلافهم في تحديد العلة التي لأجلها منع الصبي من التصرف. فمن قال بأن العلة هي أن يميز الصبي ويعقل ما يتصرف به أجاز للصبي المميز التصرف وإن لم يكن بالغاً. ومن قال بأن العلة في منع الصبي من التصرف هي عدم البلوغ والرشد، قال بأن تصرفه غير صحيح حتى لو كان مميزاً⁽¹⁾.

الترجيح.

ورجح الباحث القول الثاني؛ وذلك لما يلي:

إن الهدف من اشتراط البلوغ والرشد في الآية هو اجتماع الأمرين معاً: البلوغ والرشد، ولو كان المراد هو الرشد وحده لاكتفى القرآن بالإشارة إليه فقط؛ لكن لما أشار إلى البلوغ والرشد معاً دل ذلك على أن المراد هو البلوغ والرشد معاً.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق (ج5/219).

المطلب الثاني: الشبهة في لفظ المدعي

اشترط الفقهاء بلا خلاف بينهم⁽¹⁾، في لفظ الدعوى أن تكون بتعبيراتٍ جازمةٍ وقاطعةٍ ليس فيها تردد، فقالوا إنه لا تصح الدعوى بنحو أشك أو أظن أن لي على فلان مبلغ كذا أو أنه غصب مني دابتي⁽²⁾.

وسبب هذا الاشتراط هو وجوب أن يكون كلام المدعي واضحاً ومطابقاً للواقع الذي يدعيه؛ بحيث لا يكون هناك ثغرة في شكواه لا يستقيم معها فتح الدعوى القضائية واستدعاء الخصم للجواب عليها وغيرها من إجراءات التقاضي؛ ذلك لأنه لا يجوز فتح الباب لقبول دعاوى واستدعاء الناس لمجالس القضاء ليجيبوا على دعاوى واهية في بُنيانها الأساسي وقوامها المنطقي، كالذي يدعي أن له حق على فلان، لكنه في لفظه يشك في اتهام المدعى عليه، وعليه فلا بد أن تكون عبارة المدعي وألفاظه جازمة في الادعاء، وقاطعة في الاتهام بأن له حق عند فلان، أو على الأقل أن يكون لديه ظن قوي؛ لأن في ذلك استعمالاً للقضاء فيما لم يجعله له، واشغالاً للقضاء عما هو له من حيث مضيعة الوقت والجهد فيما لا طائل تحته، ولما في ذلك من جريرة الناس إلى مجالس القضاء، واشغالهم عن مصالحهم دون موجب معتبر، وقد استثنى من هذا الشرط دعاوى الاتهام الجنائية، فإنها تجوز بالألفاظ المترددة، فإذا قال أتهمه بسرقة دينار مثلاً فإن دعواه تسمع؛ لأن دعوى الاتهام ترجع في أساسها للشك والظن⁽³⁾.

مثال تطبيقي للشبهة في لفظ المدعي

بناء على الاتفاق بين أهل العلم على وجوب القطعية في لفظ المدعي، فإن الباحث يرى أن من رفع دعوى على جاره بأنه أتلف زرعاً له أو هدم جداراً أو حرق أشجاراً له، ولا دليل له عليه ولا يوجد ثمة بينة توجب الحكم بموجبها، وكان لفظه في ذلك "أشك أن جاري قام بهذا الفعل"، فإن الشك في ذلك وعدم الجزم لا يمكن أن يستدعي به القاضي خصم المدعي ولا أن يطالبه بالرد على الدعوى، إذ إن في ذلك إنشاء للنزاعات ونشر لها بدلاً من فضها وإنهائها، وفيه فتح للباب أمام من أراد أن يدعي من شاء بما شاء.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/195)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج5/543)؛ الجندي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب (ج8/19)؛ الأنصاري، أسنى المطالب (ج2/297)؛ القيرواني، النوادر والزيادات (ج8/148)؛ ابن الجزي، القوانين الفقهية (ج1/198).

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي (ج4/144).

(3) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب (ج17/23).

المطلب الثالث: شبهة عدم مطالبة المدعي بما يدعيه

إن من غير المنطقي مطالبة أحد لجيب على شكوى لم يطلب صاحبها الجواب عليها، فمن بديهيات القضاء في دعاوى غير الجنائية أن يكون هناك مدعي يطلب حقا له عند فلان من الناس، فإن لم يوجد فلا توجد دعوى ابتداء، فإن وجدت الدعوى فلا بد أن تكون صحيحة وكاملة من حيث توفر شروطها التي لا تقوم إلا بها، من جهة كونها بلفظ واضح وصريح ومباشر، وأن يطلب المدعي أن يجيب المدعى عليه على هذه الدعوى.

وقد بين الباحث في المطلب السابق ما يتعلق باللفظ من الشبه التي بها ترد الدعوى، والآن سيبين الباحث الشبه التي قد تعرض لمطالبة المدعي لحقه.

سبق في تعريف المدعي أنه الذي لا يُجبر على الخصومة، وأنه إذا ترك الخصومة تركت، فهو قوامها وعمادها؛ لأنه لا يمكن للقضاء أن يجبر إنسان على طلب حقه من آخر، لاحتمال أنه استوفاه منه، أو أبرأه، أو لأي سبب آخر، فقد يكون ترك المدعي مباشراً وصريحاً، وهذه لا اشكال فيها، وقد تغتلبه شبهة تمنع من استدعاء المدعى عليه لجيب على هذه الدعوى.

مثال ذلك: أن يأتي الرجل إلى مجلس القاضي دون مطالبة المدعي للحق الذي يدعيه، وذلك كأن يقتصر على ذكر الحق الذي يدعيه في سياق حكاية عن نفسه أو عن المدعى عليه دون مطالبة المدعى عليه، هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، كالاتي:

القول الأول: ذهب الحنفية على القول الراجح في مذهبهم⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية في قول⁽³⁾ والحنابلة على القول الراجح في مذهبهم⁽⁴⁾ إلى أن مطالبة المدعي غير واجبة.

دليلهم ما يلي:

أن المطالبة معروفة ضمناً حيث ما تقدم المدعي بادعائه إلا من أجل المطالبة بما يدعيه عدم اشتراط المطالبة، فقريته حاله تدل على إرادة ذلك؛ ولأن أكثر الناس لا يعلمون توقف الحكم على طلبهم، فتوقف الحكم عليه يفضي إلى فوات حقه؛ ولأنه لم ينقل هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن خلفائه، فاشتراطه يخالف ظاهر حالهم.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج5/544).

(2) عليش، منح الجليل (ج8/312)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/149).

(3) الماوردي، الحاوي الكبير (ج16/308-309)؛ الشيرازي، التتبيه (ج1/254)؛ الهيتمي، تحفة المحتاج (ج10/152)؛ الروياني، بحر المذهب (ج14/95).

(4) ابن قدامه، الكافي (ج4/237).

القول الثاني: ذهب الحنفية في قول⁽¹⁾ والشافعية في قول⁽²⁾ والحنابلة في قول⁽³⁾، إلى وجوب مطالبة المدعي بما يدعيه على المدعى عليه، بأي من ألفاظ المطالبة كأن يقول أنا أطلبه به أو مره ليعطيني حقي وما شابه، ولا يحكم القاضي في القضية المعروضة إلا بمطالبة المدعي؛ لأن الحكم حق له، فلم يجز استيفاؤه بغير إذنه.

دليلهم ما يلي:

1. أن حق الإنسان يجب أن يوفى بناء على طلبه، والحكم الذي يخرج من القاضي هو حق للمدعي فيحتمل أن يكون غير مطالب به إن لم يطالب صراحة، وذلك كأن يطلب الحق الذي على فلان في سياق كلامه وحكايته لشخص آخر أو حتى للقاضي، لكن في حال طلبه تبين للقاضي مقصده وغرضه من ذكر الحق⁽⁴⁾.

2. أن القاضي يقتضي منه أن يكون نازعا للخصومات وقاطعا لها لا منشأ لها من جديد، فإن نظر القاضي في الدعوى المقدمة من المدعي دون مطالبة المدعي بالنظر فيها أي دونما مطالبة من المدعي بالحق كان منشأ للنزاع والخصومة ومؤججا لها لا قاطعاً لها؛ وذلك على عكس مقصد القضاء، لذلك إن سكت المدعي فالأولى أن يسكت القاضي وكذلك إن طالب به فالأولى أن يجيبه القاضي⁽⁵⁾.

سبب الخلاف.

اختلافهم في تكييف المطالبة هل هي شرط لاستيفاء الحق والحكم به أم أنها ومجرد وسيلة يمكن الاستغناء عنها بغيرها كقرينة الحال مثلاً؟
فمن رأى أنها شرط لا يصح القضاء والحكم إلا بتوفرها قال بوجوب المطالبة، ومن رأى أنها مجرد وسيلة يمكن الاستيعاض عنها بغيرها قال بعم وجوبها.

الترجيح:

يرى الباحث أن القول الثاني أكثر وجاهة للأسباب التالية:

1. وجاهة الأدلة العقلية التي ساقها أصحاب القول الثاني.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222)؛ العيني، البناية شرح الهداية (ج6/363)؛ الزبيدي، الجوهرة النيرة (ج2/210).

(2) الماوردي، الحاوي الكبير (ج16/308-309)؛ الشيرازي، التنبيه (ج1/254)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج10/152)؛ الروياني، بحر المذهب (ج14/95).

(3) ابن قدامه، الكافي (ج4/237).

(4) ابن الهمام، الهدية وتكملة فتح القدير (ج6/147)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222).

(5) الخصاص، أدب القاضي (ج2/303 وما بعدها).

2. أن العمل بهذا القول فيه حفظاً لهيبة القضاء أمام الناس، فلو ادعى المدعي من غير مطالبة، كان أشبه ما يكون القضاء بديوانية لطرح الناس شكواهم من غير ترتب أي أثر قضائي عليه.

3. فيه اشغال للقضاء وتضييع مصالح العباد وأوقاتهم، فما فائدة قدومك للمحكمة أو الجهة القضائية واشغال القاضي طالما أنك لا تريد ما تدعيه أنه حق لك.
وعليه: فإن الباحث يرى أن أي دعوى لا تتضمن مطالبة هي دعوى غير معتبرة ؛ لفقدانها لجوهرها مما أورد شبهة فيها تسقطها كأنها لم تكن.

المبحث الثاني: الشبهات الواردة على المدعى عليه

إن لكل دعوى طرفي خصومة كما هو معلوم، ولكل طرف شروطه التي يجب أن تتوفر فيه؛ لكي تكون الدعوى مقبولة وينظر فيها قضائياً، والحديث هنا عن المدعى عليه، فلكي تكون الدعوى صحيحة لا بد أن تتوفر في المدعى عليه أموراً، سيأتي الباحث على بيانها في المطالب التالية.

المطلب الأول: شبهة غياب المدعى عليه

يعتبر حضور الخصمين لمجلس القضاء أمر ضروري لصحة القضاء وإنهاء الخصومات وفض النزاعات وقد كفلت الشرائع السماوية والقوانين الوضعية كافة حق المدعى عليه بالعلم بالقضية المرفوعة ضده وحقه في حرية الدفاع عن نفسه ورد الدعوى المرفوعة عليه؛ لأن عدم علم المدعى عليه بالقضية لن يمكنه من المجيء لمجلس القضاء والدفاع عن نفسه، وبالتالي لن يكون هناك قضاء عادل وهذا سيؤدي إلى تفشي الظلم والنزاعات والخصومات بين الناس؛ لذلك أمرت الشريعة بالحكم بين الناس بالعدل ولا يمكن أن يكون الحكم عادلاً إلا إذا سمع القاضي من الخصمين على حد سواء. لذلك لا بد من أن يكون الخصم حاضراً مجلس القضاء فإذا غاب الخصم عن مجلس القضاء اختل ميزان القضاء.

الفرع الأول: أثر غياب الخصم عن القضية

يختلف أثر غياب الخصم عن القضية تبعاً لحالة غيابه عن القضية، وعدم حضور الخصم لا يخرج عن حالة من هذه الحالات:

1، 2 غياب عن سماع الدعوى، وحضوره بعد ذلك والإجابة على الدعوى، فغياب المدعى عليه عن سماع الدعوى لا يؤثر على صحة إقامة الدعوى⁽¹⁾؛ إذ لو كان حضور الخصم شرطاً لصحة إقامة الدعوى لما فصل في قضية من القضايا لأن الخصم لن يحضر إلى القضاء وبذلك يتعطل القضاء.

2، 2 عدم حضوره بتاتاً مع عدم علمه بالدعوى المرفوعة ضده، هنا لا يصح الحكم في القضية، فلا بد من حضور الخصم؛ ليسمع الدعوى ويجيب عليها؛ لأنه لو يُعطى الناس بدعواهم، فقد

(1) حاشية قليوبي على شرح المحلّي للمنهاج (ج4/163)؛ الزليعي، تبين الحقائق (ج3/310)؛ العيني، البناية شرح الهداية (ج7/358).

جاء أخوة يوسف أباهم ببيكون مع أنهم هم الجناة، فسماع إجابة المُدعى عليه على الدعوى لو بالنكول عن الحضور إلى مجلس القضاء شرطا لصحة الحكم في القضية⁽¹⁾.
3، 2 غيابه عن سماع الحكم في القضية المنظورة مع حضوره في الجلسات السابقة وإجابته عن الدعوى.

اصدار القاضي حكمه في غياب الخصم ليس له كبير أثر، لا سيما في هذا الزمان لوجود المرسلين لدى المحاكم يقومون بتبليغ أطراف القضية مجريات القضاء فيها.
4، 2 عدم حضوره بتأثراً رغم علمه بالدعوى المرفوعة ضده⁽²⁾.

في حال عدم مجيئه لمجلس القضاء بعد أن تم تبليغه بالدعوى المرفوعة ضده، فلا يخرج غيابه عن صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون غيابه تمرداً على الحضور لمجلس القضاء، ففي هذه الحالة فقد اتفق الفقهاء على جواز القضاء عليه عقوبة له⁽³⁾.

الصورة الثانية: أن يكون غيابه لعذر معتبر، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: اشترط الحنفية⁽⁴⁾ لصحة القضاء والنظر في القضية حضور المُدعى عليه.

دليلهم ما يلي:

1. حديث عليّ رضي الله عنه، وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: "إِذَا أَتَاكَ الْخَصْمَانِ فَسَمِعْتَ مِنْ أَحَدِهِمَا، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ، فَإِنَّهُ أُثْبِتَ لَكَ"⁽⁵⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى علياً عن إصدار حكمه في القضايا بناءً على ما يسمعه من أحد الخصمين، وأمره بالسماع من كليهما⁽⁶⁾، ولهذا قالوا بفساد الدعوى على الغائب.

(1) القدوري، التجريد (ج12/6554)؛ الطرابلسي، معين الحكام (ج1/59)؛ حيدر، درر الحكام في شرح أدلة الأحكام (ج4/182).

(2) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/19).

(3) حيدر، درر الحكام في شرح أدلة الأحكام (ج4/675).

(4) السرخسي، المبسوط (ج17/39)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/8)؛ ابن مازة، المحيط البرهاني (ج8/89).

(5) [البيهقي: السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي/ بدون باب ج10/148: رقم الحديث 20153] قال الألباني: حسن حديث (انظر: إرواء الغليل للألباني ج8/266).

(6) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/223).

القول الثاني: وهو قول الجمهور⁽¹⁾، عدم اشتراط حضور الخصم بل تكفي معرفته؛ لأنّ الدعوى مرتبطة بإرادة المدعى، فلا ينبغي أن يشترط لصحة تصرفه أمر يتعلّق تنفيذها بإرادة خصمه.
دليلهم ما يلي:

1. أن انتظار حضور المدعى عليه مع وجود ما يشهد بثبوت الحق للمدعى فيه إطالة للباطل وتمادي فيه وهذا على غير ما وضع القضاء لأجله.
 2. اشتراط حضور المدعى عليه فيه فتح للباب أمام المتلاعبين بحقوق العباد بأن يتغيبوا فتضيع الحقوق.
- سبب الخلاف.**

اختلافهم في تأويل النصوص، فمن قال أن النبي إنما قال لهند ما قال في مقام الفتوى وليس في مقام القاضي قال بعدم جواز القضاء على الغائب، ومن رأى أنه قال ما قال لهند في مقام القضاء قال بجواز القضاء على الغائب.

الترجيح:

رجح الباحث قول الجمهور في هذه المسألة، وذلك للاعتبارات التالية:

1. أن توقفت صحة القضية على حضور الخصم للمجلس القضاء لما فصل في قضية ولتغيب المدعى عليه عن مجلس القضاء بأعدار شتى ولبقيت قضايا الناس في المحاكم معقلة تنتظر مجيئ المدعى عليه.
2. أن هذا القول يؤدي إلى إجبار الخصم إلى حضور مجلس القضاء والذي من شأنه أن يؤدي إلى إنهاء الخصومات وفض النزاعات.
3. يمكن الرد على استدلال الحنفية بأن المقصود من الحديث هو أن يكون الخصم على علم بما يجري ليتسنى له الحضور والدفاع عن نفسه، وما دام أنه عرف بالقضية وامتنع عن الحضور فهو الذي أضرع حقه وأدان نفسه بنفسه.

ضابط هذا الترجيح:

أن يتم تبليغ المدعى عليه بالدعوى وبياناتها وبما تم فيه الحكم عليه.

(1) القيرواني، النوادر والزيادات(ج8/198)؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير(ج4/163)؛
الماوردي، الحاوي الكبير (ج16/298)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج10/166)؛ الكوسج، مسائل الإمام
أحمد(ج4/1975)؛ ابن قدامة، المغني (ج5/105).

الفرع الثاني: الشبهة في غياب المدعى عليه وأثرها على القضية

إذا تم رفع الدعوى في مجلس القضاء وتمت إجراءات التبليغ للمطالبة بالرد على الدعوى ومحل الخصومة وهو المدعى عليه، من الممكن أن يدعي أن من تم تبليغه للإجابة على الدعوى حسب الأصول هو أحد سكان منزله وليس المدعى عليه بالتحديد، أو يدعي أنه قد تم تبليغه حسب الأصول لكن منع حضوره لمجلس القضاء أمر ملجئ، أو تدخل أطراف معنية بعدم حضوره كالإكراه أو ممارسة الضغوط عليه، لذلك فإن السير في الدعوى مع غياب المدعى عليه لعذر، فإن الباحث يرى أن ذلك شبهة، سيما وأن من حق المدعى عليه أن يعرف خصمه، وأن يدفع دعوى المدعي بما يريد وأن غيابه منعه من حق كفله له الشارع، وأن السير في الدعوى مع غيابه في خروج عن المسار الذي يجب أن يسير عليه القضاء.

المطلب الثاني: شبهة عدم اعتبار المدعى عليه خصماً.

الأصل في الدعاوى أن يكون المدعى عليه معيناً معلوماً، إذ لا سبيل إلى الوصول إلى هدف الدعوى إلا بهذا الشرط.

لذلك وضع الفقهاء ضابطاً لتحديد الخصم في القضية المنظورة، في حال تعدد الخصماء في القضية.

الضابط هو: "لو أقر المدعى عليه يصح إقراره ويترتب عليه الحكم، فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى ويصح توجيهها إليه، أما إذا كان لا يترتب عليه الحكم فلا يكون خصماً بإنكاره ويدخل في ذلك من ينوب عن الأصل من وليٍّ أو وصيٍّ أو قيمٍ"⁽¹⁾.

ما يتفرع عن هذا الأصل: لو قال لآخر إن رسولك أخذ مني كذا لأجلك فأعطني ثمنه، كان المرسل خصماً للطالب إذا أنكر، لأنه يكون مجبراً على ثمن المبيع لو أقر بشراء رسوله، إذ الحقوق تتعلق بالمرسل لا بالمرسل⁽²⁾.

تطبيق الضابط على كل نوع من أنواع الدعاوى:

الفرع الأول: دعوى العين

يكون المدعى عليه في هذه الدعاوى هو من كانت العين في يده⁽³⁾.

وبيان انطباق هذا القول على الضابط: أن من لا يملك وضع اليد على العين المدعى بها ليس له أن يقر بهذه العين، وإن أقر بهذه العين فإن إقراره لا يكون فيه التزاماً للذي يحوزها، فالإقرار إنما يكون لمن يحوزها⁽⁴⁾.

وغالباً ما يدل وضع اليد على العين -التي بها يصبح خصماً- على الملك في الظاهر؛ لذلك فإن اليد غير المالكة أو الطارئة مثل وضع اليد في الإيجار أو الإعارة أو الرهن، لا تصح توجيه الدعوى فيها إلى واضع اليد بشكل منفرد، لكن يؤمر واضع اليد الطارئة بتسليم العين بعد اثبات صحة الدعوى⁽⁵⁾ وترد الدعوى حين يثبت المدعى عليه في هذه الدعوى أن وضع يده كان بشكل طارئ⁽⁶⁾؛ وعملاً بما تقدم في القاعدة أن إقرار المدعى عليه في اليد الطارئة أو العارضة لا يلزم صاحب اليد المالكة، ولا يكون بإنكاره خصماً.

(1) مجلة الأحكام العدلية (ج1/325)؛ الحطاب، مواهب الجليل (ج6/125).

(2) ملا خسرو، درر الحكام (ج2/410).

(3) السرخسي، المبسوط (ج11/89)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/227).

(4) مصطفى البغا، وآخرون، الدعاوى والبيانات والقضاء (ص50).

(5) ابن قاضي سماونه، جامع الفصوليين (ج1/38).

(6) المرغيناني، الهداية (ج3/166).

ويتفرّع على هذا صور منها:

بيع المغصوب:

مثاله: إذا باع زيد ملك محمد بدون إذن من محمد لعمرو كان الخصم في هذه الدعوى هو عمرو إن كان الدعوى من محمد قائمة على طلب رد العين، لكن إن طلب محمد في دعواه التضمين فإن الخصم فيها حينئذ هو زيد باعتباره خصماً⁽¹⁾.

ميراث العين:

مثاله: إذا توفي أب تاركاً أبناءً وعقارات له، فورثه أبناؤه، فحصل أحد أبنائه على الدار المدعى بها، فإن الخصم هنا يكون الابن الوارث بحكم وضع يده على العين - وهي الدار-؛ لأن صفة وضع يده على الدار ملك، وليس بشكل عارض كالإجارة أو الرهن⁽²⁾.

الشفعة في العقار:

إذا طلب صاحب حق الشفعة في المبيع بعد بيعه، فإن الخصم في هذه الدعوى هو المشتري في حال تم استلام المبيع، أما إن لم يتم التسليم كان الخصم كلاً من البائع والمشتري؛ وذلك لأن البائع ما زال واضع يده، والمشتري مالك، فلا بدّ من حضورهما معاً⁽³⁾.

الفرع الثاني: الدعاوى المختصة بالدين

الدين شيء في الذمة، ولهذا لا يكون خصماً في دعاوى الدين إلا من كان الدين في ذمته، أو وكيله⁽⁴⁾.

ووجه تفرّع هذا عن الضابط: أن المدين هو الذي يُلزمه إقراره بمعنى أنه يترتب على إقراره الحكم عليه بهذا الدين في الدعوى ذات الخصوص⁽⁵⁾.

ويتفرّع على هذا:

أن واضع اليد على العين التي يعود ملكها المدين لا يصح فيها أن يكون ذات واضع اليد مدعى عليه، وإن حصل منه إقراراً أن الملك يعود للمدين؛ ذلك لأن إقراره غير معتبر، ويقاس على

(1) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج1/696).

(2) السرخسي، المبسوط (ج17/44)؛ المرغيناني، الهداية (ج3/166).

(3) ابن قاضي سماونه، جامع الفصوليين (ج1/40)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/227).

(4) ياسين، نظرية الدعوى (ص295).

(5) ابن مازة، المحيط البرهاني (ج9/22)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/217)؛ ابن عابدين، رد المحتار

(ج8/57)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/228-249).

ذلك الدعوى الواقعة على المستأجر أو المستعير من المدين واستثنى الحنفية من ذلك ما كان الداعي له النفقة الشرعية على الزوجة والأولاد أو الأبوين، فإنه يجوز حينها توجيهها إلى الحائز العين المملوكة للمدين المطالب بالنفقة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الخصم في الدعاوى الأخرى

تقدم في هذا المبحث الحديث عن دعوى العين ودعوى الدين، لكن لا تقتصر الدعاوى القضائية على ذلك فقد تكون الدعوى على قول كدعوى الطلاق أو الإبراء أو فعل كدعوى الغصب أو غيرها، فكيف للقاضي أن يحدد الخصم؟.

1، 3 الدعوى المختصة بالفعل:

يكون الخصم في الدعوى المختصة بالفعل هو الفاعل نفسه، وذلك مثل دعوى الإلتلاف أو الاغتصاب، فيكون فيها المدعى عليه هو المُغتصب أو المُتلف، ويصح أن تقام الدعوى على واضع اليد، ويستثنى من ذلك أن يكون الفاعل مُكرهاً، فإن كان كذلك فيكون الخصم هو الشخص المُكره، وكذلك تقام الدعوى على صاحب الدابة التي أتلقت في دعوى الإلتلاف، فيصح توجيه الدعوى على من في يده الشيء المتعلق بالدعوى، وكذا الفاعل⁽²⁾.

2، 3 الدعوى المختصة بالقول:

يكون المدعى عليه في دعاوى القول كالطلاق والقذف والإقرار والإبراءات هو القائل، فالخصم هو المبرئ أو المطلق أو المقر أو القاذف أو الشاتم. أي المطلق والقاذف والمبرئ⁽³⁾.

3، 3 الدعوى المختصة بالعقد:

الخصم فيه هو مبرم العقد أي المباشر له، أو من حل مكانه كوكيل عنه أو وصياً له أو ورث عنه⁽⁴⁾.

4، 3 الدعوى المختصة بالحقوق:

حق الحضانة والرضاعة، فالخصم فيه هو الشخص الذي بينه وبين المدعي نزاعاً وتمنعاً في الوصول للمدعى به.

(1) مجلة الاحكام العدلية، مادة 1639- ج4/245).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع(ج6/231)؛ المرغيناني، الهداية (ج3/166)؛ ابن نجيم، البحر الرائق(7/232)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين(ج5/546)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج2/234).

(3) ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام (ج2/344)؛ ياسين، نظرية الدعوى (ص297).

(4) المراجع السابقة.

5، 3 حقوق الارتفاق:

ما قيل في دعاوى العين يقال هنا فالخصم فيه هو واضع اليد⁽¹⁾.

