

طبعة مزيده ومنقحه



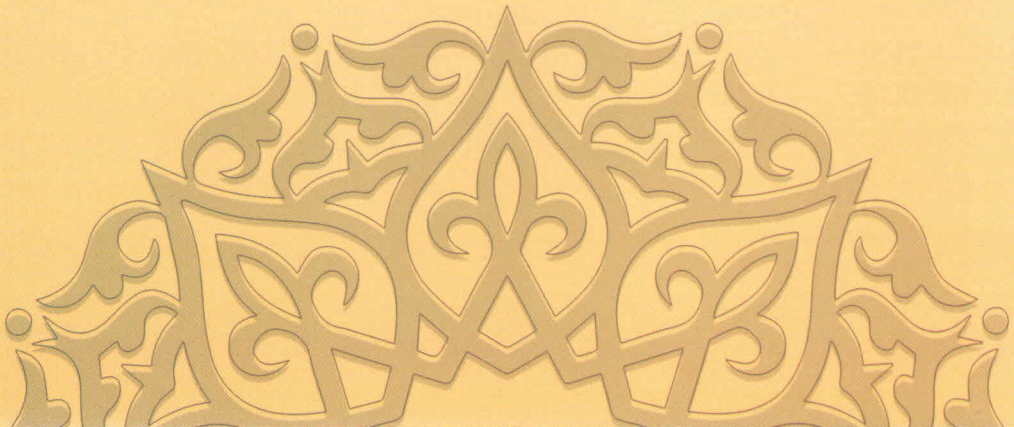
المؤسسة العالمية للدراسات والبحوث
الدراسات القضائية (٢٨)

تَعَارُضُ الْبَيِّنَاتِ فِي الْفِقْرِ الْإِسْلَامِيِّ

دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة

تأليف

أ. د. محمد عبد الله بن محمد الشنقيطي



تَعَارُضُ الْبَيِّنَاتِ
فِي الْفَقْرِ السَّلَامِيِّ

ح) الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)، ١٤٤٢هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشنقيطي، محمد عبدالله بن محمد

تعارض البيئات في الفقه الإسلامي. / محمد عبدالله بن

محمد الشنقيطي. - الرياض، ١٤٤٢هـ

٢٧٢ ص: ١٧ × ٢٤ سم

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٩١٢٥٨-٥-٣

١- الفقه الاسلامي - مذاهب ٢- القضاء في الاسلام

أ.العنوان

ديوي ٥، ٢٥٧، ١٤٨٠ / ١٤٤٢

رقم الإيداع: ١٤٤٢ / ١٤٨٠

ردمك: ٩٧٨-٦٠٣-٩١٢٥٨-٥-٣

مركز
البحوث
والدراسات

الطبعة الثالثة - ١٤٤٢هـ

للنشر والتوزيع وطلبات النسخ:



قضاء

الجمعية العلمية القضائية السعودية

الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء)


مركز قضاء للبحوث والدراسات

 qadha.org.sa/ar/books

 @qdha

 m@qadha.org.sa

 /qadha_ksa

 966538999887

 /qadha.ksa



رسالة علمية

أصل هذا الكتاب

رسالة علمية تقدم بها المؤلف إلى قسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، وقد تشكلت لجنة المناقشة من كل من:

١. سماحة الشيخ/ عبدالعزيز بن عبدالله آل الشيخ

مفتي عام المملكة، ورئيس هيئة كبار

العلماء، ورئيس اللجنة الدائمة للإفتاء

مقرراً

٢. فضيلة أ. د. محمد بن سعد الرشيد

عميد كلية الشريعة بجامعة أم القرى - سابقاً -

عضواً

٣. فضيلة أ. د. عبدالله بن موسى العمار

أستاذ الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام

عضواً

وقد نوقشت الرسالة في شهر شعبان من عام ١٤٠٩هـ، وأوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في الفقه بتقدير ممتاز، مع التوصية بطباعة الرسالة وتداولها والاستفادة منها.

والله ولي التوفيق

مقدمة الطبعة الثالثة



الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين،
نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد، فيسعدني تقديم هذه الطبعة الجديدة التي تصدرها الجمعية العلمية
القضائية السعودية من كتاب ((تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة
بين المذاهب الأربعة)) باعتبارها مرحلة أخرى من مراحل الرغبة التي حظي بها
هذا العمل المتواضع من لدن طلاب العلم والباحثين المهتمين بالعدالة قضاة
ومحامين، وذلك بعد انتهاء طبعته الثانية التي صدرت عام ١٩٩٩م.

وقد حظيت هذه الطبعة ببعض التتمات والتحسينات الجزئية لبعض
الأفكار والألفاظ، وبالتصويبات للأخطاء المطبعية التي كانت مخلة
بالمعنى، ولا أدعي الإحاطة بكل الملحوظات، وحسبي أنني بذلت جهدي.
أملاً من القراء إتحافي بما يقفون عليه من الملاحظات، ومن شأن
أعمال البشر أنها كلما أعيد فيها النظر وتكرر انكشاف القصور وظهر الخطأ،
وهذا كما قال الأصفهاني رَحِمَهُ اللهُ: «من أعظم العِبَر، وهو دليل على استيلاء
النقص على جملة البشر».

وأشكر الجمعية العلمية القضائية السعودية (قضاء) على مبادرتها
الكريمة بنشر الكتاب، سائلاً المولى سبحانه أن ينفع بهذه الطبعة وأن يجعل
العمل خالصاً لله تعالى نافعاً لصاحبه ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ ﴿٨٨﴾ إِلَّا مَنْ أَىَّ اللهُ
يَقْلَبْ سَلِيمٍ ﴿٨٩﴾﴾ [الشعراء: ٨٨-٨٩].

وما توفيقى إلا بالله

أ. د. مُحَمَّدَ عَبْدِ اللهِ بْنِ مُحَمَّدَنِ الشَّنَقِيطِيِّ

الرياض في ١ محرم ١٤٤٢هـ،

٢٠ أغسطس ٢٠٢٠م

المُقَدِّمَةُ



الحمد لله الذي لا حجة أقوى من كلامه، ولا معارض له في أحكامه،
والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم
بإحسان إلى يوم الدين.

لقد منَّ الله سبحانه وتعالى على هذه الأمة بأن جعل شريعته خاتمة للشرائع،
قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان، فأنزل الكتاب بلسان عربي مبين، وأرسل
رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴿لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ
وَيَحْيِيَ مَنْ حَيَّ عَنْ بَيِّنَةٍ وَإِنَّ اللَّهَ لَسَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٤٢﴾﴾ [الأنفال: ٤٢].

فجاءت الشريعة من لدن حكيم عليم، تنظم للبشر جوانب الحياة كلها
فتنظم للإنسان علاقته بنفسه، ومجتمعه، وكذلك تنظم علاقته بربه.

أمرت بالعدل وحققت وسائله التي تساعد عليه، قال تعالى: ﴿إِنَّ
اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ
يَعْظُمُ لَعْنُكُمْ تَذَكُّرُونَ ﴿٩٠﴾ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَفْضُوا الْأَيْمَانَ
بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٩١﴾﴾
[النحل: ٩٠-٩١].

جاءت بنظام القضاء ووضعت له الضوابط والوسائل التي تضمن سيره
حسب مستجدات العصور، فسدت باب الاختلاف والشقاق بين الناس
وشرع الله سبحانه وتعالى البيئات التي هي الدرع الواقية من النزاع أولاً، والدواء
الشافى لما يحصل من النزاع ثانياً، فهي الوسيلة الأولى والأخيرة لفض

النزاع، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر))^(١).

والبيئات إذا لم تتعارض وتختلف فيما بينها فالخطب يسير والحكم واضح، لكنها عندما تتعارض وتختلف، يقع الإشكال ويحتاج الأمر إلى فقه ودراية حتى يأخذ المظلوم حقه، ويحصل العدل الذي به أمر الله سبحانه، وبه قامت السموات والأرض.

وقد أصبح التعارض المذكور سهل الوقوع عندما قلَّ الخوف من الله عَزَّجَلَّ وكثر الظلم، واستخف الكذب، فلا أسهل على الإنسان الظالم اليوم من أن يقول لحميمه: ادع ما شئت وأنا أشهد لك به، فتعارض البيئات ويقف القاضي حائراً أمامها.

ولما كان تعارض البيئات أصعب نقطة يقف عندها القاضي وتعرض سبيل العدل، اخترته عنواناً للبحث لأسهم بقدر الإمكان في حل هذه المشكلة، ثم إنني كنت أميل إلى دراسة بعض المواضيع المتعلقة بعلم القضاء لما للقضاء في شريعتنا من أهمية في كل العصور، وفي هذا العصر بصفة خاصة، حيث إن كثيراً ممن ينتسبون إلى الإسلام أحلوا محلهم في الحكم القوانين الوضعية التي لا تصلح لحكم البشرية ﴿أَفَحُكْمَ الْجَهْلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ [المائدة: ٥٠].

(١) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ، وقال ابن حجر: «إن إسناده صحيح»، وأخرجه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده بلفظ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»، وفي شرح السنة، للبغوي: (عن ابن عباس أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البينة على المدعى» وأحسبه قال: «واليمين على المدعى عليه»). قال البغوي: «هذا حديث صحيح». السنن الكبرى (١/٢٥٢)، وبلوغ المرام من أدلة الأحكام، لابن حجر (ص ٢٦٠)، وسنن الترمذي (٢/٣٩٩)، وشرح السنة، للبغوي (١٠/١٠١).

وقد بدأت مؤشرات الرجوع إلى تطبيق الشريعة تلوح في أوساط المسلمين بعد أن أدركوا عدم صلاحية تلك القوانين الجائرة، وعدم تلاؤمها مع الفطرة الإنسانية والمصلحة التي بها جاء الشرع.

وإذا لم يحظ علم القضاء - في هذه المرحلة - بنصيب وافر من الدراسة المتجددة، وإذا لم يتجه إليه طلاب العلم بالبحث، ليحموه من صولات القانونيين، وعبث العابثين، ليكونوا بذلك من عدول هذا الخلف المعنيين بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين))^(١).

فسيبقى الباب مفتوحاً أمام المغرضين ليصفوا قضاءنا بالجمود والتحجر، وشريعتنا بأنها لم تعد صالحة للتطبيق في عصر غزو الفضاء. إن تعارض البيّنات في الفقه يتصل اتصالاً وثيقاً بالتعارض في أصول الفقه، فالقاضي عندما تعارض لديه البيّنات يحاول الجمع بينها إن أمكن وإلا رجح بطريق من طرق الترجيح، وكذلك المجتهد إذا تعارضت لديه الأدلة حاول الجمع بينها، ثم الترجيح - مثلاً - وهكذا.

ومن هنا، كان بعض مباحث تعارض البيّنات عبارة عن مزيج بين الفقه وأصوله اللذين لا يستقل أحدهما دون الآخر، وهذا ما يغفل عنه كثير من الباحثين، فإذا أخذوا موضوعاً فقهياً ابتعدوا به عن الأصول، وكذلك إذا بحثوا موضوعاً أصولياً أغفلوا كثيراً من التطبيقات والثمرات الفقهية، وذلك مما زادني رغبة في الإسهام في تلافي هذه الظاهرة.

وعلى الرغم من أهمية موضوع «تعارض البيّنات» فلم أجد من تعرض لبحثه في رسالة علمية، ولا من كتب فيه من المؤلفين سوى القليل.

(١) أخرجه الخطيب البغدادي بعدة طرق وقال: «صححه أحمد». شرف أصحاب الحديث، للخطيب البغدادي (ص ٢٨-٣٠).

كغانم البغدادي المتوفى بعد سنة ١٠٢٧ هـ حيث أُلّف كتاباً مختصراً
أسماه: «ملجأ القضاة عند تعارض البيئات» وهو يوجد ضمن مخطوطات
المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، وقد
حققه أحد طلاب كلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.

وكمحمود حمزة مفتي الشام المتوفى سنة ١٣٠٥ هـ حيث أُلّف كتاباً
سماه: «الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجحة» وقد طبع هذا الكتاب وهو
مختصر جداً كسابقه، وكلاهما حنفي المذهب.

وقد اتخذ هذان المؤلفان طريقة قديمة في التأليف حيث لم يضعوا قواعد
للترجيح يرجع إليها، وإنما يأتيان بتراجم بعض أبواب الفقه، ويدرجان
تحتها بعض الأمثلة المفترضة، ويرجحان بعض البيئات على بعض، داخل
المذهب الحنفي فقط، ودون ذكر سبب الترجيح.

ومن ناحية أخرى فإنهما لم يتعرضا للتعارض من حيث التعريف به
وبيان حقيقته من أركانه، وشروطه، ومحلّه، وكذلك لم يتطرقا للجمع بين
البيئات، ولا لموقف القاضي عند تعذر الجمع والترجيح.

وقد عثرت على كتاب بعنوان: «وظائف القضاة في أصول المرافعة
وترجيح إحدى البيئات» لأحد القضاة اليمنيين اسمه: الحسن بن الحسن
صدقي، انتهى من تأليفه سنة ١٢٨٩ هـ وهو مقتصر على المذهب الحنفي
كسابقه.

وبعد المطالعة في هذا الكتاب اتضح لي أنه لم يتطرق لتعارض البيئات
إلا في صفحة واحدة ونصف صفحة، إذ كان مختصراً جداً لا يتجاوز مائة
صفحة من الورق الصغير وقد حظيت أحكام الدعوى والشهادات الأخرى
بنصيب الأسد منه... وتوجد منه طبعة حجرية قديمة بمكتبات جامعة الإمام
محمد بن سعود الإسلامية بالرياض.

وقد كان قصور هذه المؤلفات التي أُلّفت في تعارض البيّنات وترجيحها من الدواعي التي دعّنتني إلى البحث فيه، لعلي أسد هذه الثغرة ببحث مقارن بين المذاهب الأربعة المعمول بها في أغلب بلاد المسلمين اليوم، وبتنظيم بعض القواعد في الترجيح والكشف عن حقيقة التعارض بصفة عامة. وقد اشتمل الكتاب على ثمانية فصول وخاتمة.

الفصل الأول: ويشتمل على لمحة موجزة عن القضاء من حيث التعريف به لغة واصطلاحاً وأدلة مشروعيته ومكانته في الشرعية الإسلامية، وعن الدعوى من حيث تعريفها في اللغة والاصطلاح، وصلتها بالقضاء وبيان الفرق بين المدعي والمدعى عليه، كما ألمحت فيه إلى الحاجة الملحة إلى البيّنات لفض النزاع.

وفي الفصل الثاني: تناولت معنى تعارض البيّنات فعرّفت التعارض في اللغة والاصطلاح، وحققت معنى البيّنات في اللغة واصطلاح جمهور الفقهاء، ومعناها عند ابن حزم، وعند شيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم، وابن فرحون ومن وافقهم ثم بيّنت الراجح فيها. وختمت الفصل ببيان معنى العبارة المركبة «تعارض البيّنات»، وبيان الفرق بين تعارض الأدلة وتعارض البيّنات.

أما الفصل الثالث: فخصصته لبيان حقيقة التعارض فبيّنت أركانه وشروطه ومحلّه، واشتمل ذلك على تعريف الركن والشرط وبيان الفرق بينهما، وبيان محل التعارض باعتبار قوة الحجة وضعفها.

كما تناول الفصل الرابع: ما يتعارض من البيّنات وهو: الشهادات، وعلم القاضي، والإقرار، والقرائن، والكتابة، واليمين. واشتمل ذلك على تعريف كل وسيلة من هذه الوسائل، وبيان حكماتها ومشروعيتها وأمثلة متنوعة لتعارضها.

والفصل الخامس: في دفع التعارض بطريق الجمع: فتطرق لتقديم الجمع على الترجيح، ولحقيقة الجمع من حيث تعريفه وحكمه وشروطه، وذكر أمثلة متنوعة لما يمكن الجمع بينه من البيئات.

وكان الفصل السادس: في دفع التعارض بطريق الترجيح فاشتمل على تعريفه وبيان أشهر طرقه وهي: الترجيح بسبب الملك، الترجيح بزيادة العدالة، الترجيح بزيادة العدد، الترجيح بقوة الحجة، الترجيح بالتاريخ، ترجيح البيئة المثبتة، أو المتضمنة زيادة، أو الناقلة عن الأصل، ترجيح بيئة الملك على بيئة الحوز، الترجيح باليد، الترجيح بالقرائن العرفية، وختم هذا الفصل بحكم اجتماع اليمين مع الترجيح.

وأما الفصل السابع: ففي العمل عند تعذر الترجيح: وقد اشتمل على بيان موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح، وبيان طريقة استعمال البيتين عند القائلين به، استعمال البيتين بالقسمة، استعمال البيتين بالقرعة.

وفي الفصل الثامن: بيان اختلاف الشهادة، وأثره على المشهود به، وتطرق فيه الباحث لبيان الفرق بين تعارض البيئات واختلافها، ثم بيان حكم الاختلاف في الشهادة على السبب وهو مصدر الحق الذي كان سبباً في ثبوته، أو في جنس المشهود به أو نوعه أو مقداره، مع بيان أمثلة لجميع هذه الحالات، وختم الفصل ببيان حكم اختلاف الشهود في الزمان والمكان، سواء كان اختلافهما على القول أو على الفعل، وجاءت الخاتمة بعد هذه الفصول متضمنة أهم النتائج التي تم التوصل إليها أثناء البحث.



الفصل الأول

القضاء والدعوى والإثبات

المبحث الأول: القضاء ومكانته في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الدعوى وصلتها بالقضاء.

المبحث الثالث: الحاجة إلى البيّنات لفض النزاع.

المبأ الأول القضاء ومكانته فف الشرففة الإسلامية



أولاً: تعريف القضاء:

تعرففه لغة:

ورد القضاء مستعملاً فف اللغة فف عدة معانٍ، وهف فرفع فف الحقففة إلف معنف انقطاع الشفء وتمامه^(١).

ومن تلك المعانف:

١- الحكم، قضف بقضف؛ أف: حكم، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣].

٢- الفراغ، فقال: قضف حاجته؛ أف: فرغ منها.

٣- وبمعنف الأداء، تقول: قضف دفنه؛ أف: أداء.

٤- وضربه فقضف عفله؛ أف: قتله كأنه فرغ منه^(٢).

واصطلاحاً:

- عرففه بعض الحنففة وبعض المالفة بأنه: «الإخبار بحكم شرعف عفلى ووجه الإلزام»^(٣).

- وعرففه الشاففة بأنه: «إظهار حكم الشرع فف الواقعة ففمن ففجب عفله إمضاؤه ففه»^(٤).

(١) الصأاح، للآهورف (٢٤٦٥/٦) (قضف)، ولسان العرب، لابن منظور (١١١/٣)، (١١٢) (قضف).

(٢) الصأاح (٢٤٦٥/٦)، ولسان العرب (١١١/٣، ١١٢).

(٣) معفن الحكم، للطرابلسف (ص٧)، ولبصرة الحكم، لابن فرآون (١٢/١) بهامش فتح العلف المالك، لعفش، ولفف المعاصم شرح تحفة ابن عاصم، للآاودف بهامش البهجة فف شرح التحفة (١٤/١).

(٤) مفنف المحتاج، للآطفب الشرففنف (٣٧٢/٤).

- كما عرّفه الحنابلة بأنه: «تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به وفصل الخصومات»^(١).

وهذه التعريفات - وإن لم تتفق كلها في العبارات - إلا أنها متقاربة في المعنى - فكلها تفيد أن القاضي يبين الحق ويلزم به، بخلاف المفتي؛ فإنه لا يلزم بالحق وإنما يبينه فقط، كما أنها تضمنت أركان القضاء الستة وهي: القاضي - المقضي به - المقضي له - المقضي فيه - المقضي عليه - وكيفية القضاء.

ثانياً: أدلة مشروعية القضاء:

لقد دلّ القرآن والسنة وإجماع الأمة على مشروعية القضاء ومكانته.

* أما الكتاب فأيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْقَضَاءُ فَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي هُوَ أَعْلَمُ بِمَا تُكْمِلُونَ الشُّعُورَ﴾

[ص: ٢٦].

٢- وقوله: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾

[النساء: ١٠٥].

٣- وقوله: ﴿وَأِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٤٩﴾﴾ أَلْحِكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْعُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴿٥٠﴾﴾ [المائدة: ٤٩-٥٠].

٤- وقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾ [النساء: ٥٨].

إلى غير ذلك من الآيات الأمرة بالحكم بالعدل والقسط ولا يتأتى ذلك إلا بوجود القضاء.

(١) شرح منتهى الإرادات، للبهوتي (٣/٤٥٩).

* وأما السُّنة فمنها:

١- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ فله أجر))^(١).

٢- وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلط على هلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها))^(٢).

٣- وعن أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع؛ فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار))^(٣).

إلى غير ذلك من فعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وتقريره لأصحابه بالقضاء أمامه.

* الإجماع:

ولقد أجمع المسلمون على مشروعية القضاء، يقول ابن قدامة: «وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس»^(٤).
ثالثاً: مكانة القضاء:

لا شك أن القضاء من الولايات العظيمة في الإسلام؛ لأنه وسيلة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ونصرة المظلوم وردع الظالم عن ظلمه، والإصلاح بين الناس.

(١) متفق عليه. صحيح البخاري مع فتح الباري (٣١٨/١٣)، صحيح مسلم (١٣٤٢/٣).

(٢) متفق عليه، واللفظ للبخاري، صحيح البخاري مع الفتح (٦٥/١)، وصحيح مسلم (٥٥٩/١).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٣٣٩/١٢)، صحيح مسلم (١٣٣٨/٣)..

(٤) المغني، له (٣٤/٩).

يقول ابن فرحون: «لأنه -يعني: القضاء- منصب عليّ ومقام نبوي به الدماء تعصم وتسفح، والأبضاع تحرم وتنكح، والأموال يثبت ملكها ويسلب، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب»^(١).
ولذلك؛ فقد احتل مكاناً مرموقاً في كتب الفقه الإسلامي؛ إذ عني به العلماء واهتموا به اهتماماً خاصاً فهو من أكثر أبواب الفقه تطبيقاً وصلة بالحياة.

قال مالك بن أنس - رحمه الله تعالى -: «كان الناس يقدمون إلى المدينة من البلاد ليسألوا عن علم القضاء، وليس كغيره من العلوم...»^(٢).
ومما يدل على فضله ومكانته أن المخطئ فيه مأجور كالمصيب - وإن تفاضلا في مقدار ذلك الأجر - ما دام المخطئ؛ قصد الحق باجتهاده.



(١) تبصرة الحكام، له (٦/٥٠).

(٢) المرجع السابق (٦/١).

المبحث الثاني الدعوى وصلتها بالقضاء



تحتل الدعوى ثلاثة أركان من أركان القضاء السالف ذكرها، وذلك أن الدعوى إنما تتصور إذا وجد مدع وهو الذي تصدر منه الدعوى من الخصمين، ومدعى عليه وهو الذي تكون الدعوى عليه، ومدعى به وهو الشيء المدعى، ولمعرفة المدعي من الخصمين من المدعى عليه أهمية كبيرة لرفع الإشكال ووضوح الحكم أمام القاضي.

يقول سعيد بن المسيب: «أما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يشكل عليه القضاء»^(١).

وقبل ذكر بعض ما قاله الفقهاء في الفرق بينهما ينبغي التعريف بالدعوى إذ بتعريفها يتضح الفرق أكثر.
تعريف الدعوى:

الدعوى لغة: اسم لما يدعيه الإنسان على غيره، وجمعها دعاوى، ودعاو وادعى كذا؛ أي: زعم أن له حقاً أو باطلاً^(٢).
وأما اصطلاحاً: فقد عرّفها القرافي بأنها: «طلب معين، أو ما في ذمة معين، أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرة شرعاً، لا تكذبها العادة»^(٣).
شرح التعريف:

- لفظ «طلب» يشمل الدعوى بالقول والدعوى المكتوبة.

- لفظ «معين» يفيد اشتراط المعلوماتية في الحق المدعى؛ كدعوى الشخص أنه اشترى السلعة المعينة من فلان أو أنها عصبت منه.

(١) تهذيب الفروق، لمحمد علي المالكي بهامش الفروق (٤/١١٨)، والبهجة في شرح التحفة، للتسولي (١/٢٥).

(٢) لسان العرب (١/٩٨٦، ٩٨٧) (دعا)، القاموس المحيط، للفيروزآبادي (٤/٣٢٩) (الدعاء)، والمعجم الوسيط (١/٢٨٧) (الداعي).

(٣) الفروق (٤/٧٢).

- أو ما في ذمة معين: كالديون والسلم يدعيها شخص في ذمة آخر معين، إما بالشخص كزيد - مثلاً - أو معين بالصفة كدعوى الدية على العاقلة، والقتل على جماعة.

- أو ما يترتب عليه أحدهما: كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب لها حوز نفسها، ودعوى الوارث المسلم أن أباه مات مسلماً فيترتب له الميراث المعين.

- معتبرة شرعاً: احتراز من دعوى عشر سمسمة مثلاً؛ فإنه لا يترتب عليه نفع شرعي فلا يسمع الحاكم الدعوى به.

- لا تكذبها العادة: كدعوى بنوة من هو أسن منه فلا تسمع لتكذيب العادة لها^(١).

وتتفاوت دقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه حسب الوقائع والدعوى، فقد يخفى التفريق بينهما في بعض الصور، ويظهر في بعض، ويلعب ذكاء القاضي وفطنته دوراً كبيراً في ذلك، وإن شريحاً وهو على موهبته القضائية وفطنته الفائقة يقول: «وُلِّيت القضاء وكنت أرى أنه لن يشكل علي فيه، وأول قضية رفعت إلي أشكل عليّ الفرق بين المدعي والمدعى عليه»^(٢).

كما يحتاج إلى معرفة الضوابط التي وضعها الفقهاء - أمام القاضي للترقية بينهما، فمن ذلك:

أ - ما ذكره الكاساني «من أن المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه»^(٣).

(١) المرجع السابق.

(٢) معين الحكام (ص ٥٤).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، له (٦ / ٢٢٤).

- ب- وما ذكره القرافي من أن المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف^(١).
- ج- وقريب منه قول الرّملي: «إن المدعي من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافقه»^(٢).
- د- وقول ابن قدامة: «المدعي: من إذا ترك لم يسكت، والمدعى عليه من إذا ترك سكت»^(٣).
- ولا منافاة بين الضوابط المذكورة؛ بل إن بعضها يؤيد بعضاً.



(١) الفروق، له (٧٥ / ٤).

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، له (٣٣٩ / ٨).

(٣) المغني، له (٢٧١ / ٩).

المبحث الثالث

الحاجة إلى البينات لفض النزاع



إذا عرف القاضي المدعي من المدعى عليه فقد اجتاز عقبة كأداء، ولكن لم يتوقف الأمر عند ذلك، فعليه أن يطلب البينة من المدعي، لقول الرسول ﷺ: ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)).

فلا يمكن فصل النزاع بدون الالتجاء إلى طريق من طرق الإثبات التي بها يتقرر مصير الدعوى وإلا كانت الدعوى ساقطة الاعتبار، إذ كل ادعاء يحتاج إلى دليل، وكل قول لا يؤخذ به إلا بالحجة والبرهان، وكل حق يبقى ضعيفاً مهدداً بالضياح ما لم يدعم بالإثبات^(١).

ولما كان المدعي أضعف جانباً من المدعى عليه أصبح عبء الإثبات ملقى على عاتقه.

ولكن كثيراً ما تخرج القضية عن مجراها الطبيعي فيقدم كل من الخصمين بينة مقبولة لصالحه، ويصبح القاضي أمام شخصين كل منهما يدعي الحق، ويدعم قوله بالحجة والبرهان.

فكيف يتصرف القاضي أمام تينك البيتين؟ فهل يحاول الجمع بينهما؟ أو تتساقطان فيبحث عن غيرهما؟ أو أنه يعمل بإحدهما دون الأخرى؟ وإذا كان الأمر كذلك فبأيهما يعمل؟ وأيها يترك؟



(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد مصطفى الزحيلي (ص ٣٤).

الفصلُ الثَّانِي

بيان معنى تعارض البيّنات

المبحث الأول: التعريف بالتعارض.

المبحث الثاني: تحقيق معنى البيّنة.

المبحث الثالث: معنى العبارة المركبة (تعارض البيّنات).

المبحث الأول التعريف بالتعارض

المطلب الأول: التعريف اللغوي:

من تتبع مادة «عرض» في اللغة وجدها مستعملة في معانٍ كثيرة، إلا أننا سنقتصر على ما له صلة بموضوعنا منها، وقبل ذكر الاستعمالات لا بد من بيان أصل البناء، ونكتفي بما قاله ابن فارس في ذلك إذ يقول:

«العين والراء والضاد بناء تكثر فروعه وهي مع كثرتها ترجع إلى أصل واحد، وهو العرض الذي يخالف الطول، ومن حقق النظر ودققه علم صحة ما قلناه»^(١).

ومن المعاني التي تعيننا مما استعملت فيه:

١- المنع: يقال: اعترض الشيء صار عارضاً ومانعاً؛ كالخشبة تعترض في النهر والطريق، فتمنع المارة سلوك تلك الطريق.

واعترض الشيء دون الشيء؛ أي: حال دونه^(٢).

ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا﴾ [البقرة: ٢٢٤].

أي: مانعة وحائلة عن أن تبروا^(٣).

ومنه أيضاً: الاعتراضات على الدليل؛ لأنها تمنع من التمسك به، وكذلك تعارض البيئات؛ لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها^(٤).

(١) مقاييس اللغة، له (٤/٢٦٩)، مادة: (عرض).

(٢) الصحاح، للجوهري (٣/١٠٨٤)، مادة: (عرض)، ولسان العرب، لابن منظور (٢/٧٣٧)، مادة: (عرض).

(٣) البحر المحيط، لأبي حيان (٢/١٧٦).

(٤) أساس البلاغة، للزمخشري (ص ٤١٤، ٤١٥). وانظر: المصباح المنير، للمقري الفيومي (٢/٢٤) (عرض).

٢- مجابنة الشيء والعدول عنه: يقال: عارضه؛ أي: جانبه وعدل عنه^(١).
فاليبتان المتعارضتان كل واحدة منهما تجانب مقتضى ما عند الأخرى
وتعدل عنه.

٣- المقابلة: يقال: عارض الشيء بالشيء إذا قابله به، قال ابن منظور:
«عارض الشيء بالشيء: قابله، وعارضت كتابي بكتابه؛ أي: قابلته»^(٢).
ومنه ما جاء في الحديث عن عائشة عن فاطمة رضي الله عنها: «أسر إلي النبي
صلى الله عليه وسلم: ((أن جبريل كان يعارضني بالقرآن كل سنة وإنه عارضني العام
مرتين، ولا أراه إلا حضر أجلي))»^(٣).
أي: كان يدارسه جميع ما نزل من القرآن من المعارضة؛ بمعنى:
المقابلة^(٤).

ومثله ما ذكره الرازي حيث قال: «عارض الكتاب بالكتاب: قابله»^(٥).
ومثله في «القاموس المحيط»: «عارض الكتاب: قابله»^(٦).
ويقال: عارض فلان فلاناً إذا أخذ في طريق وأخذ الآخر في طريق
فالتقيا وتقابلا.

فكان البيتين إذا تعارضا وقفت كل واحدة منهما في وجه الأخرى
وقابلتها، فمنعتها من النفوذ إلى وجهتها.

٤- المساواة والمثل: يقال: عارض فلان فلاناً: إذا فعل فعلاً مساوياً
لفعله ومماثلاً له.

(١) الصحاح، للجوهري (١٠٨٤/٣) (عرض)، ولسان العرب (٧٣٧/٢) (عرض).

(٢) لسان العرب، له (٧٢٧/٢) (عرض).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٤٣/٩)، وصحيح مسلم (١٩٠٥/٤).

(٤) فتح الباري، لابن حجر (٤٣/٩).

(٥) مختار الصحاح، له (ص ٤٢٤) (عرض).

(٦) الفيروزآبادي (٣٤٨/٢) (عرض).

جاء في «لسان العرب»: «وعارضته بمثل ما صنع؛ أي: أتيت إليه بمثل ما أتى، وفعلت مثل ما فعل»^(١).

ومثله ما في «القاموس»: «ومنه المعارضة كأن عرض فعله كعرض فعله» وشرحه «صاحب التاج» بقوله: «أي: كأن عرض الشيء مثل عرض الشيء الذي فعله»^(٢).

- وجاء أيضاً في «مختار الصحاح»: «عارضه بمثل ما صنع أتى إليه بمثل ما أتى»^(٣).

ولهذا المعنى فإن أكثر الأصوليين والفقهاء لا يعتبرون التعارض إلا بين متساويين من جهة الثبوت والدلالة بالنسبة للدليلين، ومن جهة القوة والحجية بالنسبة، للبيتين مثلاً^(٤).

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للتعارض:

من نظر إلى ما عبّر به الأصوليون والفقهاء عن التعارض في اصطلاحهم يرى أنهم لم يخرجوا بعيداً عن المعاني اللغوية التي اخترناها من بين المعاني التي استعملت فيها مادة: (العرض)، وكذلك لم تختلف عباراتهم على الرغم من وجود الفارق بين التعارض الذي يبحثه الأصوليون، وبين التعارض الذي يبحثه الفقهاء.

- وعلى الرغم من وجود الخلاف بينهم في مسائل أصولية كاختلافهم في جواز وقوع التعارض بين الأدلة الظنية أو القطعية، وكاختلافهم في اشتراط التساوي بين المتعارضين وعدم اشتراطه.

(١) انظر: (٧٣٧/٢) (عرض).

(٢) تاج العروس، للزبيدي (٤٤/٥) (عرض).

(٣) انظر: (ص ٤٢٥) (عرض).

(٤) انظر: أصول البزدوي وعليه كشف الأسرار، للبخاري (٣/٧٦، ٧٧).

وسنذكر بعض العبارات التي قالوها -مكتفين بمثال أو مثالين من نصوص كل مذهب من المذاهب الأربعة- لتتضح النسبة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي للتعارض من حيث هو:
أولاً: الحنفية:

١- عرّفه السرخسي بأنه: التقابل، فقال: «هو تقابل الحجتين....»^(١).

٢- ومثله النسفي إذ يقول هو: «تقابل الحجتين على السواء»^(٢).

ثانياً: من المالكية:

ابن الحاجب عبّر عن التعارض بالتقابل والتعادل^(٣)، والتعادل هو التساوي.

ثالثاً: من الشافعية:

١- الأمدى ذكر التقابل والتعادل فقال في مسألة حكم التعارض بين الأدلة العقلية: «اتفقوا في الأدلة العقلية المتقابلة بالنفي والإثبات على استحالة التعادل بينهما»^(٤).

٢- وكذلك البيضاوي، وابن السبكي ذكرا التعادل عند حديثهما عن التعارض^(٥).

٣- أما الغزالي فقال: «معنى التعارض: التناقض»^(٦).

ويضيف الغزالي أيضاً أنه: «بمعنى: التضاد والتناقض؛ لأن الأدلة المتعارضة تكون متضادة ومتناقضة»^(٧).

(١) أصول السرخسي (١٢/٢). (٢) انظر: المنار، له (ص ٦٦٧).

(٣) مختصر ابن الحاجب (٢/٢٩٨).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام، له (٤/٢٦٥).

(٥) المنهاج وشرحه نهاية السؤل (٤/٤٣٢)، وجمع الجوامع بشرح المحلي (٢/٣٥٧).

(٦) المستصفي، له، ومعه فواتح الرحموت (٢/٢٢٦).

(٧) المرجع السابق (٢/٢٢٦، ٣٩٥).

رابعاً: ومن الحنابلة:

١- عرّفه ابن قدامة بأنه التناقض حيث قال: «واعلم أن التعارض هو التناقض»^(١)، فقد جرى على ما جرى عليه الغزالي قبله.

٢- وعرّفه المرادوي بقوله: «والتعارض تقابل دليلين ولو عامين على سبيل الممانعة»^(٢).

٣- وذكر البهوتي التعادل والتقابل بمعنى: التعارض فقال: «التعارض التعادل من كل وجه يقال: تعارضت البيّتان إذا تقابلتا»^(٣).

٤- وكذلك ابن مفلح ذكر التعادل والتقابل بمعنى: التعارض إذ يقول: «تعارضت البيّتان إذا تقابلتا تقول: عارضته بمثل ما صنع؛ أي: أتيت بمثل ما أتى، فتعارضهما أن تشهدا إحداهما بنفي ما أثبتته الأخرى وبالعكس؛ فالتعارض التقابل من كل وجه»^(٤).

وفي «إرشاد الفحول»: التعارض في الاصطلاح: تقابل الدليلين على سبيل الممانعة^(٥).

وبالنظر إلى ما ذكره من العبارات نجد أنها متقاربة في المعنى، وأن الغالبية منهم اتفقوا على تفسيره بالتقابل.

إلا أن الغزالي عبّر بالتضاد والتناقض، وهما صورتان من صور التعارض؛ لأن الحجة الثانية إما أن تثبت خلاف ما أثبتته الأولى فتضاد، وإما أن تنفي ما أثبتته الأولى فتناقض.



(١) انظر: روضة الناظر وجنة المناظر، له (ص ٣٨٧).

(٢) انظر: التحرير، له، وشرحه للفتوح (ص ٤٢٥).

(٣) انظر: كشف القناع عن متن الإقناع، له (٦/٣٩٣).

(٤) المبدع شرح المقنع، له (١٧٣/١٠).

(٥) إرشاد الفحول، للشوكاني (ص ٢٤١).

المبحث الثاني

تحقيق معنى البيئنة



المطلب الأول: تعريف البيئنة لغة:

الباء والياء والنون: أصول في كلمة البيئنة، ومادة هذه الأصول (بين) استعملت في معانٍ كثيرة تقتصر منها على ما له صلة بالبيئنة التي نحن بصدد بحثها.

- قال ابن فارس: «الباء والياء والنون أصل واحد وهو بعد الشيء وانكشافه»^(١)، فالبيئنة تكشف عن حقيقة الحال وتبينها عند القاضي.
- والبيان الفصاحة واللسن، والإفصاح مع ذكاء، وما يتبين به الشيء من الدلالة وغيرها^(٢).

- قال ابن منظور: «والبيان الفصاحة واللسن، وكلام بين فصيح والبيان الإفصاح مع ذكاء، والبين من الرجال الفصيح»^(٣).
ومنه قول الشاعر^(٤):

قد ينطق الشعر الغبي ويلتني^(٥) * على البين السفاك وهو خطيب
وجاء في التنزيل: ﴿أَوْ مَنْ يُنشِئُ فِي الْجَلِيلَةِ وَهُوَ فِي الْخِصَامِ غَيْرُ مُبِينٍ﴾^(٦)
[الخرف: ١٨]؛ أي: غير مظهر لحجته، ولا مفصح عما احتوى عليه ضميره^(٦).

(١) مقاييس اللغة، له (٣٢٧/١) (بين).

(٢) الصحاح (٥/٢٠٨٢، ٢٠٨٣) (بين).

(٣) لسان العرب، له (٣٠٢/١) (بين).

(٤) القائل: شمر كما في اللسان. انظر: (٣٠٢/١).

(٥) قوله: يلتني؛ أي: يبطئ من اللاي وهو الإبطاء. لسان العرب (٣٠٢/١).

(٦) تفسير البحر المحيط، لأبي حيان (٨/٨).

وعلى المعاني المتقدمة تكون (البينة) صفة لمحذوف تقديره: الحجة، أو الشهادة. والذي يفهم من كلام صاحب «تاج العروس»، وأصحاب «المعجم الوسيط» أنها اسم لا صفة.

جاء في «تاج العروس»: «والبينة دلالة واضحة عقلية كانت أو محسوسة وسميت شهادة الشاهدين بينة، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))^(١)، والجمع: بَيِّنَات»^(٢)، ومثله في «المعجم الوسيط»: «البينة: الحجة الواضحة»^(٣).

وعلى أي حال، سواء أكانت (البينة) اسماً أم صفة فهي بمعنى: الحجة والدلالة الواضحة؛ فإذا اعتبرناها اسماً فهي علم على الحجة والدلالة، وإذا اعتبرناها صفة فإنه يكون من باب حذف الموصوف وإقام الصفة مقامه، فالمؤدى واحد على كلا الاعتبارين، والبينات جمع بينة، والجمهور يذكرونها بصيغة الجمع باعتبار أنواع الشهادة؛ لأن أحد أنواعها التواتر، ومن أنواعها البينة العادية، والبينة العادية قد تكون أربعة شهود، وقد تكون شاهدين، أو رجلاً وامرأتين.

فهذا تفسير الجمهور لجمعها؛ لأنهم يرون أنها الشهود فقط، وأما من يرى أنها أعم من الشهود، فهؤلاء يجمعونها باعتبار أنواع البينات التي يقولون بها:

كالشهادة، وكالإقرار والنكول واليمين، وعلم القاضي مع اختلاف بينهم في بعض هذه البينات^(٤).

(١) سبق تخريجه في (ص ٧).

(٢) انظر: (٩/١٥٠، ١٥٣) (بين).

(٣) المعجم الوسيط، لجماعة (١/٨٠)، (بان).

(٤) دور الحكام، شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر (٤/٢٨٧).

المطلب الثاني: البيّنة في اصطلاح الفقهاء:

تمهيد:

اختلف الفقهاء في معنى البيّنة في الاصطلاح، وتفرع عن ذلك الاختلاف اختلاف آخر يدور حول طرق الإثبات هل هي محصورة في مجموعة من الطرق لا تتعداها، أو أنها غير محصورة وللقاضي أن يحكم بكل ما يثبت به الحق لديه.

والذي يهمننا الآن هنا هو اختلافهم في تعريف البيّنة، أما موضوع الخلاف في حصر وسائل الإثبات وعدم حصرها، فسنبحثه فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وقد ذهبوا في تفسير البيّنة ثلاثة مذاهب في الجملة: نبينها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: البيّنة عند جمهور الفقهاء:

وقد ذهبوا إلى أن البيّنة هي الشهادة^(١)، واستدلوا بما يلي:

أولاً: بما ورد في القرآن من اعتبار الشهادة أساساً للإثبات في مواضع مختلفة، منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾... إلى قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فقد أمر سبحانه وتعالى بالإشهاد على البيع لأنه يترتب عليه إظهار الحق وبيانه عند التجاحد فهو الأحوط^(٢).

(١) المبسوط، للسرخسي (١١٣/١٦)، مغني المحتاج (٤/٤٦١)، وروضة القضاة وطريق النجاة، للسمناني (ص ١٩٦)، والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٣٠٢/٢).

(٢) إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن العظيم، لأبي السعود (١/٢٧١).

٢- وفي الطلاق والرجعة يقول سبحانه: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

ثانياً: أن البيينة جاءت في لسان الشرع مراداً بها الشهود وخدمهم في غير موضع، ومن ذلك:

١- ما روي عن أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: إن شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البيينة وإلا حد في ظهرك))^(١)، ومعلوم أن المراد بالبيينة هنا الشهود؛ لأن القرآن ذكر أن البيينة التي يثبت بها الزنا أربعة شهود، فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ تَزْمِرُ بَنَاتُ بَارِعَةَ سُهَدَاءَ فَأُجْلِدُوهُنَّ مِائَةً جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، فهذه الآية الكريمة تدل على أن المراد بالبيينة الشهود في قول الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البيينة وإلا حد في ظهرك)).

٢- ومن ذلك أيضاً أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اختصم إليه الأشعث بن قيس مع رجل آخر في بئر، فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((بَيْتُكَ أَوْ يَمِينِهِ))^(٢)، وقد وردت رواية أخرى في الواقعة نفسها تفسر مراد الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من البيينة هنا، ولفظها: ((شاهدك أَوْ يَمِينِهِ))^(٣).

فدل ذلك على أن مراده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالبيينة: الشهود^(٤).

واعترض عليهم بأن هذه النصوص لا تدل على انحصار البيينة في الشهادة، وإنما تدل على أن الشهادة لها وزنها واعتبارها في الإثبات.

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري (٤٤٩/٨).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم بهذا اللفظ، وأخرجه الترمذي بلفظ: ((ألك بيينة))؟ قال: لا، قال: ((فلك يمينه))، وأخرجه أحمد بلفظ قريب منه. صحيح البخاري مع الفتح (٢١٣/٨)، وصحيح مسلم (١٢٣/١)، وسنن الترمذي (٣٩٨/٢، ٣٩٩)، والفتح الرباني ترتيب المسند (٢١٩/١٥).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٢٨٠/٥)، وصحيح مسلم (١٢٣/١).

(٤) من طرق الإثبات، لأحمد عبد المنعم البيهقي (ص ٦).

الفرع الثاني: البيّنة عند ابن حزم:

يرى ابن حزم أن البيّنة تطلق على الشهود وعلى علم القاضي أيضاً. واستدل لإطلاق البيّنة على الشهود بما استدل به أصحاب القول الأول، وعند استدلاله على جواز قضاء القاضي بعلمه ذكر ما يدل على أن البيّنة تشملته حيث قال: إنه صح عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «بَيِّنَتُكَ أَوْ يَمِينُهُ»، ثم قال بعد ذلك: «ومن البيّنة التي لا أبين منها صحة علم الحاكم»^(١).

وهذا الكلام يدل على أن البيّنة عنده تشمل الشهود وعلم القاضي.

وقد اعترض عليه بالحديث: «شاهدك أو يمينه»، وفي رواية: «بَيِّنَتُكَ أَوْ يَمِينُهُ»؛ أي: البيّنة التي تشهد لك وعلم القاضي ليس من بيّنة المدعي التي تطلب منه فيدلي بها^(٢).

كما اعترض عليه بأن الأصل في خطاب الشرع بقاؤه على مدلوله اللغوي حتى توجد قرينة صارفة له عنه، ولا مانع من بقاء البيّنة على مدلولها اللغوي^(٣).

الفرع الثالث: البيّنة عند شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن فرحون ومن وافقهم:

ذهب ابن تيمية وابن القيم، وابن فرحون، وغيرهم إلى أن البيّنة اسم لكل ما يبيّن الحق ويظهره^(٤)، وفي ذلك يقول ابن القيم: «البيّنة في كلام الله ورسوله، وكلام الصحابة اسم لكل ما يبيّن الحق، فهي أعم من البيّنة في اصطلاح الفقهاء، حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين، ولا

(١) المحلى، له (٤٢٨/٩).

(٢) الوجيز في الدعوى والإثبات، لشوكت عليان، (ص ٤٠).

(٣) من طرق الإثبات (ص ١١).

(٤) معين الحكام (ص ٦٨)، وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٣٥/٣٩٤، ٣٩٥)، وإعلام الموقعين، لابن القيم (٩٦/١)، وتبصرة الحكام (١/٢٠٢).

حجر في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص، وحملها على غير مراد المتكلم منها»^(١).

ومثله ابن فرحون إذ يقول: «اعلم أن البيّنة اسم لكل ما يبيّن الحق ويظهره، وسمى النبي عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الشهود بيّنة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم»^(٢)، وحجة أصحاب هذا القول أن البيّنة وردت في لسان الشرع مراداً بها الحجة والدليل، ولم تأت فيه مراداً بها الشهود وحدهم، فحملها على الشهود دون غيرهم تخصيص بلا مخصص؛ بل إنه يلزم عليه حمل كلام الشارع على ما ليس مراداً منه وذلك غير جائز.

وقد ذكر ابن القيم أمثلة من القرآن تدل على أن البيّنة اسم لكل ما يبيّن الحق - منها:

١- قوله تعالى: ﴿قُلْ إِنِّي عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّي﴾ [الأنعام: ٥٧]، قال الشوكاني: «البيّنة: الحجة والبرهان؛ أي: إني على برهان من ربي ويقين لا على هوى وشك»^(٣).

٢- وقوله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّهِ وَيَتْلُوهُ شَاهِدٌ مِّنْهُ وَمِن قَبْلِهِ كَتَبَ مُوسَىٰٓ إِمَامًا وَرَحْمَةً﴾ [هود: ١٧]، ومعنى البيّنة: البرهان الذي يدل على الحق^(٤).

٣- ﴿فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣-٤٤]، والبيّنات: الحجج والبراهين^(٥).

٤- وقال تعالى: ﴿أَوَلَمْ تَأْتِهِم بَيِّنَةٌ مَّا فِي الصُّحُفِ الْأُولَىٰ﴾ [طه: ١٣٣]؛ ومعنى البيّنة: البيان والبرهان أيضاً^(٦).

(١) إعلام الموقعين، له (١/٩٦).

(٢) فتح القدير، له (٢/١٢٢).

(٣) المرجع السابق (٣/١٦٥).

(٤) تبصرة الحكام، له (١/٢٠٢).

(٥) المرجع السابق (٢/٤٨٨).

(٦) المرجع السابق (٣/٣٩٤).

٥- وقال تعالى: ﴿أَمْ آتَيْنَاهُمْ كِتَابًا فَهُمْ عَلَىٰ بَيِّنَتٍ مِّنْهُ﴾ [فاطر: ٤٠]؛ أي: على حجة ظاهرة واضحة من ذلك الكتاب^(١).

٦- وقال تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾ [الحديد: ٢٥]؛ أي: بالمعجزات البيئنة والشرائع الظاهرة^(٢).

٧- وقال تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ ۗ رَسُولٌ مِّنَ اللَّهِ يَتْلُو صُحُفًا مُّطَهَّرَةً﴾ [البينة: ١-٢].

قال ابن القيم بعد أن ذكر هذه الآيات: «وهذا كثير لم يختص فيه لفظ البيئنة بالشاهدين؛ بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة»^(٣).

وقد يعترض على أدلة شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ومن وافقهما بأنها ليست واردة في مقام إثبات الدعوى الذي هو محل النزاع^(٤).

لكنه يجاب عنه بما تقدم ذكره من أن الأصل في خطاب الشرع أن يحمل على مدلوله اللغوي حتى يوجد صارف يصرفه عنه، والذين يقولون: إنها في الاصطلاح، بمعنى: الشهادة فقط انفقوا مع المخالفين لهم في ذلك على أن معناها اللغوي أوسع وأشمل وما ذكروه من أدلة الحصر لا يسلم من معارض.

الفرع الرابع: بيان القول الراجح في البيئنة:

بعد عرض تلك الآراء وأدلتها والموازنة بينها، فالذي يظهر - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث الذين عرفوا البيئنة بأنها: «كل ما يبين الحق ويظهره».

١- لما تقدم من الآيات القرآنية الدالة على أن البيئنة الحجة والبرهان والبيان والإيضاح فكل حجة أو برهان أو دليل يبين الحق فهو بيئنة.

(١) المرجع السابق (٤/٣٥٥). (٢) فتح القدير (٥/١٧٧).

(٣) أعلام الموقعين، له (١/٩٧)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، له (١٤/٢٤).

(٤) من طرق الإثبات (ص ١١).

٢- ولما في هذا الرأي من العدل وحفظ الحقوق، وخاصة في هذا العصر الذي تقدم فيه العلم الحديث فساعد ذلك على استخدام كثير من الوسائل التي يثبت بها جانب الحق؛ كاستخدام البصمات، وآلات التسجيل... إلخ.

وهذا الخلاف إنما هو في الاصطلاح، والاصطلاح لا مشاحة فيه، وإنما تظهر الثمرة عند الاختلاف في حصر وسائل الإثبات وعدم حصرها.

المطلب الثالث: بيان الخلاف في حصر وسائل الإثبات وعدم حصرها:

تمهيد:

سبقت الإشارة إلى أن الاختلاف في معنى البيّنة يتفرع عنه اختلاف آخر في حصر وسائل الإثبات، ولا شك أن جمهور الفقهاء عندما يفسرون البيّنة بالشهادة فإنهم لا يقصدون بذلك حصر وسائل الإثبات في الشهود، وإنما مرادهم أن البيّنة إذا أطلقت انصرفت إلى الشهود؛ لأنهم يذكرون طرقات أخرى للإثبات ويعملون بها؛ كالإقرار، والقرينة الواضحة، واليمين، والنكول، إلا أن هذه الطرق لا تسمى عندهم بيّنة، وإنما يسمونها بأسمائها فيقولون مثلاً: القضاء بالإقرار إذا كان الإثبات به والقضاء باليمين إذا كان الإثبات بها، وهكذا.

لكن عدم الحصر يظل نسبياً عندهم، حيث وقفوا عند ما أفادته النصوص من وسائل الإثبات، ولم يتعدوه إلى غيره، في حين أن الفريق الآخر يرى شمول البيّنة لكل ما أبان الحق وأظهره - سواء ورد فيه نص أو لم يرد فيه نص.

ويتضح مما تقدم أن الفقهاء مختلفون - في حصر وسائل الإثبات - على

قولين في الجملة:

* القول الأول: أن وسائل الإثبات محصورة في عدد معين لا يجوز للقاضي أن يتعداه إلى غيره، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من مختلف المذاهب^(١).

ثم إن أصحاب هذا القول لم يتفقوا في حصر وسائل الإثبات بعدد معين: ١- فقد حصرها بعضهم في سبعة هي: البيّنة، والإقرار، والنكول، واليمين، والقسامة، وعلم القاضي بعد توليته، والقرينة القاطعة، ذهب إلى ذلك بعض الحنفية؛ كابن نجيم، وعلاء الدين الحصفكي، يقول ابن نجيم: «الحجة: بيّنة عادلة، أو إقرار، أو نكول عن يمين، أو يمين، أو قسامة، أو علم القاضي بعد توليته، أو قرينة قاطعة»^(٢).

وبعض هؤلاء حصرها في ثلاث هي: البيّنة، واليمين والنكول، وقالوا: إن القرينة ليست حجة، والقضاء بالإقرار مجاز؛ لأن الإقرار لا يحتاج إلى أن يكون عند قاضي ليحكم به، فهو موجب للحق بنفسه، فليس على القاضي في حال الإقرار إلا أن يأمر المدعى عليه بدفع ما أقر به، والقسامة داخلة في اليمين، وعلم القاضي مرجوع عندهم^(٣).

٢- وذكر ابن جزري المالكي نحواً مما ذكره بعض الحنفية فقال: «وعلى المذهب وإنما يحكم بحجة ظاهرة، وهي سبعة أشياء وما يتركب منها وهي: اعتراف، أو شهادة، أو يمين، أو نكول، أو حوز في الملك، أو لوث

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ٢٤٧)، وشرح الدار المختار، للحصكفي (٢/ ٢٠٢)، والفروق، للقرافي (٤/ ٨٣)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٦١)، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع (٧/ ٥٧٥)، وأعلام الموقعين (١/ ٩٦).

(٢) الأشباه والنظائر، له (ص ٢٤٧)، وشرح الدر المختار (٢/ ٢٠٢).

(٣) انظر: تكملة رد المختار على الدر المختار (المسماة قرّة عيون الأخبار)، لسيد محمد علاء الدين أفندي (٧/ ٤٣٨).

مع القسامة في الدماء، أو معرفة العفاص والوكاء في اللقطة... إلى أن قال:
ولا يقضي بعلمه»^(١).

إلا أن كلام ابن جزري يفهم منه أن هذه السبع يتركب منها أمور أخرى، وذلك لأن الشهادة مراتب وأنواع، فبعض الحقوق لا يثبت إلا بأربعة شهود؛ كالزنا مثلاً وبعضها يثبت بشاهدين فقط وبعضها لا بد فيه من شهادة الرجال، وبعضها يختص بالنساء، وكذلك اليمين قد تكون وحدها بأن يتحالفا فيقسم المتنازع فيه بينهما، وقد تكون الأيمان أربعة كما في اللعان، وقد تكون خمسين كما في القسامة، والقرائن متنوعة أيضاً ومتفاوتة في القوة ويؤيد ذلك قول القرافي:

«الحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة: الشاهدان، والشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين، والمرأتان واليمين، والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه، والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط^(٢) الحيطان وشواهداها، واليد. فهذه هي الحجاج التي يقضي بها الحاكم وما عداها لا يقضي به عندنا»^(٣)؛ فالمالكية على هذا أكثر توسعاً في الطرق التي يقضي بها القاضي من أصحاب القول الأول ولا غرابة في ذلك فإن الحنفية لا يرون القضاء بالشاهد واليمين وبعضهم يرى أن القرينة ليست بحجة، وأن

(١) القوانين الفقهية، له (ص ١٩٤).

(٢) القمط: ما تشد به الأخصاص، والأخصاص جمع خص البيت الذي يعمل من القصب، وروي أن شريحاً اختصم إليه رجلان في خص فقضى بالخص للذي تليه القمط. لسان العرب (٣/١٦٣).

(٣) انظر: الفروق، له (٤/٨٣)، والفرق الثامن والثلاثون والمائتان بين قاعدة ما هو حجة عند الحكام وما ليس بحجة عندهم.

الإقرار لا يعد من طرق القضاء إلا من باب المجاز، وكذلك لا يرون شهادة الصبيان^(١) طريقاً للقضاء.

وقد أشار القرافي إلى أن الطرق التي يقول بها المالكية ليست محل اتفاق بين العلماء إذ قال بعد سردها: «وفيها شبهات واختلاف بين العلماء»^(٢).

٣- وقد قال الشافعية - بالإضافة إلى الشهادة التي هي محل اتفاق بأغلب الطرق المذكورة في الجملة وإن كان القضاء بعلم القاضي مرجوحاً عند غيرهم فإنه راجح عندهم في إحدى الروايات^(٣)، ولم أقف للحنابلة على حصر معين إلا أنه بالاستقراء يظهر أنهم يرون ما يراه غيرهم من الطرق في الجملة، فقد أخذوا بالإقرار، واليمين، والنكول على إحدى الروايات، والقسامة، والقرائن الواضحة، وعلم القاضي في رواية. وقد استدل الجمهور على حصر الطرق بما يلي:

أولاً: ما سبق من الأدلة الدالة على أن البيّنة المراد بها الشهادة بالإضافة إلى ما ثبت من الأدلة الدالة على العمل بالطرق الأخرى التي ذكرها كالإقرار واليمين، والنكول، والقسامة، والقرينة، وعلم القاضي على اختلاف بينهم في ذلك تبعاً لاختلافهم في فهم تلك النصوص، وحسب تفاوتها في وضوح الدلالة وعدم وضوحها - على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى - في محله.

(١) شهادة الصبيان ردها الجمهور وقبلها مالك وليست شهادة عنده في الحقيقة وإنما هي قرينة حال. ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لثلا يخبوا. بداية المجتهد، لابن رشد (٤٩٦/٢).

(٢) الفروق، له (٨٣/٤).

(٣) فتح الجواد بشرح الإرشاد، لابن حجر الهيتمي (٤٠٣/٢، ٤٠٤)، من طرق الإثبات (ص ١٢٧).

فهم حصروا البينة في الشهادة وما عداها من الطرق التي قالوا بها وقفوا فيها عند ما أفادته النصوص من أنواعها، ولم يجوزوا للقاضي أن يحكم بغيرها^(١).

ثانياً: ومن المعقول قالوا: إنه يقتضي نظام القضاء تقييد الإثبات بوسائل معينة تطمئن إليها النفوس لكي لا تتعرض النفوس والأموال للضياع والإتلاف بين أيدي القضاة الظالمين استناداً إلى أمانة ضعيفة أو غيرها من قرائن واهية، كما أنه يفتح الباب أمام أصحاب الدعاوي الباطلة الذين يتلاعبون بالحقوق^(٢).

فهذا يحقق مصلحة المدعى عليهم في حين أنه روعي جانب مصلحة المدعين، حيث أعملت الطرق القضائية المنضبطة حتى لا يضيع حق طرف من الطرفين.