الفرع الرابع: صور شبهات في مدى اعتبار الخصم مُدعٍ عليه من عدمه.

من خلال ما سبق يتبين للباحث أن من صور الشبهة في عدم اعتبار المدعى عليه خصماً والتي تؤثر على الدعوى فتورد الشبهة فيها التي توجب رد الدعوى:

1. من قام برفع دعوى فعل على من أتلّف زرعه أو هدم بيته مكرهاً، فمطالبة المُكره وتضمينه هو هدف لمن أكرهه، وغضبه على فعله، والأصل في القضاء ردع الظالم ورد المظالم، وهذا لا يتحقق إلا -كما ذكر سابقاً- بأن يكون المدعى عليه والمسائل أمام الجهات القضائية هو المُكره لا المُكره، فإن رفع المدعي دعواه على المُكره فللمدعي دفعها بشبهة انتفاء الإرادة.
2. من رفع دعوى على مستأجر لدابة بدلاً من مالكها بأنها أتلّفت زرعه؛ لأن الدعوى لا تصح أن ترفع إلا على مالك اليد، ولا تصح -كما اتضح سابقاً- أن ترفع على غيره ممن كانت يده غير مالكة، وهاهنا يد المستأجر يد طارئة، فلو رفع المدعي دعوى بالخصوص المذكور آنفاً، فلا يلتفت إلى دعواه لأن المستأجر لا يعتبر خصماً، ولا بد من تحديد الخصم، حتى تسير إجراءات التقاضي في الطريق الصحيح.

(3) الطرابلسي، معين الحكّام (ص57)؛ ياسين، نظرية الدعوى (ص297).

المبحث الثالث: الشبهات الواردة على المدعى به.

المطلب الأول: شبهة التوكيل في الدعوى

اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على صحة التوكيل في الدعوى في حال وجد عذراً مقبولاً في المدعى حال دون رفعه الدعوى بنفسه أو قبل المدعى عليه أن ترفع الدعوى عليه من غير المدعى بنفسه، لكنهم اختلفوا في حال عدم وجود هذين الشرطين هل يصح التوكيل في الدعوى أم لا؟ على قولين:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة⁽²⁾ إلى وجوب صدور الدعوى من المدعى بنفسه والتداعي بلسان حاله، أو من يوكله في حال وجود العذر، حتى تترتب آثار الدعوى عليها من إجابة المدعى عليه وحضور الشهود وما إلى هنالك، ويحق للمدعى عليه رفض الوكيل ان لم يكن ثمة عذر، كمرض المدعى أو سفره بحيث يتعذر حضوره إلى مجلس القضاء، لكن إن رضي المدعى عليه أن تكون الدعوى بلسان غير المدعى، أو كان ثمة عذر مقبول في المدعى حال دون أن يدعي هو بلسانه، فإنه يجوز أن تكون الدعوى بلسان من ينوب عن المدعى.

دليلهم ما يلي:

1. حديث أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مِمَّا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَطَعْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ بِهِ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ"⁽³⁾.

وجه الدلالة: أن الناس حسب ما بين النبي صلى الله عليه وسلم تختلف في القيام بالدعوى والتنازع وبيان حججها، فأشبه ما يكون الأمر بالدين في الذمة فليس له أن يحيله المدين إلى غيره إلا برضى الدائن؛ ذلك لأن الناس تختلف في الثقة والملاءة⁽⁴⁾.

2. من أدلة جواز التوكيل في إثبات الأموال والخصومة ما روي أن علياً كرم الله وجهه وكل عقيلاً رضي الله عنه عند أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وقال ما قضى له فلي وما قضى

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222)؛ الطرابلسي، معين الحكام (ج1/63)؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج4/85)؛ القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (ج2/607)؛ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (ج2/162).

(2) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/192)؛ المرغيناني، الهداية (ج3/136)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222)؛ الطرابلسي، معين الحكام (ج1/63).

(3) [سلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية/ باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، ج3/1337: رقم الحديث 1713].

(4) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي (ج3/266).

عليه فعلي ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان رضي الله عنه، ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يُدعى عليه حق ولا يحسن الخصومة فيه⁽¹⁾.

3. وهو أن آثار الدعوى ومقتضياتها إجابة المدعى عليه، وهذا أمر يختص بالمدعى عليه لذلك لا بد فيه من رضاه⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب محمد وأبو يوسف من الحنفية⁽³⁾ ومالك⁽⁴⁾ والشافعي⁽⁵⁾ وأحمد⁽⁶⁾، إلى صحة التوكيل في الدعوى بدون اشتراط رضا المدعى عليه، ويترتب على الدعوى الصادرة من وكيل المدعى، كل ما يترتب عليها لو صدرت من المدعى نفسه.

دليلهم ما يلي:

1. أن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً رضي الله عنه عند أبي بكر وعمرو رضي الله عنهما وقال ما قضى له فلي وما قضى عليه فعلي⁽⁷⁾.

3. ان التوكيل حق خالص للموكل يستطيع أن يوكل من يشاء، فهو تصرف في شيء يملكه، فلا يتوقف هذا الأمر على رضا الخصم⁽⁸⁾.

4. أن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه كأن لا يحسن الترافع، أو يكره أن يتناوله بنفسه فيحتاج إلى أن يوكل غيره⁽⁹⁾.

(1) القرافي، الذخيرة (ج8/8)؛ الشيرازي، المهذب (ج2/162)؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج6/397)؛ النووي المجموع (ج14/98)؛ ابن قدامة المغني (ج5/65) الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى (ج4/141).

(2) الجصاص، شرح مختصر الطحاوي (ج3/267).

(3) المرغيناني، الهداية (ج3/136)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222).

(4) الحطاب، مواهب الجليل (ج5/183)؛ الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك (ج2/707)؛ المازري، شرح التلقين (ج2/802)؛ القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (ج2/607)؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج4/85).

(5) الدمياطي، اعانة الطالبين (ج3/101)؛ الشيرازي، المهذب (ج2/162)؛ الجويني، نهاية المطلب (ج7/34).

(6) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج2/136)؛ ابن تيمية، المحرر (ج1/349)؛ ابن مفلح، الفروع (ج7/47).

(7) البيهقي (ج6/81): ضعيف/ الألباني، إرواء الغليل (ج5/287).

(8) المرغيناني، الهداية (ج3/137).

(9) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (ج2/162).

سبب الخلاف:

الاختلاف في فهم النصوص وتأويلها، فأبو حنيفة في حديث أم سلمة، استقام الفهم عندهم على أنه التفاوت بين الناس في دفع الحجج يجعل الأمر مفتوحاً للناس في توكيلهم لمن يقوي حججهم، وحديث علي رضي الله عنه من قال أنه وكل برضا الخصم قال لا تجوز الوكالة في الدعوى إلا برضا، ومن أخذ الأمر على عمومه قال أنه بجواز الوكالة في الدعوى على الإطلاق.

2. اختلافهم في التوكيل في دعاوى هل هو كسائر التوكيلات أم أن الدعوى لها توكيل بأحكام خاصة.

الترجيح:

رجح الباحث قول الجمهور وذلك لما يلي:

1. أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره دون استثناء.
2. الحاجة قد تدعو إلى التوكيل إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات.
3. وضوح أدلة الجمهور وقوتها وسلامتها من المعارضة.

ضابط الترجيح

1. ألا يكون القصد من التوكيل المماثلة وإطالة أمد التقاضي بين المتداعيين، وبالتالي ضياع حقوق الناس.
2. أن يتم توكيل الأشخاص المشهود لهم بصلاحتهم؛ لكي لا يتخذ التوكيل ذريعة للتلاعب في الحقوق والتملص من الواجبات من خلال اللحن في الحجة.

مثال على شبهة التوكيل في الدعوى:

خلو التوكيل من العذر المبيح له، أو من رضا الخصم المنازع عند قول القائلين به. سبق وأن ذكر الباحث في مسألة التوكيل في الدعوى أن من العلماء من جعل سبب قبول الوكالة في الخصومة عائد إلى رضا الخصم، أو وجود العذر من المؤكل حال دون حضوره؛ لذلك فإنه عندهم وحسب الأدلة التي ساقوها إن وكل شخصاً شخصاً آخر في خصومته مع الطرف المنازع في القضية بغير عذر معتبر، فإن الدعوى ترد⁽¹⁾ - عند القائلين بها - لوجود شبهة وهو عدم رضا الخصم أو وجود العذر، وكذلك الأمر إن قام شخص بالغياب عن مجلس القضاء وتوكيل شخص آخر ينوب عنه في الخصومة فإنه يورد بذلك شبهة على الادعاء تجعل الخصم يطعن في صحته، وترد به الدعوى.

(1) المرغيناني، الهداية (ج3/136)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222).

لذلك: هذه الصورة التي تقدم بيانها عائدة إلى قول القائلين بعدم جواز التوكيل في الدعوى إلا للعزيزين الأنفي الذكر، لكن حينما ننزل هذه الصورة على أرض الواقع نجد أنه من الصعوبة بمكان أو حتى من الاستحالة ألا يقبل قاضي تنازع الوكيل عن الخصم لغيابه - وإن كان بغير عذر - أو أن يرفض القاضي وكالة لمحامي أو وكيل عن أحد المتداعيين لوجود مانع عند الطرف الآخر.

المطلب الثاني: شبهة الجهالة في المدعى به.

اتفق الفقهاء⁽¹⁾ على وجوب علم المدعى عليه بالمدعى به علماً لا يفضي إلى نزاع؛ ذلك لأن الحكمة من القضاء هي فض النزاع وإنهاء الخصومة، وهذا يتنافى مع جهالة المدعى به، فأمر القاضي للمدعى عليه أن يرد المدعى به للمدعي لا بد أن يكون واضحاً جلياً بكافة تفاصيله⁽²⁾.
كيفية العلم بالمدعى به في أنواع الدعاوى المختلفة:

الفرع الأول: دعاوى العين

قسّم العلماء في خضم حديثهم عن دعاوى العين، دعوى العين إلى العين المنقولة وغير المنقولة، وقصدوا بالعين غير المنقولة العقار (كالأراضي والمنازل) وغيرها.

أولاً: التنازع في العين غير المنقولة (العقار)

بمجرد الحديث عن العقار فإن أول ما يتبادر إلى الذهن هو ذلك المكان الذي لا يمكن نقله، ولا معاينته إلا بالتحرك إلى مكان وجوده، ويعرف باستقراره وانعدام تحركه؛ لذلك عرفه الجرجاني بـ: "ما له أصل وقرار، مثل الأرض والدار"⁽³⁾؛ ولأن الدعوى في الشريعة الإسلامية مبنية على الوضوح وانتفاء الجهالة في المدعى به؛ تباينت آراء العلماء في ذكر تفاصيل العقار - باعتبار استحالة تنقله - التي من شأنها أن تنفي الجهالة وتحقق العلم المقصود حينما يكون العقار هو المدعى به أمام الجهة القضائية، والمدعى عليه كونه طرف نزاع وخصومة في القضية حتى يتم الفصل فيها لذلك تحدث أهل العلم عن العلم بالعقار وفق مسائل معينة منها:

1. تحديد العقار بشكل عام.

إذا أراد المدعي أن يبين العقار للجهة القضائية في ادعائه، عليه أن يبين تفاصيل هذا العقار من مكان ومساحة وغيرها، لكن هل يكفي ذكر جوانب العقار أم لا بد من ذكر تفاصيل أكثر دقة في تحديد العقار؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/181)؛ ابن مازه، المحيط البرهاني (ج8/135)؛ ابن إسحاق، التوضيح شرح المختصر (ج8/19)؛ الشيخ عليش، منح الجليل (ج8/310)؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/390)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج10/180)؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج8/222)؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج11/272).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/149).

(3) الجرجاني، التعريفات (ج1/153)

القول الأول: ذهب الحنفية في قول⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، إلى الاكتفاء بذكر جوانب العقار وحدوده في منطقتة.

دليلهم ما يلي:

1. أن القصد من تحديد العقار هو العلم بالمدعى به علماً مانعاً لأي جهالة، وذلك متحقق في تحديد العقار بجهاته وجوانبه وحدوده، ولا فائدة من التفصيل الدقيق.⁽⁵⁾

القول الثاني: ذهب بعض فقهاء الحنفية⁽⁶⁾ إلى أنه لا بد من ذكر توصيف أدق للعقار مثل الأقسام والدوائر التي ينتمي إليها، وجهة الباب الذي يفتح عليها.

دليلهم ما يلي:

باستقراء آراء العلماء⁽⁷⁾ في هذا القول استتبعت أن علتهم في ذلك راجعة إلى:

1. أن التحديد الدقيق للعقار بذكر الجوانب والدوائر التابعة له يقطع الشك باليقين ولا يسمح بدخول الجهالة المحتملة لنقص دائرة أو قسم لا بد من ذكره ولم يذكر في لائحة الدعوى.

2. لا بد في الدعوى من أن يشير المدعي على المدعى به في مجلس القضاء؛ كي تنتفي الجهالة وتكون الدعوى صحيحة، وهذا غير متحقق في العقار لتعذر الإشارة إليه، فلزم ذكر الحدود والجوانب والدوائر بما لا يدع مجالاً للشك، أنه العقار المعين.

اعتراض عليه: ان تعذرت الإشارة إلى العقار في مجلس القضاء، لا يتعذر العلم به، وذلك بأن يرسل القاضي من ينوب عنه إن يذهب بنفسه؛ ليعلم المدعى به، قياساً على المنقول المتعذر نقله.

رد على الاعتراض: قياسهم على المنقول المتعذر نقله قياساً مع الفارق؛ ذلك أن المنقول قليل عدده، ونادر حالته، بخلاف العقارات فهي كثيرة.

(1) ابن عابدين، رد المحتار (ج5/545).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/149).

(3) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/394)؛ البكري، إعانة الطالبين (ج4/290)؛

(4) البهوتي، كشف القناع (ج6/345)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى (ج6/503).

(5) البهوتي، كشف القناع (ج6/345).

(6) ابن الهمام، فتح القدير (ج8/162)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج6/149).

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222)؛ ابن الهمام، فتح القدير (ج8/162).

سبب الخلاف:

بالنظر إلى الأقوال المذكورة، والأدلة الآتية يتبين أن سبب الخلاف بين الأقوال يعود إلى الاختلاف بينهم في المدى الذي به تنتفي الجهالة، فمن رأى أن الجهالة تنتفي بذكر الجوانب الأربعة فقط قال أن ذكر الجوانب الأربعة تكفي، ومن رأى أن عدم ذكر الجوانب يؤدي إلى جهالة قال بوجوب التفصيل من خلال ذكر الدوائر والأقسام والتوابع للعقار في الدعوى.

الترجيح.

بعد النظر في دليلي القولين، يرى الباحث ترجيح قول الجمهور؛ ذلك لأن العقارات تعرف بالحدود والجوانب، وأن غالبية العقارات في زماننا -إن لم تكن كلها- تعرف في الجهات الرسمية والقضائية بذكر الحدود والجوانب فقط، وأن من شأن ذلك أن يحقق العلم وينفي الجهالة فلا فائدة من التفصيل الأكثر دقة.

ضابط اختيار هذا الرأي:

إن المقصود من التحديد للعقار هو انتفاء الجهالة بالمدعى به في دعوى العين غير المنقولة فالتحديد عند جهة القضاء يستعان به لكي يكون حاسماً لأي دعوى، وقاطعاً لأي خلاف، فلو لم يتحقق العلم أو تنتفي الجهالة إلا بذكر التفصيل الدقيق كان التفصيل الدقيق واجباً في حق المدعى به.

من خلال الأدلة السابقة، ولذات سبب الخلاف نشأت مسائل فقهية جديدة، وهي: تحديد العقار المشهور.

لا خلاف بين الجمهور⁽¹⁾ كما مر آنفاً من أن العقار بشكل عام يتم وصفه بذكر حدوده، لكن هناك من العقارات ما هي معروفة فبمجرد السماع يتبادر إلى الذهن أنها هي تلك المنطقة الموجودة في منطقة كذا ومساحتها كذا، فهل يسري على هذا العقار ما يسري على غيره، بمعنى أنه هل يجب على المدعي ذكر ذلك العقار بحدود أم يكفي بمجرد ذكر اسمه؟ على قولين:

القول الأول: وهو لأبي حنيفة، لا بد من ذكر العقار بكامل حدوده حتى وإن كان مشهوراً⁽²⁾.

(1) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/181)؛ ابن مازه، المحيط البرهاني (ج8/135)؛ ابن إسحاق، التوضيح شرح المختصر (ج8/19)؛ الشيخ عليش، منح الجليل (ج8/310)؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/390)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج10/180)؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج8/222)؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج11/272).

(2) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/197)؛ دامادا أفندي، مجمع الأنهر (ج2/253)؛ ابن عابدين، قرّة عين الأخير (ج8/24)؛ العيني، البداية شرح الهداية (ج9/37).

القول الثاني: وهو قول الصحابين من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، فقد ذهبوا إلى أنه يكفي ذكر اسمه من غير حدوده.

سبب الخلاف.

هل شهر العقار كافية لرفع الجهالة عنه أم أنها غير كافية؟
فمن رأى أن شهرة العقار كافية في تحديده ورفع الجهالة عنه، قال يكفي ذكر اسمه، ومن رأى أن شهرة العقار غير كافية قال بذكر اسمه وبيان حدوده.

الترجيح.

إن شرط التحديد كان من العلماء بسبب قطع الشك باليقين فيما يخص الجهالة في المدعى به بالنسبة للمدعى عليه والجهة القضائية؛ لذلك أرى أنه لا داعي لذكر وصف أو تحديد في المدعى به حين التنازع في العقار المشهور بشرط أن يكون معلوماً ومشهوراً كذلك عند المدعى عليه وعند الجهة الفاصلة في النزاع وهي الجهة القضائية؛ ذلك لأن الجهالة انتفت بمجرد العلم.

كيفية ذكر حدود وجوانب العقار:

هل يجب ذكر كل الحدود الأربعة المحيطة بالعقار أم يكفي بذكر أغلبها؟ اختلف الفقهاء على قولين:
القول الأول: ذهب زفر من الحنفية⁽⁵⁾ والمالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى أنه يجب ذكر الحدود الأربعة.
القول الثاني: ذهبت الحنفية⁽⁸⁾ إلى أنه يكفي ذكر ثلاثة من الحدود، لكن الخطأ في وصف واحد من الحدود الأربعة يرد الدعوى؛ كون ذلك أدعى للشك في معرفة المدعي لما يدعيه، ولعدم تطابق الدعوى مع محل النزاع، ولا يمكن القول بأن ذلك أشبه بذكر ثلاثة حدود ابتداءً؛ لأن ما أورد الشك هو الخطأ في الحد الرابع وليس الثلاثة الحدود.

- (1) ابن نجيم، البحر الرائق (ج197/7)؛ ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الحكام (ج331/2).
- (2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (ج163/4)؛ الخرشبي، شرح مختصر خليل (ج173/7).
- (3) الهيتمي، تحفة المحتاج (ج179/10)؛ الشربيني، مغني المحتاج (ج316/6).
- (4) البهوتي، كشاف القناع (ج345/6).
- (5) الكاساني، بدائع الصنائع (ج222/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج197/7).
- (6) الجندي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب (ج47/8).
- (7) اللبدي، حاشية اللبدي على نيل المآرب (ج453/2).
- (8) الكاساني، بدائع الصنائع (ج222/6)؛ العيني، البناية شرح الهداية (ج37/9)؛ ياسين، نظرية الدعوى (ص351).

القول الثالث: ذهب الشافعية⁽¹⁾ إلى أنه يكفي ذكر ما يتميز به العقد حتى ولو كان التميز بحدٍ واحدٍ للعقار المعين.

يقول صاحب كتاب نظرية الدعوى.

"واليوم وبعد أن أصبح لكل عقار سجل خاص به، تدون فيه جميع المعلومات المتعلقة به، فإنه لا يبعد عن الصواب من ذهب إلى عدم اشتراط كل ذلك في التعريف بالعقار إذا ذكر المدعي السجل المختص به"⁽²⁾، ذلك لأن تسجيل العقار في الجهات المختصة به، لا بد فيه من تحديد كامل للمكان ووصف دقيق له وإبراز سندات ملكية انتقلت إلى مالكها بطريق معين إما بيعاً أو ميراثاً عن أصحابها، وإن خلت إجراءات التقاضي من ذكر التوصيف الدقيق للعقار المعين إلا أنه لا بد للمدعي إبراز الأوراق الرسمية التي تشهد له بالتسجيل في السجلات الرسمية أمام الجهة القضائية وخلال جلسات التقاضي، ومعلومٌ لدى الجميع أن إجراءات التسجيل في السجلات الرسمية لا تخلو من الوصف الدقيق للعقار المراد تسجيله، فالتحديد الذي ينفي الجهالة ويؤكد العلم في العقار المتنازع فيه لا بد منه سواء في السجلات الرسمية المختصة بذلك أو إجراءات التقاضي.

2. في دعاوى المنقول:

للعلماء تفصيل في حديثهم عن المنقول حيث قسموا المنقول إلى منقول مثلي وقيمي:

أولاً: المنقول المثلي

لا خلاف بين أهل العلم في العلم بالمدعى به إن كان مثلياً فاعتبروه كأنه دعوى دين في الذمة، حيث اکتفوا بذكر وصفه فقط كما في عقد السلم⁽³⁾.

ثانياً: المنقول القيمي

اختلف الفقهاء حول كيفية العلم في مدعى به إذا كان منقولاً قيمياً، على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى تقسيم المنقول القيمي إلى: قيمي قائم، أو هالك، أو حاضر، أو غائب، وبناءً عليه كانت الفتوى لديهم على الشكل الآتي:

(1) الدماطي، إعانة الطالبين (ج4/290).

(2) ياسين، نظرية الدعوى (ص351).

(3) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/201)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر

المختار (ج5/545)؛ السنيكي، الغرر البهية (ج5/272)؛ ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج4/252).

- إن كانت دعوى العين في منقول قائم حاضر في مجلس القضاء فإنه تنتقي الجهالة فيه ويعلم بالإشارة إليه فقط ولا يقبل بأقل من ذلك⁽¹⁾.
- وإن كانت العين المدعى بها هي منقول لكنها غير حاضرة، فإن القاضي يأمر المدعى عليه بإحضارها إلى مجلس القضاء؛ باعتباره واضح يد عليها وهو الخصم في القضية، ذلك إن كان إحضارها ميسوراً وغير مكلف، وإلا فالقاضي أو من ينوب عنه يتوجه إلى مكانها وهناك يشير المدعي على ما يدعيه أنه له⁽²⁾.
- إن كان لا يعلم المدعي مكان المدعى به، فلم يكن في يد المدعى عليه على سبيل المثال، فإنه يذكر وصفها وقيمتها، ولا يكتفي بذكر الوصف فقط⁽³⁾.
- وإن كانت العين المدعى بها هالكة، فيكتفي المدعي ببيان قيمتها فقط⁽⁴⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى عدم الاكتفاء بالإشارة إلى المنقول القيمي في دعوى العين المنقولة، إلا إذا كانت هذه العين حاضرة في مجلس القضاء، ووضع الحنابلة شرطاً آخرًا وهو أن تكون العين المدعى بها المنقولة حاضرة في البلد، والعلم بالمدعى به عند الجمهور في العين المنقول القيمي تكون بالوصف إن أمكن وصفه بأن كان منضبطاً، فإن لم يتمكن من الضبط ذكر قيمته⁽⁸⁾.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/196).

(2) ابن عابدين، قرة عين الأختار (ج8/30)؛ البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية (ج4/5).

(3) سماونه، جامع الفصولين (ج1/70).

(4) البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية (ج4/6)؛ ابن عابدين، قرة عين الأختار (ج5/544).

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/150).

(6) الرملي، نهاية المحتاج (ج8/275)؛ النووي، منهاج الطالبين (ج1/342)؛ حاشية قلوبوي وعميرة (ج4/312).

(7) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع (ج11/453)؛ ابن تيمية، المحرر في الفقه (ج2/206)؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج8/195).

(8) الجندي، التوضيح في شرح متخصر ابن الحاجب (ج7/451)؛ الشريبي، مغني المحتاج (ج6/317)؛ الرحبياني، مطالب أولي النهى (ج6/503).

سبب الخلاف. هو في مدى انضباط الأعيان القيميّة بالوصف، فمن قال بأن الأعيان القيميّة لا تنضبط بالوصف، اشترط مع ذكر الوصف ذكر قيمتها، ومن قال بأنها يمكن أن تنضبط بالوصف اكتفى بذكر الوصف فقط⁽¹⁾.

الترجيح.

يرى الباحث هو الجمع بين القولين من خلال ترك هذه المسألة للقاضي يحدد فيها الأولى اتباعه حسب المسألة المعروضة إذ أن الحال قد يختلف من منقول إلى منقول فالعمل بالقولين في هذه المسألة أوسع وأرحب.

الفرع الثاني: دعاوى الدين

من خلا ما تقدم تبين أن العلماء تباينت آرائهم في كيفية العلم بدعاوى العين، أما بالنسبة إلى دعاوى الدين فكانت الآراء على الشكل التالي:

دعوى الدين.

وهو ما يكون ثابتا في الذمة:

1. إما أن يكون الدين مثليا، وهذا تفاوت الفقهاء فيه:

فعند الحنفية⁽²⁾ يثبت في الذمة المثلي والعددي المتقارب من كل ما يجب أدائه بوصفه لا بنفسه. بينما المالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، يضيفون على ما ذكره الحنفية كل عين يمكن ضبطها بالوصف.

وإما أن يكون الدين نقدا، وهذا يكفي العلم به، ذلك ببيان جنسه ونوعه ووصفه وقدره، وهذا في حال كان بالبلد نقود مختلفة، أمّا إذا وجد بها نقدا واحدا متعارف عليه فيكفي ذكر قدره فقط.

(7) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/105)؛ إغاثة الطالبين

(ج4/241)؛ ابن قدامة، المغني (ج9/85).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (ج2/306)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج3/194)؛ ابن عابدين، الدر المختار

وحاشية ابن عابدين (ج4/531).

(3) الشيخ عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل (ج8/374)

(4) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/390)؛ الهيثمي، تحفة المحتاج (ج10/183-184).

(5) ابن مفلح، الفروع وتصحيح الفروع (ج11/170)؛ البهوتي، دقائق أولي النهى (ج3/514).

2. إما إن يكون قيمياً: فلا تثبت العين القيمة في الذمة عند الحنفية إلا إذا كانت هالكة⁽¹⁾، وعند المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، تثبت في الذمة إذا أمكن ضبطها.