واعترض على أدلة الجمهور بما يلي:

١- على استدلالهم بالآيات: بأن ما ورد في القرآن الكريم المقصود به توثيق الحقوق وحفظها، ولم يذكر أنه للإثبات عند القاضي.

٢- واعترض على وقوفهم عند طرق معينة بحجة أنها أفادتها النصوص: بأن النصوص المذكورة لا تفيد الحصر في الطرق التي ذكروها وغاية ما تفيد: أن هذه الطرق صحيحة تثبت بها الأحكام.

فلم تتعرض لغيرها من الطرق بنفي ولا إثبات: ولذلك فإن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والأئمة المجتهدين قبلوا عدة طرق واستخدموا عدة وسائل في القضاء والإثبات ولم يرد فيها حديث مما يؤكد أيضاً أن طرق الإثبات ليست محدودة العدد^(٣).

(١) من طرق الإثبات (ص ١٣).

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، للدكتور محمد مصطفى الزحيلي (ص ٦٠٧).

(٣) للأئمة انظر: أعلام الموقعين (١/ ١٠٣)، ووسائل الإثبات، لمحمد مصطفى الزحيلي (ص ٦١٢).

* القول الثاني: يرى أصحابه قبول أية حجة تبين الحق وتظهره - وإليه ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم: وابن فرحون وغيرهم: واستدلوا لذلك بالقرآن، والسُّنَّة، والمعقول^(١).

* القرآن:

١- بما سبق ذكره من الآيات القرآنية الدالة على أن البيّنة تشمل كل ما يظهر الحق سواء كان شهادة أو غيرها.

* السُّنَّة:

٢- بقول الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمدعي: ((ألك بيّنة)) وقوله: ((البيّنة على المدعي)).

٣- بقول عمر أيضاً البيّنة على المدعي، فقد قال ابن القيم إن المراد بالبيّنة في كل هذا ما يبيّن الحق ويظهره من شهود أو دلالة، فإذا ظهر صدق المدعي بطريق من الطرق حكم له قال: «إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيّنات التي هي أدلة عليه وشواهد له ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عمامة، ويده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو إثره ولا عادة له بكشف رأسه، فيبيّن الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد، فالشارع لا يهمل مثل هذه البيّنة والدلالة ولا يضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته؛ بل لما ظن هذا من

(١) فتاوى ابن تيمية (٣٥/٣٩٤)، وأعلام الموقعين (١/٩٦)، وتبصرة الحكام (١/٢٠٢).

ظنه ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره فيفعل ما يريد ويقول: لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق لله ولعباده»^(١). فقد أفاض رحمه الله تعالى في ذلك وأطال الحديث عنه في كتابيه: «أعلام الموقعين»، و«الطرق الحكمية في السياسة الشرعية» ومثله في ذلك ابن فرحون، فبعد استشهاده ببعض ما ذكره ابن القيم قال: فمتى ظهر الحق وأسفرت طريق العدل فثمَّ شرع الله ودينه^(٢).

ولا انفصام بين استدلال ابن القيم ومن وافقه على عدم حصر وسائل الإثبات واستدلالهم المتقدم ذكره على معنى البيّنة؛ لأنهم تمسكوا بالمعنى العام للبيّنة الذي جاءت به في القرآن فاعتبروها شاملة للدلالة، والحجة، والبرهان، والآية والتبصرة، والعلامة، والأمانة^(٣).

* المعقول:

يقول ابن القيم: «إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي به قامت السماوات والأرض فإذا ظهرت أمانة الحق وأسفر بأي طريق كان فثمَّ شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعلها منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها. بل قد بيّن سبحانه بما شرعه من الطرق: أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له»^(٤).

(١) أعلام الموقعين، له (١/٩٠، ٩١).

(٢) تبصرة الحكام، له (١/٢٠٤).

(٣) الطرق الحكمية (ص ١٢).

(٤) المرجع السابق (ص ١٤).

ويقول أيضاً: «والمقصود: أن الشريعة لا ترد حقاً ولا تكذب دليلاً ولا تبطل أمانة صحيحة وقد أمر الله سبحانه بالثبوت والتبيين في خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة» ثم يقول: «فلا يجوز لحاكم ولا وال رد الحق بعد ما تبين وظهرت أماراته بقول أحد من الناس»^(١).

وعلى هذا، فهم يرون أن طرق القضاء معلة بظهور الحق ويقاس عليها كل ما يستجد أو يحدث أمام القضاء^(٢).

منشأ الخلاف والترجيح:

ومرجع الخلاف هو كما يقول الشوكاني: هل طرق الإثبات التي وردت في القرآن الكريم أحكام تعبدية لا مجال للعقل فيها وقد تعبدنا الله بها ولا يسوغ للحاكم إلا القضاء بها والوقوف عندها والتقيدها ولا يقبل غيرها من الوسائل، ولو كانت صحيحة وقوية وتؤدي إلى العلم، أم أنها غير مقصودة بالذات؛ بل لحصول العلم أو الظن الراجح بها أمام الحاكم وأن القصد هو إحقاق الحق، وفصل الخصومة والوصول إلى العلم بالواقعة الحقيقية، وأن ما ورد في القرآن الكريم من الشهادة والإقرار واليمين مجرد أسباب للحكم فإذا تحققت بغيرها هذه الغاية كانت سبباً للحكم وصح القضاء بها، وبالأولى إذا توفر العلم اليقيني أو القاطع كالحكم بعلم القاضي والتواتر^(٣).

والظاهر هو أن أحكام القضاء وطرق الإثبات ليست أحكاماً تعبدية ولكنها قابلة للتعليل وأن العلة فيها إظهار الحق وإثباته وأنها خاضعة للاجتهاد^(٤).

بعد استعراض الأدلة يظهر أن أدلة الجمهور ليس فيها ما يدل على حصر طرق الإثبات في عدد معين، لا يجوز الخروج عنه، فالرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم

(١) المرجع السابق (ص ٢٤)، وانظر: أعلام الموقعين (١/ ٩٠، ٩١).

(٢) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٦١١).

(٣) نيل الأوطار، له (١٩٩/٩). (٤) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٦١٥).

يقتصر في قضائه على ما ورد في القرآن الكريم من الوسائل، ولم يصرح لنا بأن طرق القضاء محصورة فيما سلكه منها، ولذلك عمل الصحابة رضي الله عنهم والتابعون، من بعدهم والأئمة المجتهدون بأمر، واستخدموا وسائل لم يرد فيها حديث^(١).

مما يؤكد أن طرق الإثبات ليست محصورة فيما نص عليه، ولذلك فالذي يترجح من المذهبين هو ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وابن فرحون وغيرهم من أن طرق الإثبات لا تنحصر، وذلك هو الذي يوافق مقصد الشارع من توطيد دعائم العدل، وحفظ الحقوق على أربابها.

(١) للأئمة انظر: الطرق الحكمية (ص ٢٤) وما بعدها.

المبحث الثالث

معنى العبارة المركبة (تعارض البيّنات)

المطلب الأول: تعريف تعارض البيّنات:

عرّفه السرخسي بقوله: «هو تقابل الحجّتين المتساويتين، على وجه يوجب كل واحد منهما ضد ما توجه الأخرى؛ كالحل والحرمة، والنفي، والإثبات»^(١).

وهذا التعريف يشمل التعارض بين الدليلين، والتعارض بين البيّتين؛ لأن لفظ الحجّتين يشملهما.

وكذلك المثال الذي مثل به السرخسي بقوله: كالحل والحرمة، والنفي والإثبات، يصلح مثلاً للتعارض بين الدليلين؛ كأن يكون أحدهما يدل على الحل، والآخر يدل على الحرمة، أو أحدهما مثبتاً، والآخر نافياً، كما يصلح مثلاً لتعارض البيّتين؛ كأن تكون إحداها مثبتة، والثانية نافية لما تثبته الأخرى.

وعرّفه ابن عرفة بقوله: «تعارض البيّتين هو اشتمال كل منهما على ما ينافي الأخرى»^(٢)، واكتفى الحطاب في «مواهب الجليل» بهذا التعريف فقال:

«وقال ابن عرفة: وهو اشتمال كل منهما على ما ينافي الآخر»^(٣).

وواضح من هذا التعريف أنه لم يقيد بعدم إمكان الجمع ولا بتساوي البيّتين في القوة، ونحوها، وإنما اعتبر تعارض البيّتين هو مطلق اشتمال إحداها على ما ينافي الأخرى، فقد تشتمل إحداها على أمر ينافي الأخرى من وجه، ولا ينافيها من وجه آخر فيجمع بينهما، وقد يكون

(١) أصول السرخسي (١٢/٢).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدردير (٢١٩/٤).

(٣) مواهب الجليل على مختصر خليل، له (٢٠٨/٦).

التنافي بينهما من كل وجه لكنهما متفاوتتان في القوة أو في الحجية فترجح إحداهما على الأخرى.

وعرّفه بعض الحنابلة بقوله: «وتعارض البيّتين بأن ثبت كل منهما ما نفت الأخرى، حيث لا يمكن الجمع فتساقطان»^(١).

فتعارض البيّتين عند الحنابلة، لا يمكن معه الجمع بينهما، ولذلك لم يتوسعوا في الجمع ولا في المرجحات، على عكس ما جرى عليه المالكية، فقد اطرّد قولهم: «وإن أمكن جمع بين البيّتين - أي: المتعارضتين - جمع وإلا رُجِحَ»^(٢) والمقصود بالبيّنة عند أصحاب التعريفات السابقة: (الشهادة) كما هو معروف عندهم من أن البيّنة إذا أطلقت انصرفت إلى الشهادة، وأن الطرق الأخرى التي يقولون بها لها أسماءؤها الخاصة بها، وليست داخلة في مسمى البيّنة، وعلى هذا فإن التعريفات السالفة غير جامعة، من وجهين: أحدهما: أنها لا تشمل تعارض البيّات الأخرى - غير الشهادة - كالإقرار، والقرائن واليمين... إلخ.

الثاني: أنها لا تشمل التعارض الذي يكون بين أكثر من بيّتين؛ كأن يكون النزاع بين ثلاثة أطراف، أو أكثر فتعارض بيّناتهم.

ولقد كان تعريف الدكتور محمد مصطفى الزحيلي في منتهى الشمول والوضوح، ولذلك اخترته عن غيره، فقد عرّف تعارض البيّات بأنه هو: «أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً، يؤيد دعواه، وينفي دعوى الآخر، بحيث لو انفرد دليل أحدهما لحكم له به»^(٣).

- فقوله: «أن يقدم كل طرف» يشمل ما إذا كان النزاع بين أكثر من طرفين؛ لأنه قد يكون بين ثلاثة فأكثر.

(١) كشف القناع (٣٩٣/٦)، والمبدع (١٧٣/١٠).

(٢) مختصر خليل مع جواهر الإكليل (٢/٢٤٩)، ومواهب الجليل (٦/٢٠٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢١٩).

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية (ص ٨٠٣).

- وقوله: «دليلاً يؤيد دعواه»: يشمل كل دليل يبيّن صحة الدعوى من شهادة، وغيرها من البيّنات الأخرى.

- وقوله: «بحيث لو انفرد أحدهما لحكم له به»: يفيد الحصر في البيّنات التي هي حجة، ويخرج ما ليس بحجة.

المطلب الثاني: الفروق بين تعارض الأدلة وتعارض البيّنات:

١- إن تعارض الأدلة من مباحث أصول الفقه، وتعارض البيّنات من مباحث الفقه.

٢- البحث في تعارض الأدلة من وظائف المجتهدين والبحث في تعارض البيّنات من وظائف القضاة.

٣- ثم إن التعارض بين الأدلة ليس واقعاً في الحقيقة وإنما هو تعارض في الظاهر بحسب ما يظهر للمجتهد؛ لأن الأدلة الشرعية من عند الله تعالى فلا يحصل التعارض بينها في حقيقة الأمر^(١)، أما التعارض الآخر الذي يكون بين الشهود أو بين غيرهم من طرق الإثبات، فقد يكون واقعاً في نفس الأمر، لقصور علم البشر، ولجواز الخطأ في فهمهم.

٤- وأيضاً فإن طرق دفع التعارض الأصولي قد لا تنطبق كلها على دفع التعارض الفقهي، ومن ذلك أن تعارض الأدلة قد يدفع بطريق النسخ؛ كأن يكون أحد الدليلين المتعارضين ناسخاً للآخر، ولا يتأتى ذلك في دفع التعارض عن البيّنات؛ لأن النسخ خاص بالأدلة الشرعية.



الفصل الثالث

حقيقة التعارض

المبحث الأول: أركان التعارض.

المبحث الثاني: شروط التعارض.

المبحث الثالث: محل التعارض.

المبأء الأول أركان الأعارض

المطلب الأول: أعرفاء الركن لغة واصطلاحاً:
أعرفاء الركن لغة:

قال الجوهرى: «ركن الشىء جانبه الأقوى، وهو يأوى إلى ركن شديد؛ أى: إلى عزّ ومنعة»^(١)، وفى «المعجم الوسىط» أنه يقال: لأأء الجوانب التى سآئء إليها الشىء وىقوم بها، وجزء من أجزاء حقىقة الشىء يقال: ركن الصلاة وركن الوضوء^(٢) وفى «اللسان»: «أركان كل شىء جوانبه التى سآئء إليها وىقوم بها»^(٣).

واصطلاحاً:

ىطلقه الفقهاء على جزء الماهية كقولهم: القىام ركن الصلاة، وركن الحج وقوف عرفة.

وعرّفه بعضهم بأنه: «ما ىقوم به الشىء»^(٤).

وعرّفه آخرون بأنه: «ما ىتم به الشىء وهو داخل فىه» بخلاف شرطه فهو خارج عنه^(٥).

فآبىن من الأعارىف المذكورة أمران:

١- أن أركان الشىء أجزاءه التى ىقوم بها، ومفردها ركن والركن جزء من تلك الأجزاء؛ كالأقىام فى الصلاة جزء من أجزاءها.

(١) الصأاح، له (٢١٢٦/٥) (ركن).

(٢) المعجم الوسىط (١/٣٧٠، ٣٧١) (ركن).

(٣) لسان العرب (١/١٢١٩) (ركن).

(٤) الأعرىفات، للجرجانى (ص١١٧) (ركن).

(٥) المرجع السابق.

٢- أن الركن داخل في الماهية بخلاف الشرط؛ فإنه خارج عنها،
مثال ذلك:

الوضوء والركوع بالنسبة للصلاة؛ فإن الركوع ركن داخل في ماهيتها،
والوضوء شرط لصحتها خارج عن ماهيتها يتقدمها.

المطلب الثاني: بيان أركان التعارض:

إن بيان أركان التعارض يستدعي الرجوع قليلاً إلى ذكر بعض ما قيل
في تعريفه؛ لأن بعضهم عرّف التعارض بسرد أركانه.

ثم إن ما يجعله بعضهم ركناً للتعارض قد يجعله الآخر شرطاً له، وبين
الركن والشرط فرق إذ أن الركن داخل في ماهية الشيء - على ما تقدم -
والشرط خارج عنها.

- البزدوي قال في «تعريف التعارض»: «ركن المعارضة تقابل الحجتين
على السواء لا مزية لإحدهما في حكمين متضادين»^(١).

- وقال السرخسي: «أما الركن فهو تقابل الحجتين المتساويتين على
وجه يوجب كل منهما ضد ما توجهه الأخرى»^(٢).
وعلى هذا؛ فهو عنده كما هو عند البزدوي.

فقد اعتبر التقابل والتساوي والتضاد بين الحجتين من أركان التعارض.
ويقول الرهاوي: إن التمانع لا بد منه في اعتبار الركنية^(٣)، وذلك لأنه
يرى أن الحجتين المتعارضتين إذ أمكن الجمع بينهما خرجتا عن كونهما
متعارضتين، ولا شيء أدل على ذلك من تعريفه للتعارض بقوله: «تقابل
الحجتين المتساويتين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه»^(٤).

(١) كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٣/٧٦، ٧٧).

(٢) أصول السرخسي (٢/١٢).

(٣) حاشية الرهاوي على شرح المنار، لابن ملك (ص ٦٦٧، ٦٦٨).

(٤) المرجع السابق.

وإن أمكن الجمع بينهما لم تكونا متمانعتين عنده.
وكذلك الشوكاني يقول: إنه^(١) «تقابل الدليلين على سبيل الممانعة».
وبعد ذكر هذه الأقاويل في تعريف التعارض وأركانها يمكن أن نستخلص
أن أركان التعارض عندهم هي:

- ١- وجود حجتين فأكثر، فلا يتحقق التعارض في حجة واحدة.
 - ٢- تقابل الحجتين.
 - ٣- التساوي بين الحجتين في القوة.
 - ٤- تضاد الحكمين عند بعضهم؛ كالبزدوي والسرخسي، وهو المعبر عنه بالتدافع، والتمانع بين الحجتين، عند بعض آخر كالرهاوي.
 - ٥- كون المتعارضين حجتين، بحيث لو انفرد كل منهما لكان حجة مقبولة شرعاً.
- فهذا أهم ما ذكره الأصوليون، والفقهاء - في الجملة - عند كلامهم على أركان التعارض.

ولكنه بالنظر إلى معنى الركن، وهو أنه ما كان جزءاً من ماهية الشيء داخلياً فيه؛ فإنه لا يمكن اعتبار هذه الأمور كلها أركاناً للتعارض؛ بل إن بعضها داخل في الماهية، وبعضها خارج عنها، إلا إذا اعتبرنا إطلاق الركن عليها من باب المجاز، بإطلاق الركن، واردة ما هو أعم منه فيدخل فيه الشرط، أو باعتبار أن الشرط يجوز أن يطلق عليه الركن لقربه من الماهية كتكبير الافتتاح - مثلاً - كما للرهاوي^(٢).

(١) إرشاد الفحول (ص ٢٤١).

(٢) حاشية الرهاوي (ص ٦٦٧، ٦٦٨)، وانظر: التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، للبرزنجي (١/ ٢٦١-٢٦٣)، وانظر: دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين، لعوض (ص ٢٥٨) وما بعدها.

وأرى أنه لا داعي لإقحام الشروط هنا ضمن الأركان ولا للمصير إلى المجاز، وقد ذكرت ما قالوه لاستخلص منه ما يصلح أن يكون ركناً للتعارض الفقهي ولأضيف إلى الشروط - في المبحث اللاحق - ما يصلح أن يكون شروطاً له.

وبالنظر إلى أن التعارض بين وسائل الإثبات هو محل البحث، وتقدم أن التعريف المختار له هو:

«أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر... إلخ» فيمكن اعتبار أركان هذا النوع من التعارض - كما يلي:

١- وجود حجتيين فأكثر، إذ لا يتحقق التعارض في حجة واحدة، وذلك ما أشار إليه التعريف بقوله: «أن يقدم كل طرف دليلاً».

٢- وجود حكمين - فأكثر - مختلفين مفهومين من الحجتيين فأكثر، وإليه الإشارة في التعريف بقوله: «يؤيد دعواه، وينفي دعوى الآخر».

٣- وجود طرفين فأكثر في النزاع، وهذا الركن خاص بتعارض وسائل الإثبات أما تعارض الأدلة فليس ذلك ركناً فيه.

هذا وما عدا هذه الأركان يمكن اعتباره شروطاً، وعند ذكر الشروط في المبحث التالي يزداد الأمر وضوحاً.



المبحث الثاني شروط التعارض

المطلب الأول: بيان معنى الشرط:

لعل مما يساعد على معرفة شروط التعارض، بيان معنى الشرط، ومحل الاتفاق بينه وبين الركن، ومحل الاختلاف بينهما.
أولاً: تعريف الشرط لغة:

الشرط - بسكون الراء - في اللغة: مصدر بمعنى: إلزام الشيء، والتزامه؛ كالشرط في البيع ونحوه، وجمعه شروط وبتحريك الراء معناه: العلامة، وجمعه: أشراط، ومنه أشراط الساعة في قوله تعالى: ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨]؛ أي: علامتها^(١).
ثانياً: تعريفه اصطلاحاً:

وقد اختلفت فيه عبارات الأصوليين والفقهاء^(٢)، والأنسب منها للشرط الذي هو المقصود هنا، تعريفه بأنه: «ما يلزم من عدمه عدم الماهية، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته».

فالقيد الأول: «ما يلزم من عدمه عدم الماهية»: يخرج المانع^(٣)؛ لأنه لا يلزم من عدمه شيء.

والقيد الثاني: «ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم»: يخرج السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم.
وخرج بالقيد الثالث: «لذاته».

(١) لسان العرب (٢/٢٩٧) (شرط).

(٢) أصول السرخسي (٢/٣٠٣)، والموافقات، للشاطبي (٤/١٨٤)، الفروق (١/٦٢)، وإرشاد الفحول (ص٦٦).

(٣) المانع هو الذي يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم. الفروق (١/٦٢).

الشرط المقارن وجوده لوجود السبب، فيلزم الوجود لأجل السبب لا لذات الشرط^(١).

ومن أمثلته: الطهارة للصلاة، وكمال الحول لوجوب الزكاة، فالصلاة متوقفة على الطهارة وبدون الطهارة لا تصح الصلاة، ووجوب الزكاة متوقف على كمال الحول، وكلُّ من الطهارة وكمال الحول يلزم من عدمه عدم وجود الصلاة، أو الزكاة، ولا يلزم من وجود الطهارة وجود الصلاة في الواقع، فلو توضعاً قبل دخول الوقت مثلاً، فقد وجد الشرط ولم يستلزم ذلك وجود المشروط ولا عدمه.

ومن هنا يتفق الشرط والركن في أن كلاً منهما يتوقف عليه وجود الشيء إلا أن الركن هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان جزءاً من حقيقته «ماهيته» والشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان خارجاً عن حقيقته «ماهيته»^(٢).

ولما كان الشرط والركن متفقين في أن كلاً منهما يتوقف عليه وجود الشيء التبسا على كثير من الأصوليين.

المطلب الثاني: بيان شروط التعارض:

كما أن الكثير ممن تكلموا على التعارض لم يذكروا أركانه بصفة متميزة، فكذلك أيضاً لم يذكروا الشروط تعداداً، وإنما تستتج من تعريفاتهم للتعارض، وأهم ما يستخلص من تلك التعريفات من الشروط ما يلي:

* الشرط الأول: أن يكون محل الحكم متحداً في البيئتين المتعارضتين كأن تشهد إحدى البيئتين أن السيارة لزيد وتشهد الأخرى أن هذه السيارة

(١) الفروق (١/٦٢)، وتهذيب الفروق (١/٦٠).

(٢) الوسيط في أصول الفقه، لوهبة الزحيلي (ص ٩٥).

بعينها لعمره وقد اتحد محل الحكم وهو السيارة الواحدة؛ فإن اختلف محل الحكم فلا تعارض؛ كأن تشهد بيّنة أن السيارة البيضاء لفلان وتشهد أخرى أن السيارة السوداء لغيره فهنا قد اختلف المحل؛ أي: لم يقع الحكم على محل واحد لتغاير السيارتين.

- ومثاله في الأدلة: الدليل الدال على حل الزوجة ﴿يَسْأُوكُمْ حَرَثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَثَكُمْ أَوْ شِئْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، والدليل الدال على حرمة أمها ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] حيث جاء معطوفاً على المحرمات فإنه لا تعارض بينهما لتخلف الشرط وهو اتحاد محل الحكم.

* الشرط الثاني: أن يكون الزمان متحداً فيهما فإذا اختلف الزمان بين البيّتين فلا تعارض^(١)؛ كأن تشهد إحدى البيّتين أن البيت كان ملكاً لزيد منذ سنة مثلاً وتشهد أخرى أن عمراً اشتراه اليوم من زيد، أما لو شهدت إحداهما أنه الآن ملك لزيد، وشهدت الأخرى أنه الآن ملك لعمره فقد حصل التعارض لتوفر الشرط، وهو اتحاد البيّتين في الزمان.

- ومثال ما تخلف فيه شرط اتحاد الزمان من الأدلة الدال على إباحة الأكل والشرب ليلة الصيام، والدليل الدال على تحريمهما في يومه، وهما قوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧].

* الشرط الثالث: عدم كون الحجّتين المتعارضتين قطعيتين؛ لأن القطعيتين لا يتأتى التعارض بينهما، فلا يتعارض المتواتر مع متواتر آخر كما سيأتي.

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، الأنصاري (٢/١٨٩)، وبلغه السالك لأقرب المسالك (٢/٣٧٣).

* الشرط الرابع: التساوي بين البيّنات المتعارضة بأن تكون في قوة واحدة، فإذا كانت إحدى البيّتين أقوى من الأخرى فلا تعارض وتقدم البيّنة الأقوى كالشهادة وعلم القاضي، فالشهادة تفيد الظن وعلم القاضي يفيد اليقين بالنسبة للقاضي، واليقين أقوى من الظن، ولذلك اتفق الفقهاء على أن القاضي لا يحكم بخلاف علمه، وإن شهدت البيّنة بخلافه، وكذلك تقدم الشهادة على القرائن التي ليست قاطعة.

ومع ذلك فإنه قد يصعب على الفقيه أو القاضي معرفة الأقوى فيكون تعارض البيّنات في الظاهر - وإن كان بعضها أقوى من بعض في الحقيقة - ومن هنا دخلت البيّنات التي لم تكن متساوية في القوة في مبحث التعارض، إلا أنه إذا أمكن الترجيح بينها فقد زال التعارض^(١).

وكذلك في الأدلة فلا تعارض بين القوي والضعيف^(٢).

* الشرط الخامس: حجية كل من البيّتين المتعارضتين بحيث لو انفردت إحدهما لحكم لصاحبها بها؛ كأن يشهد شاهدان بحق لزيد، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمره، فلا تعارض بين بيّتين ناقصتين كما إذا حصل تعارض بين شاهد وشاهد، كما أنه لا تعارض بين بيّنة كاملة وبيّنة ناقصة؛ كشاهدين يتعارضان مع شاهد واحد فيما يثبت بشاهدين^(٣)، فهذه أبرز الشروط التي إذا تخلف أحدها تخلف التعارض.

وما عداها - مما زاده بعضهم - إما داخل في الشروط المذكورة، أو ركن من الأركان المتقدم ذكرها؛ كاشتراط تنافي مدلولي الحجّتين أو اشتراط عدم إمكان الجمع بينهما.



(١) مواهب الجليل (٦/٢١٠)، وبلغّة السالك (٢/٣٧٣).

(٢) المستصفى (٢/٣٩٥). (٣) المغني (٩/٢٦٥).

المبحث الثالث

محل التعارض

المطلب الأول: محل التعارض باعتبار قوة الحجة وضعفها:
تنقسم وسائل الإثبات الشرعية من حيث القطع والظن إلى قسمين:
القسم الأول: ما هو قطعي يفيد العلم اليقيني والقطع بصحة مقتضاه كالتواتر وعلم القاضي؛ لأن التواتر خبر جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب عن أمر محسوس، أو هو الخبر الثابت على السنة قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب لكثرتهم، أو لعدالتهم، فهو يفيد العلم اليقيني^(١).
وكذلك علم القاضي الذي اكتسبه بنفسه، برؤية القضية أو سماع الأقوال، أو رؤية المدعى به فهو علم يقيني^(٢).
القسم الثاني: ما هو ظني يفيد الظن الغالب ويترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب؛ كالشهادة، والإقرار، واليمين، والقرائن.
فالشهادة يترجح فيها جانب الصدق؛ لأنها تصدر من غير صاحب الدعوى بالإضافة إلى العدالة المتوفرة في الشهود^(٣) ومثلها في ذلك الإقرار؛ لأن العاقل لا يقر على نفسه بشيء مضر به، أو بماله إلا إذا كان صادقاً فيه وكذلك باقي وسائل الإثبات، فإننا نترجح فيها جانب الصدق على جانب الكذب إلا أنها تظل ظنية يدخلها الشك^(٤)، وإذا كانت طرق الإثبات

(١) الطريقة الواضحة إلى البيئنة الراجحة، لمحمود حمزة مفتي الشام (ص ٢٣٥).

(٢) من طرق الإثبات (ص ١٢٧)، ووسائل الإثبات (ص ٥٦٣).

(٣) تبصرة الحكام (١/٢٠٩).

(٤) تكملة شرح فتح القدير، لقاى زادة (٦/٢٨١)، والأصول القضائية في المرافعات الشرعية، لعلي قراعة.

لا تخرج عن القسمين المذكورين، فإنها ليست على وزن واحد من حيث القبول للتعارض وعدم القبول له، وذلك أن القسم الأول وهو ما كان قطعياً من وسائل الإثبات كالتواتر وعلم القاضي ليس محلاً للتعارض؛ لأن التواتر هنا لا يخلو من أحد احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يحصل التواتر في إحدى البيّنات المتعارضة دون الأخرى فيعمل بالتواتر المفيد للقطع ويلغى غيره.

الاحتمال الثاني: أن يحصل في البيّتين معاً وهذه الصورة لا يمكن وقوعها؛ لأنها تؤدي إلى وقوع التعارض بين قطعيين وذلك غير ممكن كما قرره علماء الأصول^(١).

وأما علم القاضي فإنه لا يتعارض مع غيره من وسائل الإثبات في الحقيقة، وإن سموه تعارضاً في بعض الأحوال فمن باب التجوز؛ لأن علم القاضي وإن كان لا يقضي اعتماداً عليه وحده على الراجح - إلا أنه أيضاً لقطعيته لا يجوز له أن يقضي بخلافه باتفاق الفقهاء^(٢) فقطعيته وظنية غيره من وسائل الإثبات منته أن يكون محلاً للتعارض الحقيقي؛ لأنه لا بد للتعارض من تساوي بين الدليلين، فلا تعارض بين قطعي وظني^(٣).

وإذا تقرر أن التعارض لا يحصل بين القطعيين، ولا بين قطعي وظني؛ فإن الظنيات كلها تبقى محلاً للتعارض؛ بل عرضة له، سواء في ذلك ما

(١) المستصفي (٢/٣٩٣)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٢)، ومذكرة أصول الفقه، للشنقيطي (ص ٣١٦).