الفرع الثالث: الدعاوى الأخرى.

المقصود بالدعاوى الأخرى: إذا كان المدعى به لا يندرج تحت دعاوى العين أو الدين.

1. دعاوى العقد: اختلف العلماء في كيفية العلم بالمدعى به في دعوى العقد، هل تذكر شروط أم لا؟.

جمهور الحنفية⁽⁵⁾ اشترطوا بيان شروط كل عقد له شرائط كثيرة ومعقدة كالنكاح والسلم، أمّا ما ليس كذلك فلا يشترط فيه ذكر شرائطه، واكتفى بعضهم⁽⁶⁾ باشتراط ذكر الرغبة وعدم الإكراه. المالكية لم يشترطوا في دعوى العقد بيان شروطه، وعللوا ذلك بأن ظاهر شروط المسلمين محمولة على الصحة⁽⁷⁾.

الشافعية اشترطوا ذكر الشروط في العقد الخطير وهو عقد الزواج⁽⁸⁾.

الحنابلة اشترطوا ذكر شروط أي عقد في الدعوى مهما كان نوعه⁽⁹⁾.

2. الدعاوى الجنائية:

لم يختلف الفقهاء في وجوب ذكر السبب في الدعاوى الجنائية، ذلك كأن يكون الادعاء في دعوى قتل، فلا بد أن يبين السبب في تصحيحه للدعوى هل هو العمد أم الخطأ.⁽¹⁰⁾

(1) ابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (ج5/129).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/150).

(3) زكريا الأنصاري، الغرر البهية (ج5/232)؛ الدميّطي، إعانة الطالبين (ج4/289).

(4) الكلوداني، الهداية على مذهب الإمام أحمد (ج1/582).

(5) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/202)؛ ابن عابدين، قرة عين الأختيار (ج8/35).

(6) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/433).

(7) القرافي، الفروق (ج4/116 وما بعدها).

(8) الماوردي، الحاوي الكبير (ج7/292)؛ الأنصاري، فتح الوهاب (ج2/283)؛ البجيرمي، حاشية

البجيرمي (ج4/397).

(9) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع (ج11/437).

(10) القرافي، الفروق (ج4/72)؛ ابن النجار، منتهى الإرادات (ج5/107).

3. دعاوى الإرث:

يشترط ذكر سبب الإرث من الجهة التي استحقَّ بها الإرث، أي أنه هل استحق الميراث من وفاة أبيه أو زوجه أو ابنه أو أمه، وهكذا⁽¹⁾.

الخلاصة: اتفق العلماء الذين اشتراطوا العلم بالمدعى به أنّ الدعوى التي تخلو من هذا الشرط لا يترتب عليها حكمها وهو وجوب الجواب على المدعى عليه، فإذا امتنع المدعى عليه من الجواب فلا يجوز للقاضي إجباره على ذلك، وإنما على القاضي أن يطالب المدعي بتصحيح دعواه وإكمالها، فإذا لم يكمل ما طلب منه ردّ دعواه حتّى يستكملها بتعريف المدعى به تعريفاً كاملاً يُبين من خلاله الوصف والمقدار والجنس وما يدعو إلى ازالة الجهالة فيه لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول⁽²⁾.

الفرع الرابع: صور شبهات ترد على الدعوى للجهالة في المدعى به⁽³⁾

بناءً على ما تقدم من آراء للفقهاء في العلم بالمدعى به فإنه يمكن الاستتاج بأن الدعوى ترد عليها شبهات من شأنها أن تردّها وتوقف العمل بمقتضاها والنظر فيها وذلك من كالتالي:

1. لو ادعى أحد قائلًا إن هذا الرجل قد استهلك مالي، فلا تصح دعواه ما لم يبين ما هو المستهلك وما مقداره ولا يكون له حق تحليف خصمه.
2. لو ادعى أحد قائلًا إن هذا الرجل شريكي وقد خانني في البيع والشراء ولا اعرف مقدار ما خانني به فليبينه المدعى عليه فلا تسمع دعواه.
3. لو ادعى أحد قائلًا إن هذا الرجل وصي في أثناء صغري فليحلف اليمين بأنه لم يأخذ ولم يسرق شيئاً من تركة والدي فلا تسمع دعواه ما لم يعين مدعاه.
4. لو ادعى أحد قائلًا قد سمعت أن فلانا المتوفى أوصى لي ولكن لا أعرف مقدار ما أوصى لي به فلا تسمع دعواه.

(1) ابن مودود الموصلّي، الاختيار لتعليل المختار (ج3/46)؛ ابن عابدين، رد المحتار (ج5/584)؛ علي حيدر، درر الحكام (ج4/263).

(2) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/195)؛ الطرابلسي، معين الحكام (ص55). ابن نجيم، الفروق (ج4/73).

(3) الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/222)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج4/181)؛ حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (ج4/183).

المطلب الثالث: شبهة ادعاء ما يستحيل ثبوته

- من شروط صحة الدعوى هو أن يكون المدعى به غير مستحيل ثبوته ووقوعه، سواء أكانت هذه الاستحالة حساً أو عقلاً أو عادة، ومن صور الاستحالة التي ترد كشبهة فتزد الدعوى ما يلي:
1. **المستحيل العقلي:** كأن يدعي رجل أنه أب لآخر، ويكون المدعي الأبوة في الثلاثين من عمره والمدعى عليه في الأربعين من عمره، فهذا يستحيل عقلاً، وكمن ادعى على شخص بأنه قتل أو سرق من عشرين سنة، وعمر المدعى عليه خمس عشرة سنة(1).
 2. **المستحيل الحسي:** كأن يدعي رجل مثل الجبل ذهباً أو فضة(2).
 3. **المستحيل العادي:** مثل أن يدعي رجل فقير -عادةً ما يأخذ الصدقة ممن يخرجونها- أنه أقرض رجلاً مائة ألف دينار وأن الغني منكر لها، لم تسمع دعواه بغير خلاف(3).

وللفقهاء في مثل هذه الدعاوي اتجاهان:

الاتجاه الأول: الجمهور على أنه لا بد من أن يكون الادعاء مما لا يستحيل ثبوته، وجعلوا ذلك شرط صحة، وذكروا أنه إن كان الادعاء مستحيل الثبوت فإن القاضي لا يلتفت إلى هذه الدعوى ولا يسأل المدعى عليه عنها، أي أنهم اعتبروها شبهة تسقط الدعوى(4).

الاتجاه الثاني: وهم المالكية قالوا: أن مثل هذه الدعاوي لا تسمع إلا بثبوت الخلطة بين المتداعيين، فإن ثبتت الخلطة بينهما تسمع، أي أنها لا تعد شبهة ترد الدعوى في حال وجود الخلطة وثبوتها عندهم بشروطها، وإلا فهي شبهة ترد الدعوى(5).

الخلاصة: أن الفقهاء اتفقوا على أن دعاوى ما يستحيل ثبوته ترد ولا تسمع، إلا أن المالكية استثنوا حالة واحدة تسمع فيها الدعوى وهي في حال ثبوت الخلطة بين المدعي والمدعى عليه.

(1) الرحيباني، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى (ج6/502).

(2) عثمان، النظام القضائي في الفقه الاسلامي (ج1/237).

(3) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/192)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى (ج6/502).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/192)؛ ابن عابدين، قرّة عين الأخيار لتكملة رد المحتار (ج8/16)؛ الجويني،

نهاية المطلب ودراية المذهب (ج19/90)؛ ابن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي (ج1/413)؛ الرحيباني،

مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى (ج6/502).

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/236-237)؛ الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب

(ج8/40).

المطلب الرابع: شبهة التقادم في الدعوى

يقصد بالتقادم في الدعوى هو أن تمضي مدة طويلة بين وقوع الخصومة ورفع الدعوى⁽¹⁾، هذه المدة الطويلة من ترك المدعي المطالبة بحقه بدون عذر مع وجود القضاء وإمكانية الوصول إليه ورفع الدعوى والمطالبة بحقه أو بالفصل في الخصومة، فإن هذه المدة مدعاة للريبة والشك في صحة الدعوى، إذ ما المانع من المطالبة بالحق مع القدرة على ذلك طوال هذه المدة. ومن هنا يحق لولي الأمر أن يمنع القاضي من سماع الدعوى وليس ذلك من باب منع لإحقاق الحقوق ولا يعني هذا أن الحقوق تسقط بالتقادم، وإنما هي عملية تنظيم واحتراز من التزوير؛ لأن مُضي مدة بين الخصومة ورفع الدعوى مع إمكانية رفعها دليل على عدم الصدق والحق في الظاهر. ولا يكون هذا مسقط للحق بل إن الحق ثابت ويعود إلى صاحبة بالإقرار ولو بعد حين. ولكن المنع مقصور على عدم سماع القاضي لهذه الدعوى فقط⁽²⁾.

الأساس الذي اعتبر لأجله التقادم في الدعوى.

1. ترغيب الشارع في درء الحدود عن الناس.
2. فيه مظنة توب الجاني.
3. فيه توريث لشبهة تدرأ من خلالها الحدود.
4. الاستقرار وعدم نبش الماضي.⁽³⁾

عوارض اعتبار التقادم في الشريعة الإسلامية.

أنه لا يوجد في الشريعة الإسلامية شيء يسمح للإمام بالعتفو عن جرائم الحدود والقصاص بخلاف جرائم التعزير فيمكن أن تسقط للتقادم؛ ذلك لأن الإمام يملك سلطة في العفو عن هذه الجرائم، هذا بخلاف جرائم الحدود فلا يحق له إسقاطها؛ لأنه لا يملك ذلك، ويصح ذلك في جرائم التعزير لأن التقدير فيها عائد للإمام⁽⁴⁾.

(1) عودة، التشريع الجنائي (ج1/91)؛ الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية (ج1/57).

(2) الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية (ج13/18).

(3) الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية (ج1/58).

(4) عودة، التشريع الجنائي الإسلامي (ج1/779).

وكذلك الأمر في الدعاوى المدنية أو في حقوق الأفراد ليس للتقادم تأثير فيها، فلو ألتف رجل مالا لآخر فلو سقط التعزير عن الفاعل للتقادم، فإنه لا يمكننا القول أن الضمان أيضا يسقط عن الفاعل، قال ابن نجيم: "أن من القضاء الباطل القضاء بسقوط الحق بمضي سنين"⁽¹⁾.

في التقادم هل التقادم مسقط للعقوبة اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والصحيح عند الحنابلة⁽⁴⁾، إلى أن التقادم لا يسقط العقوبة في جرائم الحدود والقصاص سواء كان التقادم في الشهادة أو الإقرار. دليلهم ما يلي:

1. عموم قوله تعالى: "وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَدْحَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا"⁽⁵⁾. وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى في الحد المنسوخ لم يذكر أن هناك تقادم، فلا يلتفت إلى التقادم⁽⁶⁾.
2. الشهادة قول يلزم به إقامة الحد على من نسب إليه الفعل لا تخرج بتأخيره فأشبهه الإقرار.
3. إقامة الحد حق من الحقوق يثبت بالشهادة على الفور فوجب أن يثبت مع تطاول الزمان، كسائر الحقوق.
4. كل حق لم يسقط بتأخير الإقرار لم يسقط بتأخير الشهادة كسائر الحقوق⁽⁷⁾.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/228).

(2) مالك، المدونة (ج4/542).

(3) الشافعي، الأم (ج7/59)؛ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج12/529)؛ الروياني، بحر المذهب (ج13/33).

(4) البغدادي، الاشراف على نكت ومسائل الخلاف (ج2/863)؛ الغزالي، الوسيط في المذهب (ج7/365)؛ العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي (ج13/326)؛ ابن قدامه، المغني (ج9/71).

(5) [النساء: 6].

(6) الجصاص، أحكام القرآن (ج3/42)؛ الزمخشري، الكشاف (ج1/487).

(7) البغدادي، الاشراف على نكت ومسائل الخلاف (ج2/863-864)؛ العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي (ج13/326).

القول الثاني: ذهب الحنفية، عدا زفر⁽¹⁾، والحنابلة في رواية⁽²⁾، إلى أن جرائم الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة، أما إن كان دليل الجريمة فيها هو الإقرار فلا يسقط الحد.

دليلهم بما يلي:

أن الشاهد مخير إذا شاهد الجريمة بين أن يؤدي الشهادة حسبة لله تعالى لقوله جل شأنه: "وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ"⁽³⁾ وبين أن يتستر على الحادث؛ لحديث مسلمة بن المخلد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم: "مَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا فِي الدُّنْيَا، سَتَرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَمَنْ نَجَّى مَكْرُوبًا فَكَانَ اللَّهُ عَنْهُ كَرْبَةً مِنْ كَرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ كَانَ فِي حَاجَةِ أَخِيهِ كَانَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي حَاجَتِهِ"⁽⁴⁾، فإذا سكت الشاهد عن الجريمة حتى قدم العهد عليها دل ذلك على اختياره جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك فإن هذه الشهادة المتأخرة دليل على أن ضغينة ما هي التي حملته على الشهادة، ومثل هذا الشاهد المشكوك فيه لا تقبل شهادته، بدليل ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: أيما قوم شهدوا على حدٍ لم يشهدوا عند حضرته - أي عند وقوعه - فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم"⁽⁵⁾.

ولم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر على عمر هذا القول فيكون إجماعاً، وهذا يعني أن الشهادة المتأخرة تورث التهمة، ولا شهادة لمتهم لحديث طلحة بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"⁽⁶⁾ أي: لا شهادة لمتهم.

سبب الخلاف.

اختلافهم في تكييف شهادة الشاهد بعد مرر الوقت، هل هذه الشهادة خالية من الشبهة الضغينة أم لا؟

(1) السرخسي، المبسوط (ج9/69)؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/141)؛ السغدي، المنتقى في الفتاوى (ج2/658).

(2) البغدادي، الاشراف على نكت ومسائل الخلاف (ج2/863)؛ الغزالي، الوسيط في المذهب (ج7/365)؛ العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي (ج13/326)؛ ابن قدامه، المغني (ج9/71).

(3) "الطلاق: 2"

(4) [أحمد: المسند، مسند الشاميين/ حديث مسلمة بن مخلد، ج28/158: حديث رقم 16959] قال الأرئوط: صحيح (انظر: حاشية المسند من نفس المصدر)

(5) السرخسي، شرح السير الكبير (ج1/2019)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/46).

(6) الغماري، الهداية في تخريج الأحاديث البدائية، مراسلاً حديث رقم 1779، (ج8/643).

فمن رأى أن الشهادة بعد مرور الوقت لا تخلو من شبهة الضغينة قال بردها، ومن قال بأنها هذا غير وارد عليها قال بقبولها والعمل بمقتضاها.

الترجيح:

رجح الباحث قول الجمهور لما يلي:

لأن التقادم لا يكون مسقطاً للجريمة أو العقوبة ذاتها، فلو شهد أربعة رجال على زنا، ثم يتضح فيما بعد أن الجريمة هذه سقطت للتقادم، فإن الأربعة لا يكون عليهم حد القذف، لأن الشهادة على الزنا لا تخلو من حد للزاني أو حد للقاذف، إذ لو سقطت جريمة الزنا لتقادمها لوجب الحد عليهم، وهذا دليل على عدم سقوطها، وما يسقط في ذلك هو سماع الدعوى، وليس العقوبة⁽¹⁾. ومن خلال ما تم ذكره يتبين أنه إن حصل التقادم في جريمة إثباتها شهادة عند الحنفية يعتبر شبهة تدرأ الحد.

(1) براهمي، نظرية التقادم وتطبيقاتها في التشريع الإسلامي (ص 92-94).

المطلب الخامس: الشبهات المتعلقة بمكان الدعوى

قد يكون في المدينة المعينة أو الولاية المعينة قاض واحد ينظر في الدعاوى فلا خلاف بين الفقهاء في رفع الدعوى إليه، لكن إن كان هناك أكثر من قاضٍ بحيث يختلف القضاة عن بعضهم من حيث الاختصاص المكاني بناء على سكنى المتداعيين، فهل المعتبر في ذلك مكان المدعي أم مكان المدعى عليه؟ على قولين:

الأول: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن العبرة في ذلك هو المدعي بحيث له الحرية في اختيار القاضي حسب ما يناسبه هو ولم يجعلوا الأمر بيد المدعى عليه، وهو قول أبو يوسف⁽¹⁾، وبعض الشافعية⁽²⁾، وبعض الحنابلة⁽³⁾، وبناء عليه لو تقدم المدعى عليه بشكوى رد الدعوى لأنها في غير محله، فلا ترد ولا تعتبر شبهة رادة للدعوى؛ فالمعتبر عندهم المدعي وليس المدعى عليه. تعليلهم في ذلك أن المدعي هو الذي أنشأ الخصومة وهو غير مجبر بالخصومة فإن تركها تركت الدعوى فكان له الحق في اختيار القاضي

القول الثاني: وهو قول محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية أن الاعتبار في المكان يعود للمدعى عليه؛ لأن الادعاء على خلاف للظاهر وعلى خلاف الأصل، فلو كان المكان عائد إلى المدعي لتولد الأرباك للمدعى عليه، وأن طالب السلامة أولى بالنظر ممن طلب ضدها⁽⁴⁾، وبناء عليه لو تقدم المدعي بدعوى معينة وكانت في مكان غير مكان المدعى عليه، فللمدعي المطالبة بعدم السماع، كون ذلك شبهة وردت على الدعوى فلزم ردها، من خلال طلب المدعي.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/193)؛ ابن عابدين، قره عين الأختار لتكملة رد المحتار (ج6/8).

(2) الهيتمي، تحفة المحتاج (ج10/119)؛ الرملي، نهاية المحتاج (ج8/243).

(3) ابن رجب، القواعد (ج1/363).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/193)؛ ابن عابدين، قره عين الأختار لتكملة رد المحتار (ج6/8).

الفصل الثالث

أثر الشبهات الواردة على وسائل
الإثبات في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: الشبهات الواردة على الإقرار.

المطلب الأول: شبهة السكر.

المقصود بالسكران هو كل من ذهب عقله بشرب، وهو الذي لا يعقل السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة⁽¹⁾ وهو الذي اختلط كلامه المنظوم، وانكشف سره المكتوم⁽²⁾.

وقسم العلماء السكران إلى قسمين:

القسم الأول: من ذهب عقله عن غير قصد أو عمد أو رضا، كمن شرب الخمر ظاناً أنها عصير، أو من تعرض لأخذ البنج بسبب حاجته لذلك كالمريض حين إجراء العملية مثلاً، هذا القسم أو هذا النوع هو محل اتفاق بين أهل العلم على أنه لا يعتبر فيه الإقرار ولا يؤخذ به ولا ينظر إليه ويكون ذهاب العقل فيها عبارة عن شبهة ردت العمل بالإقرار، ذلك لأن الإقرار يجب أن يكون دالاً دلالة قطعية وهذا الإقرار دلالة ظنية، ولأن ذلك أشبه بالإغماء⁽³⁾.

القسم الثاني: من ذهب عقله في سكره وهو غير محتاج لذلك أي أنه شرب الخمر بإرادته عالماً بحرمتها وأثرها على عقله، ففي هذا اختلف أهل العلم على أقوال بالنسبة لإقراره هل يؤخذ به أم لا؟
القول الأول: ذهب الحنفية إلى اعتبار هذا الإقرار والعمل بمقتضاه في الحقوق المتعلقة بالعباد فقط، أما في الحقوق المتعلقة بالله فاعتبروا السكر شبهة تمنع الأخذ بمقتضاه، ففي حد السرقة مثلاً: يضمن السكران الشيء المسروق؛ لأنه من حقوق العباد، ولا يقام عليه الحد، لأن السكر شبهة تدرأ الحد؛ ذلك لأن حقوق الله تبارك وتعالى مبنية على المسامحة أما العباد فيما بينهم مبنية على المشاحنة⁽⁴⁾.
القول الثاني: المالكية⁽⁵⁾، وبعض الشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، لم يفرقوا بين السكر المقصود وغير المقصود كما فعل الحنفية، كما أنهم أيضاً لم يفرقوا بين الحقوق، وذهبوا إلى أن السكر غير معتبر في الإقرار وهو غير ملزم لوجود الشبهة التي ترد الإقرار.

(1) المروزي، اختلاف الفقهاء (ج1/273).

(2) الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب (ج14/169).

(3) ابن نجيم، البحر الرائق (ج5/30)؛ ملا خسرو، درر الحكام في شرح غرر الأحكام (ج2/70)؛ الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (ج3/397)؛ الخرشي، شرح مختصر (ج6/87)؛ الرملي، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان (ج1/211)؛ ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج8/363)؛ الشرح الكبير على المقنع (ج30/150).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق (ج5/30)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج5/622).

(5) اللخمي، التبصرة (ج4/1626)؛ الخرشي، شرح مختصر (ج9/87)؛ الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (ج3/397).

(6) النووي، المجموع (ج17/62-63).

(7) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع (ج8/363)؛ المرادوي، الانصاف (ج12/132).

لأنه لا يعلم ما يقول، واستدلوا بقوله تعالى: "يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ" (1).

وجه الدلالة: دلت الآية على أن السكران لا يعلم ما يقول، فربما أقرّ بأمر لا حقيقة لها في الواقع، لذلك لا يُقبل إقراره، ولا يوثق بقوله، لوجود الشبهة (2).

القول الثالث: جمهور الشافعية (3) قالوا: بأن إقرار السكران غير المكروه في أسكاره، أي الذي شرب المُسكر باختياره، فإن إقراره يقع ويؤخذ به ويعتبر وسيلة اثبات يعمل بمقتضاها في كل ما أقر به سواء كان في حق الله أو حق العبد، قياساً على طلاق السكران، ذلك لأن طلاق السكران بسبب غير مباح يقع عندهم، وكذلك الإقرار من السكران إن كان سكره بسبب غير مباح، أي: كان السكر تعدياً، فإنه في هذه الحالة لا يعتبر شبهة في الإقرار، لأنه متعدي بسكره فيجب أن يتحمل نتيجة اقدامه على شرب المُسكر تغليظاً في العقوبة عليه لأنه أقدم على شربه وهو يعلم أنه سيذهب عقله.

الترجيح.

إن السكر حالة غير معتبرة شرعاً، والعقل مناط التكليف فلو ذهب العقل ذهب التكليف، لكن -وبغض النظر عن حقوق الله - قد يجعل هذا الأمر حقوق العباد العوبة في يد السكران فوجب إيجاد ما يردعه عن ذلك، ولكي لا نظلم أحد فمن الممكن أن يُكره الشخص على الشرب؛ لذلك يرى الباحث ألا يؤخذ بإقرار السكران في حقوق الله أياً كان نوع سكره، أما إن كان في حق العبد فإن كان مكرهاً فالأصل ألا يؤخذ بإقراره؛ لحديث أبي ذر الغفاري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكروها عليه" (4)، ولا يصح أن يجتمع على السكران المكروه إكراهه والإقرار الذي لم يختاره ففيه جور وظلم له بدلا من مناصرته، أما إن كان مختاراً لسكره وفي حقوق العباد فإن الباحث يرى أن يؤخذ بإقراره بعين الإعتبار؛ لأنه لما اختار سكره وهو بوعيه اختار مقتضياته؛ ذلك أدعى لردع الشارب عن شربه، وأحفظ لحقوق الناس عن التلاعب بيد شاربي الخمر، وفيه جمع بين الأقوال بدلاً من إهمال أحدهما، وفيه درأ للشبهات في حقوق الله وحدوده والحدود تدرأ بالشبهات، ولعله يعضد قولني حديث مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ "جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ

(1) [النساء:43].

(2) الشافعي، تفسير الإمام الشافعي (ج2/612).

(3) النووي، المجموع (ج17/56 وأيضاً ج20/290)؛ الرملي، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان (ج1/211)؛ الحصني، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار (ج1/276).

(4) "ابن ماجه: سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق / باب: طلاق المكروه والناسي، ج1/659: رقم الحديث

2034، صحيح، الألباني: التعليقات الحسان ج10/282".

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ: وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبْ إِلَيْهِ، قَالَ: فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ: وَيْحَكَ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبْ إِلَيْهِ، قَالَ: فَرَجَعَ غَيْرَ بَعِيدٍ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، طَهِّرْنِي، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مِثْلَ ذَلِكَ حَتَّى إِذَا كَانَتِ الرَّابِعَةُ، قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ: فِيمَ أَطَهَّرْتُكَ؟ فَقَالَ: مِنَ الزَّيْنِيِّ، فَسَأَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَبِهَ جُنُونٌ؟» فَأُخْبِرَ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَجْنُونٍ، فَقَالَ: أَشْرَبَ خَمْرًا؟ فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ⁽¹⁾، يعني: شم رائحة فمه، فلم يجد رائحة خمر، فالنبي صلى الله عليه وسلم أمر غيره بأن يشم رائحة فمه ليعرف أنه به سكر أم لا؛ لأنه سيطبق حداً من حدود الله والسكر شبهة فيه لأنه حق لله وليس للعبد، فلو كان ثمة رائحة في فمه لأوقف النبي صلى الله عليه وسلم الحد بشبهة السكر.

بناء على ما سبق، وما تم ترجيحه في المسألة السابقة، فإنه يمكن للباحث أن يستنبط صورة للشبهة في إقرار السكران:

من أقر وهو سكران أنه زنى

من وقع في جريمة الزنا وأقر بها لدى ولي الأمر وجب على ولي الأمر أن يوقع عليه الحد؛ حفاظاً على حق الله سبحانه وتعالى، ومبنى إثبات الجريمة لدى ولي الأمر هو الإقرار، لكن إن كان قد شاب هذا الإقرار شائبة كالشرب أو السكر، يصبح هذا الإقرار أجوف، وبه خلل معتبر وفيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، فيسقط الحد؛ ودليل ذلك حديث ماعز السابق.

(1) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب: الحدود/باب: من اعترف على نفسه بالزنا، ج3/1321: رقم الحديث 1695].

المطلب الثاني: شبهة الاكراه

الإكراه هو إلزام الشخص شيئاً على خلاف مراده⁽¹⁾، معنى ذلك أن يعتمد المُكْرَه على سلطانه أو قوته أو ما شابهه يجبر فيها المُكْرَه على فعل أو ترك أمر ما.

أنواع الإكراه:

اختلف الفقهاء في الاعتبارات التي على أساسها ينقسم الإكراه على الشكل التالي:

أولاً: تقسيم الحنفية للإكراه⁽²⁾

1. إكراه ملجئ (كامل): وهو ما يخشى فيه اتلاف النفس أو العضو، ويوجب الإلجاء أو الاضطرار، وذلك كأن يُكْرَه الشخص على فعل شيء بقتله أو قطع عضو منه، إن فعل أو لم يفعل الأمر المعين، بشرط أن يغلب على ظنه القتل أو اتلاف العضو وإلا فلا يعد إكراه، وهو مفسد لاختيار المكلف ومعدم لإرادته ورضاه.
2. الإكراه غير الملجئ (الناقص): وهو ما لا يخشى فيه لا اتلاف نفس، ولا ضياع عضو، ولا يوجب الإلجاء أو الاضطرار كالحبس والتقييد والضرب الذي لا يخشى منه قتل أو اتلاف.
3. الإكراه الأدبي: وهو لا يخشى فيه أي ضرر يلحق الجسد، لكن فيه ضرر يلحق النفس وذلك كالتهديد بحبس الإبن أو الأب أو الزوجة، أو أي رحم.

ثانياً: تقسيم المالكية للإكراه

جاء تقسيم المالكية للإكراه على الشكل التالي⁽³⁾.

1. إكراه شرعي: وهو الإكراه الذي يكون متعلق بحق عائد إلى مخلوق وهو بمنزلة الطَّوع، كحلف الطلاق على فعل شيء أو تركه فهو متعلق بحق الزوجة.
2. إكراه غير شرعي: هو فعل التهديد أو الإكراه الذي هدد به في الإكراه الشرعي مكرهاً، وذلك كمن حلف بالطلاق ألا يفعل كذا، ثم فعله مكرهاً.

(1) الإسنوي، نهاية السؤل (ج1/153).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/175)؛ السعدي، النتف في الفتاوى (ج2/697)؛ ملا خسرو، درر الحكام (ج2/270)؛ ابن الهمام، فتح القدير (ج9/233).

(3) المواق، التاج والاكليل (ج5/311)؛ ابن عرفة، المختصر الفقهي (ج9/436)؛ الطوفي، شرح مختصر الروضة (ج1/200).

ثالثاً: تقسيم الشافعية للإكراه⁽¹⁾.

1. الإكراه بحق: هو أن يكون الإكراه فيما وجب شرعاً، كإكراه القاضي الزوج على الإنفاق على زوجته.
2. الإكراه بغير الحق: هو أن يكون الإكراه فيما نهي عنه شرعاً، كالإكراه على الغصب أو السرقة أو القتل.

إقرار المَكْرَه:

ذهبت الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾ والشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾ إلى عدم صحة اقرار المكره واعتباره كأن لم يكن؛ لأنه غير مكلف بالإكراه يسقط التكليف، لذلك لا يوثق بخبره ولا بقوله. واستدلوا: بأن الله أسقط أحكام الردة على من نطق بالكفر مكرهاً، فدل هذا على أن قول المكره لا يُعتد به، وقد أسقط الله عز وجل قول المكره في الردة وهي أعظم شيء؛ فمن باب أولى لا ينفذ طلاقه ولا عتقه ولا إقراره، إلا أنهم استثنوا بعض الصور كمن أكره ليصدق في قضية، كبيان المال المسروق مثلاً، فإن اقراره معتبر؛ لأن شرط صحة تأثير الإكراه في الإقرار أن لا يتجاوز المحل الذي أكره عليه أو القدر الذي طلب منه أن يقر به، فإن أكره على الإقرار بشيء، فأقر بغيره، لزمه إقراره؛ لأنه غير مكره على ما أقر به، وكذلك إن أكره على الإقرار لإنسان، فأقر لغيره، أو على الإقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الإقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح.⁽⁶⁾

وعليه: وبالاتفاق إن شاب الإقرار إكراه رُدَّ الإقرار واعتُبر كأن لم يكن؛ لانتهاء الإرادة، والإقرار مظنة الإرادة.

(1) النووي، المجموع (ج9/159)، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج3/332)، الهيثمي، تحفة المحتاج (ج4/229).

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/195) للكاساني، بدائع الصنائع (ج7/190)؛ الحداد، الجوهرة النيرة (ج1/248)؛ البغدادي، مجمع الضمانات (ج1/366)؛ ابن عابدين، رد المحتار (ج5/627).

(3) الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (ج5/216)؛ عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل (ج6/420).

(4) الماوردي، الحاوي الكبير (ج16/237)؛ ابن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي (ج13/418) الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج2/290).

(5) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج4/299).

(6) مراجع المذاهب السابقة.

المطلب الثالث: شبهة اللبس أو التأويل في إقرار المقر

حتى يكون الإقرار معتبرا وبالتالي يكون ملزما لابد أن تكون الصيغة مفهومة بحيث تكون واضحة وصريحة في الدلالة على المضمون من غير لبس ولا تأويل، فإذا كان الإقرار غير واضح في معناه لا يؤاخذ به ولا يلتفت إليه، لأنه لما لم يعرف معناه ومدلوله يكون مثله كمثل الكلام الأعجمي. والوضوح وعدم اللبس في التأويل والاستيضاح من المعنى والاستبيان من دلالة اللفظ يكون بالسؤال عن القوة العقلية للشخص المقر، ثم كيفية المقر به وماهيته بكل تفاصيله، كما استفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم من ماعز حين جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم معترفاً ومقرراً بالزنا⁽¹⁾، فصار النبي صلى الله عليه وسلم يستوضح منه عن عقله أنه جنون، وهل شرب شيئاً، ثم صار يستوضح منه الشيء المقر به أن كان يعرفه أو لا، كل هذا لكي يستوثق من المعنى المقصود من الإقرار ودفعا للبس والاشتباه والتأويل.

مثال ذلك:

من أقر بالسرقة ولكنه لم يعين القدر المسروق ولا المكان الذي سرق منه ولا الحرز، فهذا إقرار فيه لبس؛ لأنه قد تكون السرقة غير الموجبة للقطع، وهذه شبهة يدرأ بها الحد؛ لأنه من الممكن ومن المحتمل أن يكون قد سرق فيما لا يجب فيه القطع، بمعنى أنه لربما سرق سخيلاً لا يقطع بمثله، والحدود لا بد في إثباتها أن تكون مقطوع في بيناتها ودلائل إثباتها⁽²⁾.

(1) سبق تخريجه (ص84)

(2) الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/150).

المطلب الرابع: شبهة وجود التعارض.

قد يعتري الإقرار خلل وذلك حينما يتعارض الإقرار مع ظاهر الحال، أو يتعارض الإقرار مع نفي صاحب الحق فيما يتعلق بحقوق العباد، وهذا يؤدي الى عدم قطعية دلالة الإقرار وهو مما يقدر بالإقرار وبالتالي يقدر في العقوبة التي قد تنزل على صاحب الجريمة أو المقر فيما اقر به.
مثال ذلك:

1. لو أقر شخص أنه سرق مالاً من محمد مثلاً، وظاهر الحال يفيد بأنه لا يوجد مال مسروق لمحمد، فإن هذا تعارض بين القول ومقتضى الحال وشبهة واردة من خلال تعارض الحال مع الإقرار، من شأنها أن ترد إقرار المقر.
2. لو أقر شخص أنه أتلف سيارة زيد مثلاً، وظاهر الحال يفيد بأن زيد رجل فقير، فإن هذا تعارض بين المقر على نفسه بحق وبين ظاهر حال صاحب الحق، وهذا من شأنه أن يجعل في إقرار المقر شبهة تمنع من اعتماد إقراره؛ لأن الأصل براءة الذمة ولا تزول براءة الذمة إلا بدليل قطعي والتعارض يقدر في هذه القطعية⁽¹⁾.

(1) عودة، التشريع الجنائي الاسلامي (ج1/388)

المطلب الخامس: شبهة الرجوع عن الإقرار.

الرجوع عن الإقرار إما يكون رجوعاً صريحاً أو غير صريح، وإما أن يكون في حق الله أو في حق العبد فهذه صورتان، وفي كل واحدة منهما صورتان:

الصورة الأولى: الرجوع الصريح يكون بأن يتلفظ المقر بنفي ما أقر به سابقاً، كأن يقول أرجع عما أقررت به، أو أنا لم أفعل كذا. هذه إما أن تكون في حق الله أو في حق العبد.
أ. فإن كان في حق الله: فرجوعه معتبر حينئذ، سواء أكان الرجوع قبل القضاء أو بعده⁽¹⁾.

دليلهم في ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم لما عز عندما جاء للنبي يقول: إني أصبت حداً فظهرني، فقال له صلى الله عليه وسلم: "لعلك قبلتها، لعلك لامستها، قال صلى الله عليه وسلم: أبه جنون؟ فقالوا: لا، ثم قال صلى الله عليه وسلم: أشربت خمرًا؟ فقام رجل فاستنكهه"⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم يلقنه الإنكار هو بمثابة الرجوع عن الإقرار، فإن كان صادقاً في انكاره يكون كاذباً في اقراره، وإن كان كاذباً في انكاره يكون صادقاً في اقراره وهذه شبهة تدرأ الحد، ومما يؤكد ذلك ويعزز معناه أنه لما هرب ماعز رضي الله عنه، قال صلى الله عليه وسلم: "هلاً خليتم سبيله"⁽³⁾، فدل ذلك دلالة واضحة صريحة ومباشرة على اعتبار الرجوع وقبوله في الإقرار المتعلق في حقوق الله تبارك وتعالى، بالرغم من أن الهروب يعد من قبيل الرجوع الضمني وليس الصريح، فإذا كان الرجوع الضمني معتبر فيكون الرجوع الصريح من باب أولى وأجدر.

تنبيه:

1. خالف بعض المالكية وقالوا لا يصح الرجوع في الإقرار إذا كان متعلق بحق الله إلا بشبهة⁽⁴⁾.
2. استثنى الحنابلة من حقوق الله، الحقوق التي لا تسقط بالشبهة كالزكاة والكفارة⁽⁵⁾.

(1) السرخسي، المبسوط (ج3/151)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج61/7)؛ ابن جزي، القوانين الفقهية (ج1/208)؛ ابن بزيمة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين (ج2/1177)؛ ابن المحاملي، اللباب في الفقه الشافعي (ج1/263)؛ النووي، المجموع (ج20/302).

(2) سبق تخريجه.

(3) "الطحاوي، شرح مشكل الآثار، باب: بيان مشكل ما روي عنه عليه السلام في " صلاته على الجهنية التي رجمها بإقرارها عنده بالزنى، ج1/376: حديث رقم: 432).

(4) ابن جزي، القوانين الفقهية (ج1/208)؛ ابن بزيمة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين (ج2/1177).

(5) ابن قدامة، المغني (ج10/131).

ب. وإن كان في حق العباد: لم يقبل قوله ولا يؤخذ به، بل يعمل بمقتضى إقراره⁽¹⁾. وقالوا بصحة الرجوع عن الإقرار في السرقة مع انه حق العبد فيه أغلب إلا أن الرجوع الصحيح عندهم لا يكون في المال أو لا يرد على المال بل على القطع، والقطع حق لله.

الصورة الثانية: الرجوع الضمني عن الإقرار.

كأن يهرب وقت تنفيذ العقوبة، فالذي عليه جمهور الفقهاء⁽²⁾، أن الهروب بمثابة رجوع عن الإقرار، فيما يتعلق بحق الله، ولا يعتبر كذلك فيما يتعلق بالضمان، ويسقط عنه الحد حينئذ؛ مستدلين بحدث ما عزر رضي الله عنه.

ولم يعتبر الشافعية في الأصح عندهم هروب الجاني رجوعاً عن الإقرار؛ لأن هروبه لا يدل بشكل قطعي على رجوعه إنما هو رجوع ضمني، والحد وجب عليه بوجه قطعي فالحد ثابت والرجوع ضمني وما ثبت بشكل قطعي أولى مما ثبت بالظنية⁽³⁾؛ وعليه فلا يسقط الحد عن الجاني لهروبه⁽⁴⁾.

(1) ابن قدامة، المغني (ج10/131)؛ ابن جزي، القوانين الفقهية (ج1/208)؛ ابن بزيمة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين (ج2/1177).

(2) السرخسي، المبسوط (ج9/191)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/61)؛ الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (ج8/242)؛ الكوسج، مسائل الامام أحمد (ج1/304)؛ ابن تيمية، المحرر في الفقه (ج2/165).

(3) زكريا الأنصاري، أسنى المطالب (ج4/132).

(4) حاشيتا قليوبي وعميرة (ج4/183)؛ النووي، منهج الطالبين (ج1/296).

المبحث الثاني: الشبهات الواردة على الشهادة

لقد اهتمت الشريعة بالشهادة اهتماما عظيما، لما لها من دور كبير في تغيير مجريات التقاضي بين أطراف العلاقة في القضية الواحدة، فهي من أهم البينات التي يثبت بها الحقوق، لذلك قام الفقهاء ببيان كل ما يتعلق بالشهادة وشروطها الواجب توافرها فيها لكي تكون بيينة يصح بناء الحكم عليها.

أو ما يصطلح على تسميتها بالبيينة الشخصية لأنها تصدر من الانسان، والناس ليسوا سواء في صلاحهم وتقواهم، ولأن كثيرا من الوقائع والدعاوى تتطلب هيئة معينة من الشهود وهم بشر، نرى كثيرا من الشهادات قد تحمل في طياتها خطأ من شاهد أو زمان أو مكان أو خلل ما يجعل القاضي يرد الشهادة فبدلا من أن تكون وسيلة اثبات، تصبح نقص قد يقلب الموازين ويبدل المعطيات.

لذلك سيتحدث الباحث في هذا المبحث عن تلك النواقص والشبهات التي ترد على الشهادة كوسيلة اثبات فتردها.

المطلب الأول: اختلاف الشهود في مكان أو زمان الجريمة

لا يمكن أن نتصور هذه الحالة إلا في حال تعدد الشهود في الواقعة المعينة، حيث إن شهادة الشهود تكون أمام القاضي بعد أن يقسم بالله العظيم أن لا يقول إلا الحق ولا شيء غير الحق ويسرد الشاهد للواقعة الحاصلة أو بجوابه عن أسئلة القاضي المتعلقة بالجريمة أو الواقعة الحاصلة فإنه يحصل للقاضي صورة معينة، ثم يحضر الشاهد الثاني ويسرد أو يجيب عن أسئلة، لكن إن حصل وكان هناك اختلافاً كبيراً جلياً واضحاً في الجريمة المعينة فإن ذلك يورد شبهة تجعل القاضي يطرح الشهادة كأن لم تكن ويردها للشبهة الموجودة في التناقض الزمني أو المكاني بين الشهود.

صورة المسألة.

كأن يشهد رجلان على رجل زنى بامرأة في المنزل ويشهد آخران على أنه زنى بها في بستانه. أو يشهد رجل على رجل أنه سرق من منزل ويشهد الآخر أنه سرق المال من الدكان، فذلك اختلاف في شهادة الشهود على الحادثة.

أو يشهد الشاهد الأول على أن الزوج الفلاني قد طرد زوجته مساء الخميس، ويشهد الآخر أنه طرد زوجته صباح الأحد.

واختلفت آراء العلماء في مدى قبول شهادة الشهود حين اختلافهم في شهادتهم، وذلك من خلال حديثهم عن اختلاف الشهود في المكان الذي حدثت فيه الجريمة، وكان اختلاف العلماء على النحو التالي.

أقوال العلماء في اختلاف الشهود في مكان الشهادة:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة⁽¹⁾، وأحمد⁽²⁾، إلى أن الاختلاف في المكان لا يضر في الشهادة وتقبل الشهادة ويقام الحد.

دليلهم ما يلي:

1. الفعل محمول على البيت الصغير، فلو بدأ الجرم في زاوية من البيت وصار بالحركة تارة هنا، وتارة هناك فإن الأولى أن نحمل الشهادة على صحتها لا على فسادها وعلى أن الشهود أمنا وأن نحملهم على صدقهم أولى من الحمل على كذبهم.

2. الاختلاف الذي يؤخذ به ويكون شبهة إذا كان أحد الفعلين غير الآخر، كأن يشهد اثنان على الزنا ويشهد الآخرون على سرقة⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽⁴⁾، الشافعية⁽⁵⁾، إلى أن الاختلاف الموجود بالشهادة شبهة توجب رد الشهادة.

دليلهم ما يلي:

بأن الشهادة لم تكتمل على فعل واحد، والاضطراب الحاصل في شهادة الشهود قد يكون نفياً وإثباتاً فشاهد يثبت وشاهد ينفي مثلاً، أو شاهد يحدد مكان والآخر يحدد مكان آخر وهكذا⁽⁶⁾.

سبب الخلاف.

هو اختلافهم في تكييف الاضطراب الحاصل في الشهادة هل هو شبهة توجب رد الحد أم أنه اضطراب لا أثر له؟.

(1) القدوري، التجريد (ج11/5932)؛ ابن أبي العز، التنبيه على مشكلات الهداية (ج4/169).

(2) ابن قدامه، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج4/291).

(3) القدوري، التجريد (ج11/5932).

(4) الصقلي، الجامع لمسائل المدونة (ج22/308).

(5) الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي (ج1/272).

(6) الشيرازي، المهذب (ج3/461).

فمن رأى أن اختلاف الشهود واضطرابهم في ذكر محل الحدث هو شبهة، قال بأن هذه الشبهة توجب درأ الحد، ومن رأى أن هذا الاضطراب ليس شبهة، قال بعدم اعتباره.

الترجيح

أن البشر قد تخطئ في شهادتها على الواقعة، لكن إن كان الاختلاف يسيراً فلا يلتفت إليه، لاختلاف البشر في تقدير الأماكن وحفظها ودقتها في ذلك، أما إن كان الاختلاف كبيراً كمن شهد أن الجريمة حصلت في بيت زيد، وشهد الآخر أنها حصلت في دار عمرو ويبعد زيد عن عمرو مقدار كيلومتر أو أكثر، فإن هذا يعتبر اختلافاً واضحاً ودليلاً صارخاً على كذب أحد الشاهدين، لذلك لا يعمل بشهادتهم، بل إن كانت الجريمة زناً، فإنهم يوجبوا على أنفسهم حد القذف.

المطلب الثاني: رجوع الشهود عن شهادتهم.

إن الهدف من شهادة الشهود هو تأكيد الواقعة وتأييدها بأناس آخرين غير المتداعيين، ليتم من خلالها الحكم لصالح المشهود له، فتكون الشهادة هي الثقل التي به رجحت كفة المشهود له، لكن ماذا لو رجع الشاهد عن شهادته التي كانت السبب الأقوى في بناء الحكم؟. وللرجوع عن الشهادة صور: إما أن يكونوا كل الشهود أو بعضهم، إما أن يكون الرجوع قبل صدور الحكم، أو بعد صدور الحكم وقبل التنفيذ، أو بعد صدور الحكم ونفاذه، فيترتب على كل ذلك آثار، تختلف باختلاف صورة الرجوع.

اتفق الفقهاء من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أن الرجوع عن الشهادة معتبر إذا كان قبل التنفيذ ولم يكن هناك ثمة شاهد سواهم، فلا يقام الحد على الجاني؛ وذلك لاستواء الصدق والكذب عند الشهود فأصبحت شبهة تدرأ الحد، كما أنه لا يُبنى عليها الحكم في حقوق العباد أيضاً.

وفي حال كان الرجوع بعد الاستيفاء فقد اختلفوا على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية⁽⁵⁾ والمالكية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ إلى أنه في حالة كان الرجوع عن الشهادة بعد نفاذ الحكم فيما يتعلق بالعقوبات فإن الشهود يكونوا ضامنين⁽⁸⁾، أما في حقوق العباد فيلغى ما صدر من الحكم بناء على شهادة الشهود واعتباره كأن لم يكن، أما إن كان الرجوع من بعض

(1) السرخسي، المبسوط (ج16/177)؛ السعدي، الننف في الفتاوى (ج2/805).

(2) مالك، المدونة (ج5/450).

(3) الشيرازي، المهذب (ج3/464)؛ الجويني؛ نهاية المطلب في دراية المذهب (ج19/56).

(4) ابن قدامة، الكافي (ج4/294)؛ الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، (ج7/382)؛ ابن حنبل، الجامع لعلوم الإمام أحمد (ج13/153).

(5) السرخسي، المبسوط (ج16/177)؛ السعدي، الننف في الفتاوى (ج2/805).

(6) مالك، المدونة (ج5/450).

(7) ابن قدامة، الكافي (ج4/294)؛ الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، (ج7/382)؛ الجامع لعلوم الإمام أحمد (ج13/153 مسألة رقم 2988).

(8) الذي يضمنه الشهود هو الدية في حد الزنى والحراية والردة، ويقسم جميع الشهود الدية ان كان الرجوع منهم جميعاً، ويضمن الربع ان كان رجوعه وحيداً في جريمة الزنا والنصف في الردة والحراية (الكاساني، بدائع الصنائع (ج6/283).

الشهود فالعبرة بمن بقى على شهادته من الشهود، حسب نوع القضية وما تتطلبها من عدد في الشهود.

دليلهم ما يلي:

1. أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده، ثم أتيا بعد ذلك بآخر فقال أوهمنا إنما السارق هذا فقال علي رضي الله عنه لشاهدين: لا أصدقكما على هذا الآخر، وأضمنكما دية يد الأول، ولو أنني أعلم أنكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما⁽¹⁾.
وجه الدلالة: أن علي رضي الله عنه قبل رجوع الشاهدين بدليل أنه ضمنهما دية يد الرجل الأول.
2. أن الشهادة إخبار، والإخبار يحتمل الخطأ، والرجوع بمثابة الترجيح لجانب الخطأ على الصواب وبذلك تكون الشهادة كعدمها⁽²⁾.

القول الثاني: ذهب الشافعية⁽³⁾ إلى أنه في حال كان الرجوع بعد الحكم والاستيفاء فإنه لا قيمة للرجوع ولا يضمن الراجع عن شهادته أثر الحكم الصادر بناء على شهادته، إلا إذا قال الشهود تعمدنا الكذب في الشهادة، ففي هذه الحالة فقد يكونوا ضامنين لما ترتب على الحكم بشهادتهم.

دليلهم ما يلي:

1. لم ينقض الحكم، لتأكد الأمر، ولجواز صدقهم في الشهادة، وكذبهم في الرجوع، أو عكس ذلك، وليس أحدهما بأولي من الآخر، فلا ينقض الحكم بأمر مختلف ومشكوك فيه؛ ولأنه قد اقترن بالشهادة حكم واستيفاء فلم يجز نقضها برجوع محتمل⁽⁴⁾.
2. أن الشهادة إلزام والرجوع إقرار بدليل أنه وارد بغير لفظ الشهادة، والإقرار لازم في حق المقر دون غيره، فلم يجز أن ينقض به الحكم، لأنه يصير إقراره إلزاما لغيره، مع أن الإقرار حجة قاصرة على المقر⁽⁵⁾.

سبب الخلاف.

اختلافهم في تكييف الرجوع في الشهادة هل هو إقرار أم أنه تكذيب ونقض لشهادة الأولى؟

(1) سابق، فقه السنة (ج3/457)

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء (ج3/365).

(3) الشيرازي، المهذب (ج3/464)؛ الجويني، نهاية المطالب في دراية المذهب (ج19/56).

(4) الشيرازي، المهذب (ج3/464).

(5) الروياني، بحر المذهب (ج14/364)؛ الخن وأخرون، الفقه المنهجي (ج8/220).

فمن رأى أن الرجوع عن الشهادة هو في حد ذاته نقض للشهادة وتكذيب لنفسه قال بنقض الحكم والضمان لحقوق الناس، من رأى أن الرجوع إقرار، والإقرار حجة قاصرة على المقر، والشهادة أقوى من الإقرار؛ لأنها متعدية وملزمة للغير، قال بعدم اعتبار الرجوع والأخذ به.

الترجيح.

رجح الباحث قول الجمهور القائل بنقض الحكم وضمان الحقوق في حال رجوع الشاهد عن شهادته؛ وذلك لما يلي:

1. أن هذا القول فيه إحقاق للحق وإقامة للعدل الذي من أجله شرع القضاء.
2. أن هذا القول فيه تأديب للشاهد وعقوبة له على اقدمه على انتهاك حدود الله وردع لغيره.

المطلب الثالث: تكذيب الشهود

لا تخرج الدعاوى المرفوعة عند القاضي عن كونها حقاً لله تبارك وتعالى، أو حقاً للعبد، ويكون للشهود الدور البارز والأثر البالغ في تمكين ودعم قول أحدهما ودفع القول الآخر، وهذا يتصور في الدعاوى القائمة للفصل في حقوق العباد، أما في الدعاوى القائمة لاستيفاء حق الله تبارك وتعالى، يكون الظهور بارزاً في المدعى عليه، بمعنى أنه لا يوجد مدعي والحق يكون هاهنا قائم لله، وذلك مثل جريمة الشرب، وجريمة الردة، ومن الأمثلة على تكذيب الشهود ما يلي:

أولاً: ادعاء المرأة البكارة وشهادة الشهود على زناها.

صورة المسألة: أن يشهد أربعة من الرجال على زنا امرأة، ثم تدعي هي بكارتها وبشهادة ذوات الثقة والخبرة من النساء أنها ما زالت على بكارتها، وفي هذه المسألة العلماء على قولين:

القول الأول: وهو قول الجمهور من الحنفية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ إلى اعتبار أن شهادة النساء على بكارتها شبهة تدرأ حد الزنا عن المرأة لوجود ما يكذب شهادة الأربعة. دليلهم ما يلي:

أن شهادة النساء على بكارة البنت فيها تكذيب لشهادة الشهود، إذا الغالب على النساء أن الدخول ينزع بكارة البنت، فشهادة النساء على البكارة البنت دليل على عفتها. القول الثاني: ذهب المالكية⁽⁴⁾ إلى أن وجوب إقامة الحد المبني على شهادة الأربعة من الرجال حتى ولو شهدت النساء على بكارتها أو رتقها أو قرنها فإن الحد يقام عليها ولا يسقطه إلا شهادة أربعة غيرهم بخلاف شهادتهم.

دليلهم ما يلي:

1. أن المثبت مقدم على النافي.

يمكن للباحث أن يناقش هذا: بأن شهادة النساء مثبتة للبكارة البنت وعفتها فهو مقدم على شهادة الشهود الذين ينفون بكارتها وعفتها.

2. أنه قد يحصل الوطء من دون إزالة بكارة.

(1) الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق (ج3/190)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (ج5/24).

(2) العمراني، البيان في فقه الامام الشافعي (ج9/306)؛ الشربيني، مغني المحتاج (ج5/453).