(٢) بداية المجتهد (٢/٥٠٣)، وتبصرة الحكام (١/٢٤٨)، ومغني المحتاج (٤/٣٩٨)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ١٥٧).

(٣) إرشاد الفحول (ص ٢٤٢)، والوسيط في أصول الفقه الإسلامي (ص ٦٣٢)، وانظر: القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله، لمحمود هرموش (ص ٤٣٦).

هو منها وسائل معتبرة شرعاً للإثبات، وما هو مرجح من المرجحات الأولية^(١)؛ كالأصل والظاهر والاستصحاب^(٢).

وقبل الخروج عن هذه النقطة لا بد من بيان حقيقة هي أن التعارض في الأصل محله الحجج التي هي في قوة واحدة؛ كالشهادة مع الشهادة والقرينة مع القرينة - مثلاً - وهكذا...

وفي الحقيقة أن التعارض لا يحصل ما دامت إحدى الحججتين أقوى من الأخرى، إلا أنه قد يظهر التعارض للناظر في أول وهلة، فإذا محص قوة الدليلين قدام الدليل القوي على الضعيف، وإن سمي الفقهاء هذا النوع تعارضاً فمن باب التجوز أيضاً^(٣)؛ لأنه إذا أمكن الجمع أو الترجيح بينهما فقد زال التعارض.

وسيراً مع الفقهاء على اعتبار أن التعارض ما يتخيله الناظر في ابتداء نظره... فإن التعارض على هذا الاعتبار قد يقع بين وسائل الإثبات الظنية كلها، وإن تفاوتت قوة وضعفاً، كما أنه يحصل أيضاً بين المرجحات الأولية، وبينها وبين وسائل الإثبات الأخرى فقد يتمسك كل طرف من أطراف النزاع بأصل، أو يتمسك أحدهما بأصل والآخر بعرف أو غالب، وقد يتمسك أحدهما بأصل أو عرف أو غالب فيقيم الآخر بينة شرعية... وبيان تلك الحالات والتمثيل لها في المطالب الآتية:

(١) المرجحات الأولية هي الأمور التي يرجح بها القاضي جانب أحد الخصمين على الآخر ليميز بين المدعي منهما وبين المدعى عليه، ومنها الأصل كقولهم: الأصل براءة الذمة ويكون المتمسك به أقوى جانباً فيعتبر هو المدعى عليه، ومنها الظاهر ويشمل العرف والعادة والغالب، ومنها استصحاب الحال. تهذيب الفروق (٤/١١٩).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٤) وما بعدها.

(٣) انظر: هامش وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٤).

المطلب الثاني: تعارض المرجحات الأولية مع وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية:

إذا تمسك أحد الطرفين بأصل أو ظاهر حال من عرف أو غالب أو نحو ذلك وأقام الآخر بيّنة شرعية من شهادة أو كتابة؛ فإن الفقهاء متفقون في هذه الحالة على العمل بالبيّنة وإلغاء ما تمسك به الطرف الآخر من أصل أو غالب أو استصحاب حال^(١)؛ لأن صاحب البيّنة مدع والآخر مدعى عليه وهذا يتفق مع ما تقدم من تعريف المدعى عليه بأنه من كان قوله على وفق أصل أو عرف أو ظاهر... والمدعى من يخالف قوله ذلك^(٢)، كما يتفق مع الأصل الشرعي أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه فإذا أثبت المدعي دعواه وأقام عليها البيّنة حكم له بالبيّنة وإن كان جانب المدعى عليه يقويه أصل أو ظاهر أو استصحاب.

مثال ذلك:

- إذا شهد عدلان بشغل ذمة المدعى عليه؛ فإنه يحكم عليه بمقتضى الشهادة مع أن الأصل براءة الذمة... ويلغى الأصل.
- إذا شهد عدلان على من عرف بالصلاح والصدق؛ فإنه يعمل بالشهادة وإن كان الظاهر يقتضي خلافها، ويلغى الظاهر.
- وإذا شهد عدلان ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه، حكم بشهادة العدلين - مع أن الأصل بقاء ما كان على ما كان والمدعى عليه يعضد جانبه استصحاب الحال وألغى الاستصحاب^(٣).

(١) تهذيب الفروق (٤/ ١٢٠)، وتبصرة الحكام (١/ ١٢٣)، والبهجة في شرح التحفة (١/ ٢٦)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٤)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٣٩).

(٢) انظر: (ص ٢٠) من البحث.

(٣) قواعد ابن رجب (ص ٣٣٩).

المطلب الثالث: تعارض الأصلين فيما بينهما:

وكذلك فإن المرجحات تتعارض فيما بينها فقد يتعارض الأصل مع أصل آخر^(١) أو مع ظاهر الحال، كما قد يتعارض ظاهران فيما بينهما، والكلام في هذا المطلب على تعارض الأصلين: فإذا تمسك كل طرف من طرفي الدعوى بأصل من الأصول ولم تكن لدى واحد منهما حجة شرعية معتبرة لقطع النزاع؛ فإنه ينظر إلى الأصلين المتعارضين فإن كان أحدهما أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره رجع على الآخر، وكذلك يرجح الأصل الذي يؤيده أصل آخر أو قواعد أخرى، ومن ترجح جانبه منهما يعتبر مدعى عليه، والآخر مدع، وما دام المدعي لم يثبت صحة دعواه فالقول قول المدعى عليه مع يمينه.

- أما إذا لم يترجح جانب أحد الطرفين على الآخر بأصل آخر، أو بوجه من وجوه النظر، فإن الفقهاء يختلفون - في الغالب - في هذه الحالة تبعاً لاختلافهم في الحكم على قوة المرجح وعدم قوته، وفيما يقدم من المرجحات وما يؤخر^(٢)، وفيما يلي أمثلة توضح ذلك:

الأمثلة لما ترجح فيه أحد الأصلين على الآخر:

١- إذا اختلف المودع والمودع في رد الوديعة، فإن المودع يتمسك بأصل براءة الذمة والمودع يتمسك بأصل عدم الرد؛ لأن الرد عارض والأصل في الأمور العارضة العدم، إلا أن الأصل الذي تمسك به المودع معضد بأصل آخر هو: أن الأصل في الأمين الصدق وعدم الضمان، فيرجح جانبه ويكون القول قوله مع اليمين حتى يثبت المودع عدم الرد^(٣).

(١) ليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد في الترجيح فإن هذا كلام متناقض بل المراد التعارض بحيث يتخيل للنظر في ابتداء نظره تساويهما فإذا حقق فكره رجع. الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٨).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٨)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٣٥).

(٣) قواعد الكرخي (ص ١١٢)، مطبوع مع تأسيس النظر، للدبوسي، والبهجة في شرح التحفة (٢٦/١)، وتبصرة الحكام (٣١٢/١).

٢- إذا ادعى العنين الوطاء في المدة المضروبة له، وهو سليم الذكر والأثنين وأنكرت المرأة ذلك؛ فإن جانبها يتقوى بأصل عدم الوطاء بالنسبة للعنين، وجانب الرجل يقويه أن الأصل بقاء النكاح، لكن سلامة ذكر الرجل وأثنيه زادت جانب الرجل قوة؛ لأن سليم ذلك لا يكون عيناً في الغالب، فيكون القول قوله، بخلاف ما لو كان خصياً أو مجبوياً^(١).

أمثلة لما لم يظهر فيه رجحان أحد الأصلين على الآخر فجرى فيه الخلاف:

١- إذا ضرب الزوج زوجته وادعى أنها ناشز وأن الضرب من باب التأديب، وادعت هي أنه إنما كان ظلماً؛ فقد تعارض أصلان هما: عدم الظلم وعدم النشوز، والذي يظهر - والله أعلم - أن القول قول الزوج؛ لأن الشارع جعله ولياً على المرأة وله الحق في تأديبها ما لم يُفْرِط^(٢).

٢- إذا زاد المقتص في الموضحة على القدر المطلوب وادعى أن الزيادة حصلت من أجل اضطراب الجاني لا عن إرادة منه، فأنكر الجاني ذلك، فهل يكون القول قول المقتص؛ لأن الأصل براءة الذمة، أو يكون القول قول المقتص منه لأن الأصل عدم الاضطراب: في ذلك قولان للشافعية وكذلك عند الحنابلة فيه روايتان، وقد أكثر ابن رجب في قواعده والسيوطي في أشباهه. من الأمثلة لهذا النوع الذي لم يظهر فيه رجحان أحد الأصلين على الآخر، فمن أراد الاستزادة فليرجع إليهما^(٣).

المطلب الرابع: تعارض الأصل والظاهر:

إذا تعارض الأصل والظاهر فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل، وتارة يعسر ترجيح أحدهما على الآخر، لتساويهما فتختلف أنظار الفقهاء في العمل بأي منهما

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٨). (٢) المرجع السابق (ص ٧٢).

(٣) قواعد ابن رجب (ص ٣٣٥-٣٣٩)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٨-٧٢).

لتعادلتهما وعدم وجود مرجح يقوي أحدهما على الآخر، فيكون في هذا النوع الأخير - في الغالب - أقوال للعلماء - تارة بين مختلف المذاهب وتارة بين أصحاب المذهب الواحد^(١).

- وبالأمثلة تتضح الحالات المذكورة:

فمثال ما عمل فيه بالأصل وألغى الظاهر اتفاقاً:

- إذا ادعى من عُرف بالتقوى والصلاح ديناً على آخر، فإن الظاهر صدق المدعي؛ لأن من عرف بالتقوى والصلاح الغالب أنه لا يدعي إلا حقاً، ولكن الأصل براءة الذمة وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الأصل هنا وإلغاء الظاهر، فيكون القول قول المدعى عليه مع يمينه^(٢).

ومن باب أولى إذا كان المدعي لم يعرف بالتقوى والصلاح؛ لأن ادعائه مجرد احتمال لا يقوى على الأصل.

وضابط ما يقدم فيه الأصل على الظاهر أن يكون الظاهر المعارض للأصل احتمالاً مجرداً فقط^(٣).

ومثال ما يعمل فيه بالظاهر ويلغى الأصل اتفاقاً:

- إذا شهد عدلان بشغل ذمة المدعى عليه؛ فإن الظاهر صدق العدلين والأصل براءة الذمة، فيعمل بالظاهر (الشهادة) ويلغى الأصل اتفاقاً^(٤).

وضابط ما يقدم فيه الظاهر على الأصل أن يكون الظاهر مستنداً إلى سبب منصوب شرعاً كالشهادة والرواية^(٥).

(١) تهذيب الفروق (٤/١٢٠)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٤)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٣٩).

(٢) البهجة في شرح التحفة (١/٢٧)، والتبصرة، لابن فرحون (١/١٢٣)، والفروق، للقرافي (٤/٧٦)، وأشباه ابن نجيم (ص ٥٩).

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٤)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٤٠).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٢٥)، والفروق (٤/٧٦)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٤)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٣٩).

(٥) تهذيب الفروق (٤/١٢٠)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٦٤).

ومثال ما جرى فيه الخلاف بين تقديم الأصل وتقديم الظاهر:

١- إذا اختلف الزوجان في النفقة، فادعت المرأة على زوجها الحاضر معها أنه لم ينفق عليها وقال: إنه أنفق، فالأصل عدم الإنفاق والظاهر أن الزوج - وهو يشاهد ينقل إلى مسكنه الأطفمة - يكون قد أنفق عليها.

- تمسك الحنفية والشافعية والحنابلة بالأصل وألغوا الظاهر فقالوا: إن القول قول المرأة؛ لأن الأصل عدم الإنفاق وبقاء النفقة في ذمة الزوج^(١).
- وأخذ المالكية والشيخ تقي الدين ابن تيمية بالظاهر ولم يعتبروا الأصل وقالوا: إن القول قول الزوج؛ لأنه الغالب أنه إذا كان يشاهد وهو ينقل النفقة من طعام وشراب إلى بيته؛ فإن العادة الغالبة مثيرة للظن بصدقه^(٢).

يقول التسولي: «إذا تعارض الأصل والغالب فيقدم الغالب لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩] فكل شيء كذبه العُرف وجب ألا يعمل به إلا في مسألة دعوى الدين إذا كان يدعيه أتقى الناس وأعلاهم في العلم والدين فإن الغالب صدقه، والأصل براءة الذمة فيقدم الأصل على الغالب في هذه عند المالكية وقدم الشافعية الأصل في جميع صور التعارض»^(٣).

٢- إذا ادعى الزوج أن سيد الأمة غره وزوجه بها على أنها حرة، فظهر أنها أمة وأنكر السيد وقال: إنها أمة فلا أصحاب مالك روايتان في هذه المسألة؛ لأنه تعارض أصل وغالب فالأصل عدم الغرور، فيكون القول قول السيد، وبه قال سحنون، والغالب عدم الدخول على زواج الإماء وعدم الرضا بهن، وزواج الأحرار للإماء نادر، فيقدم الغالب على النادر، ويكون القول قول الزوج، وبهذا قال أشهب^(٤).

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ٥٨)، وقواعد الأحكام، للعزبن عبد السلام (٢/ ٥٤)،

والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٥٢)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٤٠).

(٢) تهذيب الفروق (٤/ ١٢٠)، وتبصرة الحكام (١/ ١٢٣)، وفتاوى شيخ الإسلام (٣٤/ ٧٧).

(٣) البهجة في شرح التحفة، له (١/ ٢٧).

(٤) تبصرة الحكام (١/ ١٢٣)، وتهذيب الفروق (٤/ ١٢١).

٣- إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بيّنة لأحدهما فللحنا بلة روايتان في هذه الحالة:

إحدهما: القول قول الزوج؛ لأنه منكر وغارم والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما هو مقر به.

والثانية: القول قول مدعي مهر المثل منهما؛ لأن الظاهر يشهد له^(١).

المطلب الخامس: تعارض الظاهرين:

إذا تعارض الظاهران فيما بينهما؛ فإنه يجري عليهما ما أجري على الأصلين المتعارضين - كما سبق - من تقديم أحدهما على الآخر بأصل أو بظاهر آخر أو غير ذلك من طرق الترجيح.

مثال ذلك:

- إذا أقرت امرأة بالنكاح وصدقها الرجل المقر له بالزوجية وهما من أهل البلد الذي حصل فيه الإقرار منهما ولم يقيما بيّنة على ذلك.

ففي هذه الحالة: الظاهر صدقهما فيما اتفقا على الإقرار به، إلا أن هذا الظاهر معارض بظاهر آخر، هو أن البلديين يعرف حالهما غالباً ويسهل عليهما إقامة البيّنة فيطالبان بها.

فالحكم في هذه الحالة أنهما إذا لم يكونا من أهل البلد صدقاً مطلقاً؛ لأن الأصل صدق الإنسان فيما يقرُّ به على نفسه باختياره وإن كانا من أهل البلد صدقاً في الميراث؛ لأنه إقرار بذلك لا النكاح؛ لأن الغالب إعلانه^(٢).

- وإذا تنازع جزاران جلدأ ففي هذه الحالة كل منهما يصدق العرف فتعارض الظاهران، إلا أنه إذا كان الجلد بيد أحدهما أصبح القول قوله؛ لأنه الظاهر عَصَدَهُ ظاهر آخر هو اليد، وإن كان الجلد بيديهما معاً فاليد ظاهرة لكل منهما فيقسم بينهما^(٣).

(١) قواعد ابن رجب (ص ٣٤٥).

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٧٢)، وتبصرة الحكام (١/١٤٦)، وجواهر الإكليل (١/٣٢٣).

(٣) البهجة في شرح التحفة (١/٢٧).

الفصل الرابع

ما يتعارض من البيّنات

المبحث الأول: الشهادات.

المبحث الثاني: علم القاضي.

المبحث الثالث: الإقرار.

المبحث الرابع: القرائن.

المبحث الخامس: الكتابة.

المبحث السادس: اليمين.

المبحث الأول

الشهادات



تمهيد:

تنوع وسائل الإثبات التي يحكم بها القاضي حسب الظروف وتبعاً لما يتوفر منها إذ أن القاضي قد لا يتوفر لديه ما هو لازم من الوسائل للحكم أولاً، ثم يلجأ إلى البحث عن غيره لكي لا يبقى حائراً أمام الوقائع التي قد يصعب أن يوجد لها ما يثبتها من شهادة العدول، أو الإقرار بها من طرف المدعى عليه - مثلاً.

وكذلك فإنها تتفاوت حسب الأهمية والحجية، فالإقرار سيدها كما يقوله بعضهم، والشهادة أيضاً لها مكانتها من بين الوسائل وكذلك علم القاضي عند بعض، وهناك أيضاً القرائن الواضحة بمختلف أنواعها، والكتابة والتوثيق، والأيمان.

فهذه الطرق - في الجملة - تثبت بها الحقوق عند القاضي وأمرها واضح عند عدم التعارض.

وسيتناول البحث في هذا الفصل الوسائل التي يمكن أن تتعارض سواء أكان التعارض بين جنس واحد منها كالشهادة مع الشهادة، والإقرار مع الإقرار... إلخ، أم بين جنسين منها كتعارض الشهادة مع علم القاضي، أو مع الإقرار، وتعارض الإقرار مع القرينة... إلخ.

وذلك بيان حكمها وحجيتها وضرب بعض الأمثلة لتعارضها، أما طريقة العمل عند التعارض فأرجئها للفصول اللاحقة.

ولما كانت الشهادة هي أكثر الوسائل تعارضاً، فإني أبدأ بها - مستعيناً بالله تعالى - وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريفها لغة:

إن المتبع لمادة (شهد) يجدها تطلق على عدة معانٍ في اللغة العربية، وأقرب هذه المعاني للمعنى الاصطلاحي للشهادة، الإخبار والحضور والمعاناة، قال الجوهري: «الشهادة خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا... والمشاهدة المعاناة، وشهده شهوداً؛ أي: حضره فهو شاهد، وقوم شهود؛ أي: حضور وهو في الأصل مصدر - وشهد أيضاً مثل: راع ورع...»^(١).

ومثله ما في «المصباح المنير» حيث جاء فيه: «وشهدت الشيء اطلعت عليه وعايته فأنا شاهد... وشاهدته مشاهدة مثل: عايته معاناة وزناً ومعنى.... وشهدت المجلس حضرته فأنا شاهد...»^(٢).

ومن مجيء الشهادة؛ بمعنى: الحضور قوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]؛ أي: من حضر شهر رمضان وهو مقيم غير مسافر فيجب عليه الصوم^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَهُمْ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ بِالْمُؤْمِنِينَ شُهُودٌ﴾ [البروج: ٧]؛ أي: حضور^(٤).

ثانياً: تعريف الشهادة في الاصطلاح:

لم يتفق الفقهاء على تعريف معين للشهادة؛ بل اختلفوا في تعريفها تبعاً لاختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة بها، ولذلك تعددت تعريفاتهم لها وتنوعت وسنقتصر على ما اشتهر من تلك التعريفات مكتفين بتعريف واحد لكل مذهب من المذاهب الأربعة:

(١) انظر: الصحاح، له (٤٩٤/٢) (شهد)، وانظر: القاموس المحيط (٣١٦/١، ٣١٧) (الشهادة).

(٢) المصباح المنير (٣٢٤/١) (شهد).

(٣) فتح القدير، للشوكاني (١/١٨٢).

(٤) المرجع السابق (٥/٤١٢).

* أولاً: تعريف الحنفية:

عَرَّفوها بأنها: «إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء»^(١)؛ فالحنفية على هذا يشترطون لفظ الشهادة في أدائها فلا يكفي عندهم قول الشاهد: أعلم وأتيقن... ونحو ذلك.

وكذلك: يشترطون أن تكون في مجلس القضاء؛ لأن الإخبار في غير مجلس القضاء لا يعتبر شهادة عرفاً.

* ثانياً: تعريف المالكية:

عَرَّفها بعضهم بأنها: «إخبار عدل حاكماً بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه»^(٢).

شرح التعريف:

قوله: «إخبار عدل»: من إضافة المصدر لفاعله و«حاكماً» مفعوله، وقوله: «حاكماً»؛ أي: أو محكماً.

وقوله: «بما علم»؛ أي: إخباراً ناشئاً عن علم لا عن ظنٍّ أو شك.

وقوله: «ولو بأمر عام»: وذلك كإعلام العدول برؤيتهم الشهر؛ فإن رؤية الشهر أمر عام، وعلى هذا فلا يشترط التقييد بتقدم دعوى على الشهادة^(٣).

* ثالثاً: تعريف الشافعية:

عَرَّفها الرَّملي من الشافعية بأنها: «إخبار عن شيء بلفظ خاص»^(٤).

(١) شرح فتح القدير، لابن الهمام (٢/٦)، وشرح الدر المختار، للحصكفي (٢/١٦١)، ومجلة الأحكام العدلية (ص ٣٤٠)، المادة: (١٣٨٧).

(٢) الشرح الصغير، للدردير بهامش بلغة السالك (٢/٣٤٨)، والدسوقي (٤/١٦٤، ١٦٥)، ومواهب الجليل على مختصر خليل (٦/١٥١).

(٣) ضابط ذلك: أن كل أمر لم يتمحض الحق فيه فلا بد أن تتقدم الدعوى على الشهادة فيه، وأما الأمور التي تمحض الحق فيها لله فلا تتوقف الشهادة فيها على تقدم دعوى؛ لأن الشهادة فيها حسبة فعليه أن يشهد وإن لم يستشهد. انظر: بلغة السالك (٢/٣٤٨).

(٤) نهاية المحتاج، له (٨/٢٧٧).

* رابعاً: تعريف الحنابلة:

عَرَّفَهَا الحنابلة بأنها: «إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص»^(١).
بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تقيد بـ «لفظ خاص» ما عدا تعريف
المالكية، وذلك لأن الفقهاء مختلفون في اشتراط أداء الشهادة بلفظها وعدم
اشتراطه على قولين:

* القول الأول: أنه يشترط لأداء الشهادة أن يكون بلفظها وأن يكون
بصيغة المضارع (أشهد)؛ لأنه يدل على الحال ويتضمن المشاهدة والقسم
فلا يقبل غيره كأعلم وأتيقن ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة^(٢).
واستدلوا بما يلي:

أولاً: ما ورد من نصوص القرآن والسنة بلفظ الشهادة ومن تلك
النصوص:

أ- قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ب - وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾

[البقرة: ٢٨٢].

ج- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْفُرُوا بِاللَّهِ وَأَنْتُمْ كُفِرْتُمْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

[البقرة: ٢٨٣].

د- وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْتَبِعُوا آيَاتِ اللَّهِ لَعَلَّكُمْ تَهْتَكُونَ﴾ [البقرة: ١٧٧].

هـ - وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للسائل: ((هل ترى الشمس؟)) قال نعم: قال:

((على مثلها فاشهد أو دع))^(٣).

(١) كشاف القناع (٦/٣٩٩).

(٢) شرح فتح القدير، لابن الهمام (٦/١١، ١٢)، ورد المختار، لابن عابدين (٥/٤٦١، ٤٦٢)،
ونهاية المحتاج (٨/٢٧٧)، والمغني (٩/٢١٦)، وأجازها الحنابلة أيضاً بلفظ: «شهدت».
انظر: الروض المربع مع حاشية ابن قاسم (٧/٥٨٠).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس بلفظ: «فقال لي: ((يا ابن عباس لا تشهد إلا على
ما يضيء لك كضياء هذه الشمس)) وأوماً رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيده إلى الشمس»، وكذلك
أخرجه البيهقي بلفظ قريب منه، وقال الحاكم: إنه صحيح الإسناد، وقال ابن حجر: «صححه
الحاكم فأخطأ». انظر: المستدرک (٤/٩٨)، والسنن الكبرى، للبيهقي (١٠/١٥٦)، وبلوغ
المرام (ص ٢٦٠).

فقالوا: إن النصوص وردت بلفظ الشهادة ولو قال أعلم أو أتيقن ونحو ذلك مكانها، لكان مخالفاً لما نطق به الكتاب والسنة^(١).

ثانياً: ومن المعنى فإن لفظ الشهادة يتضمن معاني كثيرة لا تتوفر في غيره، ففيه زيادة تأكيد؛ لأنه من ألفاظ اليمين؛ ولأنه يعني الخبر القاطع والحضور، وهذه المعاني لا توجد في غيره من الألفاظ^(٢).

* القول الثاني: لا يشترط لأداء الشهادة لفظ معين.

وإليه ذهب المالكية والظاهرية، وهو رواية أخرى للحنابلة أيدها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم^(٣).

واستدلوا بالنصوص التي ورد فيها لفظ الشهادة مستعملاً لمعاني أخرى، وكذلك بما ورد من التعبير عن الشهادة بألفاظ أخرى.

ومن تلك النصوص: قوله تعالى: ﴿فَأَجْتَبِئُوا الرَّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَبِئُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ حَقَّاءَ لِلَّهِ غَيْرَ مُشْرِكِينَ بِهِ ﴿ [الحج: ٣٠-٣١].

وقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: ((ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً: الإشراف بالله وعقوق الوالدين وشهادة الزور أو قول الزور))، وكان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ متكئاً فجلس، فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت^(٤).

مع قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله))^(٥).

فجاء في النص الشرعي قول الزور مراد بالشهادة الزور، فالقول والشهادة سواء.

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٣)، ومجمع الأنهر (٢/١٨٩).

(٢) المرجعان السابقان، والمغني (٩/٢١٦، ٢١٧).

(٣) حاشية الدسوقي (٤/١٦٥)، وتبصرة الحكام (١/٢٦١)، والمحلى (٩/٤٣٤)، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية (١٤/٧٠)، والطرق الحكمية (ص ٢٠٢).

(٤) متفق عليه. البخاري مع الفتح (١٢/٢٦٤)، وصحيح مسلم (١/٩١).

(٥) أخرجه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وأحمد من حديث خريم بن فاتك الأسدي بسند صحيح. سنن أبي داود مع بذل المجهود في حل أبي داود (١٥/٢٧٨)، وسنن الترمذي (٣/٣٧٥)، وسنن ابن ماجه (٢/٧٩٤)، والفتح الرباني ترتيب المسند (١٥/٢٢٤).

وقد أطلق ابن عباس لفظ الشهادة على مجرد الإخبار فقال: «شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس وبعد العصر حتى تغرب»^(١). فالشهادة في هذه النصوص لا تختص بالإخبار عن الحق أمام القضاء؛ بل إنها استعملت في معنى الإخبار عامة^(٢).

كما استدلوا بالعقل فقالوا:

إنه كما لا يشترط لفظ (أشهد) عند الدخول في الإسلام فكذلك لا يشترط هذا اللفظ أمام القاضي. ثم إن العبرة في الشهادة بما يدل على حصول العلم من الشاهد، وذلك يحصل بقوله: إني رأيت ما أخبر به بعيني رأسي وإني متأكد مما أقول^(٣).

الترجيح:

والذي يظهر - والله أعلم - عدم اشتراط لفظ الشهادة في أدائها إذ لم يرد نص صريح بذلك، كما قال ابن القيم رحمه الله تعالى: «وليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة ولا عن رجل واحد من الصحابة، ولا قياس، ولا استنباط يقتضيه؛ بل الأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفي ذلك»^(٤).

وما استدل به أصحاب القول الأول من النصوص لا يدل على اشتراط لفظ الشهادة؛ بل إن غاية ما تأمر به تلك النصوص إقامة الشهادة وأداؤها، ولا يستلزم ذلك أن يكون الأداء بلفظ: (أشهد) خاصة.

(١) متفق عليه، واللفظ للبخاري. البخاري مع الفتح (٢/٥٣)، وصحيح مسلم (١/٥٦٧).

(٢) الطرق الحكمية (ص ٢٠٣).

(٣) تبصرة الحكام (١/٢٦١، ٢٦٢)، والمحلى (٩/٤٣٤، ٤٣٥)، ووسائل الإنبات،

للزحيلي (ص ١١٠).

(٤) الطرق الحكمية، له (ص ٢٠٢، ٢٠٣).

ونظراً لاختيار القول بعدم اشتراط لفظ معين لأداء الشهادة يكون التعريف المختار من التعريفات السالفة تعريف بعض المالكية؛ لأنه هو وحده الذي لم يشترط لفظاً خاصاً، ولكن لكي يخرج منه الإقرار والدعوى، لا بد من زيادة عبارة: «من حق للغير على الغير» فيكون التعريف الصحيح: «إخبار عدل حاكماً بما علم - من حق للغير على الغير - أو بأمر عام ليحكم بمقتضاه»؛ لأن الخبر إما أن يثبت حقاً على قائله لغيره فأقرار، وإما أن يثبت حقاً لقائله على غيره على تقدير ثبوته فدعوى، وإما أن يثبت حقاً لغير قائله على غيره فشهادة.

ثالثاً: أدلة مشروعية الشهادة:

لقد دلّ على مشروعية الإثبات بالشهادة: الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

* أولاً: الكتاب:

أ- قال تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ب- وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ج- وقال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَاهُ قَلْبُهُ رُجْسًا﴾ [البقرة: ٢٨٣].

فالآية تنهى عن كتمان الشهادة، والنهي عن كتمان الشهادة أمر بأدائها وإقامتها؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده إذا كان له ضد واحد^(٢)، والأمر بأداء الشهادة دليل على مشروعيتها.

(١) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٢٤٧). (٢) المستصفي (٢/٥).

د- وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ [النساء: ٦].

فقد أمر سبحانه وتعالى الأولياء بالإشهاد حال تسليم الأموال إلى اليتامى بعد البلوغ لحفظ الحقوق وتوثيقها وقطع المنازعات في إنكار القبض والتسليم^(١).

هـ- وقوله تعالى في الطلاق: ﴿فَإِذَا بَلَغَ لَجَاهُنَّ قَامِسِكُوهُنَّ يَمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ يَمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذُوَىٰ عَدْلِ مَنكُمُ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢] إلى غير ذلك من الآيات الدالة على مشروعية الشهادة في مختلف الحقوق.
* ثانياً: من السنة:

ما ورد من الأحاديث الكثيرة في طلب الشهادة وتأديتها عند التنازع والتخاصم... ومن تلك الأحاديث:

١- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((شاهدك أو يمينه))^(٢).