(3) البهوتي، كشف القناع (ج5/107).

(4) الصاوي، حاشية الصاوي (ج4/454)؛ الزرقاني، شرح الزرقاني (ج8/138)؛ الخراشي، شرح مختصر

خليل (ج8/81).

يمكن للباحث أن يناقش هذا: بأن هذا نادر والنادر لا حكم له.
سبب الخلاف.

هل تعتبر بكارة البنت دليل عفتها أم لا؟

فمن رأى أن بكارة البنت هو دليل عفتها وطهارتها قال بعدم الأخذ بشهادة الشهود في حال شهدت النساء على بكارة البنت، ومن رأى أن بكارة البنت ليس دليلاً يمكن الاعتماد عليه في طهارة البنت وعفتها قال بعدم الأخذ بشهادة النساء على بكارتها في حال شهد الشهود على زناها.

الترجيح.

رجح الباحث قول الجمهور القائل بعدم إقامة الحد على من شهدت النساء ببيكارتها، وذلك لما يلي:

1. أن المعهود والمعروف والمستقر عن الناس أن البكارة تنفض مع أول إيلاج فمن الصعب أن يتم الإيلاج دون أن تذهب بكارة البنت.
2. أن العمل بقول الجمهور فيه أمران:
الأول: منها أن فيه ستر للبنت وأهلها وهذا ما تتشوف له الشريعة.
الثاني: أن فيه عفو والخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة.

المبحث الثالث: الشبهات الواردة على الكتابة.

المطلب الأول: أهمية الكتابة وفوائدها.

أولاً: أهمية الكتابة.

- تأتي أهمية الكتابة من أمر الشارع بها، حيث أولاهها اهتماماً كبيراً فالمتتبع لآية الدين يجد أن الشارع وضع قيوداً من شأنها أن تجعل الكتابة أكثر دقة وانضباطاً وذلك على النحو التالي: (1)
1. جعلها أداة لإثبات الحقوق قال تعالى: "يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُبُوهُ" (2).
 2. أمر بتحري الدقة عند الكتابة ، حيث أمر أن يكتب الكاتب بالعدل فقال تعالى: "وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ" (3).
 3. نهى عن امتناع الكاتب عن الكتابة قال تعالى: "وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَيُمَلِّلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ" (4).
 4. أمر الذي عليه الحق بأن يتق الله ونهاه عن الانتقاص من حقوق الناس، فقال تعالى: "وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً" (5).
 5. حث على كتابة الحقوق سواء كانت صغيرة أم كبيرة وقال تعالى: "وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ" (6).
- وما كل التحري في الدقة والانضباط من الشارع، إلا لعظيم أثر الكتابة في المعاملات بين الناس وأهميتها في إثبات الحقوق.

(1) السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان (ج1/118)؛ الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية (ج14/135).

(2) [البقرة: 282].

(3) [البقرة: 282].

(4) [البقرة: 282].

(5) [البقرة: 282].

(6) [البقرة: 282].

ثانياً: فوائد الكتابة.

إن من خلال النظر في أهمية الكتابة يجد الباحث أن للكتابة فوائد منها:

1. صيانة للحقوق من الضياع فالشريعة قد أمرت بحفظ الحقوق، وعدم كتمانها أو إنكارها.
2. وسيلة سهلة وطريقة دقيقة، لإنهاء الخصومة وفض النزاع عند الجحود والإنكار.
3. ترفع الارتباب في مقدار الحقوق عند النسيان.

المطلب الثاني: حجية الكتابة في الإثبات.

نظراً لاختلاف العلماء في المسألة المطروحة في بداية هذا البحث في أن وسائل الإثبات هل هي اجتهادية أم توقيفية على الشارع، فقد نتج عن ذلك الاختلاف اختلاف آخر وهو في مدى حجية الكتابة في الإثبات كونها غير منصوص عليها بين وسائل الإثبات، فهم متفقون على أن الكتابة توثق بها الحقوق، ولكنهم اختلفوا في حجيتها أمام القضاء، هل وسيلة من الوسائل التي يمكن الاعتماد عليها في بناء الأحكام؟.

فقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ إلى عدم اعتبار الكتابة حجة في الإثبات الحقوق والوقائع أو نفيها عند القضاء، إلا في بعض الحالات ككتاب القاضي مثلاً فقد أجمعوا على العمل به للضرورة.

دليلهم ما يلي:

1. احتمالية تشابه الخطوط وبالتالي احتمالية التزوير والتحريف ومادام الأمر كذلك فلا يعتمد عليها في الإثبات ولا ينبغي أن تعتبر، لان الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال يسقط به الاستدلال⁽⁴⁾.
نُوقش هذا الاستدلال: بأن احتمالية تشابه الخطوط لا يصح الاعتماد عليه في رد حجية الكتاب؛ لأنه أصبح بالإمكان اليوم التأكد من صحة الوثيقة المنسوبة إلى صاحبها؛ لذلك لم يعد لهذا الأمر وجه مع وجود أهل الاختصاص.

(1) السرخسي، المبسوط (ج 16 / 95 وأيضاً 172/18)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج 8/118-124)

(2) الشريني، مغنى المحتاج (ج 4 / 399).

(3) البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستتفع (ص 525).

(4) الشريني، مغنى المحتاج (ج 6/298)؛ الأسيوطي، جواهر العقود (ج 1/16).

2. أن الكتابة تكون لتعلم عليها وتسلية بها، وبهذه أمور لا يكون المعنى الذي تحمله الكلمات مقصودا عند كاتبها، لذلك فلا تعتبر دليلا، ذلك كأن يجرب الكاتب قلمه، فهو عرضة للتجربة ويجب أن ترقى وسيلة الإثبات عن إمكانية التجربة بها⁽¹⁾.

نُقِشَ هَذَا الاستدلال: بأن هذا أمر نادر ومعلوم بأن النادر لا حكم له، لأن القاعدة الأصولية أن الأحكام تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، فضلا على أنه لا يتصور أن يمارس الإنسان الكتابة على سبيل التجربة، فيما يخص حقوق العباد وشؤونهم المهمة⁽²⁾، كما أنه ليس من المعقول أن نرفض الكتابة كوسيلة اثبات أمام القضاء بذريعة إمكانية التجربة فيها، فكثير من الوسائل القطعية في الدلالة اليوم تدخل عالم التجربة، كالكاميرات مثلاً.

3. أدلة الإثبات محصورة ومقيدة بما دلت عليه النصوص فلا يزداد على ما دلت النصوص عليه إلا بدليل، لأن الزيادة على النص نسخ للنص، والنسخ بلا دليل باطل، واعتبار الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات زيادة على النص، وهذه الزيادة ليس عليها دليل فهي باطلة⁽³⁾.

القول الثاني: ذهب المالكية⁽⁴⁾ وأحمد في رواية والمتأخرين من الحنابلة⁽⁵⁾ إلى اعتبار الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية تثبت بها الحقوق والوقائع.

دليلهم ما يلي:

1. قوله تعالى: "يَتَأْتِيهَا الذَّبَرَاءُ إِذَا تَدَايَنُتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ"⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: أن الله تعالى أمر بالكتابة وحث على الكتابة وذلك من أجل توثيق الحقوق والمعاملات لتكون مرجع عند الاختلاف⁽⁷⁾.

2. قوله تعالى: " قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ إِنْ أَرُونِي مَاذَا خَلَقُوا مِنَ الْأَرْضِ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ أَتُنُونِ بِكِتَابٍ مِنْ قَبْلِ هَذَا أَوْ أَنْزَرَ مِنْ عَلِيمٍ كُنْتُمْ صَادِقِينَ"⁽⁸⁾.

(1) علي حيدر، درر الحكام (ج1/69).

(2) الزحيلي، وسائل الإثبات (422).

(3) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (ج2/306).

(4) القيرواني، النوادر والزيادات (ج9/194)؛ عليش، منح الجليل شرح مختصر جليل (ج6/147).

(5) ابن قدامة، المغني (ج10/141).

(6) [البقرة: 282]

(7) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/303)؛ ابن القيم، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية (ص173).

(8) "الأحقاف: 4".

وجه الدلالة: قال ابن عباس، ومجاهد، وأبو بكر بن عياش أيضا إن المقصود من قوله تعالى: { أَوْ أَتْرَوْا مِنْ عِلْمٍ } يعني الخط، والمعنى هاتوا كتابا يصدق ما تدعون، فالله تبارك وتعالى يطلب منهم أن يأتوا بالخط على صدق دعواهم، والخط هو الكتابة كما في لسان العرب، فلو لم تكن الكتابة حجة لما طلبها، إذ يكون طلبها عبثا، والشارع منزه عن العبث، فدل هذا على أن الكتابة حجة عند الاختلاف والتنازع⁽¹⁾.

3. قال رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَا حَقَّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ، يَبِيْتُ لَيْتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ"⁽²⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أوصى كل مسلم عنده ما يمكن إن يوصي به بكتابة هذا الشيء حتى إذا مات الموصي كانت هذه الوصية حجة على من بعده لتنفيذ ما فيها ولو لم تكن كذلك لما طلبها النبي صلى الله عليه وسلم⁽³⁾.

4. لقد عاهد النبي عليه الصلاة والسلام القبائل وأنشأ معها المعاهدات مثل صلح الحديبية و صلح أهل آيلة، فلو لم تكن حجة عند التنازع والاختلاف فما الفائدة من كتابتها؟.

5. الإنسان يعبر عن نفسه إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة إن عجز، والكتابة أثبت من اللفظ فإذا ثبتت الكتابة عن صاحبها فهي أقوى في الدلالة من اللفظ، لأن اللفظ لا يمكن إعادة تأمله، بينما الكتابة يمكن لأنها أثبت.

سبب الخلاف:

1. اختلافهم في تأويل النصوص، التي ذكرت الكتابة، هل هي لتوثيق الحقوق وحفظها وتذكرها عند النسيان، أو هي لذلك وإقامة الحجة بها أمام القضاء؟
2. اختلافهم في تكيف وسائل الإثبات، هل هي توفيقية أو اجتهادية؟.

الترجيح:

- يميل الباحث إلى ترجيح القول القائل باعتبار الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات لما يلي:
1. أن الله قد أمر بالكتابة فلو لم تكن الكتابة حجة فما فائدة التوثيق بها؟.
 2. أن الكتابة اليوم أصبحت أسهل وسيلة للإثبات وأكثر شيوعا بين الناس فلو عطلنا الكتابة عن الإثبات لضاعت حقوق الناس ولأوقعنا الناس في الحرج والمشقة التي هي منفية في أصل الدين.

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم (ج7/253).

(2) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الوصايا/ باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «وصية الرجل مكتوبة عنده» ج4/2: رقم الحديث [2738].

(3) الخطابي، معالم السنن (ج4/82)

3. لقد تطور العلم وتقدمت وسائله وأصبح من السهل اكتشاف أي تزوير أو تحريف في الوثائق. الكتابة وسيلة أكثر دقة ومصداقية في الإثبات من الشهود إذا توفرت فيها الشروط والضوابط المعتمدة شرعا.

5. إن الشهادة وسيلة معتبرة في الإثبات، وجائز عليها التزوير وبنص حديث رسول الله الذي حذر فيه من شهادة الزور، مع ذلك لم تلغى الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات، فكون الوسيلة تحتل التزوير ليس مبررا لعدم اعتبارها، وإلا أدى ذلك لعدم اعتبار كل وسائل الإثبات، فكما أوجدنا طريقة يغلب على ظننا بها صدق الشهود، فكذلك نوجد طريقة يغلب على ظننا بها صدق الكتابة، وقد وجدت والحمد لله، فالمعالجة أفضل من البتر.

6. أن من أقر على نفسه وكتب وثيقة صحيحة وهو بكامل عقله يقر في هذه الوثيقة بحق عليه لفلان فليحمل ما ألبس به نفسه، ولا يعقل لأجل هذا الأمر نلغي وسيلة أصبحت اليوم هي الأولى بين الوسائل في توثيق الحقوق بين الناس.

7. إن الشريعة وعلوم الشريعة وأقوال الفقهاء اليوم تقام بها الحجة على الناس، دونما نكير فدل هذا على حجية الكتابة.

المطلب الثالث: مرتبة الكتابة بين مراتب الإثبات

أولاً: المقصود بمراتب الإثبات .

سيق أن بين الباحث أن وسائل الإثبات تنقسم باعتباريات مختلفة إلى أقسام متعددة، ومن ضمن هذه الاعترافات من حيث إفادة العلم، فهي تنقسم بهذا الاعتبار إلى وسائل تفيد العلم وأخرى تفيد الظن⁽¹⁾، في أي القسمين تكون الكتابة؟

ثانياً: مرتبة الكتابة بين هذه المراتب .

قديمًا كانت الكتابة في مرتبة متأخرة بين مراتب الإثبات وذلك راجع لاختلاف الفقهاء في حجيبتها بل إن الذين لا يعتبرونها حجة في الإثبات لا يضعونها ضمن طرق الإثبات أصلاً، فهي ليس لها مكان عند هؤلاء الفقهاء إلا في مواطن معينة وفي حدود ضيقة، أضف إلى ذلك هناك سبب عام وهو ضعف الإمكانيات الكتابة عند الناس، فمن الناحية العملية ليست بمقدور الجميع الكتابة ولا هي متوفرة كأداة من الأدوات في كل بيت، وهذا بخلاف ما عليه الناس اليوم فقد انتشرت الكتابة وأصبحت شيء أساسي في حياتهم بكل تفاصيلها واعتمد الناس عليها في معاملاتهم في شتى مناحي الحياة وهذا الاعتماد قد ألق بظلاله على قواعد الإثبات في الشريعة، وهذا يثير تساؤل حول مكانة الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات بين هذه الوسائل، ولا سيما وقد تطور العلم وأصبح لدينا إمكانيات عالية في إنشاء الكتابة وفي تأكد من صحتها، وكشف التزوير والاحتيال.

علماً أن الكتابة اليوم أصبحت الوسيلة الأساسية في إثبات الحقوق في المحاكم القانونية، ولدى الناس بشكل عام، وذلك لأن إنشاء الكتابة دائماً وغالباً يكون قبل المعاملة أو عند البدء بها مما يجعل احتمال صحتها وصدقها أكبر إلى الحد الذي يكاد ينعدم به احتمال الكذب فالكتابة بالإضافة إلى أنها الأسهل وسيلة في إحضارها أمام القضاء فهي أيضاً خير وسيلة لقطع النزاع عند التشكيك بما تم الاتفاق عليه بين أطراف العلاقة فهي الوسيلة الأكثر ثقة لدى الجميع ونظراً لأهمية الدور الذي تقوم به الكتابة في إنهاء الخصومات وفض النزاعات وفي مجال الإثبات عموماً بالإضافة إلى كونها الوسيلة التي لا تتغير على مر الزمان، فهي تبقى بعد موت أصحابها، أو موت الشهود، أو فقد الأهلية عند أحد أطراف العلاقة وهذا مما يجعل الورثة غير قادرين على تمييز الحقوق وإثباتها عند الخلاف، وكذلك الوسيلة التي من السهل إيجادها حال المعاملة فهي متوفرة في كل مكان وفي متناول اليد، وكذلك من السهل إحضارها أمام القضاء، فلا تحتاج إلى ترتيب مواعيد للحضور لمجلس القضاء، ولا تعطيل عن الأشغال كما هو الحال مع الشهود، وكذلك قد

(1) انظر، ص 32 للوقف على تقسيم وسائل الإثبات باعتبار إفادة العلم.

يتعرض صاحب الحق للمساومة من الشهود، أو تهديد للشهود من أن يشهدوا كما يحصل اليوم وهذا وقع ملموس، وقد ضاعت حقوق كثيرة لأنها توقفت على شهادة بعض الناس، الذين بدورهم رفضوا الشهادة فضاة الحق، وما دمننا قد رجحنا أن الوسائل مطلقاً؛ لأن الهدف هو رد الحقوق إلى أهلها، وأن الكتابة من خير الوسائل في إثبات الحقوق، فلهذه الاعتبارات أرجح أن تكون الكتابة في المرتبة الثانية بعد الإقرار وما ذلك إلا لأن الإقرار يغني عن إحضار الكتابة وإثبات صحتها وبالتالي السرعة في إنهاء الخصومة.

المطلب الرابع: أنواع الكتابة درجاتها.

تنقسم الكتابة من جهة إنشاءها أو إصدارها إلى أوراق رسمية وأوراق غير رسمية، سيضع الباحث خطأ عريضا للكتابة مسترشدا بما فهمه من كلام العلماء حول الأنواع التي ذكروها في كتبهم وبينوا أحكامها، من ثم أقوم ببيان حكم الكتابة في زماننا هذا على ضوء ما فهمتُ.
أ. الأوراق الرسمية⁽¹⁾.

الأوراق الرسمية بحرفية المصطلح، هو مصطلح حديث تناوله الباحثون المعاصرون، وتناولته القوانين المختصة بالبلدان، حيث تبيانت الآراء في تعريفه وجاء تعريفه في قانون أصول المحاكمات الشرعية في فلسطين على النحو التالي:

هي كل ورقة صادرة عن الموظف المختص بمقتضى وظيفته في المصالح العمومية⁽²⁾
ومن صور الأوراق الرسمية:

1. كتاب القاضي إلى قاضي آخر: وهو عبارة عن ورقة يكتبها القاضي إلى قاضي آخر يخبره فيها بشهادة أو حكم أو حق وهذا حجة بإجماع الفقهاء، ولكن جمهور العلماء اشترطوا ليكون حجة أن يُشهد عليه القاضي عند كتابته اثنين، وهؤلاء يشهدون عند تسليمه، والدافع وراء هذا الاشتراط هو زيادة الحرص على سلامة الورق والتأكد من عدم تزويرها⁽³⁾.

2. البراءات السلطانية: وهي الأوامر التي يصدرها الحاكم، وتشبه اليوم المراسيم الملكية أو الرئاسية والقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، وهي حجة قياسا على كتاب القاضي بل هو قياس أولوي⁽⁴⁾.

3. ديوان القاضي: هو عبارة عن سجلات تجمع فيها الأحكام التي أصدرها القاضي في قضايا عرضت عليه أو القضايا التي تنتظر الفصل فيها وهو ما يعرف في زماننا بالأرشفيف، يعمل به بشرط أن يتذكر القاضي هذه الكتابة، أو أن تكون الكتابة مصونة ومحفوظة⁽⁵⁾.

(1) مصطلحا الأوراق الرسمية والأوراق العرفية غير موجود في كتب الفقهاء القدامى، وإنما وجدته في كتب القانون، وعند بعض العلماء المعاصرين.

(2) قانون أصول المحاكمات الشرعية، المادة 45 ص 132.

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج 8/123)؛ البغدادي، المعونة على مذهب الإمام مالك (ج 3/1554-1555)؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج 4/252)؛ البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستنقع (ص 525).

(4) السرخسي، المبسوط (ج 18/172)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج 8/118-124).

(5) السرخسي، المبسوط (ج 16/93)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج 18/123)؛ الشربيني، مغنى المحتاج (ج 4/399).

وبناء على ما سبق: هذا ما ذكر في كتب الفقهاء في حدود ما اطلعت عليه، لكن في زماننا اختلف الحال جملة وتفصيلا عما كان عليه الأمر قديما، فالיום تعددت الجهات التي تصدر الأوراق والتي يطلق عليها أوراق رسمية، لذلك وفي ضوء ما ذكر الفقهاء، نستطيع أن نعرف طبيعة الأوراق التي تصدرها مؤسسات الدولة اليوم بكل طبقاتها ومسمياتها وعلى اختلاف مجال عملها سواء كانت وزارات ومحاكم ولجان حكومية ومستشفيات وغيرها، فكل ما يصدر من هذه المؤسسات من أوراق رسمية اليوم فهو حجة أمام القضاء، ويمكن الاعتماد عليه وذلك لعدة اعتبارات:

1. قياسا على كتاب القاضي المجمع على العمل به، والمعول عليه في حجية كتاب القاضي ليس الجهة المصدرة له وإنما معيار الضبط في هذا الكتاب من حيث المصادقية وسلامة من التزوير، واليوم أصبح التأكد من المصادقية في غاية السهولة لتشابك الحياة وتشعبها.
 2. للضرورة إلى ذلك حيث أن الدولة في الماضي تختلف عما عليه الدولة اليوم، فقد كانت مهمة الدول في الماضي تنحصر في الأمن الخارجي والداخلي، أما اليوم فالدولة مسؤولة عن الاقتصاد والتعليم والتنمية والصحة والبيئة وغيرها الكثير، هذا كله مترابط عن طريق الورق فإهمال الورق يوقع في مشقة كبيرة جدا؛ لذا الضرورة اليوم إلى الكتابة على المستوى الرسمي أكبر بكثير من الماضي.
 3. ترجيح العمل بالكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات المعتمدة شرعا، والتي يصح الاعتماد عليها في بناء الأحكام.
- وبناء على ذلك فكل ورقة صدرت من جهة رسمية، وتم التأكد من صحتها، فهي حجة أمام القضاء في إثبات ما تضمنته ودلت عليه، وهي حجة أيضا على كل من هو مخاطب بها. ولا يحق لأحد اليوم الطعن في هذا النوع من الأوراق، إلا بالتزوير فقط⁽¹⁾.

ضوابط العمل بمقتضى الأوراق الرسمية:⁽²⁾

1. أن تكون الأوراق الرسمية منظمة عن طريق الموظف التي عينته الدولة، وذلك مثل الأحكام القضائية تصدر عن موظف الدولة المختص وهو القاضي، والتعهدات العدلية تصدر عن موظف الدولة المختص وهو كاتب العدل، وعقد الزواج يصدر عن موظف الدولة المختص وهو المأذون، فلا يصح أن تصدر الأوراق عن غير المختصين بها.

(1) داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية (ج1/131).

(2) أبو جاموس، البيئة الخطية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير ص112.

2. أن يكون الموظف صاحب اختصاص، بمعنى ألا يتجاوز الموظف اختصاصه وإن كان في نطاق دائرته، مثال ذلك يصح أن يصدر عقد الزواج من المأذون الشرعي، لكن لا يصح أن يصدر عنه أمر تنفيذي فهو اختصاص مأمور التنفيذ في المحكمة وقاضي التنفيذ، ويدخل في ذلك الاختصاص المكاني باختصاص كل محكمة في نطاقها المحدد لها، ويتضح ذلك من خلال أصول المحاكمات الشرعية المعمول بها في البلاد.

3. أن يكون المستند الرسمي مراعيًا للأوضاع القانونية الواجب توفرها في المستند، ذلك مثل أن يكون مستوفياً الأوراق الرسمية قبل إجراء العقد أو إصدار الحكم، أو توافر الشهود وما إلى هنالك.

ب. الأوراق غير الرسمية:

عَرّف واضعو قانون أصول المحاكمات الشرعية الأوراق غير الرسمية من خلال تعريفهم الأوراق الرسمية كما جاء في بداية المطلب، فقالوا بعد تعريف الأوراق الرسمية وما عدا ذلك فهي أوراق غير رسمية⁽¹⁾.

فمن خلال ذلك يتبين أن الأوراق التي تكون بين الأفراد يوثقون من خلالها حقوقهم ومعاملاتهم وشهاداتهم وإقراراتهم وغيرها تأتي ضمن الأوراق غير الرسمية، وقد ذكر الفقهاء منها قديماً عدة أنواع حسب ما هو مشتهر في زمانهم.

ومن صور الكتابة غير الرسمية:

1. دفتر البيع

بعد النظر في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين لم أقف على تعريف محدد لدفتر البيع حسب الصورة المطلوبة في فقه القضاء، لذلك ومن خلال ما تم طرحه من الفقهاء يرى الباحث أنه يمكن تعريف دفتر البيع بأنه

ما يدونه التاجر أو من يوكله في دفتره من استحقاقات أو تعهدات مالية أو ما يقوم مقامها لغيره عليه

شرح التعريف

قول الباحث "ما يدونه" قيد خرج به وسائل الإثبات الأخرى غير المدونة كالشهادة على الاستحقاق أو الإقرار أو غيره.

(1) قانون أصول المحاكمات الشرعية مادة 45 ص132.

قول الباحث "التاجر أو من يوكله": هو قيد خرج به تدخل الغير في الاثبات كعقد الفضولي كي لا تدخل الشبهات على هذا الاستحقاق، فتحول دون احقاق الحق.

قول الباحث "في دفتره": قيد خرج به ما يكون من اتفاق بين التاجر في غير دفتره، لأنها شبهة قد ترد على هذه الوسيلة فتضعف قوتها في الاثبات.

قول الباحث "استحقاقات أو تعهدات مالية أو ما يقوم مقامها": لأن المقصود عند طرح الفقهاء لموضوع دفتر البيع هو ما يتم تدوينه من ديون مالية بينهم، فهو قيد خرج به اتفاقيات الأخرى غير المالية فمقصد التجارة المال.

قول الباحث "لغيره عليه": قيد خرج به ما يدونه التاجر له على غيره، فهو لا يعتبر وسيلة للإثبات عند الفقهاء⁽¹⁾، لحديث ابن عباس رضي الله عن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدَمَاءَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ"⁽²⁾.

ودفتر البيع حجة عند الفقهاء، حتى أن القائلين بعدم حجية الكتابة في الإثبات، اعتبروه حجة في إثبات ما على التاجر وليس ما له، لحديث ابن عباس السابق، فدفتر البيع كبينة خطية هي وسيلة اثبات معتبرة أمام القضاء في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

2. خط المورث

ما قيل في دفتر البيع يقال هنا، فقد اتفق الفقهاء على اعتبار ما كتبه المورث من حقوق عليه كبينة خطية مشروعة في الاثبات، فإذا وجد الوارث مكتوباً من مورثه يتعلق بحق مالي أداءً أو ابراءً فما يتعلق بالحقوق عليه لا له، فإنه يعتبر بينة خطية معتبرة في الحقوق، إلا أن المالكية خالفوا الجمهور في حال كانت البينة تتعلق بالوصية، فحينها لا بد من الإشهاد عليها قبل الوفاة حتى يصح الأخذ بها، والعمل بمقتضاها⁽⁴⁾.

قياساً على ما سبق، فإن ما يجري اليوم بين الناس من كتابة للديون فإنها حجة على الكاتب، وليست حجة له إلا إن حضرت الأدلة المؤيدة لذلك.

(1) ابن نجيم، البحر الرائق (ج4/7)، الزحيلي، وسائل الإثبات (473).

(2) "مسلم: صحيح مسلم، كتاب الأفضية/ باب اليمين على المدعى عليه، ج3/1336: رقم الحديث 1711".