٢- وروى ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سئل عن الشهادة فقال للسائل: ((هل ترى الشمس؟)) قال: نعم. قال: ((على مثلها فاشهد أو دع))^(٣). إلى غير ذلك من الأحاديث الصريحة في مشروعية الشهادة وأنها وسيلة للإثبات أمام القضاء.

* ثالثاً: الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على مشروعية الشهادة وأنها حجة شرعية، ووسيلة من وسائل الإثبات^(٤).

(١) تفسير الطبري (٤/١٧٦)، وتفسير ابن كثير (١/٤٥٤).

(٢) سبق تخريجه (ص ٣٢). (٣) سبق تخريجه (ص ٧١).

(٤) المبسوط، للسرخسي (١٦/١١٢)، وتبصرة الحكام (١/٢٠٥) وما بعدها، ومغني المحتاج (٤/٤٢٦)، والمغني (٩/١٤٥، ١٤٦)، وكشاف القناع (٦/٣٩٩).

* رابعاً: المعقول:

إن الشهادة ضرورية لحياة الناس ولولا هي لضاعت الحقوق، وانتهكت الأعراس، وسفكت الدماء^(١).

المطلب الثاني: حكمة مشروعية الشهادة وحكم تحملها وأدائها:
أولاً: حكمتها:

لقد خلق الله الخلق متباينة أخلاقهم، وطباعهم متفاضلين في الرزق، ولذلك كان وقوع الظلم والتخاصم بينهم من سنن الله فيهم، كما قال الشاعر:

والظلم من شيم النفوس فإن تجد * ذا عفة فلعله لا يظلم^(٢)

فاحتيج للشهادة التي بها تحفظ حقوقهم من الضياع حتى يعيشوا بسعادة، وأمان على أنفسهم، وأموالهم، وأعراضهم التي أمرهم الله سبحانه وتعالى بحفظها، وهياً لهم الوسائل التي منها الإشهاد على الحقوق، وأوجب أداء الشهادة، وحرّم كتمانها حتى لا يحصل نزاع أو شقاق.

قال ابن فرحون: «وأما حكمتها فقال ابن رشد: حكمة مشروعيتهما صيانة الحقوق»^(٣)، ومن محاسن الشهادة: أنها امثال لأمر الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوْا أَوْ نَعَضُوا قَارَتَ اللّٰهُ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾ [النساء: ١٣٥]، وقوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّٰهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللّٰهَ إِنَّ اللّٰهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾ [المائدة: ٨].

(١) المبسوط (١١٦/١٦)، ومعين الحكام (ص ٩٨)، والفروق (٤/٢٤)، وتبصرة الحكام (٢٠٩/١)، والمغني (٩/٢١٦).
(٢) ديوان المتنبي (ص ٥٧١).
(٣) تبصرة الحكام، له (١/٢٠٩).

ثانياً: حكم تحمل الشهادة وأدائها:

* أولاً: حكم التحمل:

والمراد بالتحمل، العلم بالمشهود به أولاً سواء كان باستشهاد أو لا، وقد يكون فرض عين وقد يكون فرض كفاية.

فيكون فرض عين في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الرجل في موضع ليس فيه من يحمل ذلك فإنه يتعين الفرض عليه في خاصته^(١).

الحالة الثانية: إذا طلب تحمل الشهادة من شخص بعينه فإنه لا يجوز له الامتناع حينئذٍ، إلا إذا كان يلحقه بذلك ضرر؛ فإنه لا يلحق بنفسه ضرراً من أجل نفع غيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وللحديث: ((لا ضرر ولا ضرار))^(٢)، ويدل لوجوب التحمل (في الجملة) ما سيأتي عند الاستدلال لوجوب الأداء.

* ثانياً: حكم أداء الشهادة:

والمراد به أداء ما علمه الشاهد أو استحفظه وذلك على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون المشهود به حقاً لله تعالى، وهو قسمان:

١- قسم لا يستدام فيه ارتكاب المحرم كالزنا وشرب الخمر، وما أشبه ذلك فهذا لا يجب فيه أداء الشهادة؛ بل الأولى فيه الستر.

٢- قسم يستدام فيه ارتكاب المحرم كالعتق والطلاق، والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأعباس - عند عدم المرافعة - فهذا يلزم فيه أداء الشهادة، والقيام بها عند الحاكم، لكي لا يتمادى على فعل محرم^(٣).

(١) تبصرة الحكام (١/٢٠٥).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى، عن أبيه مرسلًا، وأخرجه ابن ماجه موصولاً عن عبادة بن الصامت، وأخرجه البيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري، الموطأ (٢/٧٤٥)، وسنن ابن ماجه (٢/٧٨٤)، وسنن البيهقي (٦/٩٦)، وسنن الدارقطني (٤/٢٢٧).

(٣) تبصرة الحكام (١/٢٠٦، ٢٠٧).

الوجه الثاني: أن يكون الشهود به حقاً لأدمي، فيكون أداء الشهادة فرض كفاية، إذا قام به من يكفي من الشهود سقط الوجوب عن الآخرين، وإن لم يقم به من يكفي أو دعي شاهد بعينه، أو لم يوجد غيره، أو خيف من ضياع الحق ولو لم يدع لها، كان أداء الشهادة فرض عين في هذه الحالات^(١).

ويدل لفرضية أداء الشهادة: الكتاب والسنة والإجماع:

أ- أما الكتاب فأيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وللمفسرين ثلاثة أقوال في المراد بهذه الآية:

أ- فذهب بعضهم إلى أن النهي موجه إلى الأشخاص إذا دعوا لتحمل الشهادة، فيكون إطلاق الشهود عليهم مجازاً باعتبار ما سيكون.

ب- وذهب آخرون إلى أنه موجه للشهود إذا ما دعوا للقيام بالشهادة التي عندهم.

ج- القول الثالث - ولعله هو الراجح إن شاء الله تعالى - أن الآية الكريمة تحتمل المعنيين معاً وهو قول الحسن البصري إذ كان يقول: «جمعت أمرين: لا تأب إذا كانت عندك شهادة أن تشهد ولا تأب إذا دعيت إلى شهادة»^(٢).

٢- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْفُرُوا بِاللَّهِ إِذْ كَفَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

٣- وقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢].

٤- وقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥].

٥- وقوله تعالى: ﴿قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٨].

(١) فقه السنة، للسيد سابق (٣/٤١٨، ٤١٩).

(٢) تفسير الطبري (٣/٨٤)، وانظر الأقوال في: تفسير ابن كثير (١/٣٣٥، ٣٣٦)، وأحكام القرآن، لابن العربي (١/٢٥٦).

فالأيات الأخيرة الثلاث: تأمر بإقامة الشهادة وإقامتها تشمل التحمل والأداء معاً^(١).

ب- وأما السُّنة فمنها:

١- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها))^(٢).

٢- وعن عبادة بن الصامت رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: «بايعنا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على السمع والطاعة في العسر واليسر، والمنشط والمكره، وعلى أثرة علينا، وأن لا ننازع الأمر أهله وأن نقوم أو نقول بالحق حيثما كنا، لا نخاف في الله لومة لائم»^(٣).

فالحديث دليل على وجوب قول الحق، والقيام به، ومن القيام بالحق الشهادة سواء أكان ذلك تحملاً أم أداء.

ج- وأما الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على فرضية أداء الشهادة في الجملة^(٤).

المطلب الثالث: شروط الشهادة:

يشترط في الشهادة شروط كثيرة بعضها يتعلق بالشاهد وبعضها يتعلق بالشهادة نفسها، وأهم تلك الشروط:

* أولاً: الإسلام: فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم، ويدل لذلك ما يلي:

(١) تفسير ابن كثير (١/٥٦٥)، (٢/٣٠)، (٤/٣٧٩).

(٢) صحيح مسلم (٣/١٣٤٤).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (١٣/١٩٢)، (١٣/٥)، صحيح مسلم (٣/١٤٧٠).

(٤) حاشية ابن عابدين (٥/٤٦٣)، والبحر الرائق، لابن نجيم (٧/٦٢، ٦٣)، ومعين الحكام،

للطرابلسي (ص ٦٨)، وتبصرة الحكام (١/٢٠٥)، والمهذب، للشيرازي (٢/٣٢٣)،

والمغني (٩/١٤٦)، وكشاف القناع (٦/٣٩٩).

١- قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

والكافر ليس من رجالنا، ولا ممن نرضاه^(١).

٢- وقوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والكافر ليس بذی عدل^(٢).

٣- ولأن الكافر لا يجتنب الكذب، فقد أخبر الله سبحانه وتعالى عن الكفار أنهم ينكرون الآيات عناداً، مع علمهم بأنها حق، قال تعالى: ﴿وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا فَانظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُفْسِدِينَ﴾ [النمل: ١٤]، فكان ذلك كذباً منهم، والكذاب لا تقبل شهادته.

٤- ولأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور من المسلمين على الأديمي، فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى^(٣).

نعم، يضطر لشهادة الكافر على الوصية في حالة الموت في السفر؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَدُوا بَيْنَكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَدِّبْتَكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَأَنْتَرِي بِهِ ءَثْمًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّآ إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ﴾ [المائدة: ١٠٦].

فقوله: ﴿إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ يدل على اشتراط كون ذلك في السفر، حيث لا يوجد مسلم في الغالب فيؤخذ الكافر عوضاً عنه للضرورة في الشهادة^(٤).

(١) المغني (٩/١٨٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) مغني المحتاج (٤/٤٢٧).

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي (٢/٧٢٣).

* ثانياً: البلوغ: فلا تقبل شهادة الصبيان لقلة العدالة والضبط فيهم^(١).
وقبلها مالك في الجراح، وليست شهادة عنده في الحقيقة، وإنما هي قرينة حال، ولذلك اشترط فيها ألا يتفرقوا قبل الأداء لئلا يلقنوا، أو يخبوا^(٢).

* ثالثاً: الحرية: وقد اشترطها الحنفية، والمالكية، والشافعية^(٣)، ولم يشترطها الحنابلة والظاهرية^(٤).

* رابعاً: العقل: فقد اتفق الفقهاء على أنه لا تصح شهادة فاقد العقل، لعدم ضبطه ولأنه غير مكلف^(٥).

* خامساً: العدالة: ويشترط لها أمران:

الأمر الأول: صلاح الدين، ويدل على صلاحه اجتناب المحارم، وعدم الفسق، بأن يكون صالح المعتقد لا يرتكب كبيرة، ولا يدمن على صغيرة.

الأمر الثاني: التحلي بالمروءة، وهي ترك ما يذم بفعله، وفعل ما يذم بتركه، وإن لم يكن محرماً شرعاً، والأوصاف المخلة بالمروءة مبنية على العرف وتغيير بتغييره، وقد أشار البهوتي إلى ذلك بقوله: «ولا تقبل شهادة من يكشف من بدنه ما العادة تغطيته ككشف رأسه، أو بطنه، أو ظهره، أو صدره في موضع لم تجر العادة بكشفه فيه»^(٦).

(١) شرح فتح القدير (٦/٢٨)، ومعين الحكام (ص ٧٠)، ومغني المحتاج (٤/٤٢٧)، وكشاف القناع (٦/٤١١).

(٢) بداية المجتهد (٢/٤٩٦).

(٣) معين الحكام (ص ٧٠)، وبداية المجتهد (٢/٤٩٦)، ومغني المحتاج (٤/٤٢٧).

(٤) كشاف القناع (٦/٤٢٠)، والمغني (٩/١٩٤-١٩٦)، والطرق الحكمية (ص ١٦٥)، والمحلى (٩/٤١٢).

(٥) معين الحكام (ص ٧٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٦٥)، وروضة الطالبين، للنووي (١١/٢٢٢)، وكشاف القناع (٦/٤١١).

(٦) المرجع السابق (٦/٤١٧).

* سادساً: البصر: فقد اشترط الإمام أبو حنيفة ومحمد أن يكون الشاهد بصيراً، وقال أبو يوسف يشترط البصر في التحمل لا في الأداء^(١).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: تقبل شهادة الأعمى في الأقوال إذا تحقق الصوت، ولا تقبل في الأفعال، كما تقبل شهادة الأصم في الأفعال دون الأقوال^(٢).

ويرى ابن حزم أن شهادة الأعمى مقبولة كالصحيح مطلقاً^(٣).

* سابعاً: النطق: فلا تقبل شهادة الأخرس عند الجمهور، ولم يشترط المالكية النطق؛ لأنهم يكتفون بكل صيغة أو لفظ يؤدي معنى الإخبار، والشهادة، والأخرس يؤدي ذلك بالإشارة والكتابة^(٤).

أما الحنفية والشافعية والحنابلة فإنهم يشترطون لأداء الشهادة لفظها، والأخرس لا يتأتى منه ذلك^(٥).

* ثامناً: انتفاء التهمة: والمراد بالتهمة المشتراط انتفاؤها: التهمة القوية؛ كالتهمة اللاحقة بالشاهد لأصوله وفصوله وزوجه، وكمن يجبر إلى نفسه بالشهادة نفعاً، مثل الوارث الذي يشهد بجرح مورثه قبل اندماله؛ لأن المجروح لو مات ورثه ذلك الشاهد وأخذ الدية، فكأنه شهد لنفسه، أو من يدفع عن نفسه ضرراً بالشهادة، مثل العاقلة الذين يشهدون بأن شهود القتل الخطأ غير عدول؛ لأنهم لو ثبتت الدية بالشهادة لدفعوها فوجدت التهمة... إلى غير ذلك مما فيه التهمة كشهادة العدو على عدوه والخصم على خصمه^(٦).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٨٦).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/١٦٧)، وروضة الطالبين (١١/٢٥٩)، والمغني (٩/١٨٩).

(٣) المحلى (٩/٤٣٣). (٤) الخرشني (٧/١٧٩) وبهامشه العدوي.

(٥) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨)، ونهاية المحتاج (٨/٢٧٧)، والمغني (٩/١٩٠).

(٦) بدائع الصنائع (٦/٢٧٢)، وبداية المجتهد (٢/٤٩٧)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠٢،

٢٠٣)، ومغني المحتاج (٤/٤٣٢)، والمغني (٩/١٩١-١٩٣).

* تاسعاً: اتفاق الشهود: فيما شهدوا به فيما يشترط فيه العدد؛ فإن حصل اختلاف بينهم لم تقبل شهادتهم، بأن قال أحد الشاهدين على القتل: إن المقتول قتله عمرو، وقال الشاهد الآخر: إنما قتله زيد، إلا إذا كانت الشهادة على إقرار ونحوه من الأقاويل، وحصل بين الشهود اختلاف في الزمان أو المكان فإنه لا يضر^(١)، وسيأتي بيان ذلك في الفصل السابع إن شاء الله تعالى.

المطلب الرابع: في أنواع الشهادات:

لا بد قبل الشهادة من حصول العلم أو الظن الغالب للشاهد، قال تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ [يوسف: ٨١]، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابن عباس: ((لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذه الشمس))، وعلى هذا الأساس تنقسم الشهادة باعتبار مستند صاحبها إلى أنواع:

* النوع الأول: شهادة القطع، وهي الناشئة عن مشاهدة، أو تواتر، أو عن حكم العقل، فالمشاهدة كشهادة الشخص بما يدرك بحواسه، والتواتر كالشهادة بوجود الأمصار، والأعصار الماضية، وحكم العقل كالشهادة بالضروريات؛ كالشهادة أن الاثنين أكثر من الواحد^(٢).

* النوع الثاني: شهادة السماع، وهي شهادة الشخص على ما كثر منه سماعه في أزمان مختلفة ويشترط لها:

- ١- طول الزمان فلا تقبل فيما كان حديث عهد كشهر أو شهرين - مثلاً:
- ٢- السلامة من الريب، فإن شهد اثنان بالسماع، وفي القبيلة مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً عن ذلك لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون علم ذلك فاشياً فيهم.

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٨).

(٢) تبصرة الحكام (١/ ٢٠٤، ٢٠٥).

٣- ألا يسموا المسموع منهم، وإلا كان نقل شهادة.

٤- أن يشهد بذلك اثنان فصاعداً.

وشهادة السماع أضعف من شهادة القطع، ولذلك لا يتنزع بها من يد حائز، وإنما يتنفع بها الحائز، وكذلك لا بد معها من يمين الشهود له لاحتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد والشاهد الواحد لا بد معه من اليمين^(١).

ومجالها أضيقت من مجال شهادة القطع؛ لأن شهادة القطع تتناول جميع الأمور، وأما ما تتناوله شهادة السماع فقد اتفق الفقهاء على اعتبارها في النسب، والولادة، والموت^(٢).

وقال أبو حنيفة: تقبل في النكاح أيضاً، وقال أبو يوسف: تقبل في الولاء مع ما تقدم^(٣).

وقال المالكية والحنابلة وبعض الشافعية: تقبل في غير الجنائيات والحدود^(٤).

وقال بعض الشافعية: لا تقبل في العتق والولاء والزوجية والوقف^(٥).

* النوع الثالث: الشهادة على الشهادة، وتقبل في المال وما قصد به المال إجماعاً^(٦)، واختلف في قبولها في الحدود:

-
- (١) المرجع السابق (١/٣٤٧، ٣٤٨)، والبهجة في شرح التحفة (١/١٣٧) وما بعدها.
 (٢) مجمع الأنهر (٢/١٩٢)، وتبصرة الحكام (١/٣٤٩)، ومغني المحتاج (٤/٤٤٨)، والمغني (٩/١٦١).
 (٣) المبسوط (١٦/١٥١، ١٥٢).
 (٤) تبصرة الحكام (١/٣٤٩)، والمغني (٩/١٦١)، ومغني المحتاج (٤/٤٤٨).
 (٥) المرجع السابق.
 (٦) بدائع الصنائع (٦/٢٨١)، وتبصرة الحكام (١/٣٥٣)، ومغني المحتاج (٤/٤٥٣)، والمغني (٩/٢٠٦).

- فلم يقبلها فيها أبو حنيفة وأحمد^(١).

- وقبلها مالك والشافعي في قول^(٢).

ومن شروطها:

١- تعذر وجود شاهدي الأصل لموتهما، أو تعسره كغيبتها البعيدة أو مرضهما.

٢- أن ينقل عن كل أصل اثنان ليس أحدهما أصلاً.

٣- ألا يكذب الأصل الفرع قبل الحكم.

٤- ألا يطرأ مانع من قبول شهادة الأصل قبل أداء الفرع؛ كالفسق والعداوة.

٥- أن يعين شاهد الفرع شاهدي الأصل ويسميها.

٦- أن يسترعي شاهد الأصل شاهد الفرع، فيقول له: أشهد على

شهادتي أنني أشهد على كذا... إلخ^(٣).

* النوع الرابع: الشهادة على الخط، ومستندها مزيج بين العقل والحس؛ فالحس يدرك الكتابة في وقت مزاولة صاحبها لها فيترسم في العقل تمثال لذلك الخط، كما ترسم فيه تماثيل الأشخاص والأعيان فإذا رأى بعد ذلك خطأ قارنه بالتمثال المرتسم في ذهنه لخط فلان، فحكم بتساويهما، فبذلك يشهد أن هذا الخط خط فلان، ولو لم يره وقت كتابته^(٤).

وتنقسم الشهادة على الخط إلى ثلاثة أقسام:

١- شهادة الشاهد على خط نفسه إذا نسي الواقعة ولم يتذكرها بالكتابة،

وقد اختلف العلماء عندئذ في جواز الأداء^(٥).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٨١)، والمغني (٩/٢٠٦).

(٢) تبصرة الحكام (١/٣٥٣)، ومغني المحتاج (٤/٤٥٣).

(٣) المغني (٩/٢٠٧، ٢٠٩).

(٤) تبصرة الحكام (١/٣٥٦، ٣٥٧).

(٥) تبصرة الحكام (١/٣٦٤)، والمغني (٩/١٦٠).

٢- الشهادة على خط المقر.

٣- الشهادة على خط الشاهد الذي تعذر أداءه لموته أو غيبته أو مرضه، ويشترط لها ما يشترط للشهادة على الشهادة.

واختلف هل تلزم اليمين مع القسمين الأخيرين، وهل يشترط مع الشهادة على الخط الشهادة على أن صاحب الخط يعرف عين من سمى في الوثيقة^(١).

وبهذا يتبين أن الأنواع المذكورة أقواها شهادة القطع وأن شهادة السماع أضعف منها، لما تقدم من أنها لا تنقل من يد الحائز، وأنه لا بد معها من اليمين، ولضيق مجال استعمالها.

- أما الشهادة على الشهادة فتتبع الشهادة الأولى قطعاً كانت أو سماعاً - ولما يشترط لها من شروط زائدة على شهادة الأصل فهي أضعف منها، والشهادة على الخط أضعف هذه الأنواع للاختلاف في قبولها أصلاً.

المطلب الخامس: أمثلة متنوعة للتعارض بين الشهادات:

تقدمت الشروط التي اشترطها الفقهاء لقبول الشهادة فإذا أقام المدعي البيّنة على المدعى عليه واستوفت الشهادة شروطها الشرعية حكم له بمقتضاها، وهذا إذا لم يوجد إلا مدع واحد؛ لأن الأصل أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعى عليه - ولا إشكال في ذلك.

لكن محل الإشكال إذا وجد مدعيان وأقام كل منهما بيّنة على دعواه، وحصل التعارض بين البيّنتين فماذا يكون الحال؟ أنتوقف عن الحكم؟ أم نحكم بالحق للمدعين جميعاً؟ أم نحكم به لأحدهما؟

(١) تبصرة الحكام (١/٣٥٨).

أمثلة على ذلك:

١- إذا تداعى زيد وعمرو ربعاً فقال زيد: إنه له وجاء بشاهدين يشهدان له بذلك. وفي الوقت نفسه قال عمرو: إنه له وجاء بشاهدين يشهدان له بذلك فهنا تعارضت الشهاداتتان؛ لأن كل واحدة منهما تنفي ما تثبته الأخرى. والطرفان في هذه الحالة كلاهما مدع؛ لأنهما متساويان في قوة الجانب، فالعين ليست بيد واحد منهما ليقوى بها جانبه، والشهادات متوفرة فيها الشروط فتعادلت.

٢- ادعيا عيناً وهي بيد ثالث لا يدعيها وأقام كل منهما بيّنة على أنها له، في هذه الحالة أيضاً حصل التعارض بين البيّنات.

٣- مثال ثالث: يكون فيه أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه وفي الوقت نفسه تتعارض بيّناتهما:

إذا ادعيا عيناً هي بيد واحد منهما وأقام كل منهما بيّنة على أنها له وليست للآخر فهنا أيضاً تعارضت البيّنات إلا أن صاحب اليد مدعى عليه، والذي ليست العين في يده مدع.

ويسمى من هي في يده (الداخل)، ومن ليست العين في يده يطلقون عليه (الخارج)^(١).

٤- مثال رابع: إذا اختلف الزوجان في قدر المهر المسمّى فادعى الزوج أنه تزوج المرأة بألف، وادعت المرأة أنه تزوجها بألفين وأقام كل منهما البيّنة على صحة ما ادعى فالبّيّتان متعارضتان أيضاً^(٢).

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/٤٥٧).

(٢) ملجأ القضاة عند تعارض البيّنات، لغانم البغدادي، مخطوطة رقم (١٢٩) اللوحة ٧٣ بمكتبة جامعة الإمام.

تلك بعض الأمثلة على وقوع التعارض بين البيّتين. أما طريقة العمل عند تعارضهما فسيأتي الكلام عليها لاحقاً إن شاء الله تعالى.



المبحث الثاني

علم القاضي



تمهيد:

إذا علم القاضي بحقيقة الحادثة المنشورة أمامه بأن سمع ألفاظ المقر خارج مجلس القضاء، أو سمع ألفاظ الطلاق، أو رأى الإلتلاف أو القتل.... فهل يعتمد على علمه ذلك في الحكم؟ أو لا يعتمد إلا على وسائل الإثبات الأخرى وإذا قيل بالجواز، فهل يشترط أن يكون العلم حصل له بعد توليه القضاء لا قبله؟ وهل لا بد أن يكون حصل له في مكان ولايته لا خارجه.

وإذا تعارض علمه مع غيره من البيّنات - فما الحكم؟

- يجاب عن ذلك في المطلبين الآتين:

المطلب الأول: بيان الخلاف في حكم قضاء القاضي بمجرد علمه:

تعددت آراء الفقهاء ورواياتهم في حكم قضاء القاضي بعلمه ويمكن حصر تلك الآراء في ثلاثة أقوال:

* القول الأول: إن القاضي لا يقضي بمجرد علمه مطلقاً لا في حدّ من الحدود ولا في حقّ من الحقوق الأخرى، ولو كان اكتسبه في مكان ولايته وبعد توليه القضاء.

وإليه ذهب مالك وأكثر أصحابه، وهو قول للشافعية رجحه الغزالي، ورواية عن أحمد هي ظاهر المذهب^(١).

(١) البهجة في شرح التحفة (٤١ / ١)، وتبصرة الحكام (٣٠ / ٢)، والوجيز في فقه الإمام الشافعي، للغزالي (٢٤١ / ٢)، ومغني المحتاج (٣٩٨ / ٤)، والمحزر في الفقه، للمجدد (٢٠٦ / ٢)، والمغني (٥٣ / ٩).

ويؤكد التسولي إطلاق عدم الجواز بقوله: «فلا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا بما علمه بعدها، وقبل جلوسه للحكومة أو بعد الجلوس»^(١).

ويؤكد ابن عبد البر أنه لا فرق بين الحدود وغيرها بقوله: «ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حدٍّ ولا في حقٍّ من الحقوق»^(٢).

- وفي «الوجيز»: «وإنما يقضي بالحجة ولا يقضي بعلمه على أصح القولين، لكن إن علم فسق الشاهد أو كذبه توقف عن القضاء، ويغنيه علمه بعدالة الشهود عن المزكين، ويقضي على من أقر في مجلس القضاء دون من أقر عنده سراً»^(٣).

- ويقول ابن قدامة: «ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حدٍّ ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها»^(٤).

واستدل أصحاب هذا القول بأحاديث وآثار كثيرة - تقتصر على أهمها وأوضحها دلالة فمن ذلك:

١- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرأة التي كانت تظهر في الإسلام السوء: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمتها»^(٥). وجه الدلالة منه: أن النبي صلى الله عليه وسلم علم وقوع الزنا من المرأة ولم يرحمها لعدم قيام البيّنة على زناها؛ فدل ذلك على عدم جواز قضاء القاضي بمجرد علمه^(٦).

٢- ما روته عائشة رضي الله عنها: «أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحه رجل في فريضة فوقع بينها شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه فأعطاهم الأرش، ثم قال عليه الصلاة والسلام: ((إني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم، أرضيتم؟)) قالوا: نعم فصعد رسول الله

(١) البهجة في شرح التحفة (٤١/١).

(٢) الكافي، له (٩٥٧/٢).

(٣) الوجيز، للغزالي (١٤٥/٢).

(٤) المغني، له (٥٣).

(٥) متفق عليه. صحيح البخاري مع فتح الباري (٩/٤٤٥، ٤٦١)، وصحيح مسلم (٢/١١٣٤).

(٦) الفروق (٤/٤٥)، من طرق الإثبات (ص ١٢٩).

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال: ((أرضيتم؟)) قالوا: لا. فهمم بهم المهاجرون، فنزل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأعطاهم، ثم صعد المنبر فخطب ثم قال: ((أرضيتم)) قالوا: نعم^(١).

وجه الدلالة منه: علمه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برضى الناس في المرة الأولى ولم يحكم عليهم به، فدل على أن القاضي لا يعتمد على علمه في الحكم^(٢).
٣- أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في قضية تنازع الحضرمي والكندي: ((شاهدك أو يمينه))^(٣).

وجه الدلالة منه: أنه حصر الإثبات في الشاهدين أو اليمين، فدل على أن علم القاضي لا يجوز القضاء به؛ لأنه ليس واحداً منهما^(٤).

٤- ما روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال لعبد الرحمن بن عوف رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «لو رأيت رجلاً على حد زنا أو سرقة وأنت أمير؟ فقال: شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: صدقت»^(٥).

٥- وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي قال القرافي: «إن الحاكم غير معصوم فيتهم بالقضاء بعلمه، فلعل المحكوم له ولي، أو المحكوم عليه عدو، ولا نعلم نحن ذلك، فحسبنا المادة صوتاً لمنصب القضاء عن التهم»^(٦).

(١) أخرجه أبو داود وابن ماجه والنسائي وأحمد من حديث عائشة ورجاله رجال الصحيح. سنن أبي داود مع بذل المجهود (١٨/٥٤-٥٦)، وسنن ابن ماجه (٢/٨٨١)، وسنن النسائي (٨/٥٣)، والفتح الرباني ترتيب مسند أحمد (١٦/٣٧)، ونيل الأوطار (٨/١٩٥).
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (٢/٥٠٤)، والفروق (٤/٤٤)، والمغني (٩/٥٥).

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه في (ص ٣٢).

(٤) الفروق (٤/٤٤)، من طرق الإنبات (ص ١٢٩).

(٥) أخرجه البخاري معلقاً، وقال ابن حجر: «إن السند الذي ذكره به البخاري منقطع لكنه وصله الشوري عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن عمر أنه قال لعبد الرحمن، فتح الباري مع صحيح البخاري (١٣/١٥٨، ١٥٩).

(٦) الفروق، له (٤/٥٤)، وانظر: بداية المجتهد (٢/٥٠٤)، والمغني (٩/٥٥).

* القول الثاني: إن القاضي يقضي بعلمه مطلقاً.

وإليه ذهب بعض الشافعية ورواية للحنابلة وهو مذهب الظاهرية^(١).