(3) ابن نجيم، البحر الرائق (ج4/7)، ابن عابدين، رد المحتار (ج436/5)، القيرواني، النوادر والزيادات (ج194/9)؛ عليش، منح الجليل شرح مختصر جليل (ج147/6)؛ ابن قدامة، المغني (ج141/10).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق (ج5/7)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج448/1)؛ حاشية البجيرمي، (ج424/4)؛ الأنصاري، أسنى المطالب (ج308/4)؛ الجامع لعلوم الإمام أحمد (ج26/10).

المطلب الخامس: شبهات الكتابة.

إن الناظر إلى جهد العلماء في البينة الخطية يجد أن الشبهات التي قد ترد على الكتابة غالباً ما تتمثل في الإنكار للكتابة، مما يقوض الكتابة كوسيلة للإثبات والإنكار يكون كالتالي:

الفرع الأول: انكار الخط والكتابة.

لو حصل الإنكار على الخط المكتوب من المدعى عليه، فهل تبقى قوة الكتابة في الإثبات موجودة وهل يؤخذ بها؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب بعض الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾، إلى أن الكتابة تكون حجة في الإثبات بشرط أن يقيم المدعي البينة على أن هذا الخط هو خط المدعى عليه، أو أن يؤمر المدعى عليه بالكتابة ويشهد أهل الخبرة في الخطوط أن هذا الخط للمدعى عليه، أو أن يكون خط المدعى عليه مشهوراً بحيث يعرف به فلا يعتبر إنكاره⁽³⁾.

أن الكتابة عندهم محتملة التزوير والتلاعب فيها؛ لذلك فهي ظنية الدلالة فوجب الاستعانة بالشهود عليها ليزول الشك باليقين وتتنفي الشبهة⁽⁴⁾.

القول الثاني: الصحيح عند الحنفية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، أن القول قول المدعى عليه باعتباره منكراً ويحلف لكن لا يحلف على الخط بل على أصل المال؛ لأن الكتابة محتملة التزوير وهي غير حجة.

الترجيح.

بعد استنباط أقوال الفريقين واستقراء هذا الموضوع في كتبهم لا أكاد أقف على دليل ملموس لهم على أقوالهم، لندرة ما كتبوه في انكار الكتابة أو الخط، ومن خلال ما تقدم يرى الباحث أن الجمع بين الأقوال أولى من إهمال أحدهما، بمعنى إن أنكر المدعى عليه الخط والكتابة، فإن الباحث يرى بأن يحضر المدعي شهوده على كتابة المدعى عليه، فإن لم يكن ثمة شهود، استحلف المدعى عليه فإن نكل ثبت الحق للمدعي، وإن حلف ثبت للمدعى عليه، وبذلك يدفع الاختلاف الواقع بين العلماء.

(1) ابن عابدين، قرعة عين الأختار (ج8/260)؛ علي حيدر، درر الحكام (ج4/164).

(2) الخرشي، شرح مختصر خليل (ج7/207)؛ محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع (ج4/138).

(3) علي حيدر، درر الحكام (ج4/163).

(4) السرخسي، المبسوط (ج16/92)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج2/43).

(5) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج5/469)؛ البغدادي، مجمع الضمانات (ج1/371).

(6) المزني، مختصر المزني (ج8/408)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (ج16/214).

الفرع الثاني: الاعتراف بالخط دون الحق.

إذا اعترف المدعى عليه بخطه أمام القاضي لكن قال: بأن هذا المال أو المدعى به غير صحيح وأنكر الادعاء، اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: هو قول عامة الحنفية⁽¹⁾. يقبل قوله ويعتبر انكاره ما لم يكن سمساراً أو صرافاً أو بيعاً، فيحكم حينها بما هو مكتوب في دفتره.

القول الثاني: وهو قول بعض الحنفية⁽²⁾، إن كان الخط مستتبيناً مرسوماً فإن حكمه حكم الرجوع عن الإقرار، لا يقبل في حق الأدمييين، وإن لم يكن مرسوماً مستتبيناً فإن الإنكار معتبر هاهنا والقول قول المنكر بيمينه.

ما قيل في حق الأدلة في المسألة السابقة يقال هنا، فالباحث وجد صعوبة بالغة في استنباط دليل من طرحهم للموضوع؛ لندرة كتاباتهم فيه، وبالنظر في الاختلاف القائم بين العلماء في هذه المسألة فإن الباحث يرى أن الاعتراف بالخط إقرار بطريقة خفية، فإن كان الاعتراف بالخط في حق نفسه فإن الباحث يرى ألا يقبل منه انكار الحق؛ ذلك لأنه هو من يضيف في حق نفسه ويكتب على نفسه وادعاء أن أحداً أضاف أو أنقص عليه خلاف الأصل، وأن خطأه وتقصيره فيما يملك فيه الإضافة أو النقص هو يُحاسب عليه؛ حتى لا يكون الباب مفتوحاً أمام المتلاعبين بحقوق الناس، أما إن اعترف بالخط دون الحق في دفتر أو كتابة غيره، فإن أقام البينة على ذلك اعتبر قوله؛ حتى لا يتصل كل واحد من حقه بدعوى الإنكار، وإن لم يقم البينة على ذلك فإن الباحث يرى بأن يحلف المدعي ويحكم بيمينه، ذلك في حقوق العباد، أما ما كان في حق الله سبحانه وتعالى فإن الباحث يرى أن مجرد الإنكار شبهة والأصل أن تدفع الكتابة والعمل بها بشبهة الإنكار.

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج4/413)؛ البغدادي، مجمع الضمانات (ج1/371).

(2) ابن نجيم، البحر الرائق (ج3/267)؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج5/436).

المبحث الرابع: الشبهات الواردة على القرائن.

المطلب الأول: ماهية القرائن وأنواعها ومشروعيتها.

الفرع الأول: ماهية القرائن.

أولاً: القرائن لغة:

جمع قرينة، وهي من الفعل قرن، فالقاف والراء والنون أصل واحد يدل على الجمع والضم⁽¹⁾، وتدل كلمة قرينة على معان متعددة منها: المصاحبة، فالرجل قرين الرجل أي صاحبه، ومنها أيضاً الملازمة⁽²⁾.

ويتضح مما سبق أنّ كلمة قرينة تدور حول: معنى الجمع والمصاحبة والملازمة.

ثانياً: القرائن اصطلاحاً:

استخدم الفقهاء القدامى كلمة القرائن بكثرة، والناظر في ثنايا كتبهم يجدهم أن عدداً قليلاً منهم قد عرف القرينة بتعريف مستقل بذاته؛ ولعل السبب في ذلك يرجع إلى وضوح المقصود منها عندهم من غير تعريف، واستعملوا كلمات قريبة منها وألفاظ ذات صلة تؤدي نفس المعنى كقولهم: "العلامة والأمانة"⁽³⁾، وجاءت تعريفات الذين وضعوا تعريفاً مستقلاً لها على الشكل التالي.

1. تعريف ابن الغرس: ذكره ابن نجيم في كتابه⁽⁴⁾ أن القرائن هي "الدالة على ما يطلب الحكم به

دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به"

ويؤخذ على هذا التعريف أنه تعريف غير مانع، فيدخل في تعريفه الإقرار فهو يدل على الشيء دلالة واضحة ويكون في حيز المقطوع به، ويدخل في التعريف أيضاً شهادة الأربعة على الزنا وغيرها من وسائل الإثبات القطعية الدلالة.

2. تعريف الجرجاني: "أمر يدل على المطلوب"⁽⁵⁾.

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع، فليس كل أمر دل على المطلوب قرينة فقد تكون شهادة أو يمين وهما وسيلتا إثبات.

3. تعريف التهانوي: "الأمر الدال على الشيء من غير استعمال فيه"⁽⁶⁾.

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة (ج5/62).

(2) الرازي، مختار الصحاح (ج1/560).

(3) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (489).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/205).

(5) الجرجاني، التعريفات (ج1/174).

(6) التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون (ج2/1315).

يؤخذ على هذا التعريف أنه وضع قيد من (غير استعمال فيه)، وهناك من القرائن التي تدل على الشيء وهو مستعملة فيها، كالسكين على الذبح⁽¹⁾.

ومن الفقهاء المعاصرين هناك من عرف القرينة كالتالي:

1. تعريف مجلة الأحكام العدلية: " الأمانة البالغة حد اليقين"⁽²⁾.

يؤخذ على هذا التعريف أن هناك من القرائن من لا تدل دلالة يقينية كمن خرج مسرعاً يحمل سكيناً يقطر دماً فدلالته غير يقينية فلربما يعمل جزراً ورأى ميتاً فخرج مذعوراً، وكذلك من حملت من غير زوج لا يدل ذلك على زناها فلربما أكرهت عليه، وكذلك من تقيأ الخمر ربما شربها خطأً، فدلالة التقيؤ غير يقينية على الشرب.

2. تعريف الشيخ مصطفى الزرقا: "كل أمانة ظاهرة تقارن أمراً خفياً فتدل عليه"⁽³⁾.

يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع، فبما أن القرائن هي أمانة -كما وضح الشيخ الزرقا- وهي ليست من وسائل الإثبات التي سماها الشارع، كان من الأفضل أن لو وضع الشيخ الزرقا قيد (من غير ما سماه الشارع)، حتى لا يدخل في ذلك ما سماه الشارع من أمارات دالة بشكل ظاهر. المتأمل في التعريفات السابقة يجد أن منها ما هو كالتعريف اللغوي، أو أنه شرح، أو أنه تقسيم، وبعد النظر فيها، يرى الباحث أن القرينة هي:

"كل ما دلت على الواقعة الخفية دلالة واضحة من غير وسائل الإثبات سواء استعملت فيه أم لا".

سبب اختيار التعريف:

1. لأنه تعريف مانع من دخول وسائل الإثبات الأخرى الدلالة على الوقائع بشكل واضح.

2. لأنه قيد القرينة بالتدليل دلالة واضحة وبذلك جمع بين القرائن القاطعة والقرائن التي تدل بالظن الغالب.

شرح التعريف:

(1) أبو الحاج، القرائن الحديثة ودورها في الإثبات في الشريعة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة (ص28).

(2) مجلة الأحكام العدلية (ص353).

(3) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج2/918).

كل ما دلت: هو لفظ يشمل كل ما يدل على الشي المعين بحيث يعرف به. الواقعة الخفية: قيد خرج به الواقعة الواضحة كالشهود على القتل أو الزنا فلا قيمة للقرائن حينئذ. دلالة واضحة: قيد خرج به الدلالة الخفية فحينها تكون القرينة منشأة للمشكال لا منهية لها والأصل أن تستعمل القرائن للدلالة على الفاعل أو الفعل من غير تجريح لحصر الفعل في دائرة واحدة. من غير وسائل الإثبات: قيد خرج به ما سماه الشارع وسائل الإثبات فمنها ما يدل على الواقعة الخفية دلال واضحة وذلك كالشهود الأربعة على الزنا. سواء استعملت فيه أم لا: من القرائن ما يستعمل في الجريمة أو الواقعة كالسكين الذي يقطر دماً فهو قرينة قتل، ومنها ما لا يستعمل في الجريمة مثل كاميرات المراقبة القريبة من مكان وقوع الحادثة أو الواقعة.

الفرع الثاني: أنواع القرائن

من خلال ما رجحناه في تعريف القرينة، يتضح لنا أن القرائن لها تقسيمات وأنواع ومختلفة، تقسيم من حيث المصدر، وتقسيم من حيث القوة والضعف.

التقسيم الأول: من حيث المصدر:

تنقسم القرائن من حيث مصدرها إلى ثلاثة أقسام: (1)

أ. قرائن نصية: هي قرائن نصّ عليها في الكتاب والسنة، من أمثلتها:

1. الدم قرينة على القتل في قصة يوسف عليه السلام، قال تعالى: "وَجَاءَ وَعَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ" (2).
2. الفراش قرينة على نسب الولد، قال عليه الصلاة والسلام: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ" (3).
- ب. قرائن فقهية: قرائن استنتجها العلماء وجعلوها أمارات على أشياء معينة، واستدلوا بها في كثير من الأمور، كالدعاوي، وهذه القرائن ملزمة الحكم بموجبها إذا لم يكن القاضي مجتهداً مطلقاً (4).

ج. قرائن قضائية: هي القرائن التي يستخرجها القضاة من خلال ممارستهم للقضاء، وذلك مما يملكونه من ملكة يستطيعون الاستدلال بها وإقامة الحجة، وما يملكون من فراسة وذكاء حتي يميز الخبيث من الطيب.

(1) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (495).

(2) [يوسف: 18]

(3) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الحدود/باب: للعاهر الحجر، ج8/153: رقم الحديث 6749]

(4) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (495).

التقسيم الثاني: من حيث القوة والضعف:

تنقسم القرائن من حيث قوتها وضعفها إلى ثلاثة أقسام⁽¹⁾:

أ. قرائن قوية: هي القرائن التي تصلح أن تكون دليلاً قاطعاً على الأمر.

ومثالها: إذا وجد رجل مذبوح في مكان ما، ورجل آخر بجانبه يحمل سكيناً عليها دمًا ولم يوجد

في المكان غيره، كان ذلك قرينة على أنه هو القاتل⁽²⁾.

ب. قرائن ضعيفة: هي القرائن التي لا تنفي غيرها من الاحتمالات.

ومثالها: تنازع شريكان في دكان واحدة لهما، أحدهما بائع ساعات والآخر بائع كتب، فيحكم

بالساعات لبائع الساعات، والكتب لبائع الكتب، وذلك لقرينة المناسبة، ولكن يحتمل أن يكون

بائع الساعات قد اشترى كتباً ليهدئها لأحد، أو العكس، فلم يعتبر هذا الاحتمال، واعتبرنا قرينة

المناسبة لفض النزاع والخصومة، وهذا ناتج عن فلسفة الشارع الحكيم⁽³⁾.

ج. قرائن ملغية: هي القرائن التي لا اعتبار لها، وتكون عند تعارض القرائن القوية مع الضعيفة.

ومثالها: أن يتنازع عامل زراعة مع صاحب الأرض على فأس، فيحكم بالفأس للعامل لقرينة

المناسبة فهو مما يخصه، ولا يلتفت لقرينة وضع اليد أي كونها حيزت في يد صاحب الأرض،

فتلغى قرينة اليد، وتعتبر قرينة المناسبة لأنها أقوى⁽⁴⁾.

(1) السوسي، فقه القضاء وطرق الإثبات (ص250).

(2) مجلة الأحكام العدلية (353).

(3) السوسي، فقه القضاء وطرق الإثبات (ص250).

(4) دبور، القرائن ودورها في الإثبات (98).

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للعمل بالقرائن.

الفرع الأول: مشروعية القرائن.

النَّاطِرَ فِي كِتَابِ الْفُقَهَاءِ الْقَدَامِيِّ، يَجْدُ أَنَّ جَمِيعَ الْفُقَهَاءِ قَدْ اتَّفَقُوا عَلَى الْأَخْذِ بِالْقَرَائِنِ فِي بَعْضِ الْقَضَايَا بِالْجُمْلَةِ، وَاخْتَلَفُوا فِي التَّفْصِيلِ، فَمِنْهُمْ مَنْ تَوَسَّعَ، وَمِنْهُمْ مَنْ ضَيَّقَ، وَمِنْهُمْ مَنْ تَوَسَّطَ فِي الْأَخْذِ بِهَا.

ولكن من باب الأمانة العلمية، نوردُ في بحثنا هذا الخلافَ بين العلماء في مشروعية القرائن مع أنه خلافٌ شكلي، وليس خلافاً حقيقياً.

القول الأول: ذهب ابنُ الغرس من الحنفية⁽¹⁾، وابنُ فرحون من المالكية⁽²⁾، وشيخُ الإسلام ابنُ تيمية وتلميذه ابنُ القيم من الحنابلة⁽³⁾، إلى جوازِ القضاء بالقرائن.

دليلهم ما يلي:

1. قال تعالى: "وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ"⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: أن يعقوب عليه السلام استدل على كذب أبنائه أنهم جاؤوا بالقميص سالماً من التمزيق والتهتك والخرق، فكيف يأكله الذئب ولم يحصل أي من ذلك، وفيه دلالة واضحة على جواز العمل بالأمارات في مسائل من الفقه⁽⁵⁾.

2. قال تعالى: "وَعَلَّمَنَّا وَابْتَلَجَمَ هُمْ يَسْتَدُونَ"⁽⁶⁾.

وجه الدلالة: ذكر الله سبحانه وتعالى في خضم حديثه عن النعم التي أنزلها على عباده أنه أنعم عليه بنعمة النجوم؛ لأنها علامات تدل على الطريق في السفر وهي أمارات فدل على أن الله سبحانه وتعالى قد شرع هذا⁽⁷⁾.

3. عن ذكوان مولى عائشة قال: "سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْجَارِيَةِ يُنْكِحُهَا أَهْلُهَا، أَتُسْتَأْمَرُ أَمْ لَا؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج5/354).

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام (ج1/202).

(3) ابن القيم، الطرق الحكيمة (ج1/5).

(4) [يوسف : 18]

(5) القرطبي، تفسير القرطبي (ج9/150).

(6) [النحل : 16]

(7) السمرقندي، بحر العلوم (ج2/269).

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نَعَمْ، تُسْتَأْمَرُ»، فَقَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ لَهُ: فَإِنَّهَا تَسْتَحِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَذَلِكَ إِذْنُهَا، إِذَا هِيَ سَكَتَتْ»⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل السكوت والصمت قرينة وأمانة وعلامة على قبولها الزواج⁽²⁾.

4. عن عطية أن رجلاً من بني قريظة، أخبره: "أن أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام جَرَدُوهُ يَوْمَ فُرَيْظَةَ فَلَمْ يَرَوْا الْمَوَاسِي جَرَتْ عَلَى شَعْرِهِ - يَعْنِي عَانَتَهُ - فَتَرَكُوهُ مِنَ الْقَتْلِ"⁽³⁾.
وجه الدلالة: أن الصحابة رضوان الله عليهم قد جعلوا جر الموسي على العانة دليل على البلوغ⁽⁴⁾.

5. إنَّ عدم إعمال القرائن فيه ضياع للحقوق عند عدم وجود البينة، وهذا مخالف لمقصد الشريعة الغراء في حفظ حقوق الناس، ويساعد المجرمين في نهب أموال الناس، وخاصة إذا علموا أن لا بينة لصاحب الدعوى على حقه⁽⁵⁾.

القول الثاني: ذهب ابنُ نجيم، والجصاص إلى عدم جواز القضاء بالقرائن⁽⁶⁾.
دليلهم ما يلي:

1. حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لَوْ كُنْتُ رَاجِعًا أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُ فُلَانَةَ. فَقَدْ ظَهَرَ مِنْهَا الرِّيبَةُ فِي مَنْطِقِهَا وَهَيْئَتِهَا وَمَنْ يَدْخُلُ عَلَيْهَا"⁽⁷⁾.

وجه الدلالة: لو جاز العمل بالقرائن لأقام النبي صلى الله عليه وسلم الحد على من زنت بما ثبت من خلال القرائن، وهو الذي لا تأخذه رافة في دين الله⁽⁸⁾.
يعترض عليه من وجهين:

(1) "مسلم: صحيح مسلم، كتاب النكاح/ باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ج2/1037: رقم الحديث 1420".

(2) لاشين، فتح المنعم شرح صحيح مسلم (ج5/524).

(3) "الحاكم: المستدرک، کتاب الحدود/ بدون باب، 4/430: قم الحديث 8172" قال الذهبي: صحيح (انظر: تعليق الذهبي من نفس المصدر).

(4) الطحاوي، شرح معاني الآثار (ج3/217).

(5) ابن القيم، الطرق الحكمية (ج1/304).

(6) ابن نجيم، البحر الرائق (ج7/203).

(7) "ابن ماجه، السنن، كتاب: الحدود، باب: من أظهر الفاحشة (855/2)، (حديث رقم: 2559) قال الألباني: صحيح (انظر: صحيح الجامع الصغير للألباني ج2/934).

(8) الشوكاني، نيل الأوطار (ج7/124).

الوجه الأول: لا نسلم أنه لم يحكم عليها بالزنا لعدم جواز العمل بالقرائن، ولكن لم يعمل بها لأنها شبيهة، والحدود تدرأ بالشبهات⁽¹⁾.

الوجه الثاني: الحديث حجة عليهم، وذلك أنّ النبي عليه السلام قال: "لو كنت راجماً من غير بينة"، والبينة اسم لكل ما يظهر الحق ويبينه، والقرائن من هذا القبيل، فالحق يثبت بها ويظهر فتكون مشروعة⁽²⁾.

2. أنّ القرائن ليست مضطردة الدلالة، ولا منضبطة، فلا يثبت بها حكم، فقد تبدو قوية ثم تؤول إلى الضعف⁽³⁾.

يعترض عليه: أنّ القضاء بالقرائن يقتصر على القرائن القوية، وتكون دلالتها على المقصود ظاهرة، وأما أنّ تكون قوية ثم تضعف فالعبرة بالقوة وقت القضاء لا بعده، حيث لا ينقض حكم مثلاً بعد رجوع الشهود أو المقر عن إقراره في حق الأدميين⁽⁴⁾. وهناك أدلة كثيرة استدلت بها كل من الفريقين ولكن أكتفي بذكر ما سبق.

سبب الخلاف:

تعارضُ ظواهرِ النصوصِ.

فمنَ الأحاديثِ ما يجيز العمل بالقرائن كحديث عائشة رضي الله عنها، فاستدلّ بها الفريق الأول على الجواز، وأوّلوا أحاديثَ المنع، ومنَ الأحاديثِ ما يمنع، فحملها الفريق الثاني على المنع، وأوّلوا أحاديثَ الجواز.

الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، رجح الباحث قول الفريق الأول القائل بجواز القضاء بالقرائن بضوابط معتبرة وذلك لما يلي:

1. قوة الأدلة وصحتها.
2. العمل بالقرائن ثابت بالكتاب والسنة.
3. عمل القائلين بعدم الجواز قد أخذوا بالقرائن في أبواب كثيرة، مثل النكول عند الحنفية قرينة على الإقرار⁽⁵⁾.

(1) الزحيلي: محمد، وسائل الإثبات (ج2/509).

(2) السوسي، فقه القضاء وطرق الإثبات (ص238).

(3) شلتوت، مقارنة المذاهب في الفقه (ص140).

(4) الزحيلي، محمد: وسائل الإثبات (ج1/510).

(5) اعتبر الحنفية النكول قرينة على الإقرار، (انظر: ابن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق (ج3/605)).

4. في ترك العمل بالقرائن مفسدة عظيمة وضياح لحقوق المسلمين وغصب أموالهم بالباطل، فالأخذ بها يقلل الفساد ويؤول إلى كشف الجرائم.

الفرع الثاني: حكمة المشروعية

إنّ فلسفة الشارع الحكيم تقتضي الأخذ بالقرائن، وذلك لأنها تسعى لحفظ حقوق العباد، فالعمل بالقرائن يتناسب مع مقاصد الشريعة وفلسفتها في فض النزاع وإنهاء الخصومة ورد الحق إلى أهله. فالقرائن فيها إعانة للقاضي على التعرف على الحق والحكم به لصاحبه، فهي من الوسائل التي ينبغي على القاضي العلم بها حتى يتوصل إلى الحق، وخاصة إذا لم يكن لأحد المتداعيين بينة، فمن خلال القرائن يتوصل القاضي إلى المدعي والمدعى عليه⁽¹⁾.

(1) ابن القيم، الطرق الحكيمة (ص10 وما بعدها)؛ السوسي، فقه القضاء وطرق الإثبات (ص239).

المطلب الثالث: الشبهات الواردة على القرائن العامة.

الفرع الأول: شبهة الإكراه الواردة على قرينة الحمل من غير زوج.

اختلف العلماء في قرينة الحمل عند من لا زوج لها هل تعتبر دليلاً كافياً لإيقاع الحد عليها باعتبار أنه لا حمل إلا بدخول، والدخول الشرعي لا يكون إلا بالزواج وهذه المرأة لا زوج لها على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾ أن قرينة الحمل لا تعتبر دليلاً كافياً على ثبوت الزنا بأركانها الكاملة وبالتالي لا يصح أن تقع العقوبة على المرأة في هذا الحال.

القول الثاني: وهو للمالكية⁽⁴⁾ ورواية عند أحمد⁽⁵⁾ أن قرينة الحمل تعتبر دليل على الزنا ويجب إيقاع الحد على من حملت من غير زوج، إلا أن يكون الحمل من غير رضا أي إكراهاً فإنها إن أثبتت أنها أكرهت على ذلك يدرأ عنها الحد.

يرى الباحث أن الحمل يكون قرينة على ذات الوقاع، أما أن نعتبر الحمل دليلاً على الزنا للحامل من غير زوج فهو من باب الحكم على الشيء من غير تثبت، وفيه ظلم لمن حملت مكرهةً، وفيها شبهة، والأولى في الشريعة الإسلامية أن تدرأ الحدود بالشبهات.

ومن خلال استعراض آراء الفقهاء وبغض النظر عن استدلالاتهم من القرآن أو السنة أو المعقول فإن بيت القصيد والمطلوب هنا هو الإكراه في قرينة الحمل عند من لا زوج لها وهذا بالاتفاق بينهم جميعاً على أنه شبهة تدرأ بها الحد، لذلك كما رأينا فيما سبق اشترط القائلون في القول الثاني من المالكية وبعض الحنابلة في وقوع الحد ألا يكون الحمل إكراهاً، والقول الأول من الجمهور على عدم وقوع الحد ابتداءً فتحققت شبهة الدارئة للحد بالاتفاق بين أهل العلم.

(1) المرغيناني، بداية المبتدي (ج1/104)؛ الحداد، الجوهرة النيرة (ج2/147).

(2) المزني، مختصر المزني (ج8/316)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (ج13/227)؛ النووي، شرح صحيح مسلم (11/192).

(3) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد (ج4/90)، ابن تيمية، المحرر (ج2/156).

(4) القاضي عبد الوهاب، التلقين في فقه الإمام المالكي (ج2/198)؛ الخرشي، شرح مختصر خليل (ج8/81)؛ ابن عرفة، المختصر الفقهي (ج4/374).

(5) ابن قدامة، المغني (ج9/79)؛ ابن القيم، الطرق الحكيمة (ص6).

الفرع الثاني: شبهة الإكراه في قرينة من تقياً خمرأ كدليل على الشرب عند القائلين بها
اختلف أهل العلم فيمن تقياً الخمر، هل يحد حد الشرب بإعتبار أنه ما تقياً إلا بعد شرب، أم لا
يحد، على قولين:
القول الأول: الحنفية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، والحنابلة⁽³⁾، أن من تقياً خمرأ فإنه لا يحد، فهو دليل
غير قطعي على الشرب، لاحتمالية الإكراه وهذه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.
القول الثاني: المالكية⁽⁴⁾، وقول عند الحنابلة⁽⁵⁾، على أنه يحد حد الشرب وما تقياً الخمر إلا لأنه
شربها.

الشبهة الواردة على قرينة تقيؤ الخمر.

لاحظنا فيما مضى من أقوال أهل العلم فيمن تقياً الخمر كدليل على الشرب من عدمه، وبغض
النظر عن ذكر الأدلة؛ لأننا بصدد ذكر الشبهة وليس التفصيل في المسألة، لاحظنا أن الجمهور
اعتبروه أنه دليل غير كافٍ، وخالفهم المالكية وبعض الحنابلة، لكن قد يرد أن يشرب الإنسان
الخمر مكرهاً على ذلك، أو ظاناً أنه عصير فبالتالي لو قمنا بإيقاع الحد على المخطئ والمكره
لخالفنا روح الشريعة الإسلامية ومقصدها النبيل ولخالفنا صريح حديث ابن عباس، أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال: " إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ"
⁽⁶⁾، لذلك كله فإن الإكراه والخطأ هما شبهتان وارتدتان على التقيؤ الذي يدل على الشرب، والحدود
تدرأ بالشبهات.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (ج40/7)؛ العيني، البناية شرح الهداية (ج354/6).

(2) الماوردي، الحاوي الكبير (ج409/13)؛ الرملي، فتح الرحمن (ج909/1).

(3) ابن قدامه، المغني (ج163/9).

(4) الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك (ج946/2).

(5) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (ج234/10).

(6) "البيهقي: السنن الصغير، كتاب الأيمان والنذور/ باب يمين المكره والناسي وحنثها جميعاً، ج4/105] قال

الألباني: صحيح (انظر: صحيح الجامع الصغير للألباني ج358/1: رقم الحديث 1731).

الفرع الثالث: شبهة الإهداء أو الشراء في المال المسروق

اختلف أهل العلم في وجوب الحد على من وجد عنده المال المسروق باعتبار أنه دليل على السرقة، على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، حيث ذهبوا إلى عدم القطع بمجرد وجود المال المسروق عند الشخص المعين، ولاحتمال ورود الشبهة في ذلك والحدود تدرأ بالشبهات.

القول الثاني: وهو قول ابن القيم⁽⁵⁾، حيث قال بوجوب القطع؛ ذلك لأن وجود المال المسروق دل على السرقة.

الشبهة في وجود المال المسروق عند المتهم

من العلامات الدالة على السرقة وجود المال المسروق عند الشخص المتهم، لكن قد يكون المتهم قد اشترى هذا المسروق وجعله في حيازته وهو لا يعلم أنه مسروق، ولأن الشريعة الإسلامية أولت النفس اهتماماً كبيراً فإن من الإجحاف بمكان أن يحكم القاضي بقطع يد من وُجد المال المسروق عنده، وأحضر بينته بأنه قد اشتراه من فلان، فالقطع حد من حدود الله ولم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يشفع أسامة بن زيد في قطع يد سارق وهو الحب ابن الحب، وفي ذلك إشارة إلى قوله تعالى "وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ"⁽⁶⁾، لكن حينما تكون فيه شبهة بأن تكون هذه النفس أو أجزائها مظلومة، فإن مقصد الشريعة الإسلامية من القطع غير متحقق في ذلك؛ لأن المقصد هو الردع والزرع وأتى يُردع الناس وينزجروا بالمظلوم بعد إيقاع الظلم عليه، والمتهم الرئيس مفلت من العقاب، لذلك كان الواجب أن يستحضر القاضي أو الحاكم هاهنا قاعدة درء الحدود بالشبهات، والشبهة هي شراء أو إهداء المسروق.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع (ج7/81)

(2) الجندي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب (ج8/41)؛ القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف (ج2/945).

(3) المزني، مختصر المزني (ج8/371).

(4) الخرقى، مختصر الخرقى (ج1/135)؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (ج6/132).

(5) ابن القيم، الطرق الحكمية (ص6).

(6) "النور: 2".

المطلب الرابع: الشبهات الواردة على القرائن الحديثة.

الفرع الأول: الشبهة الواردة على قرينة بصمة الإصبع.

أولت الشريعة الإسلامية حفظ الحقوق اهتماماً كبيراً وذيلت لذلك كل الأسباب الممكنة، ولأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ومع تطور العلم ظهر جلياً لدى أهل القضاء والتحريات الجنائية ما يعرف بعلم البصمات وذلك للدلالة ومن خلال لمس اليد في مكان معين على صاحبها وساعدت هذه الوسيلة الحديثة في كشف كثير من الجرائم التي حدثت منذ اكتشافها، فما هي ميزان هذه الوسيلة في الشريعة الإسلامية من ترتب الحدود والعقوبات الزاجرة على من دلت بصماتهم على ارتكاب الجريمة المعينة.

تعريف البصمة:

البصمة لغة: هي أثر الإصبع في شيء ما، أثر الختم بالإصبع، أو هي علامة ترسم على قماش أو ورق أو نحوهما⁽¹⁾.

البصمة اصطلاحاً: هي خطوط البشرة الطبيعية على باطن اليدين و القدمين⁽²⁾.

حجية البصمة:

أولت الشريعة الإسلامية حقوق البشر اهتماماً كبيراً، وشرعت فقه العقوبات به تزجر مرتكب الجريمة ومن باب حفظ الحقوق أوجدت الشريعة الإسلامية عدة وسائل مسماة بذاتها في اثبات الحقوق ومع تطور الزمان ظهرت جلياً وسائل أقرب للقطعية في الإثبات من الوسائل التي وضعها الشارع ومن ضمن هذه الوسائل هي البصمة وقد ذكرت البصمة في القرآن الكريم من خلال قوله تعالى: "بَلَى قَدْرَيْنَ عَلَيَّ أَنْ نُسَوَّى بَنَانُهُ"⁽³⁾، لذلك كان للبصمة دوراً كبيراً وواضحاً في الإثبات من خلال كشف جرائم عديدة ومستعصية على الشهود أو غير الشهود من الوسائل التي سماها الشارع في الإثبات، وعليه فقد ناقش العلماء المعاصرين هذه الوسيلة وألوهها اهتماماً كبيراً من منطلقات عدة وهي كالتالي⁽⁴⁾.

(1) عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة (ج1/214).

(2) المعاينة، الأدلة الجنائية (ص90).

(3) [القيامة: 4]

(4) طوير، الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص (ص273)؛ الحاج، دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية (ص45).

1. أن القول بالاختصار على شهادة الشهود أو يمين المنكر فيه ضياع لحقوق الكثير من الواقعين تحت تسلط المهرة من المجرمين وغيرهم والشريعة الإسلامية جاءت لحفظ الحقوق.
2. أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان وفي الاختصار على الشهود أو الوسائل التي وضعها الشارع أو اكتسبناها من خلال مصادر الشريعة في ذلك هدم لصلاحية الشريعة لكل الأزمنة، والأمكنة.
3. أن وسائل الإثبات أمر غير تعدي بحيث لا يقتصر في وسائل الإثبات على ما قاله الشارع فحسب بل إن من مقاصد الشريعة حفظ العقل والمال والنفس والعرض والدين وأي شيء من شأنه أن يحافظ على هذه المقاصد أو الضروريات هو أمر ضروري للوسائل أحكام المقاصد ويجب تطبيقه لأهمية ما تؤدي إليه هذه الوسيلة.
4. لا تكاد تغفل أي من فحوصات البصمات في تحديد هوية الجاني، وفي ذلك زيادة حفظ للحقوق وأقوى ردعاً للجاني.

شبهة وجود بصمة الإصبع فيمن أمسك بأداة الجريمة بشكل عرضي

إن العلم الحديث توصل إلى أن الإصبع يكون له بصمة على الشيء الذي يمسك به ولكل شخص بصمة خاصة به، وكثير من حالات السرقة عرف السارق فيها وحالات القتل كذلك وجرائم عديدة عن طريق البصمة، لكن إن وجدت بصمة السارق على الشيء المسروق أو وجدت بصمة القاتل على سكينه أو سلاح القتل هل يعتبر دليلاً كافياً لمعرفة هوية الجاني؟ قال صاحب الميسر: "نرى أنه لا يعتمد على بصمات الأصابع في القصاص أو الحدود لما ورد من درء الحدود بالشبهات، ولكن يمكن الاستفادة من البصمات كأداة وقرينة لدى القاضي لدفع الجاني للاعتراف، فإن لم يعترف فإنه يمكن التعزيز بناء على تلك القرينة بما يراه القاضي مناسباً"⁽¹⁾.

وعليه: يرى الباحث أن البصمة غير كافية في إيقاع الحد على المجرم؛ لأنها قطعية في دلالتها على من أمسك أداة الجريمة فقط لا غير، وليست قطعية في دلالتها على مرتكب الجريمة، وذلك لما يلي:

(1) الطيار وآخرون، الفقه الميسر (ج13/87).

1. فمن المحتمل أن يكون أمسك بها بشكل عرضي؛ كأن يتواجد صاحب البصمة بشكل قذري في مسرح الجريمة بشكل عرضي بمعنى أنه ربما يلمس أداة الجريمة قبل الجريمة أو بعدها وهو لا يعلم عن الجرم الواقع أي شيء، ولأن الشريعة الإسلامية حفظت النفس وأرعتها اهتماماً كبيراً وأمرت بالترتيب قبل إصدار الحكم، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات كان من الواجب وجوب القطع بأن صاحب البصمة هو ذاته مرتكب الجرم وإلا فلا يصح أن تقام الحدود على الظنات؛ ذلك لو دفع المتهم اتهامه بأن بصماته وجدت بشكل عرضي⁽¹⁾.

2. ومن الشبهات الواردة على البصمة، مخالفة الفحص للمنطق أو الواقع. الخلل الواقع في نتيجة فحص البصمات الذي يؤدي إلى مخالفة الواقع أو المنطق، ذلك مثل أن تؤدي النتائج إلى أن البصمة لفلان والواقع يقول أن فلان خارج البلاد منذ زمن، مع أن العلم الحديث لا يكون بهذه السذاجة أو كم الخطأ الكبير هذا إلا أن مخالفة المنطق شبهة ترد على هذه القرينة فتدرأ الحد. ولأن الحدود تدرأ بالشبهات فإن الباحث يرى أن البصمة قرينة يستأنس بها ولا يحكم من خلال دلالتها المجردة على من أمسك أداة الجريمة لا من فعلها.

الفرع الثاني: الشبهات الواردة على البصمة الوراثية DNA

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان في أحسن خلقه، وصوره في أحسن صورة، وأودع فيه خصائص وصفات، فحثه على التفكير في نفسه، ليزداد إيمانه ويقينه بربه، قال تعالى: "وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ"⁽²⁾، ومن عظيم خلق الله في الإنسان، أنه لم يجعل البشر كلهم على شبه واحد، فقد اختلف البشر في الشكل، والخصائص الذاتية، والصفات الداخلية، ومن هذه الخصائص أن لكل إنسان بصمة لأصابعه، تختلف عن بصمات أصابع البشر جميعاً، منذ أن خلق الله آدم إلى قيام الساعة، وأثبت العلم الحديث أنه يوجد لكل إنسان بصمة عين أيضاً وبصمة وراثية تخصه لنفسه، ونظراً لأهمية البصمة الوراثية في إثبات الجريمة، فإننا نتناول تعريفها وحكم استخدامها في إثبات الحد.

(1) عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية ص70.

(2) [الذاريات: 21]

أ. تعريف البصمة الوراثية، لغة واصطلاحاً.

البصمة الوراثية مصطلح مركب لا يتم تعريفه إلى بتعريف ألفاظه مفردة ثم تعريفه بصفته علماً ولقبا على معنى معين.

1. البصمة الوراثية لغة: من البصم، بالضم، وله في اللغة معنيان.

الأول: ما بين طرف الخنصر وطرف البنصر⁽¹⁾.

الثاني: الغلاظة، فيقال رجل بصم، أي غليظ⁽²⁾ ويقال عندنا بصم الرجل بصمة، أي ختم بطرف أصبعه⁽³⁾.

الوراثية: هي صفة من الوراثة، والوراثة مصدر من ورث وهو الانتقال.

والوارث صفة من صفات الله تعالى، أي الباقي الدائم، يرث الخلائق، أي يبقى بعد موتهم، ومنه علم الميراث الفرائض، وعلم الوراثة: أي العلم الذي يدرس الصفات الوراثية، وانتقالها من الآباء إلى الأبناء⁽⁴⁾.

فيظهر المراد لنا بالبصمة الوراثية لغة: الأثر ذو البصمات الثابتة، ينتقل من الأصول إلى الفروع، وفقاً لنظام معين.

2. البصمة الوراثية اصطلاحاً:

ذهب المجمع الفقهي إلى تعريف البصمة الوراثية: أنّها البنية الجينية، التي تدل على هوية كل إنسان بعينه⁽⁵⁾.

ثانياً: البصمة الوراثية عند الفقهاء

نظراً للتقدم العلمي الذي يشهده العالم في هذا العصر، وما لحق ذلك من مستجدات حديثة، ومنها البصمة الوراثية، توقف عليها علماء العصر، فوقفوا لها وقفة شرعية، وعندها اختلف العلماء في النظر لها، فاختلفت آرائهم على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن البصمة الوراثية قرينة قطعية، إلى ذلك ذهب الدكتور نصر فريد⁽⁶⁾.

دليلهم ما يلي:

(1) الفيروزآبادي، القاموس المحيط (ج1/1080)؛ ابن منظور، لسان العرب (ج12/50).

(2) المرجع السابق.

(3) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط (ج1/214).

(4) ابن منظور، لسان العرب (ج2/199)؛ الزبيدي، تاج العروس (ج5/382).

(5) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، القرار السابع، الدورة السادسة عشر، قرار رقم 203: (ج9/21).

(6) فريد، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي في دورته الرابعة عشرة، ص93.

1. قوله تعالى: " ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِكُمْ " (1).

وجه الدلالة: أمر الله عز وجل في الآية الكريمة، بأن ينسب الولد لأبيه الحقيقي (2)، وهو الصواب، وحث على التحري، والبحث عن الأب الحقيقي، ويكون البحث بكافة الوسائل، وقد أعطى الله الإنسان سر الوسيلة، التي يمكن بها معرفة الأب الحقيقي، وهي البصمة الوراثية. يعترض عليه: لو فتح الباب في هذا، أي فحص الجينات الوراثية، لفتح باب شر كبير، سيؤدي لتفتيت الأسر، ويفقد الثقة بين الأزواج، ويؤدي لتدمير المجتمعات وفسادها (3).

2. قوله تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ يَكْفُرُونَ مَا أَنْزَلْنَا مِنْ آيَاتِنَا وَهُدًى مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ أُولَئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّعِينُونَ " (4).

وجه الدلالة: أنّ البصمة الوراثية دقيقة في كشف الأب الحقيقي، فهي تفوق الوسائل التقليدية، ويجب تقديمها على الظن.

يعترض عليه: إنّ النسب قد اعتنى به الشارع اعتناء كبيرا، فلم يجعل له دليلا سوى الفراش، أو الاستلحاق، ولم تعارضه بينة أخرى أقوى منه (5).

3. إن قوة الدليل في هذه التحاليل، تصل إلى نسبة القطع، فهي تصل إلى نسبة 100% (6) يعترض عليه: الكثير من النظريات الطبية كان يقطع بها، ثم مع تقدم الزمن والعلم، أصبحت ضربا من الخيال، فهي محل شك وظن (7).

يجاب عليه: البصمة الوراثية تجاوزت حد النظرية إلى مرحلة التطبيق، وأثبتت النتائج دقتها، فهي حقيقة علمية بكل المقاييس (8).

(1) [الأحزاب: 5]

(2) الشافعي، تفسير الشافعي (ج3/1185).

(3) جريدة الخليج، دولة الإمارات العربية المتحدة، الشارقة، العدد رقم 4688، ص10.

(4) [البقرة: 159].

(5) جريدة الخليج عدد 8690، 8688.

(6) الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (ص273).

(7) السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية (ص27).

(8) عاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات (ج2/150).

القول الثاني: البصمة الوراثية قرينة ظنية، ذهب إلى ذلك وهبة الزحيلي⁽¹⁾.

دليلهم ما يلي:

1. البصمة الوراثية قرينة غير قطعية، فهي لا تتمتع بقوة ثبوتية، كما توجد في البينة والإقرار، فالقاضي له الخيار في اعتمادها أو عدم ذلك.
2. الصيغة المستخدمة في نتيجة الفحص، بأنه يستبعد أن يكون أبا لهذا الولد، أو لا يستبعد، فهي صيغة غير قاطعة، فلا تقوى على الإثبات⁽²⁾.

القول الثالث: البصمة الوراثية دليل مستقل بذاته ومباشر، وإلى هذا ذهب الدكتور محمد رأفت

عثمان، وقال الدكتور سعد العنزي "إنها دليل تكميلي مساند لأدلة الشرع"⁽³⁾.

دليلهم ما يلي:

- . البينات لم تأت محصورة في الكتاب والسنة بالشهادة والإقرار، بل البينة كل ما يظهر الحق، ويكشفه، والبصمة تظهر الحق وتكشفه.

سبب الخلاف:

1. الاختلاف في فهم النصوص في قوله تعالى: " أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ"⁽⁴⁾، فمن فهم أن المقصود من الآية هو التحري عن الأب الحقيقي وهو مفتوح بكافة الوسائل المعتبرة شرعاً قال بقطعية الدلالة، ومن قال بأن هذا الفهم غير صحيح، إذ معنى ذلك أن يشك الزوج في زوجته وذلك مدعاة للريبة والقلق بين الزوجين قال بعدم قطعيتها.

(1) الزحيلي: وهبة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي في دورته السادسة عشرة، ص31.

(2) الزحيلي: وهبة، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي في دورته السادسة عشرة، ص31، جريدة الخليج، دولة الإمارات العربية المتحدة، الشارقة عدد 8690، وعدد رقم 8688.

(3) عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب (ج575/2)؛ العنزي، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في اثبات أو نفي النسب (ص431).

(4) "الأحزاب: 5"

2. اختلافهم في الوسائل التي بها يثبت النسب، هل هي مقتصرة على ما سماه الشارع؟، أم كل وسيلة لا تخالف الشرع هي معتبرة في ذلك، فمن قال بأن الأمر مقتصر على الشارع قال بعدم قطعيتها، ومن قال بأن مقصد الشارع هو الإثبات لا الوسيلة قال بقطعيتها، ومن رأى أنها مستقلة بذاتها قال أن البصمة الوراثية دليل مستقل.
3. قياسهم على النظريات القديمة، فمن قاس البصمة الوراثية على النظريات القديمة التي ثبت فشلها وخطأها قال بعدم قطعيتها، ومن رآها مستقلة في ذاتها مجربة ومطبقة على أرض الواقع، ومثبت نجاحها قال بقطعيتها.
4. الصيغة المستخدمة في نتيجة الفحص؛ لأنها تحتوي على لفظ "يستبعد" أن يكون حمزة مثلاً ولد محمد، فمن رآها صيغة ركيكة قال بعدم قطعيتها البصمة الوراثية، ومن رآها أنها صيغة لا تقدر في الدلالة قال بقطعيتها وسائل الإثبات.

الترجيح.

- رجح الباحث القول بأن البصمة الوراثية قطعية في دلالتها على الشخص، ظنية في دلالتها على الفعل؛ وذلك للأسباب التالية.
1. قلة الخطأ خلال عملية الفحص.
 2. الأصل في البصمة الوراثية القطع، غير أن الظروف أهدرت من قيمتها، فليس لها أهمية عند أهل القضاء.
 3. فيه دلالة على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.
 4. من الوارد أن يكون صاحب البصمة موجود في ساحة الجريمة بشكل عرضي وغير مخطط له وفي ذلك شبهة يدرأ بها الحد والعقاب.

الضوابط الشرعية للعمل بالبصمة الوراثية⁽¹⁾.

1. ألا تكون نتائج البصمة الوراثية مخالفةً لصدق النصوص الشرعية، وألا تشكل في صحة الأنساب الثابتة المستقرة، وألا تززع الثقة الموجودة بين الزوجين.
2. ألا تكون البصمة الوراثية مخالفة للواقع والمنطق والحس، فلا يصح مثلاً أن تفيد الفحوصات الخاصة بالبصمة الوراثية أن زيد ابن عمرو وعمرو لا يولد لمثله.
3. أن يكون الأمر بإجراء فحص البصمة الوراثية خارجاً من القضاء أو من له سلطة ولي الأمر.
4. استعمال فحص البصمة الوراثية في الحالات التي يكون فيها التأكد من ثبوت النسب جائزاً وذلك كأن يختلط المواليد ببعض بدون أن يعرف الواحد ابنه أو في الكوارث.
5. منع الاتجار بها وخاصة من أصحاب التجارة والشركات الربحية وردع كل من يدخلها عالم التجارة.

الشبهات في البصمة الوراثية:

1. تواجد صاحب البصمة بشكل قذري في مسرح الجريمة:
فقد يحضر صاحب البصمة في مسرح الجريمة بشكل عرضي بمعنى أنه ربما يلمس أداة الجريمة قبل الجريمة أو بعدها وهو لا يعلم عن الجرم الواقع أي شيء، ولأن الشريعة الإسلامية حفظت النفس وأرعتها اهتماماً كبيراً وأمرت بالتريث قبل إصدار الحكم، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات كان من الواجب وجوب القطع بأن صاحب البصمة هو ذاته مرتكب الجرم وإلا فلا يصح أن تقام الحدود على الظنيات؛ ذلك لو دفع المتهم اتهامه بأن بصماته وجدت بشكل عرضي⁽²⁾.
2. مخالفة الفحص للمنطق والواقع:
الخلل الواقع في نتيجة فحص البصمات الذي يؤدي إلى مخالفة الواقع أو المنطق، هي شبهة دائرة العمل بالبصمة الوراثية، وذلك مثل أن تفيد التحاليل المستخرجة من البصمة الوراثية أن أحمد هو القاتل في الجريمة التي حصلت بالأمس، والواقع يقول أن أحمد قد توفي منذ شهر، فلا يمكن أن نعتبر البصمة قرينة هنا، ولا يمكن أن يبني عاقل على هذه القرينة الواضح خطأها أي

(1) أبو الوفا، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (ص691)، الشمري، دلالة البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي (ص85).

(2) عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية ص70.

حكم، مع أن التقدم التكنولوجي اليوم لا يمكن أن يكون بهذه السذاجة، إلا أن مخالفة الواقع يحتاج إلى دليل قوي في حجته.

3. شهرة صاحب المختبر بخراب الذمة لا بد لكي ينطلق الحكم الصحيح على الجاني، أو تقع العقوبة عليه أن يكون صادر من جهة ذات شفافية عالية وأمانة كبيرة، بمعنى أنه إذا شهد على صاحب المختبر أنه مرتشي مثلاً أو خائن أو يتلاعب بالفحوصات الواردة لديه، حينها يجب على ولي الأمر ألا يحيل هذه الفحوصات لذلك المختبر، للدفع الموجود بخيانة صاحب المختبر وتلك شبهة قدر ترد على نزاهة الفحص الواردة منه فتردها.

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج التي توصلت إليها، والتوصيات التي أوصي بها من خلال هذا الجهد:

أولاً: أهم النتائج

1. المقصود بالشبهة في هذا البحث هو "خلل يقدح في الدعوى أو في وسيلة إثباتها فيوجب ردها".
2. أن الشبهات تنقسم وتتنوع لأكثر من نوع؛ ذلك على اعتبار الفاعل والمحل (محل الفعل) وغيره.
3. أن المقصود بالدعوى "المطالبة بأداء حق مشروع من جهة معينة في مجلس القضاء".
4. أن المقصود بالإثبات هو "إقامة الدليل المعتبر شرعاً من أحد المتداعيين أمام الجهة القضائية على حق أو واقعة متنازع عليها".
5. أن وسائل الإثبات غير توقيفية على الشارع، بمعنى أن كل ما دل على المتنازع فيه، والمدعى به بطريقة شرعية معتبرة تعتبر وسيلة إثبات؛ ذلك أدعى لحفظ الحقوق ورد المظالم.
6. للإثبات أهمية كبيرة في فض النزاعات وإنهاء الخصومات؛ لذلك كان التحري في الدقة عند حضورها.
7. أن الدعاوى ووسائل الإثبات عرضة لوجود الخلل الذي يورد الشك لدى الجهة القضائية، فليس كل خلل معتبر، كما أنه ليس للجهة القضائية أن تغمض أعينها عن الخلل وتتنظر فيه، باعتباره أحد الشبهات الموجودة والحاضرة.
8. الدعوى الصادرة من الصبي، دعوى غير معتبرة؛ ذلك لانعدام الرشد فيه.
9. لا يجوز للجهة القضائية أن تتنظر في دعوى مبينة على الشك والظن؛ وإلا لأصبح القضاء ألعوبة في ظنون الناس وشكهم.
10. أن الدعوى الخالية من مطالبة المدعي للمدعى عليه، هي دعوى جوفاء لا قيمة لها على أرض الواقع.
11. لا بد من حضور المدعى عليه حتى تكون إجراءات التقاضي سليمة، وإن غاب لغير عذر مع علمه بموعد التقاضي والمثول أمام القضاء هو أو من يوكله عنه فالسير في الدعوى واجب حتى لا تضيع الحقوق بتلاعب المتلاعبين.