جاء في «أدب القضاء» لابن أبي الدم ما نصه:

«أما القضاء بالعلم الذي انفرد به هل يقضي به؟ فيه قولان: أصحهما: عند البغوي: نعم، قال: وهو اختيار المزني، قال الربيع: كان الشافعي يرى القضاء بالعلم لكنه لا يفتي به خوفاً من قضاة السوء».

ونقل المجد روايات ثلاثاً عن أحمد فقال:

«وأما حكمه بعلمه في غير ذلك - أي: في غير البيئة والإقرار في مجلسه - فلا يجوز في الأشهر عنه، وعنه جوازه، وعنه يجوز إلا في الحدود»^(٢).

وقال ابن حزم مؤكداً جوازه بدون استثناء:

«وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء، والقصاص، والأموال، والفروج والحدود، وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته، وأقوى ما حكم به علمه لأنه يقين الحق»^(٣).

واستدلوا بأدلة منها:

أولاً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوْا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾ [النساء: ١٣٥].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله أمر المؤمنين عامة بالقوامة بالقسط، والحاكم من جملتهم، وليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كلاهما على حاله^(٤).

(١) مغني المحتاج (٤/٣٩٨)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ١٥٧)، المهذب (٢/٣٠٤)، والمحرم في الفقه (٢/٢٠٦)، والمغني (٩/٥٣)، والمحلى (٩/٤٢٦).

(٢) المحرم، له (٢/٢٠٦). (٣) المحلى، له (٩/٤٢٦).

(٤) الفروق (٤/٤٥)، والمحلى (٩/٤٢٩)، من طرق الإثبات (ص ١٣١، ١٣٠).

ثانياً: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما شكت إليه هند زوجها أبا سفيان قال لها عَلَيْهِ السَّلَامُ وَالسَّلَامُ: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف))^(١).

ووجه الدلالة منه: حكمه لها دون أن يسمع خصمها ودون أن يسمع البيئة، فدل على أن القاضي يقضي بعلمه^(٢).

ثالثاً: من العقل: فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون، فأحرى أن يحكم بما تحققه وقطع به من علمه الخاص^(٣).

* القول الثالث: أنه يقضي بعلمه إلا في الحدود، وإليه ذهب الحنفية، وهو قول للشافعية، ورواية للحنابلة^(٤)، وفصل أبو حنيفة كذلك في العلم الذي يقضي به القاضي فقال:

يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء وفي مكانه، ولا يقضي بعلمه الذي علمه قبل القضاء وفي غير مكان القضاء.

جاء في «بدائع الصنائع»^(٥): «فإن قضى بعلم استفاده في زمن القضاء وفي مكانه بأن سمع رجلاً أقر لرجل بمال، أو سمعه يطلق امرأته، أو يعتق عبده، أو يقذف رجلاً أو رآه يقتل إنساناً، وهو قاضٍ في البلدة التي قلد قضاءها جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به في الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا إلا أنه في السرقة يقضي بالمال لا بالقطع».

واستدلوا على جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود، بما استدل به أصحاب القول بالجواز مطلقاً، واستدلوا على عدم الجواز في الحدود بأدلة أخرى منها:

(١) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٤/٤٠٥)، وصحيح مسلم (٣/١٣٣٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/٥٠٤)، والمغني (٩/٥٤).

(٣) مغني المحتاج (٤/٣٩٨)، والمغني (٩/٥٤).

(٤) بدائع الصنائع (٧/٥٧)، والأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ٢٣٢)، والمهذب (٢/٣٠٤)،

ومغني المحتاج (٤/٣٩٨)، والمحرر في الفقه (٢/٢٠٦).

(٥) الكاساني (٧/٦، ٧).

١- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المرأة التي كانت تظهر السوء: «لو كنت راجماً أحداً بغير بيّنة لرجمتها»^(١)، فقالوا: إن هذا الحديث أفاد منع القاضي من القضاء بعلمه في الزنا، وعدوا هذا الحكم إلى سائر الحدود الخالصة لله تعالى بجامع أن كلاً فيه حق لله وحقوق الله مبنية على المسامحة^(٢).

٢- بما روي أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ادروا الحدود بالشبهات»^(٣)، وقالوا: إن علم القاضي فيه شبهة؛ لأنه لا يورث الاطمئنان عند الجميع وخاصة فيما يتعلق بحق الله الذي تطالب به الكافة، لذا لم يجز للقاضي أن يقضي بمجرد علمه في هذا النوع من الحقوق^(٤).

٣- ما روي عن أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لو رأيت رجلاً على حدٍّ لم أحده حتى تقوم البيّنة عندي»^(٥). ووجه الاستدلال منه: أنه علق الحد على قيام البيّنة، ولو كان رأى بعينه ما يوجب الحد، فدل على أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود^(٦).

واستدل أبو حنيفة لتخصيص العلم بزمن الولاية ومكانها بالقياس على الشهادة؛ لأن ما سمعه من الشهود قبل الولاية أو في غير مصرها، لا يحكم به فكذلك ما علمه قبل الولاية أو في غير مصرها^(٧).

(١) سبق تخريجه في (ص ٩٠).

(٢) من طرق الإنبات (ص ١٣٢، ١٣٣).

(٣) أخرجه الترمذي بلفظ: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم»، وابن ماجه بلفظ: «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً» قال الترمذي: «وقد روى نحو هذا غير واحد من أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنهم قالوا مثل ذلك»، وذكره الشوكاني بهذا اللفظ: «ادروا الحدود بالشبهات» وقال: إنه روي من عدة طرق. سنن الترمذي (٢/٤٣٨)، وسنن ابن ماجه (٢/٨٥٠)، ونيل الأوطار (٧/٢٧٢).

(٤) بدائع الصنائع (٧/٧)، وانظر: طرق الإنبات (ص ١٣٣).

(٥) رواه البيهقي في سننه وقال: إنه منقطع، وقال الحافظ ابن حجر في الفتح: «رواه ابن شهاب عن يزيد بن الصلت أن أبا بكر... إلخ» فذكره وصحح إسناده. السنن الكبرى، للبيهقي (١٠/١٤٤)، وفتح الباري (١٣/١٦٠)، والمحلى (٩/٤٢٨)، ونيل الأوطار (٩/١٩٦).

(٦) المهذب (٢/٣٠٤)، والمغني (٩/٥٥). (٧) بدائع الصنائع (٧/٧).

هذا ولم تسلم أدلة الأقوال الثلاثة من مناقشات واعتراضات إلا أنني أغفلتها، وفاء بو عدي بالإيجاز، ومراعاة للاختصار.

الترجيح:

الراجع -والله أعلم- القول بمنع قضاء القاضي بعلمه مطلقاً سداً للذرائع لا سيما في هذا الزمان الذي ابتعد فيه أغلب الناس عن جادة طريق الحق، ويندر أن يخلو زمان من قضاة سوء وقريباً نقلنا قول الربيع ونعيد نقله ثانية وهو أن الشافعي كان يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء^(١).

ويقول ابن القيم: «وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه لوجب منع قضاة الزمان من ذلك»^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك في عصر الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ثم في عصر ابن القيم -رحمه الله تعالى- فكيف بك في عصرنا الحاضر؟

المطلب الثاني: تعارض علم القاضي مع غيره من البيّنات:

ذكرت أن الراجع هو القول بعدم جواز اعتماد القاضي في قضاؤه على علمه، وأنه لا بد من وسائل الإثبات المعروفة المحسوسة التي تثبت الحق لديه.

ولكن: إذا كان القاضي لا يقضي بعلمه، فهل يجوز له القضاء بخلاف علمه؟ - وتوضيح ذلك أن وسائل الإثبات من شهادة وغيرها، قد تشهد بما يتعارض مع ما علمه القاضي إذ قد يرى القاضي واقعة بعينه فيعلم محتواها وتفصيلها، وعند ما يحضر لديه المختصمان في تلك الواقعة، تشهد البيّنة للمدعي بخلاف ما علمه القاضي ورآه معاينة.

(٢) الطرق الحكمية، له (ص ١٩٩).

(١) مغني المحتاج (٤/٣٩٩).

أمثلة على ذلك:

١- لو شهدت بيّنة أن زيداً قتل عمراً، والقاضي يعلم علم اليقين أن خالداً هو الذي قتل عمراً.

٢- ولو شهدت على إقرار زيد بمال لعمرو وقد علم القاضي أن عمراً ابرأ زيداً أو استوفى هذا المال منه.

٣- أو شهدت بزوجة اثنين والقاضي يعلم أن بينهما محرمة أو طلاقاً بائناً. يرى الفقهاء -رحمهم الله تعالى- أن القاضي في هذه الحالات ونحوها لا يقضي بتلك البيّنة المخالفة لعلمه، وعليه يكون القاضي لا يقضي اعتماداً منه على علمه ولا يقضي بخلاف علمه -أيضاً- في الوقت نفسه.

وهذا يدل على أن القاضي لا بد أن يقتنع بالبيّنة قبل الحكم بموجبها ولو توفرت شروطها وانتفت موانعها، فلا يقضي بها إذا كانت متعارضة مع علمه، وقد حكى كثير من الفقهاء الإجماع على ذلك:

قال النووي - في معرض الحديث عن قضاء القاضي بعلمه: «ولا يقضي بخلاف علمه بالإجماع»^(١).

وقال ابن رشد في حديثه عن هذا الموضوع:

«... وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضي بعلمه في التعديل والجرح وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به»^(٢).

ويقول ابن فرحون: «وإذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم هو خلافه، فلا يحل له أن يسمع منهم، ولا يقضي بشهادتهم، ويدفع الخصمين عن نفسه، ويكون شاهداً عند من يتحاكمان إليه»^(٣).

ويقول ابن أبي الدم: «وكذلك لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف»^(٤).
لكن الماوردي حكى وجهاً آخر عند الشافعية بأن القاضي يحكم بالشهادة

(١) مغني المحتاج (٤/٣٩٨).

(٢) بداية المجتهد، له (٢/٥٠٣).

(٣) تبصرة الحكام، له (١/٢٤٨).

(٤) أدب القضاء، له (ص١٥٧).

المخالفة لعلمه، فاعترض بذلك على نقل النووي وغيره للإجماع على خلافه، فأجاب الشرييني عن الاعتراض بأن الأوجه في المذهب لا تقدر في الإجماع على الرجح^(١).

ويرى ابن المواز من المالكية أن القاضي إذا شهد عنده العدول بشيء، وهو يعلم أن الذي شهدوا به باطل، فلا يجوز رد شهادتهم بل إنه ينفذها بعد الانتظار اليسير^(٢)، ولم يعبأ الذين نقلوا الإجماع من المالكية بمخالفة ابن المواز للجمهور منهم^(٣).

والذي يظهر - والله أعلم - أن القاضي في حالة تعارض علمه مع غيره من البيّنات، لا يحكم بواحد منها؛ بل إنه يرفع الأمر إلى غيره، ويؤدي شهادته فيه.

لما تقدم من الإجماع الذي نقله غير واحد على عدم جواز قضاء القاضي بخلاف علمه؛ ولأن القاضي في هذه الحالة لا يخلو من أحد احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يقضي بالبيّنة المخالفة لعلمه ولو قضى بها لكان قاطعاً يبطلان حكمه، والحكم بالباطل محرم^(٤).

الاحتمال الثاني: أن يقضي بعلمه المخالف للبيّنة، والقضاء بمجرد العلم الذي لا تعارضه بيّنة أخرى مرجوح، فمن باب أولى ألا يجوز قضاؤه بعلمه الذي شهد الشهود ضده.



(١) مغني المحتاج (٤/٣٩٨).

(٢) بداية المجتهد (٢/٥٠٣).

(٣) تبصرة الحكام (١/٢٤٩).

(٤) مغني المحتاج (٤/٣٩٨)، وقواعد ابن رجب (ص ١٢٢).

المبحث الثالث

الإقرار



المطلب الأول: تعريف الإقرار:

أ - تعريفه لغة:

جاء في «لسان العرب» لابن منظور: «والإقرار الإذعان للحق والاعتراف به، أقر بالحق؛ أي: اعترف به، وقد قرره عليه، وقرره غيره بالحق حتى أقر»^(١).

ومثله ما ذكره الرازي حيث قال: «وأقر بالحق اعترف به، وقرره غيره بالحق حتى أقر به»^(٢).

وجمعه القياسي: أقارير على وزن فعاليل لقول ابن مالك:

وبفعاليل وشبهه انطقا * في جمع ما فوق الثلاثة ارتقا^(٣)

ب - تعريفه اصطلاحاً:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للإقرار تبعاً لاختلافهم في مسائل جزئية، من أحكامه:

١- فعرفه جمهور فقهاء الحنفية بأنه «إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه»^(٤).

٢- وعرفه المالكية بأنه: «خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه»^(٥).

(١) لسان العرب (٥٥/٣) (قرر)، وانظر: القاموس المحيط (١٢٠/٢) (القر).

(٢) مختار الصحاح، له (٥٢٩) (قر)، وانظر: المصباح المنير (ص ٦٨٢).

(٣) ألفية ابن مالك مع شرح الأشموني لها، ومعه الشواهد، للعيني (٤٥٤/٢).

(٤) فتح القدير (٢٧٩/٦)، وتبيين الحقائق (٢/٥).

(٥) الخرشي وبهامشه العدوي (٨٦/٦، ٨٧)، والبهجة في شرح النخفة (٣١٧/٢)، وتبصرة

الحكام (٣٩/٢).

- ٣- وعرفه الشافعية بأنه: «إخبار عن حق ثابت على المخبر»^(١).
- ٤- كما عرفه الحنابلة بأنه: «إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه»^(٢).
- وزاد ابن مفلح: «وليس بإنشاء»^(٣) محترزاً بذلك مما يراه بعض الفقهاء من أن الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه^(٤).
- وكل التعريفات أخرجت الدعوى؛ لأن الحق المخبر به في الدعوى ليس على المخبر، إذ يدعي أنه له لا عليه.
- وكذلك أخرجت الشهادة؛ لأن الحق المخبر به فيها ليس على المخبر، وإنما هو للغير على الغير.
- وللإقرار أربعة^(٥) أركان أساسية أشارت إليها التعريفات المذكورة إما تصريحاً أو ضمناً:
- الأول: المقر، وهو الشخص الذي يخبر بحق عليه لآخر، ويشترط أن يكون مكلفاً رشيداً.
- الثاني: المقر له وهو صاحب الحق المقر به ويشترط أن يكون أهلاً للاستحقاق وأن لا يكذب المقر.
- الثالث: المقر به وهو الحق الذي أخبر عنه المقر، ويشمل الحق المذكور كل ما يثبت للشخص أو يسقط عنه، من دين وعين وحقوق أخرى: كالعفو عن القصاص، والإبراء والطلاق... إلى غير ذلك من الحقوق، وسواء أكانت من حقوق الله تعالى أم من حقوق العباد، وسواء أكان الحق
-
- (١) مغني المحتاج (٢/٢٣٨)، ونهاية المحتاج (٥/٦٤، ٦٥).
- (٢) كشاف القناع (٦/٤٤٨). (٣) المبدع، له (١/٢٩٤).
- (٤) حاشية ابن عابدين (٥/٥٨٨-٥٩٠).
- (٥) تبصرة الحكام (٢/٣٩-٤٢)، ومغني المحتاج (٢/٢٣٨).

إيجابياً كأن يقر بأن عليه لزيد ديناً، أم سلبياً كأن يقر بأنه لا حق له على فلان، أو بأنه أسقط دينه الذي عليه^(١).

الرابع: الصيغة وهي اللفظ، أو ما يقوم مقامه، مما يدل على الإخبار بثبوت الحق للغير على النفس^(٢).

المطلب الثاني: حجية الإقرار ومجال استعماله:

الإقرار هو الفیصل الحاسم في إنهاء النزاع أمام القاضي؛ لأن المدعى عليه إذا أقر بالحق المدعى انقطع النزاع، وأعفي المدعي عن عبء الإثبات، ولذا وصف الإقرار بأنه سيد الأدلة، واعتبرته الشريعة الإسلامية وسيلة من أقوى وسائل الإثبات، ودل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

* أ - الكتاب:

لقد وردت آيات قرآنية كثيرة تدل على اعتبار الإقرار منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تَخْرُجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾ [البقرة: ٨٤].

٢- وقال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَّا آتَيْنَاكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾ [آل عمران: ٨١].

٣- وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥].

والشهادة على النفس إقرار بالحقوق.

(١) مختصر خليل (ص ٢١٩-٢٢١). (٢) تبصرة الحكام (٢/٣٩، ٤٠).

* ب - وأما السُّنة فمناها:

١ - ما ثبت من أنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أمر برجم ماعز لما أقر على نفسه عنده بالزنا^(١).

٢ - كما رجم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المرأة الغامدية باعترافها بالزنا^(٢).

٣ - وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث العسيف: ((واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها))^(٣).

* ج - الإجماع:

وأجمع فقهاء المسلمين على أن الإقرار حجة، إذ عمل به الصحابة، وأئمة المذاهب من زمن سيدنا محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حتى يومنا هذا، ولم يخالف في ذلك أحد^(٤).

* د - المعقول:

فإن العاقل لا يقر على نفسه بشيء صار بنفسه أو ماله إلا إذا كان صادقاً فيه، فكانت جهة الصدق في الإقرار راجحة على جهة الكذب، فوجب قبوله والعمل به^(٥).

أما مجال استعمال الإقرار فإنه أضيّق من مجال استعمال الشهادة، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا يتعداه إلى غيره؛ لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه فيسري كلامه عليه دون سواه^(٦).

أما الشهادة فإنها حجة متعدية وكذلك الكتابة والقرائن؛ لأن الأمر الثابت بأحد هذه الوسائل الأخرى يكون ثابتاً وواقعاً بالنسبة إلى جميع

(١) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (١٢/١٢١)، وصحيح مسلم (٣/١٣١٨).

(٢) صحيح مسلم (٣/٢١١).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٥/٣٠٢)، وصحيح مسلم (٣/٢٤١٣).

(٤) تكملة فتح القدير (٦/٢٨١)، وبلغه السالك (٢/١٩٠)، ومغني المحتاج (٢/٢٣٨)، والمغني (٩/١٤٩).

(٥) تكملة فتح القدير (٦/٢٨١). (٦) الأصول القضائية، لقراءة (ص ٦٧).

الناس، ومن جهة أخرى فإن الإقرار لا يفتقر إلى القضاء فينفذ في حق المقر وحده، أما البيّنات الأخرى فإنها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل^(١)، وذلك لا ينافي كون الإقرار سيد الأدلة وأنه أقوى من الشهادة، يقول القاضي زادة بعد أن ذكر تعدي الشهادة وقصور الإقرار: «واعلم أن هذا لا ينافي ما ذكرنا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه؛ لأن القوة والضعف وراء التعدي والاقترار، فاتصاف الإقرار بالاقترار على نفس المقر والشهادة بالتعدي إلى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها»^(٢).

أمثلة على كون الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه ولا يتعداه إلى غيره:

١- لو أقر مجهول النسب بالرق لزم إقراره على نفسه وماله ولا يسري على أولاده^(٣).

٢- إذا أقر أحد الورثة بدين على الميت أو نسب، فإن إقراره يلزم في نصيبه من التركة ولا يتعداه إلى أنصباة بقية الورثة.

٣- إذا أقر بدين مشترك: عليه وعلى غيره، فإن إقراره ينفذ على نفسه فقط فيؤاخذ به في ماله ولا يسري على شريكه ما لم يصدقه أو يأذن له^(٤).

المطلب الثالث: اجتماع الإقرار مع الشهادة في الإثبات:

إذا قامت الشهادة على أمر من الأمور وأقر الشهود عليه بذلك الأمر، فإنه لا يخلو من أحد احتمالين:

(١) تكملة فتح القدير (٦/٢٨٢)، ووسائل الإثبات، للزحيلي (ص٧٤٦، ٧٤٨).

(٢) تكملة فتح القدير، له (٦/٢٨٢).

(٣) الأصول القضائية، لعلي قراءة (ص٦٧). (٤) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص٧٤٦).

الاحتمال الأول: أن يكون المقر به حقاً لله تعالى.

الاحتمال الثاني: أن يكون المقر به من حقوق العباد.

وعلى كلا الاحتمالين فإما أن يستمر المقر على إقراره أو يرجع عن إقراره وسيأتي بيان تبيينك الحاليتين في النقطتين الآتيتين:
* أولاً: إذا كان المقر به حقاً لله:

وفي هذه الحالة يجوز للمقر الرجوع عن إقراره فيسقط الحق عنه؛ لأن حقوق الله سبحانه وتعالى مبنية على التسامح فيطلب فيها الستر والتوبة، فإذا استمر المقر على إقراره الموافق لما شهد به الشهود؛ فإن الحكم يطبق عليه طبقاً لإقراره الموافق للشهادة، ويعدى الحكم إلى غيره بالشهادة إن كان فيها زيادة على الإقرار، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره والشهادة حجة متعدية^(١).

أما إذا قامت عليه البيّنة بموجب الحد، وأقر ثم رجع عن إقراره فقد اختلف العلماء في ذلك:

١- فذهب الإمام مالك وأحمد ومحمد بن الحسن إلى أنه يقام عليه الحد ولا عبرة لرجوعه سواء صدر الإقرار منه قبل شهادة الشهود أو بعدها؛ لأن الشهادة قامت عليه بشروطها فوجب الحد كما لو لم يعترف أصلاً، ولأن وجود الإقرار يؤكد البيّنة ويدل على صدقها ولو حصل الرجوع عنه فلا يمكن أن يجعل وجود الإقرار مسقطاً للبيّنة ولا مضعفاً لها^(٢).

٢- وذهب بعض الحنفية إلى أن الإقرار إذا اجتمع مع الشهادة ثم رجع المقر عن إقراره لم يجب عليه الحد؛ لأن إقراره قد انتقى بالرجوع والشهادة لا اعتبار لها في حالة وجود الإقرار؛ لأنها لا يصار إليها إلا عند الإنكار. وهو غير موجود أصلاً^(٣).

(١) المراجع السابقة.

(٢) المنتقى، للباجي (٧/١٤٣)، والمغني (٩/٤٧)، وتبيين الحقائق (٣/١٦٧).

(٣) المراجع السابقة، البحر الرائق، (٥/٨).

٣- وذهب الشافعية في المشهور من مذهبهم إلى التفصيل في ذلك؛ فقالوا: إنه إذا ثبت الحد بالبيئة وأقر المشهود عليه بعد ذلك ثم رجع عن إقراره فإن رجوعه لا يسقط الحد الثابت بالبيئة لأننا لو أسقطنا عنه الحد الثابت بالبيئة، بسبب رجوعه عن إقراره لكان الإقرار ذريعة لإسقاط العقوبات، فيلجأ من ثبت عليه الحد بالبيئة إلى الإقرار ثم يرجع عنه ليسقط الحد وهكذا.

وهذا يتنافى مع روح التشريع وحكمته.

- أما إذا كان أقر أولاً ثم قامت البيئة على ما أقر به فرجع عن الإقرار، فللشافعية رأيان في هذه الحالة:

١- الرأي الأول: أن رجوعه لا يسقط عنه الحد لبقاء حجة البيئة فهو كما لو شهد عليه ثمانية بالزنا فردت شهادة أربعة منهم، فإنه يقام عليه الحد لبقاء النصاب من الشهود.

٢- الرأي الثاني: أن الحد يسقط عنه برجوعه؛ لأن البيئة لا أثر لها بعد وجود الإقرار، والإقرار قد بطل بالرجوع عنه^(١).

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من لزوم الحد بالشهادة ولو كان المقرر رجع عن إقراره، سواء صدر الإقرار منه قبل شهادة الشهود أو بعدها؛ لأن الشهادة وسيلة لإثبات الحد بإجماع علماء المسلمين^(٢).

(١) نهاية المحتاج (٧/٤١٠)، وانظر لكل الأقوال: النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، للدكتور عبد الله الركيان (٢/١٣٣، ١٣٤).

(٢) أحكام القرآن، للجصاص (٣/٢٨٠)، بيروت، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٥/٣)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، للسيوطي (٥/٢٠، ٢١)، زاد المسير في علم التفسير، لابن الجوزي (٢/٣٤).

وحصول الإقرار معها يؤيدها ويؤكد صحتها، ولو اعتبرنا وجود الإقرار مع الشهادة، ثم الرجوع عنه مسقطاً لها، لتذرع بذلك أصحاب الجرائم لإسقاط الحدود، فلا يقام حد أبداً.
* ثانياً: إذا كان المقر به حقاً لآدمي:

إذا كان الشيء المقر به حقاً من حقوق العباد فليس للمقر الرجوع عن إقراره، ولو رجع لم يفده الرجوع شيئاً؛ لأن حقوق العباد مبنية على الضيق والمشاحة فلا تسقط عن المقر بها ولو رجع عن الإقرار إذا كان الإقرار قد حصل بشروطه.

ولكن الشيء الذي يحصل كثيراً في الدعاوى هو أن المدعى عليه ينكر الدعوى فُتطلب البيّنة من المدعي على دعواه وبعد أن يقيمها يقر المدعى عليه بالحق المدعى... فإذا حصل ذلك فبأي شيء يقضى على المدعى عليه؟ أيقضى عليه بالبيّنة أم يقضى عليه بالإقرار؟
- ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقضى عليه بالإقرار:

١- لأن البيّنة إنما يلجأ إليها عند عدم الإقرار فحيث وجد لم تكن لها حاجة فلا يلتفت إليها.

٢- ولأن الإقرار حجة بنفسه والبيّنة لا تكون حجة إلا باتصال القضاء بها فهو أقوى منها والعمل بالأقوى واجب.
- وقال آخرون يقضي عليه بالبيّنة:

١- لأنه بمجرد إنكاره وإقامة البيّنة عليه استحق المدعي الحكم عليه بيّنته فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق.

٢- ولأن زيادة التعدي الثابتة بالشهادة حق للمدعي فلا يسقطها الإقرار^(١).

(١) الأصول القضائية، لعلي قراعة، (ص ١٤٣، ١٤٤).

ولعل هذا هو الراجح - والله أعلم - لأن الشهادة حجة شرعية بالاتفاق فكلما كانت فيها فائدة زائدة على الإقرار فإنها تقبل؛ ولأن في عدم العمل بها في هذه الحالة إضاعة حق بالنسبة لغير المقر، ويظهر ذلك في المثالين الآتين:

- ١- إذا أقر أحد الورثة بدين لآخر على الميت فيجوز للمقر له أن يقيم الشهادة على هذا الدين ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة.
- ٢- إذا أقر المشتري المُستَحَقَّ مشتراه بالاستحقاق، فإن الشهادة تقبل من المستحق ليتمكن من الرجوع على البائع؛ لأن الإقرار حجة قاصرة ولو أقيمت البيّنة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية^(١).

المطلب الرابع: تعارض الإقرار مع الشهادة، والأمثلة على ذلك:

كثيراً ما يتفق الإقرار مع الشهادة - كما مر قريباً - لأن الخصومة طرفاها مدع ومدعى عليه - في الغالب - وعندما يحضران لدى القاضي فإنه لا بد أن يتثبت من أمرهما ويميز المدعي منهما من المدعى عليه، ولا يتأكد ذلك لديه إلا بحصول الدعوى من أحدهما وإنكار الآخر الذي هو المدعى عليه، ولو أقر انقطعت الخصومة، ولذلك فإن إقراره بمثابة بيّنة المدعي، ومن هنا كان الإقرار والبيّنة لصالحه وأصبح تعارضهما من النادر لأنهما لصالح طرف واحد والتعارض إنما يكثر وقوعه بين بيّنتين كل واحدة منهما لصالح طرف.

- ولم أقف على ضابط معين يرجع إليه في حالة حصول التعارض بين الشهادة والإقرار إلا أن الفقهاء يذكرون في ثنايا بحثهم لبابي الإقرار والشهادة بعض الأمثلة والافتراضات التي قد ينطبق عليها منها من باب تعارض الشهادة مع الإقرار، لكنه تعارض من وجه واتفاق من وجه آخر،

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ٢٢٩)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٥٨٧)، وطرق القضاء، لأحمد إبراهيم إبراهيم (ص ٢٢٤).

ويمكن التعبير عنه بأنه اختلاف بينهما من بعض الوجوه، ولهم على ذلك أمثلة كثيرة، خاصة في مبحث وصل الإقرار بما يفسده ثم تتعارض الشهادة مع ذلك المفسد، وإليك بعضاً من تلك الأمثلة:

١- لو أقر شخص أنه قتل آخر، لكنه وصل إقراره بما يفسده بأن قال: قتلت فلاناً لأنه أراد قتلي ولم أقدر على دفعه عن نفسي، فجاء شاهدان يشهدان أنه قتله ظلماً وعدواناً، فالإقرار والشهادة متفقان من وجه، وهو حصول القتل لكنهما مختلفان من وجه آخر، هو نوع القتل، فالإقرار يفيد أنه من باب دفع الصائل وأن دم المقتول هدر، والشاهدان يفيدان أنه من باب قتل العمد ففيه القصاص.

وفي هذه الحالة يحكم بشهادة الشهود ولا عبرة بوصل الإقرار بما يفسده؛ لأن الشهادة وحدها تكفي لإثبات موجب القصاص شرعاً، فلم يبطلها الإقرار المذكور.

٢- وكذلك لو قال: كان لفلان علي مائة دينار وقد قضيته إياها، فجاء فلان هذا بشاهدين يشهدان على أنهما سمعا إقراره بها له وأنه لم يقضه إياها^(١)، وفي هذه الحالة يعمل بالشهادة أيضاً.

٣- مثال آخر (مغاير): لو أن رجلاً أقر بقتل رجل خطأ وقامت البيّنة به على رجل آخر، ففي هذه الحالة تعارض الإقرار مع الشهادة فيمن حصل منه القتل، والفيصل في ذلك دعوى الولي فتلزم الدية من ادعى الولي أنه القاتل منهما.

ولكن لو ادعى الولي اشتراكهما في القتل الخطأ، فقد ذكر السرخسي في هذه الحالة أن للولي على المقر نصف الدية ولا شيء له على الآخر؛ لأن المقر قد أقر بديته كاملة حين زعم أنه انفرد بالقتل وقد صدقه الولي في النصف حين زعم أنهما اشتركا في القتل، وتصديق المقر في بعض ما أقر

به صحيح، أما الآخر فإن الشهود شهدوا عليه بدية كاملة لكن الولي لم يدع عليه إلا نصف الدية، والشهادة بأكثر مما ادعاه المدعي لا تكون مقبولة؛ لأنه صار مكذباً لشهوده في بعض ما شهدوا به، وتكذيب المدعي شهوده يبطل شهادتهم، وصار مكذباً للمقر أيضاً في بعض ما أقر به، ولكن تكذيب المدعي للمقر في البعض لا يمنعه من التصديق في البعض الآخر^(١).

المطلب الخامس: تعارض الإقرار مع إقرار آخر:

تقدم أن الإقرار إذا حصل متوفرة شروطه فإنه يحكم به على المقر نفسه، ولا يتعداه إلى غيره ولكن هذا الإقرار قد تعثر به أمور كثيرة تمنع العمل به أو تضعفه، فقد يرجع المقر عن إقراره فيلغى الإقرار إذا كان المقر به حقاً لله تعالى، وقد يوصل الإقرار بما يغيره كأن قول المقر: كان لفلان علي كذا إلا أنني قضيته إياه ونحو ذلك، وقد يتعارض الإقرار مع الشهادة فيعمل بها ويلغى الإقرار أو العكس - حسب ظروف الواقعة.

- وقد يتعارض الإقراران - أيضاً - مع أن الأصل في الإقرار أن يصدر من شخص واحد فيحكم عليه بمقتضاه.

وذلك التعارض إما أن يكون بين إقرارين صادرين من شخص واحد أو بين إقرارين صادرين من شخصين، وهذه المسألة - كسابقتهما - لم يعقد لها الفقهاء عنواناً خاصاً بها، إلا أنهم يذكرون أمثلة وافتراسات في ثانيا كتاب الإقرار يستتج منها أن الأقاير قد تتعارض فيما بينها، وإن لم يسموه تعارضاً، والحكم في ذلك يختلف تبعاً لاختلاف الوقائع والأقاير، وحسب إمكان الجمع بينهما وعم إمكانه.

وهنا أصول لا بد من وضعها في الاعتبار منها:

- أن الأصل معاملة الإنسان بإقراره على نفسه فيما أقر به^(٢).

(١) المبسوط، للرخسي (١٨/١٢٥، ١٢٦). (٢) قواعد الكرخي (ص ١١٢).

- وأن تكرير الإقرار لا يقتضي تعدد المقر به؛ لأن الإقرار إخبار كما إذا أقر لزيد يوم السبت بألف وأقر له يوم الأحد بألف، لم يلزمه إلا ألف واحدة. إلا إذا عرض ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد، فحينئذ يحكم بالمغايرة كأن أقر يوم السبت بألف من ثمن سيارة، ويوم الأحد بألف من ثمن بضاعة أخرى فإنه تلزمه الألفان؛ لأنه عرض ما يمنع التنزيل على واحد، فاعتبرت المغايرة الموجودة بين المثلين^(١).

- وكذلك لو أقر الوارث بدين يستغرق التركة ثم أقر بمثله لآخر في مجلس آخر لم يشارك الثاني الأول، وإن كانا في مجلس واحد تشاركا كما لو أقر لهما معاً بلفظ واحد كما ذكره غير واحد من فقهاء الحنابلة^(٢).
تعارض الإقرارين الصادرين من شخصين:

وتصوير المسألة: دار في يد رجل أقر وقال: هذه الدار لفلان، فأقر فلان المقر له بالدار لرجل آخر بأن قال: ما كانت هذه الدار لي قط ولكنها لفلان يريد به رجلاً آخر.

والحكم في هذا النوع من التعارض أن المقر له الثاني يثبت له ما أقر له به المقر الثاني إذا لم يكذبه.

ومثال ذلك أيضاً: إذا أقر شخص لآخر بقوله: لك في ذمتي كذا درهماً، وقال الآخر: هذا المبلغ ليس لي وإنما هو لفلان وصدقه ذلك، يكون المبلغ له^(٣).



(١) فتح العزيز شرح الوجيز، للرافعي، بحاشية المجموع شرح المهذب، للنووي (٩٧/١١).
(٢) انظر: المحرر في الفقه (٤١٣/٢، ٤١٤)، والمقنع (٣٨٦/٤)، وكتاب الفروع (٦٣٠/٦).
(٣) شرح المجلة، للأتاسي (٥٦١/٤)، المادة (١٥٩٠).

المبحث الرابع

القرائن



المطلب الأول: تعريف القرينة لغة واصطلاحاً:

أ - تعريفها لغة:

يقول ابن فارس: «القاف والراء والنون أصلان صحيحان، أحدهما يدل على جمع شيء إلى شيء والآخر شيء يتأ بقوة وشدة»^(١). وفي «الصحاح»: «قرنت الشيء بالشيء: وصلته به... وقارنته قراناً: صاحبتة»^(٢).

وعلى هذا: فالقرينة من المقارنة بمعنى: المصاحبة، وهي مؤنث القرين، وعلى وزن فعيلة^(٣).

ب - تعريفها اصطلاحاً:

لم يعتن الفقهاء القدامى، بتعريف القرينة تعريفاً كاملاً، وإنما اعتبروها بمعنى الأمانة؛ أي: مرادفة لها.

والأمانة عرّفها الجرجاني بأنها: «لغة: العلامة، واصطلاحاً: هي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة للمطر؛ فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر»^(٤)، وعرّف القرينة بأنها: «أمر يشير إلى المطلوب»^(٥)، وتوسع ابن القيم أكثر من ذلك فذكر أن «البينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة متقاربة في المعنى...»^(٦).

(١) مقاييس اللغة، له (٧٦/٥) (قرن).

(٢) الصحاح (٢١٨١/٦) (قرن).

(٣) التعريفات، للجرجاني (ص ١٨٢).

(٤) المرجع السابق (ص ٣٧).

(٥) المرجع السابق (ص ١٨٢).

(٦) الطرق الحكمية، له (ص ١٢).

ولعل السبب في عدم اعتناء القدامى بتعريفها أنهم لم يفردوها بالبحث، أو لوضوحها عندهم، إلا أن الفقهاء المحدثين عرّفوها بتعريفات منها:

١- ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية من «أن القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين»^(١).

٢- وعرّفها الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنها: «كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه»^(٢)، والتعريفان لم يخرجوا القرينة عن كونها الأمانة الظاهرة، ثم إن تعريف المجلة قاصر على القرينة القاطعة.

ولعل تعريف الزرقاء أنسب لشموله لجميع أنواع القرائن المعتمدة، ولو أضيف إليه «نفيّاً أو إثباتاً» لكان أشمل.

فيصبح التعريفات المختارة: «القرينة كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه نفيّاً أو إثباتاً».

فتدل عليه نفيّاً: كأن تدل على أن الحق المتنازع فيه ليس لفلان.

أو إثباتاً: كأن تدل على أنه له - مثلاً.

المطلب الثاني: أنواع القرائن:

تنوع القرائن إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة، فتقسم حسب قوتها وضعفها إلى ثلاثة أقسام، كما تنقسم بحسب مصدرها كذلك أيضاً إلى ثلاثة أقسام:

أولاً: أقسام القرائن حسب القوة والضعف:

إن المتتبع لأنواع القرائن باعتبار قوتها وضعفها يجد أن لها طرفين وبينهما واسطة:

(١) المجلة مع شرحها، للأتاسي (٥/٣٩٠)، المادة (١٧٤١).

(٢) المدخل الفقهي العام، له (٢/٩١٨).

١- الطرف الأول: وهو أقوى أنواع القرائن ويسمى: القرائن القاطعة والقرائن القوية، وهذا النوع يعتبر دليلاً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر يقويه، ومثاله: ما جاء في قصة يوسف من الاستدلال بقدم القميص من دبر على كذب المرأة، وذلك في قول الله تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ (١) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ (٢) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِمَّنْ كَتَبَتْكُمْ أَنْ كَيْدَكُنَّ إِنَّا كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾ (٣) [يوسف: ٢٦-٢٨]، يقول الشنقيطي: «يفهم من هذه الآية لزوم الحكم بالقرائن الواضحة الدالة على صدق أحد الخصمين وكذب الآخر؛ لأن ذكر الله لهذه القصة في معرض تسليم الاستدلال بتلك القرينة على براءة يوسف يدل على أن الحكم بمثل ذلك حق وصواب؛ لأن كون القميص مشقوقاً من جهة دبره دليل واضح على أنه هارب عنها وهي تنوشه من خلفه» (١).

٢- الطرف الآخر: وهو أضعف أنواع القرائن ويسمونه: القرينة الكاذبة أو المتوهمة فهي مجرد احتمال وشك لا يعول عليها في الإثبات ومثالها: وجود الدم على قميص يوسف مع سلامة القميص من التمزيق والتنسيب، ولذلك قال الله تعالى حكاية عن يعقوب: ﴿بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً﴾ [يوسف: ١٨]؛ فالدم قرينة لكن يعقوب عَلَيْهِ السَّلَامُ أبطلها بقرينة أقوى منها وهي عدم شق القميص، إذ روي أنه قال: سبحان الله، متى كان الذئب حليماً كيساً يقتل يوسف ولا يشق قميصه (٢).

وكاليد إذا قارنها دليل أو قرينة أقوى منها، كمن وُجد يحمل عمامة وعلى رأسه عمامة، وآخر يعدو وراءه حاسر الرأس ولا عادة له في ذلك، فلا عبرة بقرينة يد الخاطف لضعفها إزاء القرينة الأخرى (٣).

(١) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، له (٦٩/٣).

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٤٩/٩)، وانظر: أضواء البيان (٧٠/٣).

(٣) الطرق الحكمية (ص ٧).

٣- أما الوساطة بين الطرفين فهي قرائن ليست في مرتبة القطعية ولا هي نازلة إلى مرتبة القرائن المتوهمة، وهذا النوع من القرائن يكون دليلاً مرجحاً لما معه ومؤكداً له، فلا يعتمد عليه وحده؛ بل لا بد أن يضم إلى دليل آخر أو قرينة أخرى، ومثاله: ما لو تنازع الزوجان في شيء من متاع البيت وكلُّ منهما له بيّنة؛ فإن قرينة صلاحية المتاع للنساء مثلاً تنضم إلى بيّنة المرأة فترجحها فيكون مجموعهما حجة أقوى من حجة الرجل^(١).
ثانياً: تقسيم القرائن بحسب مصدرها:

تنقسم القرائن حسب مصدرها إلى ثلاثة أنواع:

* النوع الأول: قرائن نصية ورد بها نص من الكتاب أو السنة بعينها...
كالدلم على الثوب المذكور في قصة يوسف ﴿وَجَاءَ وَعَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾ [يوسف: ١٨].

وكقرينة شق الثوب أيضاً ﴿إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ، فُدَّ مِنْ فُجْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَذِبِينَ﴾ [يوسف: ٢٦-٢٧] ومثل الفراش: أمانة وقرينة على نسبة الولد إلى الزوج، والشبه في القافة، واللوث في القسامة، وصمات البكر قرينة على رضاها^(٢).

* النوع الثاني: قرائن استخراجها الفقهاء وجعلوها أدلة على أمور أخرى، ومن أمثلتها: تبرع المريض مرض الموت لوارثه أو لغير وارثه فإنه يبطل فيما زاد على ثلث ماله إلا إذا أجازته الورثة الآخرون؛ لأن هذا التصرف قرينة على إرادته الإضرار بالورثة^(٣).

* النوع الثالث: قرائن قضائية وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء فيلاحظون العلامات ويستخرجون الأمارات من ظروف الدعاوى

(١) تبصرة الحكام (١/ ٣١١)، والطرق الحكمية (ص ٢٢).

(٢) تبصرة الحكام (٢/ ١١٣، ١١٤).

(٣) الإثبات بالقرائن، للدكتور إبراهيم الفانز (ص ٧٢).

عن طرف الفرافة والفطنة والذكاء لوصولا بذلك إلى معرفة الحق، ومن أمثلها:

ثبوت دفع كراء محل - مثلاً - عن شهر متأخر فإنه يعتبر قرينة على دفع كراء الشهر أو الشهور السابقة^(١).

وهناك أيضاً القرائن المادية الملموسة التي تدرك بالنظر أو باللمس كالبصمات وآثار الأقدام والبقع الدموية والمنوية والأوراق الممزقة أو المحروقة إذا اجتمعت وعرف مضمونها، وهذه القرائن المادية لها أهمية كبرى في مجال إثبات الجنایات وغيرها ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي تقدمت فيه الوسائل.

ومن القرائن التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء القدامى:

- القيافة. - الفرافة. - النكول.

- الإشارة. - اللوث في القسامة.

المطلب الثالث: أدلة العمل بالقرائن وحكمة مشروعتها:

لقد أخذ فقهاء المسلمين بالقرائن - في الجملة - في مسائل كثيرة، وإن وجد خلاف بينهم فإنما هو في بعض الجزئيات لا في العمل بالقرينة من أصلها - مع أن الكثيرين منهم لم يفردوا لها باباً مستقلاً؛ بل لم يصرحوا بها مع عملهم بها في الوقت نفسه، ولعل السبب في ذلك احتياطهم في القضاء؛ لأن استعمال القرائن يحتاج إلى رجحان العقل وحدة الذهن وزيادة الورع والصلاح، لكيلا تصبح أداة للظلم والتعسف ويدل للعمل بها الكتاب والسنة والمعقول.

(١) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٤٩٥).

* أولاً: الكتاب:

١- قال الله تعالى في قصة يوسف: ﴿وَجَاءَ وَعَلَىٰ قَمِيصِهِ بِدُرِّ كَذِبٍ﴾

[يوسف: ١٨].

ووجه الدلالة منه: جعل إخوة يوسف الدم على القميص ليكون علامة وقرينة على صدقهم بأكل الذئب ليوسف، ولكن هذه القرينة عارضتها قرينة أخرى أقوى منها، وهي سلامة الثوب من التنيب^(١).

٢- وقال تعالى في قصة يوسف أيضاً: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٧﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٨﴾ فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدٌّ مِّنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّنْ كَاذِبِينَ ﴿٢٩﴾ إِنْ كُنْتُمْ كَاذِبِينَ ﴿٣٠﴾﴾ [يوسف: ٢٦-٢٨].

ووجه الدلالة منه: جعله شجاعة وتعالى شق الثوب قرينة على صدق أحد المتنازعين^(٢).

٣- وقال تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَأَرَيْنَاكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيمَاهُمْ وَلَئَعْرَفْنَاهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾ [محمد: ٣٠].

ووجه الدلالة منه: أن الله شجاعة وتعالى جعل لحن القول قرينة على النفاق.

* ثانياً: من السنة:

١- قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))^(٣).

وجه الدلالة منه: أن الفراش قرينة على المخالطة المشروعة وإنزال ماء الزوج في رحم زوجته، فينسب إليه الولد، فالفراش قرينة، والرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكم بثبوت النسب به^(٤).

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٩/١٤٩)، وتبصرة الحكام (٢/٢٠٢).

(٢) تفسير ابن كثير (٢/٤٧٥)، وأصواء البيان (٣/٦٩).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (١٢/٣٢، ٣٣)، وصحيح مسلم (٢/١٠٨٠).

(٤) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٥٠٤).

٢- وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -يوم بدر- لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء: ((هل مسحتما سيفيكما؟)) فقالا: لا، فقال: ((أرياني سيفيكما))، فلما نظر إليهما، قال: ((هذا قتله))، وقضى له بسلبه^(١).

وجه الدلالة منه: قضاؤه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالسلب اعتماداً على الأثر في السيف، فالأثر قرينة^(٢).

٣- وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن سأله عن اللقطة: ((اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرّفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك؛ فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه))^(٣).

وفي رواية: ((أعرف عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها فعرف عددها ووكاءها فادفعها إليه))^(٤).

وجه الدلالة منه: جعله معرفة الوعاء والرباط والعدد... دليلاً على صحة قول مدعي اللقطة، ووصف اللقطة قرينة مصاحبة وملازمة لها تقوم مقام الشهادة^(٥)، وقد وردت أحاديث وآثار غير ما ذكر تدل على مشروعية الإثبات بالقرائن يضيّق المقام عن ذكرها هنا^(٦).

* ثالثاً: ومن المعقول:

فإن إهمال القرائن القوية الخالية من معارض ينفىها يؤدي إلى إضاعة الحقوق، وذلك يخالف ما أمر به من العدل، ورد الحقوق إلى أصحابها يقول ابن القيم:

(١) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٤٦)، وصحيح مسلم (٣/١٣٧٢).

(٢) تبصرة الحكام (١/٢٠٣)، والطرق الحكمية (ص ١١).

(٣) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٥/٤٦)، وصحيح مسلم (٣/١٣٤٥).

(٤) صحيح مسلم (٣/١٣٤٥).

(٥) تبصرة الحكام (٢/٢٠٣)، والطرق الحكمية (ص ١٠).

(٦) انظر: المرجع السابق (ص ١٠)، وما بعدها لبقية الأدلة، وانظر: تبصرة الحكام (٢/١١١).

وما بعدها، وانظر: معين الحكام (ص ١٦٦، ١٦٧).

«والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منه، وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها»^(١).

حكمة مشروعية العمل بالقرائن:

إذا عجز المدعي عن إقامة الشهادة، ولم يقر المدعى عليه بالحق، والدلائل والأمارات تدل على صدق المدعي، إلا أن المدعى عليه لا يتورع عن الأيمان الكاذبة فيبادر إليها ويتيه طرباً لفقدان الأدلة لدى المدعي... فإن القاضي في هذه الحالة لا يدع أمثال هذا الظالم على باطلهم؛ بل إنه يلجأ إلى شتى الوسائل للوصول إلى الحقيقة حتى يرد الحق إلى صاحبه، وفي أمثال هذه الحالة تأتي أهمية القرائن وتتضح حكمة مشروعتها إذ يحصل كثيراً أن يتعذر غيرها من الأدلة، ولا شك أن اليمين لا تغني عنها لكثرة من يبادر إلى الحلف ويتبرع بالأيمان على الباطل من أجل أكل أموال الناس وهضم حقوقهم^(٢).

المطلب الرابع: تعارض القرينة مع غيرها من وسائل الإثبات:

سبقت الإشارة إلى أن القرائن القاطعة هي التي يعتمد عليها في الحكم، وأنها تعتبر دليلاً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر يقويه، ولذلك فإنها قد تقدم على غيرها من البيّنات الأخرى عند تعارضها معها.

فإن الإقرار - وهو سيد الأدلة - قد يلغى إزاء القرينة، وكذا الشهادة قد تلغى إزاء القرينة أيضاً.

(١) الطرق الحكمية، له (ص ١٤).

(٢) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٥١، ٥١٥).

فمثال تقديم القرينة على الإقرار:

- إقرار الصغير المدعى عليه بالمال بالبلوغ، وهو صغير جداً، بحيث لا تتحمل جثته ذلك، فإن إقراره لا عبرة به؛ لأن القرينة الحسية تكذبه^(١).
ومثال تقديمها على الشهادة:

- إذا شهدت بيّنة بأن شخصاً أبو آخر، وكان الظاهر يقتضي أنه أسن منه، فإن قرينة السن هنا يعمل بها وتلغى الشهادة.

- وكذلك لو أقرت المرأة بانقضاء عدتها ثم ولدت لأقل من ستة أشهر بعد الإقرار؛ فإنه يلغى إقرارها وتكذب في ادعائها انقضاء العدة، لتكذيب القرينة الشرعية إياها^(٢).

- ومن تقديم القرينة على الإقرار ما روي عن سليمان عليه السلام في قصة المرأتين اللتين ادعتا الولد - فحكم به داود عليه السلام للكبرى - فقال سليمان: اتوني بالسكين أشقه بينكما، فسمحت الكبرى بذلك، وقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها، فقضى به للصغرى، مقدماً قرينة شفقتها ورحمتها بالابن على إقرارها به للأخرى التي قبلت شقه نصفين فظهر منها عدم الرحمة والشفقة عليه^(٣).

فهذا النوع من القرائن يقدم على غيره من الأدلة لقوته، ومسائله كثيرة يصعب حصرها في هذا المقام إلا أنه يمكن ضبطها بضابط عام يجمعها، هو أنه كلما كان المقر به، أو المشهود به محالاً عقلاً أو عادة كان الإقرار أو الشهادة به باطلين، فيلغيان ويعمل بتلك القرينة^(٤).

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية، لمحمد الأتاسي (٦٠٩/٤)، المادة (١٥٧٧) من المجلة.

(٢) حجية الإقرار في الأحكام القضائية، لمجيد حميد السماكية (ص ٥٧١، ٥٧٢).

(٣) الطرق الحكمية (ص ٥)، والقصة في حديث أخرجه النسائي من حديث أبي هريرة من ثلاث طرق. سنن النسائي (٨/٢٣٥).

(٤) الأصول القضائية، لعلي قراعة (ص ٨٢، ٨٣).

المطلب الخامس: تعارض القرائن فيما بينها:

أما تعارض القرائن فيما بينها فإنه كثير الوقوع، وذلك لأن القرائن لا تحصى كثرة إذ أن القاضي هو الذي يستنتجها من الوقائع - في الغالب - وما من قرينة إلا وقد يستنتج قرينة أخرى تعارضها، ويستحسن ذكر بعض الأمثلة لتعارض القرائن فيما بينها سواء أكانت نصية أم فقهية أم قضائية.

- فمثال تعارض القرائن النصية فيما بينها: ما جاء في قصة يوسف عَلَيْهِ السَّلَامُ من تعارض قرينة وجود الدم على القميص مع قرينة أخرى هي عدم تنيب الثوب وسلامته من التمزيق فقد اكتشف يعقوب عَلَيْهِ السَّلَامُ كذب أخوة يوسف بهذه القرينة وألغى قرينة الدم على الثوب.

قال القرطبي: «قال علماؤنا -رحمة الله عليهم- لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التنيب إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف، وهو لابس القميص ويسلم القميص من التمزيق، ولما تأمل يعقوب القميص، فلم يجد فيه خرقاً ولا أثراً استدل بذلك على كذبهم، وقال لهم: متى كان الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص»^(١).

- ومن أمثلة تعارض القرائن الفقهية: إذا رأينا ميتاً في دار الإسلام وعليه زنار، وهو غير مختون، فهنا تعارضت قرنتان أيضاً^(٢)، إحداهما: وجود الميت في دار الإسلام التي تقتضي أن يحكم له به، والثانية: كونه عليه زنار -وهو ما يشد به الذمي وسطه ليمتاز عن المسلم- وغير مختون، وهذه القرينة تدل على أنه غير مسلم فتجرى عليه أحكام غير المسلمين، وفي

(١) الجامع لأحكام القرآن، له (١٤٩/٩)، وأضواء البيان (٣/٦٩، ٧٠)، وتبصرة الحكام (٢٠٢/١).

(٢) جواهر الإكليل (٢/٢٧٨).

هذه الحالة تقدم قرينة الزنار وعدم الختان على قرينة الدار في قول أكثر العلماء^(١).

- ومن الأمثلة على تعارض القرائن القضائية: ما إذا رأى القاضي رجلاً مكشوف الرأس وليس ذلك عادته - وآخر هارباً قدامه بيده عمامة وعلى رأسه أخرى، فهنا تعارضت قرينتان إحداهما: قرينة صاحب اليد، والأخرى: هي كون الآخر مكشوف الرأس ولا عادة له في ذلك والهارب بيده عمامتان أيضاً.

وعلى الرغم من أن الهارب صاحب يد، ويؤيده الحال والأصل، فإنه يحكم بكذبه ويقضى بالعمامة للآخر لقوة قرينته على القرينة الأخرى^(٢).
ويلاحظ: أن هذه القرائن إذا لم تكن على درجة واحدة في القوة، تكون طريقة العمل بها أن يقدم أقواها.

أما إذا كانت في درجة واحدة؛ فإن العمل يكون كالعمل عند تعارض الشهادتين، وذلك ما سيأتي بحثه في دفع التعارض من هذا البحث - إن شاء الله تعالى -.



(١) الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٤١)، وتبصرة الحكام (١/٢٠٣، ٢/١١١).

(٢) الطرق الحكمية (ص٧).

المبحث الخامس

الكتابة



المطلب الأول: تعريف الكتابة وبيان أنواعها:

تعريف الكتابة لغة:

يقول ابن فارس: «الكاف، والتاء، والباء، أصل واحد يدل على جمع شيء إلى شيء، ومن ذلك الكتاب، والكتابة، يقال: كتبت الكتاب كتباً، ويقولون: كتبت البغلة، إذا جمعت شفري رحمها بحلقه»^(١).

وعلى هذا؛ فالكتابة في اللغة بمعنى الجمع والخط؛ لأن الكاتب يخط الحروف ويضم بعضها إلى بعض.

تعريف الكتابة في الاصطلاح:

أما الكتابة في الاصطلاح فإن الفقهاء القدامى لم يخصصوها بتعريف يميزها، وإنما أطلقوا عليها ألفاظاً مختلفة باعتبارها دليلاً للإثبات، ومن تلك الألفاظ^(٢): الصك، المحضر، السجل، الوثيقة.

ومن المحدثين عرّفها محمد مصطفى الزحيلي بأنها: «هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، للرجوع إليه عند الإثبات»^(٣).

ولا خلاف في مشروعية الكتابة في توثيق الحقوق إذ ورد الأمر بها في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(١) مقاييس اللغة، له (١٥٨/٥) (كتب).

(٢) الفيروزآبادي (١٢٥/١) (كتبه).

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، له (ص ٤١٧).

وقد استعملها الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في شتى المجالات:
ومن ذلك: أمره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علي بن أبي طالب بكتابة صلح الحديبية
بينه وبين سهيل بن عمرو^(١).

كما استخدم الصحابة والتابعون الكتابة في شؤون: الحكم، والقضاء،
والسياسة والإدارة^(٢).
أنواع الكتابة:

يمكن تقسيم الكتابة باعتبار بيانها، وقوة دلالتها على مضمونها إلى
ثلاثة أقسام:

* القسم الأول: أن تكون الكتابة ظاهرة يمكن قراءتها وفهم معناها،
معنونة باسم كاتبها، واسم المكتوب إليه، وتسمى الكتابة المستبينة
المرسومة، وهذا أقوى أنواع الكتابة.

* القسم الثاني: أن تكون الكتابة ظاهرة مقروءة مفهومة المعنى، إلا
أنها غير معنونة باسم كاتبها واسم المكتوب إليه، وهذا أضعف من الأول،
ويسمونه الكتابة المستبينة غير المرسومة.

* القسم الثالث: وهو أن تكون الكتابة لا بقاء لها بعد الانتهاء منها، ولا
يظهر منها الخط أصلاً؛ كالكتابة على الماء، أو في الهواء، وهذا أضعف
الأقسام، ولا يصح الاعتماد عليه في الإثبات^(٣).

المطلب الثاني: الاعتماد على الكتابة في الإثبات:

لم يختلف الفقهاء في مشروعية الكتابة وأهميتها، لحفظ الحقوق،
وللمساعدة على التذكر، كما لم يختلفوا في إلغاء القسم الثالث من

(١) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٧/٤٥٣)، وصحيح مسلم (٣/١٤١١).

(٢) الطرق الحكمية (ص ٢٠٥).

(٣) بدائع الصنائع (٣/١٠٩)، وتبصرة الحكام (٢/٤٠)، ومغني المحتاج (٢/٥)، وكشاف
القناع (٣/١٤٩، ١٥٠)، وحاشية ابن عابدين (٥/٤٣٦).

أقسام الكتابة السالف ذكرها، وإنما حصل الخلاف بينهم في الكتابة الظاهرة المقروءة-أي: في القسمين الأولين- كوسيلة من وسائل الإثبات عند القاضي، وقد كثرت الأقوال فيها بين مختلف المذاهب، وفي المذهب الواحد.

ويمكن إجمال الآراء فيها في قولين:

* القول الأول: أن الكتابة لا تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات عند القاضي، وإليه ذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة في رواية^(١).

واستدلوا بأدلة عقلية من أهمها:

- ١- أن الخطوط تتشابه، ويصعب تمييز بعضها عن بعض، كما أنها تحتمل التزوير، والافتعال، ومع وجود هذا الاحتمال لا تكون حجة^(٢).
- ٢- أن الكتابة قد تكون للتجربة، واللعب، والتسلية، فلا تعتبر حجة.
- ٣- أن أدلة الإثبات تنحصر في عدد معين وليست الكتابة منها^(٣).

* القول الثاني: أن الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات يعتمد عليها القاضي في حكمه إذا ثبت لديه صحتها. وإليه ذهب المالكية، والحنابلة في رواية^(٤).

ولهم أدلة من الكتاب والسنة والمعقول أهمها:

* أولاً: من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (٢١٧)، وحاشية ابن عابدين (٤٣٥/٥)، ومغني المحتاج

(٤/٣٩٩)، والمهذب (٣٠٦/٢)، والمغني (٧٦/٩).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٤٢٤، ٤٢٥).

(٤) تبصرة الحكام (١/٣٥٦)، والطرق الحكمية (ص ٢٠٧).

فَلَيْكُتُبْ وَلْيَمْلِلْ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ، وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ لِإِيْتِهِ بِالْعَدْلِ ﴿٤﴾.