12. يجوز للمدعي أو المدعى عليه أن ينيب أو يوكل عنها وكلياً للمثول أمام القضاء، ففي ذلك استغلالاً للوقت بدلاً من أن يعتذر أحد طرفي الدعوى عن الحضور لعذر معتبر، فتأجل الدعوى إثر غيابه، وفيه حفظاً للحق في الرد، فربما لا يجيد أحد طرفي الدعوى الرد أو طرح الشكوى فيجد بدلاً عنه يحمل هذا العبء.
13. يجب أن يكون المدعى به، أو المتنازع فيه معلوماً بطرقه ووسائله المتاحة سواء أكان عيناً أو ديناً، أو غيره ذلك لكيلا يرد على الدعوى شبهة تدرأ العمل بمقتضاها.
14. لا بد في الدعوى أن تكون معقولة منطقياً، وغير مستحالة الوقوع، بصور الاستحالة الثلاث العقلية والحسية والعادي.
15. أن التقادم في الجريمة التي تستلزم الحد لا يسقطها، سيما إن كان الدليل فيها هو الشهادة.
16. إقرار السكران لا يقع إلا إن كان في حقوق العباد، وهو مختاراً لسكره غير مكره عليه، وسوى ذلك يعتبر شبهة تدرأ مقتضيات هذا الإقرار.
17. إقرار المكره غير معتبر كوسيلة في إثبات الحقوق أو نفيها، إلا لو أكره على الصدق بشرط عدم تجاوز المسموح.
18. الإقرار لا بد فيه من وضوح، سيما إن كان دليلاً في حقوق الله؛ وذلك حفاظاً على الأنفس وجزئياتها.
19. لا يقبل الرجوع في الإقرار إلا فيما كنا فيه دليلاً على حقوق الله، وليس حقوق العباد.
20. لا يلتفت إلى الاختلاف اليسير في مكان الجريمة، أما إن كان الاختلاف كبيراً فحينها تكون شبهة واردة على الشهادة فردتها.
21. تعتبر الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات المعتبرة، ما لم ينكر الكاتب الخط والكتابة، أو ينكر الخط على أقل تقدير بدلاً من الكتابة.
22. القرينة هي كل ما دلت على الواقعة الخفية دلالة واضحة من غير وسائل الإثبات سواء استعملت فيه أم لا.
23. يعتبر الحمل لمن لا زوج لها، قرينة على الزنا لكنه غير كافي كدليل في الإثبات الذي يوقع الحد؛ ذلك لأنها لربما تكون قد حملت مكرهه.
24. لا يعتبر تقيؤ الخمر دليلاً على شرب الشارب مختاراً، فمن الممكن أن يكون قد أكره عليها؛ وعليه فهي شبهة في القرينة تدفع العمل بها..

25. لا يكفي وجود المال المسروق عند المتهم كدليل على ثبوت السرقة؛ ذلك لأنه من الممكن أن اشتراه، أو وُهب له.
26. لا تعتبر دلالة بصمة الإصبع دلالة كافية على هوية المجرم، إذ أنه من المحتمل أن يكون مسه لها بشكل عرضي.
27. البصمة الوراثية قطعية في تشخيص الفاعل، ظنية في دلالتها على إرادته.
28. لا بد من توافر الضوابط الشرعية في العمل بالبصمة الوراثية.
29. ان تواجد صاحب البصمة الوراثية في مكان الجريمة عرضاً، فتلك شبهة دائرة للحد عنه.
30. تعد مخالفة البصمة الوراثية للواقع والمنطق، شبهة بها يسقط الحد.
31. يجب على من يعمل في مجال البصمة الوراثية الاستفادة منها قضائياً، أن يكون نزيهاً، مشهود بصلاحه.

ثانياً: التوصيات

1. أوصي بإثراء الطالب الشرعي في مراحل تدريسه، بالشبهات ومدى اعتبارها وقيمتها في الشريعة الإسلامية؛ كي نخرج جيلاً فاهماً واعياً لمقاصد الدين، غير متجمد عند رأي أو قول بدعوى الصرامة والحزم؛ ذلك أدعى لمحاربة الغلو في الدين وأحوج لكثير من الشباب الملتزم اليوم لفهم دينه.
2. إضافة كل ما هو جديد في جعبة الطالب الشرعي لكل الأمور الطبية، والمستحدثة التي من شأنها أن تثبت حقاً أو ترد دعوى، لأن المقصد من وسائل الإثبات المشروعة من الشارع هي إثبات الحقوق بأي وسيلة منها، وليس الوقوف عندها والتخلي عن غيرها.
3. عقد ورش عمل لقضاة العرف ومن يحل محلهم، وتوضيح فلسفة الشريعة الإسلامية في القضاء والتنازع وإحضار الخصوم، واعتبار ما يسقطوه أحياناً جهلاً منهم؛ محافظة على حقوق كثير من الناس من الضياع، وفيه أعمال للشرع وتحكيم له.
4. عقد لقاءات لرجال الأمن والمحققين في وزارة الداخلية، وإطلاعهم على أن الشارع أقام في جريمة الزنا شرطاً للجلد، وأن النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر من رجع عن إقراره فيها كأنه لم يقر؛ ذلك كي لا يستخدموا أساليب التحقيق في استجواب من هو مشكوك فيه بالنسبة لقيامه بجريمة الزنا، مع الاحتفاظ بالحق العام لمن بأيديهم الأمن في من اقترب من ذلك.

هذا الجهد البحثي والعلمي ما كنت لأكتبه لولا توفيق رب العالمين لي، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده، وما كان فيه من خطأ فمن نفسي والشيطان والله من براء، سائلاً ربي عز وجل أن يكون كغيثٍ نزل على أرض فسقى الزرع فيها، وروى الظمآن، وأنبت الشجر، وأن ينفع الله به العباد والبلاد، والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار. (د.ت). المعجم الوسيط. (د.ط). مجمع اللغة العربية بالقاهرة: دار الدعوة.
- ابن أبي تغلب. عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر. (1983م). نيل المآرب بشرح دليل الطالب. ط1. تحقيق: محمد سليمان عبد الأشقر. الكويت: مكتبة الفلاح.
- ابن الشحنة، أحمد بن محمد بن محمد أبو الوليد لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي. (1973م). لسان الحكام في معرفة الأحكام. ط2. القاهرة: البابي الحلبي.
- ابن المنجي، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد ابن المنجي التنوخي الحنبلي. (2003م). الممتع في شرح المقنع. تحقيق عبد الملك بن عبدالله بن دهيش. ط3. مكة المكرمة: مكتبة الأسدي.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد. (د.ت). فتح القدير (د.ط). بيروت: دار الفكر.
- ابن أمير الحاج، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد. (1983م). التقرير والتحبير. (ط2). بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن عبد الله الخضر بن محمد الحراني أبو البركات مجد الدين. (1984م). المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. ط2. الرياض: مكتبة المعارف.
- ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم الحراني. (1995م). مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد. (د.ط). المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد. (د.ت). المحلى بالآثار. (د.ط). بيروت: دار الفكر.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. (1988م). المقدمات الممهدهات. تحقيق: د.محمد حجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. (2004م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. بدون طبعة. القاهرة: دار الحديث.
- ابن سيده، أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي. (1996م). المخصص. تحقيق: خليل إبراهيم جفال. ط1. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

ابن شاس، أبو محمد جلال الدين عبدالله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السعدي المالكي. (2003م). عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة. ط1. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن ضويان. إبراهيم بن محمد بن سالم. (1989م). منار السبيل في شرح الدليل. تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. (1992م). رد المحتار على الدر المختار. ط2. بيروت: دار الفكر.

ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد. (1980م). الكافي في فقه أهل المدينة. تحقيق: محمد محمد أحمد. ط2. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.

ابن فارس، أحمد بن فارس الرازي. (1979م). مقاييس اللغة. تحقيق: عبد السلام هارون. دار الفكر.

ابن فارس، أحمد بن فارس الرازي. (1986م). مجمل اللغة. تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان. ط2. بيروت: مؤسسة الرسالة.

ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد. (1986م). تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ط1. (د.م). مكتبة الكليات الأزهرية.

ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد. (د.ت). المغني. (د.ط). القاهرة: مكتبة القاهرة.

ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي. (1994م). الكافي في فقه الإمام أحمد. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين. الطرق الحكمية. مكتبة دار البيان.

ابن مازه، أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر البخاري الحنفي. (2004م). ط1. تحقيق: عبد الكريم الجندي. بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد أبو إسحاق برهان الدين. (1404هـ). النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية. ط2. الرياض: مكتبة المعارف.

ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي. (1414هـ). لسان العرب. ط3. بيروت: دار صادر.

ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. البحر الرائق شرح كنز الدقائق وفي آخره تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري. وبالحاشية منحة الخالق لابن عابدين. ط2. دار الكتاب الإسلامي.

أبو الحاج، زياد عبد الحميد محمد. (2005). دور القرائن الحديثة في الإثبات في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة.

أبو الوفاء، محمد، (1998م)، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

الأزدي، أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد. (1987م). *جمهرة اللغة*. تحقيق: رمزي منير بعلبكي. ط1. بيروت: دار العلم للملايين.

الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثم القاهري الشافعي. (1996م)، *جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود*، (ط1) بيروت: دار الكتب العلمية.

الأنصاري. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي. (1994م). *فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب*. دار الفكر للطباعة والنشر.

الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين. (د.ت). *فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت*. (د.ط). (د.م). (د.ط).

الأوقاف الكويتية، (د.ت). *الموسوعة الفقهية الكويتية*. (د.ط). الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

البابرتي، محمد بن محمد بن محمود. (د.ت). *العناية شرح الهداية*. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر. (1995م). *تحفة الحبيب على شرح الخطيب*، حاشية البجيرمي على الخطيب. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي بمكة المكرمة. (د.ت). (1ج). مكة المكرمة.

البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي. *مجمع الضمانات*. (د.ط). دار الكتاب الإسلامي.

البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين. (د.ت). *الروض المربع شرح زاد المستقنع*. (د.ط). بيروت: مؤسسة الرسالة.

البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين. (د.ت). *كشاف القناع عن متن الإقناع*. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي. (1989م). *السنن الصغير*. تحقيق: عبد المعطي أمين قلنجي. ط1. باكستان: جامعة الدراسات الإسلامية.

تريم عمران تريم، عبد الله عمران تريم، (1970م)، جريدة دار الخليج، جريدة يومية سياسية مستقلة، على الانترنت <http://www.alkhaleej.ae/portal>.

التسولي، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن. (1998م). البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام). ط1. تحقيق: محمد عبد القادر شاهين. بيروت: دار الكتب العلمية.

التفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر. (د.ت.). شرح التلويح على التوضيح. (د.ط.). مصر: مكتبة صبيح.

التميمي، أبو عبدالله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري المالكي. (2008م). شرح التلقين. تحقيق: محمد المختار السلامي. ط1. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي. (1158هـ). موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم. تحقيق: د.علي دحروج. ط1. بيروت: مكتبة لبنان.

الجديع، عبد الله بن يوسف بن عيسى. (1997م). تيسير علم أصول الفقه. ط1. بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي. (1983م). كتاب التعريفات. تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض. (2003م). الفقه على المذاهب الأربعة. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية.

الجمال. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري. فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمال. دار الفكر.

الجندي، خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري (2008م). التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب. تحقيق: د.أحمد بن عبد الكريم نجيب. مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

الجوهري. أبو نصر إسماعيل بن حماد. (1987م). الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين.

الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف. (2007م). نهاية المطلب في دراية المذهب. تحقيق: عبد العظيم محمود الذيب. ط1. (د.م.). دار المنهاج.

الحجاوي، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم. (د.ت.). الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي. (د.ط.). بيروت: دار المعرفة.

الحداد، أبو بكر بن علي بن محمد. (1322هـ—). الجوهرة النيرة، (2ج). (ط1). المطبعة الخيرية.

الحموي، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي (1985م)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، (4ج). ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

الحميري، نشوان بن سعيد. (1999م). شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم. تحقيق: د حسين بن عبد الله العمري، وآخرون. ط1. بيروت. دار الفكر.

حيدر، علي حيدر خواجه أمين أفندي. (1991م). درر الحكام. تعريب: فهمي الحسيني. ط1. (د.م). دار الجيل.

الخرقي، عمر بن الحسين بن عبد الله، متن الخرقى على مذهب ابي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني (1993)، دار الصحابة للتراث.

الخيريبيتي، محمود بن إسماعيل بن إبراهيم بن ميكائيل. الدرة الغراء في نصيحة السلاطين والقضاة والأمراء. الرياض: مكتبة نزار مصطفى الباز.

داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان. (د.ت). مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر. (د.ط). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

دبور، أنور محمود. (1985). القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي: بحث مقارنة، دار الثقافة العربية.

الدريير، أحمد. (د.ت). الشرح الكبير على مختصر خليل، معه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

الدسوقي، محمد بن أحمد. (د.ت). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

الدميري، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الشامل في فقه الإمام مالك. (2008). (ط1). (2ج). مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. (1999م). مختار الصحاح. تحقيق: يوسف الشيخ محمد. ط5. بيروت: الدار النموذجية.

الرجراجي، أبو الحسن علي بن سعيد. (2007م). مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها. اعتنى به أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي. ط1. دار ابن حزم.

الرحبياني، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة الرحبياني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي. (1994م). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. ط2. المكتب الإسلامي.

الرملي. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد بن حمزة. (2009م). فتح الرحمن بشرح زيد ابن رسلان. ط1. عني به: الشيخ سيد بن شلتوت الشافعي. بيروت: دار المنهاج.

الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرازق. (د.ت). تاج العروس من جواهر القاموس. تحقيق: مجموعة من المحققين. (د.ط). (د.م). دار الهداية.

الزحيلي، محمد. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية. عدد الأجزاء 1. (د.ط)، مكتبة دار البيان.

الزحيلي، وهبة. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. بحث مقدم في المجمع الفقهي في دورته السادسة عشرة، ص12.

الزرقا، مصطفى أحمد. (د.ت). المدخل الفقهي العام. (د.ط). دمشق: دار القلم.

الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين محمد. (1985م). المنثور في القواعد الفقهية، (3ج). ط3. الكويت: وزارة الأوقاف الكويتية.

الزمرخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمرخشري جار الله (1998م). أساس البلاغة. ط1. تحقيق: محمد باسل عيون السود. بيروت: دار الكتب العلمية.

الزيلي، عثمان بن علي بن محجن. (1313هـ). تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. ط1. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية.

السبيل، عمر بن محمد (2002م). البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والوراثة. ط1. الرياض: دار الفضيلة للنشر والتوزيع.

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1993م). المبسوط. (د.ط). بيروت. دار المعرفة.

السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله. (2000م). تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان. ط1. تحقيق: عبد الرحمن بن معلا. بيروت: مؤسسة الرسالة.

السفدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السفدي. (1984م). النتف في الفتاوى ط0. تحقيق: صلاح الدين الناهي. عمان: دار الفرقان. بيروت: مؤسسة الرسالة.

- السلمي، عياض بن نامي بن عوض. (2005م). أصول الفقه الذي لا يسعُ الفقيه جهله. ط1. الرياض. دار التدمرية.
- السمرقندي، نصر بن محمد بن أحمد. (1994م). تحفة الفقهاء. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية.
- السمرقندي، نصر بن محمد بن أحمد. (د.ت). بحر العلوم. (د.ط). (د.م). (د.ن).
- السنيني، زكريا بن محمد بن أحمد. (د.ت). الغرر البهية في شرح البهجة الوردية. (د.ط). (د.م). المطبعة الميمنية.
- السوسي، ماهر أحمد. (2008). فقه القضاء وطرق الإثبات. ط4.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر. (1990م). الأشباه والنظائر. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي. (1990م). الأم. بيروت: دار المعرفة.
- الشافعي، بو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، تفسير الإمام الشافعي، ط1. (3ج). تحقيق: د. أحمد بن مصطفى الفران (رسالة دكتوراه)، المملكة العربية السعودية، دار التدمرية.
- الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب. (1994م). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب. (د.ت). الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع. تحقيق: مكتب البحوث والدراسات دار الفكر. (د.ط). بيروت: دار الفكر.
- شلتوت، محمود محمد. السائيس، محمد علي (1953). مقارنة المذاهب في الفقه. مطبعة محمد صبيح.
- الشمري، عواد يوسف حسين. دلالة البصمة الوراثية دلالة البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي دراسة تحليلية وتأصيلية مقارنة. مركز الدراسات العربية.
- الشوكانى، محمد بن علي بن محمد. (1993م). نيل الأوطار. تحقيق: عصام الدين الصبابي. ط1. مصر: دار الحديث.
- الشيبياني، أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد. الأصل المعروف بالمبسوط. تحقيق: أبو الوفا الأفغاني. إدارة القرآن والعلوم الإسلامية.
- الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. التنبيه في الفقه الشافعي. عالم الكتب.

الطحاوي، أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر. (1994). شرح معاني الآثار. تحقيق: (محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف. ط1. عالم الكتب.

الطرابلسي، علاء الدين، علي بن خليل الحنفي. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. دار الفكر.

الطيّار، عبد الله بن محمد. المطلق، عبد الله بن محمد. الموسى، محمد بن إبراهيم. (2011م). الفقه الميسر. (ط1). (13ج). المملكة العربية السعودية: مدار الوطن للنشر.

عاكوم، وليد. (2002م). البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات (بحث في مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون).

عثمان، محمد. (1998م). البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب. بحث مقدم في ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني. الكويت.

العثيمين، محمد بن صالح بن محمد. (1428هـ). الشرح الممتع على زاد المستقنع. ط1. (د.م). دار ابن الجوزي.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد. (1989م). منح الجليل شرح مختصر خليل. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

العنزي، سعد. (1998م). البصمة الوراثية ومدى حجيتها في اثبات أو نفي النسب. بحث مقدم في ندوة الهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني. الكويت.

العيني، محمود بن أحمد بن موسى. (2000م). البناءة شرح الهداية، ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

الغمرائي، العلامة محمد الزهري. السراج الوهاج. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر.

الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد. (1987م). الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار. بيروت: دار العلم للملايين.

الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو. (د.ت). العين. تحقيق: مهدي المخزومي، وآخرون. (د.ط). (د.م). دار ومكتبة الهلال.

الفوزان. صالح بن فوزان بن عبدالله. (1423هـ). الملخص الفقهي. ط1. الرياض: دار العاصمة.

الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب. (2005م). القاموس المحيط. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة. ط8. بيروت: مؤسسة الرسالة.

القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن علي بن نصر البغدادي المالكي. (1999م). الإشراف على نكت مسائل الخلاف. ط1. تحقيق: الحبيب بن طاهر. دار ابن حزم.

القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي. المعونة على مذهب عالم المدينة. تحقيق: حميش عبد الحق. مكة المكرمة: المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز.

القاضي عبد الوهاب، أبو محمد بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي. التلقين في الفقه المالكي. (2004م). تحقيق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني. (2ج). (ط2). دار الكتب العلمية.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. (د.ت). الفروق. (د.ط). (د.م). عالم الكتب.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. (1994م). النخبة. تحقيق: محمد حجي وآخرون. ط1. بيروت: دار الغرب الإسلامي.

القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (1964م)، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي. تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. ط2. القاهرة: دار الكتب المصرية.

القليوبي، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة. (1995م). حاشيتا قليوبي وعميرة، أعلى الصفحة شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي. بيروت: دار الفكر.

القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير. (2004م). أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

القيرواني، عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي. (1999م). النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات. تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلوي، وآخرون. ط1. بيروت. دار الغرب الإسلامي.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. (1986م). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط2. بيروت: دار الكتب العلمية.

الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب. (2004م). الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. ط1. تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع.

الكوسج، إسحاق بن منصور بن بهرام أبو يعقوب المرزوي. (2002م). مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه. ط1. المدينة المنورة: عمادة البحث العلمي الجامعة الإسلامية. لاشين، موسى شاهين، (2002م). فتح المنعم شرح صحيح مسلم. دار الشروق. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية. (د.ت). مجلة الأحكام العدلية. تحقيق: نجيب هوايني. (د.ط). (د.م). (د.ن).

الكنوي، محمد عبد الحي بن محمد بن عبد الحليم الأنصاري الهندي أبو الحسنات (1406هـ). الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير. ط1. بيروت: عالم الكتب.

المالكي، محمد الأمير (2005م). ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي. ط1. موريتانيا دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي. الإقناع. الماوردي، علي بن محمد بن محمد. (1999م). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني. تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، وأخرون. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

مختار، أحمد مختار عبد الحميد. (2008م). معجم اللغة العربية المعاصرة. ط1. بيروت: عالم الكتب.

المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ط2. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

المرسي، علي بن اسماعيل. (2000م). المحكم والمحيط الأعظم. تحقيق: عبد الحميد هندواي. ط1. (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة (د.ط). مصر: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح.

المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم. (1990م). مختصر المزني. (1ج) بيروت: دار المعرفة.

المطرزي. ناصر بن عبد السيد أبي المكارم ابن علي أبو الفتح برهان الدين الخوارزمي. المغرب. دار الكتاب العربي.

المعاينة، منصور عمر. (2011م). الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي. دار الثقافة.

المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد أبو محمد بهاء الدين .(2003م). العدة شرح العمدة . القاهرة: دار الحديث.

المقدسي، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد(د.ت).. الشرح الكبير على متن المقنع. (د.ط.). (د.م). دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.

ملا خسرو، محمد بن فرامرز بن علي. درر الحكام شرح غرر الأحكام. دار إحياء الكتب العربية.

المنأوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي. (1990م). التوقيف على مهمات التعاريف. ط1. القاهرة: عالم الكتب.

المنجور. أحمد بن علي. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب. تحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين. دار عبد الله الشنقيطي.

المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، (1994م) . التاج والإكليل لمختصر خليل. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود.(1937م). الاختيار لتعليل المختار (د.ط.). القاهرة: مطبعة الحلبي.

ميارة، أبو عبد الله، محمد بن أحمد بن محمد الفاسي. الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة. دار المعرفة.

النملة. عبد الكريم بن علي بن محمد. (1999م). المهذب في علم أصول الفقه المقارن. ط1. الرياض: مكتبة الرشد.

النووي، محيي الدين يحيى بن شرف. (د.ت). المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي. (د.ط.). بيروت: دار الفكر.

الهروي، أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهرى.(2001م). تهذيب اللغة. تحقيق: محمد عوض مرعب. ط1. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

الهلاللي، سعد الدين مسعد . لبصمة الوراثة و علائقها الشرعية : دراسة فقهية مقارنة (2000م) . الكويت :مجلس النشر العلمي.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام أبو العباس. (2008م) .الفتح المبين بشرح الأربعين. عني به أحمد المحمد وآخرون . ط1 .جدة: دار المنهاج.

الهيتمي. أحمد بن محمد بن علي بن حجر. (1983م). (د.ط). تحفة المحتاج في شرح
المنهاج. مصر: المكتبة التجارية الكبرى.
واصل، نصر فريد. البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها. بحث مقدم في مجلة مجمع الفقه
الإسلامي، السنة الرابعة عشر، العدد السابعة عشر ص52.

الفهارس العامة

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقمها	الآية
سورة البقرة		
126	159	" إِنَّ الَّذِينَ يَكْتُمُونَ مَا أَنزَلْنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالْهُدَىٰ مِنْ بَعْدِ مَا بَيَّنَّاهُ لِلنَّاسِ فِي الْكِتَابِ ۗ أُولَٰئِكَ يَلْعَنُهُمُ اللَّهُ وَيَلْعَنُهُمُ اللَّعْنُونَ "
97، 99، 31	282	" يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلَ لَهُ فليُمْلَلْ لِيُتَّهَمَ بِالْعَدْلِ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۗ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَؤْا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ ۖ أَلَّا تَرْتَابُوا ۗ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِن تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ "
سورة النساء		

،48 ،76 39	6	"وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا "
82	43	"يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا ۗ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَايِبِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا "
سورة التوبة		
27	141	"وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا "
سورة يوسف		
115 ، 113	18	"وَجَاءُوا عَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ۗ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا ۖ فَصَبْرٌ جَمِيلٌ ۗ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ ۗ "
سورة النحل		
115	16	"وَعَلَّمَتِ بِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ "
سورة النور		

124	2	" الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ "
سورة الشعراء		
1	183	" وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ "
سورة الأحزاب		
126	5	" ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا "
سورة يس		
46	57	" لَهُمْ فِيهَا فَكِهَةٌ لَهُمْ مَا يَدَّعُونَ "
سورة ص		
35	26	" يٰۤاٰدُوْدِ اِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيْفَةً فِى الْاَرْضِ فَاْحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوٰى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيْلِ اللّٰهِ اِنَّ الَّذِيْنَ يَضِلُّوْنَ عَنْ سَبِيْلِ اللّٰهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيْدٌۢ بِمَا نَسُوْا يَوْمَ الْحِسَابِ "
سورة الأحقاف		
100	4	" قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَرُونِي مَاذَا خَلَقُوا مِنَ الْأَرْضِ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ أَتُنَادُونَ بِكِتَابٍ مِنْ قَبْلِ هَذَا أَوْ أَثَرَةٍ مِنْ عِلْمٍ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ "

سورة الفتح		
45	26	" إِذْ جَعَلَ الَّذِينَ كَفَرُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْحَمِيَّةَ الْحَمِيَّةَ الْجَاهِلِيَّةَ فَأَنْزَلَ اللَّهُ سَكِينَتَهُ عَلَى رَسُولِهِ وَعَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا "
سورة الذاريات		
124	21	" وَفِي أَنْفُسِكُمْ أَفَلَا تُبْصِرُونَ "
سورة الطلاق		
29، 78	2	" فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعِظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا "
سورة القيامة		
122	4	" بَلَىٰ قَدَرِينَ عَلَىٰ أَن تُسَوَّىٰ بَنَانُهُ "

ثانياً: فهرس أطراف الحديث

الصفحة	طرف الحديث	م
54	إِذَا أَتَاكَ الْخَصْمَانِ فَسَمِعْتَ مِنْ أَحَدِهِمَا، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ	.1
120	إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ	.2
61	إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ...	.3
114	الْوَلْدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ	.4
37	شاهدك أو يمينه	.5
29	لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر...	.6
77	لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين	.7
88	لعلك قبلتها، لعلك لامستها....	.8
109، 1، 39	لو يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَأَدَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ...	.9
117	لَوْ كُنْتُ رَاجِمًا أَحَدًا بَعِيرٍ بَيْنَهُ لَرَجَمْتُ فَلَانَةً...	.10
100	مَا حَقُّ أَمْرِي مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ...	.11
77	مَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا فِي الدُّنْيَا، سَتَرَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ...	.12
83	وَيَحْكُ، ارْجِعْ فَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ وَتُبَّ إِلَيْهِ...	.13

37	واغد يا أنيس إلى امرأة هذا...	.14
26	هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها، فاشهد...	.15