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة تقرر اعتبار الكتابة وسيلة لحفظ الحقوق في المعاملات وفائدة وسيلة حفظ الحقوق الاعتماد عليها عند الإنكار، والاحتجاج بها أمام القضاء^(١).
* ثانياً: من السُّنَّة:

أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعمل الكتابة في شتى المجالات، فاستعملها في تبليغ الرسالة، وفي كتابة الأحكام الشرعية، والمعاهدات، والأمان، والصلح، ومع الرؤساء والملوك والقادة في السرايا، والجيوش، واستعملها الصحابة والتابعون من بعده^(٢).
* ثالثاً: من المعقول:

فإن الخط كاللفظ في التعبير عن المقصد؛ بل إن الخط يمتاز عن اللفظ بالثبات، والضبط، ولذلك تكون الكتابة الظاهرة المقررة حجة على صاحبها إذا ثبتت نسبتها إليه^(٣).
الترجيح:

بالنظر إلى ما استدل به المانعون والمجوزون يتضح أن المانعين يستندون إلى مجرد أدلة عقلية، محتملة، وأما المجيزون فلهم أدلة قوية من القرآن والسُّنَّة، وعمل الصحابة والتابعين، ومن المعقول أيضاً.
ولذا؛ فالذي يظهر أن القول باعتبار الوثيقة وسيلة لإثبات الحقوق أرجح - لما تقدم من الأدلة -.

(١) تفسير ابن كثير (١/ ٣٣٥)، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/ ٣٨٤).

(٢) الطرق الحكمية (ص ٢٠٥-٢٠٧).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٤٣٧)، والطرق الحكمية (ص ٢٠٧).

ولأن الحاجة تدعو إلى استعمال الكتابة في الإثبات، وفي القول
بإلغائها حرج، ومشقة؛ فإن الشهود وإن وجدوا وقت التحمل، فإنهم قد
يغيبون عن الأداء أو ينسون أو يموتون.

ومن تتبع أقوال الفقهاء كلها - في حجية الكتابة - تبين له أن المعول
عليه عندهم، هو التأكد من صحة عزو الكتابة، وعدم وجود شبهة فيها، فإن
انتفت شبهة التزوير والمحاكاة ونحو ذلك... عمل بها وإلا فلا^(١).

ويجاب عن الأدلة العقلية التي استدل بها المانعون بما يلي:

١ - فقولهم: إن الخطوط تتشابه:

يجاب عنه بأن التشابه نادر، والنادر لا تبني عليه الأحكام، ولو كان
احتمال وقوع الاشتباه، والمحاكاة مانعاً، لمنع من الشهادة على الخط عند
معاينته إذا غاب عنه لجواز المحاكاة^(٢).

٢ - وقولهم: إن الكتابة قد تكون للتجربة واللعب والتسلية... إلخ:

يجاب عنه بأنه ليس من شأن العاقل أن يلهو، ويجرب خطه بكتابة الدين
على نفسه، وكذلك من المستبعد أن يفعل ذلك بكتابة الحقوق، وإثبات
الديون للآخرين، وبالجملة فإن هذا الدليل مبني على مجرد احتمال بعيد
نادر جداً^(٣).

٣ - وقولهم: إن وسائل الإثبات منحصرة، وليست الكتابة منها:

يجاب عنه بعدم التسليم بانحصارها فيما ذكره؛ بل إن الكتابة منها^(٤).

(١) مجلة الأحكام العدلية (ص ٣٥٢)، المادة (١٧٣٦).

(٢) الطرق الحكمية، (ص ٢٠٧).

(٣) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٤٢٤). (٤) الطرق الحكمية (ص ٢٠٤).

المطلب الثالث: تعارض الكتابة مع غيرها أو فيما بينها:

إذا تقرر أن الكتابة وسيلة للإثبات إذا سلمت من التزوير ونحو ذلك، فإنه لا يستبعد أن تتعارض مع غيرها من وسائل الإثبات الأخرى أو تتعارض فيما بينها، وحتى الوثيقة الواحدة، أو الصك الواحد، يتعارض ما هو مكتوب عليه فيما بينه.

والعمل عند حصول التعارض بين الوثائق نفسها، أو بينها مع غيرها، لا يختلف عن العمل عند حصول التعارض بين الشهاداتتين، إذ ليست هناك ضوابط خاصة بتعارض بعض البيّنات، دون بعض.

وإنما ذكر الفقهاء ضوابط عامة، ومراحل يتبعها القاضي عند تعارض البيّنات من حيث هي، والاعتماد في ذلك بالدرجة الأولى على ذكاء القاضي، وفطنته، وتمرنه وتجربته في القضاء.

والوثائق - كغيرها من الوسائل - إن تعارضت مع غيرها أو فيما بينها، فإما أن يمكن الجمع بينها، أو لا يمكن، فيلجأ إلى الترجيح، وللتاريخ أهمية كبيرة في الترجيح بين الوثائق.

وسيأتي بيان أشهر المرجحات في الفصل الخامس من هذا البحث.



المبحث السادس

اليمين



المطلب الأول: تعريف اليمين لغة وشرعاً وأدلة مشروعيتهما:
أولاً: تعريف اليمين لغة:

استعملت اليمين في كلام العرب على وجوه منها:

١- القوة والقدرة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ﴾ [الحاقة: ٤٤-٤٥]؛ أي: بالقوة والقدرة على رأي ابن عباس ومجاهد^(١).

وقول الشاعر^(٢):

إذا ما راية رُفعت لمجد * تلقأها عرابة باليمين

٢- واليد اليمنى يقال لها يمين، والصلة بين المعنيين أن اليد اليمنى أقوى من اليسرى وأشد في البطش، ومنه قوله تعالى: ﴿فَرَاغَ عَلَيْهِمْ صَرْبًا يَأْتِمِنُ﴾ [الصفات: ٩٣]؛ أي: يمين يديه؛ لأنها أقواهما^(٣).

٣- واليمين الحلف والقسم، سمي يميناً؛ لأنهم كانوا إذا أقسموا وضع كل منهم يمينه على يمين صاحبه، واليمين مؤنث وجمعها أيمن بضم الميم وأيمان^(٤).

(١) البحر المحيط، لأبي حيان (٨/٣٢٩).

(٢) القائل: الشماخ بن ضرار الذبياني يمدح عرابة، والبيت من قصيدته التي يقول فيها:

رأيت عرابة الأوسي يسمو * إلى الخيرات منقطع القرين

انظر: ديوان الشماخ (ص ٣١٩).

(٣) البحر المحيط، لأبي حيان (٧/٣٦٦).

(٤) لسان العرب (٣/١٠١٨) (يمن)، والصحاح (٦/٢٢٢١) (يمن).

ثانياً: تعريف اليمين في الاصطلاح الشرعي:

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف اليمين، وذلك حسب اختلافهم في الأحكام المتعلقة بها من جهة، وحسب اختلاف نظرهم إلى نوع اليمين المراد تعريفها من جهة أخرى.

فعرّفوها بتعريفات كثيرة اكتفي منها بذكر تعريف لكل مذهب:

أولاً: عرّفها الزيلعي من الحنفية بأنها:

«عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك»^(١).

ثانياً: الشيخ خليل من المالكية قال: هي «تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله تعالى أو صفته»^(٢).

ثالثاً: عرّفها الخطيب الشربيني من الشافعية بأنها: «تحقيق أمر غير ثابت، ماضياً كان أو مستقبلاً، نفيّاً أو إثباتاً، ممكناً أو ممتنعاً، صادقة كانت أو كاذبة، مع العلم بالحال أو الجهل به»^(٣).

رابعاً: عرّفها صاحب متن الإقناع من الحنابلة بأنها: «توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص»^(٤).

وهذه التعريفات - بغض النظر عما بينها من الفوارق - شملت تعريف اليمين بمعناها العام، إلا أنها لم تذكر اليمين التي تثبت الحق أو تنفيه عند القضاء والتي تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية التي نحن بصدد بحثها.

ويمكن تعريف اليمين على هذا الاعتبار بما يلي:

«توكيد ثبوت الحق، أو نفيه بلفظ: «الله» في مجلس الحكم بعد الطلب».

(١) تبين الحقائق، له (١٠٧/٣)، وانظر: فتح القدير (٣/٤)، البحر الرائق (٤/٣٠٠).

(٢) مختصر خليل، له (ص ٩٥). (٣) مغني المحتاج (٤/٣٢٠).

(٤) كشاف القناع (٦/٢٢٦).

والفرق بين هذا التعريف وسابقه أنه يشير إلى إثبات الحق أو نفيه في مجلس الحكم بخلاف التعريفات الأخرى فإنها لم تتعرض لذلك.

شرح التعريف:

- قولنا: «تأكيد ثبوت الحق أو نفيه» أخرج اليمين العامة فهي تأكيد على فعل أمر أو تركه في المستقبل، ويدخل في قولنا: «ثبوت الحق» يمين المدعي وفي قولنا: «أو نفيه» يمين المدعى عليه.

- وقولنا: «بلفظ: الله» يفيد اشتراط هذا الاسم في اليمين في كل حق^(١).

- وأخرج تأكيد ثبوت الحق بوسيلة أخرى من وسائل الإثبات غير الحلف كالشهادة ونحوها - ولفظ: «في مجلس الحكم» قيد يخرج اليمين خارج مجلس الحكم فلا عبرة بها في الإثبات.

- وقولنا: «بعد الطلب»؛ أي: بعد طلب القاضي ذلك فلو أقسم قبل طلب القاضي لم تقبل يمينه ولو كان في مجلس الحكم.

ثالثاً: أدلة مشروعية اليمين في القضاء:

وردت نصوص من الكتاب والسنة تدل على مشروعية اليمين في حسم النزاع، وأجمعت الأمة على ذلك^(٢).

* فمن القرآن:

قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَأَنْشُرِي بِهِ تَمَنَّا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْأَثِمِينَ ﴿١٠٦﴾ [المائدة: ١٠٦].

(١) مختصر خليل (ص ٢٧١)، وانظر: المغني (٩/٢٢٦).

(٢) تبين الحقائق، للزيلعي (٣/١٠٧).

* ومن السُّنة:

١- ما رواه ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعي عليه))^(١).

٢- وعن الأشعث بن قيس قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((شاهدك أو يمينه)) قلت: إذا يحلف ولا يبالي، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان))^(٢).

٣- وعن ابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَجُلًا مِنْ حَضْرَمُوتٍ وَرَجُلًا مِنْ كِنْدَةَ اخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْحَضْرَمِيِّ: ((ألك بيئة؟)) قال: لا، قال: ((فلك يمينه)) قال: يا رسول الله، إنه فاجر لا يبالي بما حلف، ليس يتورع عن شيء، فقال: ((ليس لك منه إلا ذلك))^(٣).

٤- وعنه أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لِرَجُلٍ حَلَفَهُ: ((احلف بالله الذي لا إله إلا الله هو ما له عندك شيء))^(٤).

ووجه الدلالة من الأحاديث: واضح في مشروعية اليمين في القضاء في جانب المدعى عليه.

المطلب الثاني: تعارض اليمين مع الشهادة:

اليمين التي تقع في الخصومة أنواع منها:

١- يمين التهمة عند المالكية وهي التي يحلفها المدعى عليه إذا أثبت المدعي أنه متهم ولا ترد على المدعي^(٥).

(١) سبق تخريجه في (ص ٧).

(٢) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (٨/٢١٣)، وصحيح مسلم (١/١٢٣).

(٣) صحيح مسلم (١/١٢٤).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٥/٣٠٧)، وسكت عنه.

(٥) تبصرة الحكام (١/٣٢٧).

- ٢- يمين الاستظهار يحلفها المدعي مع بينته التامة احتياطاً لحفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه كالميت والغائب ونحوهما.
 - ٣- اليمين المكملة للنصاب يحلفها المدعي مع شاهده.
 - ٤- اليمين المردودة ترد على المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها.
 - ٥- يمين المنكر ويسمى بعضها بعضهم: الرافعة؛ لأنها ترفع الخصومة^(١).
- وهذه اليمين هي التي نص عليها الحديث: ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))^(٢).

فإذا عجز المدعي عن الإثبات واستحلف المدعى عليه وبعد حلفه أحضر المدعي شهوداً يشهدون له بالحق على المدعى عليه، ففي هذه الحالة أصبح كل من الطرفين متمسكاً ببينة كاملة صحيحة^(٣).

وقد اختلف الفقهاء في التي تقدم منهما على قولين:

* القول الأول: أن بينة المدعي تسمع ويحكم بها؛ لأن يمين المدعى عليه إنما تقطع الخصومة مؤقتاً فقط - ذهب إلى ذلك جمهور الحنفية وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة كما قال به بعض المالكية، لكن الجمهور منهم يشترط أن يكون المدعي له عذر في عدم إحضار البينة ابتداء كعدم علمه بها أو نسيانه لها ولا بد أن يحلف على ذلك عند بعضهم^(٤).

وأنقل نصوصاً لكل مذهب تبين وجهته في هذا القول:

(١) المرجع السابق (١/٢٧٢)، وتهذيب الفروق (٤/١٥١).

(٢) سبق تخريجه في (ص ٧).

(٣) وكذلك فإن اليمين المكملة للنصاب قد تعارض هي والشاهد مع شهادة شاهدين وأرجأت بحث هذه الصورة إلى فصل الترجيح؛ لأنه في الحقيقة من تعارض الشهادتين؛ لأن اليمين إنما هي متممة لبينة صاحب الشاهد الواحد.

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٢٩)، ومغني المحتاج (٤/٤٧٧)، وكشاف القناع (٦/٤٤٣)، وتبصرة الحكام (١/٢٨٣، ٢٨٤).

جاء في «بدائع الصنائع»: «وأما حكم أدائه - أي: اليمين - فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً؛ بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البيِّنة عند عامة العلماء. وقال بعضهم: حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق حتى لو أقام المدعي البيِّنة بعد يمين المدعى عليه قبلت بيِّنته عند العامة ولم تقبل عند بعضهم»^(١).

وفي «مغني المحتاج»: «واليمين غير المردودة تفيد قطع الخصومة وعدم المطالبة في الحال ولا تفيد براءة لذمة المدعى عليه فلو حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي بيِّنة بما ادعاه، شاهدين فأكثر... حكم بها وإن نفاها المدعي حين الحلف»^(٢).

ومثله في «كشاف القناع»: «اليمين تقطع الخصومة ولا تسقط الحق فتسمع البيِّنة بعد اليمين»^(٣).

ويقول ابن فرحون: «إذا ادعى رجل قبل رجل مالا ودعا إلى يمين المطلوب فحلف له، ثم زعم أنه وجد بيِّنة تشهد له بما ادعاه، ولم يكن يعلم بها فإنه يحلف أنه ما علم بها في حين استحلافه، ثم يسمع الحاكم من بيِّنته.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يضره استحلافه إياه وله القيام بها ويقضي بها؛ لأن من حجته أن يقول: ظننت أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين وأنه يقر له حينئذ»^(٤).

واستدلوا بما يلي:

١- ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «ألزم رجلاً بعد ما حلف بالخروج عن حق صاحبه - كأنه علم كذبه -»^(٥).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٢٩).

(٢) مغني المحتاج (٤/٤٧٧).

(٣) كشاف القناع (٦/٤٤٣).

(٤) تبصرة الحكام، له (١/٢٨٣، ٢٨٤).

(٥) أخرجه الحاكم وأحمد وأبو داود، بهذا المعنى، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وسكت عنه أبو داود. المستدرک (٦/٩٤)، والفتح الرباني ترتيب المسند (١٤/١٧٥)، وسنن أبي داود (١٤/٢٤١).

وجه الدلالة من الحديث: معرفته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لكذب الحالف والزامه إياه بترك الحق لصاحبه تفيد أن مجرد الحلف لا يبرئ من الحق، لا سيما إذا عارضته بيّنة المدعي، فدل ذلك على أن بيّنة المدعي ترجح على يمين المدعي عليه.

٢- ما روي عن شريح رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: «البيّنة العادلة خير من اليمين الفاجرة»، في رواية: «البيّنة العادلة أحق من اليمين الفاجرة»^(١).

٣- من العقل استدلووا بوجهين:

أ - أن البيّنة أقوى من اليمين؛ لأنها كلام الأجنبي واليمين كالخلف عنها لأنها كلام الخصم نفسه وقد صير إليه للضرورة وإذا جاء الأصل بطل حكم الخلف^(٢).

ب - أن بيّنة المدعي مثبتة، ويمين المدعي عليه نافية والمثبت مقدم على النافي^(٣).

* القول الثاني: أن يمين المدعي عليه مقدمة على بيّنة المدعي، وتقطع الخصومة وتثبت الحق فلا تسمع بيّنة المدعي بعد استحلاف المدعي عليه - وإليه ذهب بعض الحنفية وجمهور المالكية في حالة كون المدعي ليس له عذر في عدم إقامة البيّنة حين طلبه يمين المدعي عليه وهو مذهب الظاهرية^(٤).

وتقدم نقل قول الكاساني: «وقال بعضهم: حكمه - أي: اليمين - انقطاع الخصومة على الإطلاق»^(٥).

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٨٨). (٢) بدائع الصنائع (٦/٢٢٩).

(٣) فتح الباري (٣/٣٤٧-٣٥٠).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٢٩)، وتبصرة الحكام (١/٢٨٤)، والمحلى (٩/٣٧١).

(٥) بدائع الصنائع (٦/٢٢٩).

وفي «تبصرة الحكام»: «أما إن استحلفه مع علمه بيئته تاركاً لها إما تصريحاً أو معرضاً عنها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له»^(١).

ولم يتفق المالكية على ذلك؛ بل خالف فيه مطرف وابن الماجشون فقالا بقبول البيئنة مطلقاً كما تقدم.

ويقول ابن حزم في الرد على أصحاب القول الأول: «فليست الشهادة أولى من اليمين إذ الصدق في كليهما ممكن والكذب في كليهما ممكن - إلا بنص قرآن أو سنة تأمرنا بإفاد البيئنة وأن حلف المنكر لا يعتد به ولا يوجد في ذلك نص أصلاً فسقط هذا القول بيقين»^(٢).

واستدلوا بما يلي:

١- ما رواه ابن عباس: «أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للرجل: ((هل لك بيئنة؟)) قال: لا، قال: ((فلك يمينه))»^(٣).

وجه الدلالة منه: مساواته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين البيئنة واليمين في قطع الدعوى وإثبات الحق، فدل على أن اليمين تقطع الحق كالبيئنة والرواية الأخرى التي فيها: ((ليس لك منه إلا ذلك))^(٤).

تدل على أن الطالب ليس له إلا بيئته ابتداءً أو يمين المطلوب في حالة العجز عن البيئنة^(٥).

٢- قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البيئنة على المدعي واليمين على من أنكر)) ودلالته كدلالة الحديث السالف إذ دل على أن اليمين تقطع الحق كالبيئنة وإذا انقطع الحق لم تسمع البيئنة بعد ذلك.

(٢) المحلى، له (٣٧٢/٩).

(٤) سبق تخريجه في (ص ١٣٠).

(١) تبصرة الحكام (١/٢٨٤).

(٣) سبق تخريجه في (ص ٣٢).

(٥) المحلى، لابن حزم (٣٧٢/٩).

٣- كما استدلو بقياس اليمين على الشهادة بجامع أن كلاً منهما وسيلة إثبات صحيحة، وإذا كانت الشهادة يحكم بها ولا ينقض القضاء بعد الحكم بها فكذلك اليمين يحكم بها ولا ينقض الحكم بعدها ولا تسمع البيّنة^(١).

٤- وكما أنه لو أقام البيّنة ابتداء لا تبقى له ولاية الاستحلاف، فكذا إذا استحلف لا تبقى له ولاية إقامة البيّنة؛ لأن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما^(٢).
الترجيح:

بعد النظر إلى أدلة الفريقين تبين أنه ليس فيها شيء صريح في سماع البيّنة بعد الاستحلاف ولا في عدمه.

وأرى أن الراجح هو القول الثاني بعدم سماع البيّنة بعد الاستحلاف؛ لأن الأصل في المسلم الصلاح والتقوى وأنه لا يحلف بالله كاذباً.

خاصة وأن المدعي قد قبل يمين المدعى عليه وطلبها منه ففي إلغائها بعد ذلك إهدار لكرامته وإهانة له، والشارع الحكيم أوجب التسوية بين الخصمين، وسوى بينهما في عبء الإثبات، فكلف المدعي بالبيّنة والمدعي عليه باليمين، فمن استخدم منهما حقه في الإثبات حكم له بالحق^(٣).

ثم إن القول بقبول البيّنة بعد الاستحلاف ولو طال الزمن يؤدي إلى طول النزاع ويفتح الباب لشهادة الزور، لكن على المدعي أن لا يقدم على طلب استحلاف خصمه إلا بعد البحث عن جميع الوسائل.

المطلب الثالث: تعارض الإيمان فيما بينها:

قد يحصل التعارض بين الإيمان فيما يسميه الفقهاء بالتحالف من الجهتين، وذلك أن الخصمين إما أن يكون أحدهما مدعياً من كل وجه والآخر مدعياً عليه من كل وجه، وفي هذه الحالة لا مجال للتحالف؛ لأن

(١) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٣٧٣). (٢) بدائع الصنائع (٦/ ٢٢٩).

(٣) قواعد الكرخي (ص ١١١).

المدعى يكلف بعبء الإثبات فإن لم يثبت وطلب يمين خصمه حلف المدعى عليه.

أو يكون كل منهما مدعيًا من وجه منكرًا من وجه آخر ولم يثبتا دعواهما - وفي هذه الحالة يتحالفان، بأن يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات دعواه فتصبح يميناهما متعارضتين^(١).

ويدخل التحالف المذكور في أبواب كثيرة من أبواب الفقه تقتصر منها على ذكر ثلاثة أمثلة مع بيان حكم تعارض اليمينين في كل مثال - وما سكتنا عنه يقاس على ما ذكرناه:

* أولاً: اختلاف المتابعين، وذكر ابن فرحون أن اختلافهما يرجع إلى ثمانية عشر نوعاً يقع التحالف منها في أحد عشر هي:

الأول: أن يختلفا في جنس الثمن فيقول أحدهما: دنانير ويقول الآخر: ثوب.
الثاني: أن يختلفا في نوع الثمن فيقول أحدهما: قمح ويقول الآخر: شعير.
الثالث: أن يختلفا في مقدار الثمن فيقول أحدهما: بعشرين ويقول الآخر: بعشرة.

الرابع: إذا اختلفا في تعجيل الثمن وتأجيله فقال البائع: نقد وقال المشتري: نسيئة.

الخامس: إذا اختلفا في الخيار والبت.

السادس: إذا اختلفا في الرهن والحميل.

السابع: إذا اختلفا في عين المبيع قبل القبض.

الثامن: إذا اختلفا في قدر المثلون في بيع النقد.

التاسع: إذا اختلفا في قدر المسلم فيه بالقرب من عقد السلم.

العاشر: إذا اختلف رب السلم والمسلم إليه في الجودة.

(١) الأصول القضائية، لعلي قراة (ص ٢٦٦).

الحادي عشر: إذا اختلفا في موضع القضاء وتباعد قولهما في المواضع^(١).
فالحكم في هذه الأنواع كلها الفسخ بعد التحالف^(٢).

* ثانياً: اختلاف الزوجين في نوع المهر أو عدده بأن قال: دراهم
وقالت: دنانير، أو قال: ألف وقالت ألفان، فإذا لم يقم واحد منهما بيّنة
أصلاً أو أقامهما وتهاترتا فيتحالفان ويحكم بينهما بمهر المثل^(٣).

لأن تسمية المهر في النكاح ليست بشرط لصحته بخلاف البيع فإن
تسمية الثمن فيه شرط لصحته، ولذلك كانت ثمرة تحالفهما التفاسخ في
البيع وعدم التفاسخ في النكاح^(٤).

وفي قول للمالكية: إن كان اختلاف الزوجين في المهر قبل البناء من
غير موت ولا طلاق فإن النكاح يفسخ^(٥).

* ثالثاً: اختلاف الخصمين في عين ليست تحت يد واحد منهما ولا
بيّنة لهما فإنهما يحلفان وثمره حلفهما تقسيم العين بينهما^(٦).

ويتبين من هذه الأمثلة أن القاعدة في الحكم عند تعارض الأيمان
الفسخ إذا كان النزاع في العقد، والتقسيم إذا كان النزاع في عين لا علاقة
لها بالعقد^(٧).



(١) تبصرة الحكام (١/٣٠٥-٣٠٨).

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٢/٢٦٣)، لعبد الله المعروف بداماد، تبصرة
الحكام (١/٣٠٨-٣٠٥)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٢٤٥، ٢٤٦).

(٣) معين الحكام (ص ١٢٦).

(٤) الأصول القضائية، لعلي قراة (ص ٢٧٢).

(٥) تبصرة الحكام (١/٣٠٨).

(٦) تبصرة الحكام (١/٣٠٨)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، وكشاف القناع (٦/٣٨٦).

(٧) تهذيب الفروق (٤/١٥٧، ١٥٨).

الفصل الخامس

دفع تعارض البيّنات بطريق الجمع

المبحث الأول: بيان الخلاف في البدء بالجمع قبل الترجيح عند حصول التعارض.

المبحث الثاني: حقيقة الجمع.

المبحث الثالث: طرق الجمع.

المبحث الأول

بيان الخلاف في البدء بالجمع قبل الترجيح عند حصول التعارض



تمهيد:

إذا ظهر التعارض بين البيّنات فقد اختلف الفقهاء في الموقف الذي يقفه القاضي من ذلك التعارض، وهذا الخلاف مبني على الخلاف الأصولي في موقف المجتهد من الأدلة الشرعية عند ظهور التعارض بينها، فللحنفية منهج يسير عليه المجتهد خطوة خطوة، ولجمهور الأصوليين من مختلف المذاهب الأخرى منهج آخر.

وفي هذا المبحث بيان المنهجين المذكورين والترجيح بينهما، وذلك في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: منهج الحنفية وأدلتهم عليه:

- لما كان منهج الحنفية عند تعارض الأدلة الشرعية البدء بالبحث عن النسخ، ثم الترجيح، ثم الجمع، فالتساقط^(١) - اتبعوا عند تعارض البيّنات الطرق الآتية:

- * الطريق الأول: محاولة الترجيح بين البيّنات بطريق من طرق الترجيح التي ذكرها الفقهاء، وسيأتي بيانها في الفصل القادم إن شاء الله.
- * الطريق الثاني: الجمع والتوفيق بين البيّنات، وذلك إذا ما تعذر ترجيح بعضها على بعض على ما سيأتي في هذا الفصل.

(١) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (٢/١٨٩)، التقرير والتحبير (٣/٣)، لابن أمير الحاج.

* الطريق الثالث: تساقط البيّنات إذا تعذر الترجيح بينها ولم يمكن العمل بجمعها^(١).

واستدلوا على هذا الترتيب بما يلي:

١- أنه إذا ترجح أحد الدليلين على الآخر، فإن التعارض لم يحصل أصلاً فلا يعتبر هذا ترجيحاً؛ لأن الترجيح مبني على التعارض والتعارض مبني على التساوي، وعند الترجيح فلا تماثل ولا تعارض، وإنما يعمل بالأقوى ويترك الأضعف، لكونه في حكم العدم بالنسبة للأقوى، يقول عبد العلي بن نظام الدين في استدلاله على وجوب تقديم الترجيح على الجمع: «والسر فيه أن المرجوح في مقابلة الراجح ليس دليلاً، فليس في إهماله إهمال دليل»^(٢).

٢- ولأن البيّنة حجة في الشرع، وإذا ترجحت إحدى البيّنات أصبحت متقينة؛ لأن الراجح ملحق بالمتيقن في الأحكام الشرعية، فيجب العمل به؛ بل إن تركه خلاف المعقول والإجماع^(٣).

وفي بيان ترتيب الطرق على النحو المذكور، وتعليل ذلك يقول الكاساني: «... فالأصل أن البيّتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر، فإن أمكن ترجيح إحداها على الأخرى يعمل بالراجح؛ لأن البيّنة حجة من حجج الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح، فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه، وجب العمل بهما، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه، وجب العمل بهما؛ لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وإن

(١) بدائع الصنائع (٦/ ٢٣٢)، والقاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله، لهرموش (ص ٤٥٣).

(٢) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، له (٢/ ١٩٥).

(٣) المرجع السابق، بدائع الصنائع (٦/ ٢٣٢).

تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما وألحقنا بالعدم، إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة^(١).

المطلب الثاني: منهج الجمهور:

أما الجمهور من مختلف المذاهب الأخرى وعبد العزيز البخاري من الحنفية فقد ذهبوا إلى ترتيب آخر جرياً مع قواعدهم في التعارض بين الأدلة أنه يبدأ بالجمع، ثم الترجيح ثم النسخ ثم التساقط^(٢).

فقالوا: إذا تعارضت البيّنات في الدعوى فعلى القاضي أن يسلك هذه الطرق الثلاثة على هذا الترتيب:

* الطريق الأول: محاولة الجمع والتوفيق بين البيّنات المتعارضة بوجه مقبول من وجوه الجمع الآتي ذكرها.

* الطريق الثاني: إذا تعذر على القاضي الجمع بين البيّنات المتعارضة لجأ إلى الترجيح بوجه من وجوه الترجيح.

* الطريق الثالث: إذا لم يمكن الجمع ولا الترجيح تساقطت البيّنات ولم يعمل بشيء منها، أو استعملت بطريق القسمة، أو القرعة، أو يتوقف القاضي. في ذلك خلاف سيأتي بيانه.

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

- ١- بأن العمل بالدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر؛ لأن الأصل في الدليلين إعمالهما، فإن تعذر إعمالهما، رجع إلى الترجيح بينهما.
- ٢- ولأن الجمع بين حقوق الناس عند تعارضها لازم، ولا يجوز حرمان أحدهم منها^(٣).

(١) بدائع الصنائع، له (٦/٢٣٢).

(٢) اللمع في أصول الفقه، للشيرازي (ص ٨٣)، المستصفى (٢/٣٩٥)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٤)، وكشف الأسرار، للبخاري (٣/٧٨).

(٣) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٠٧)، والوسيط في أصول الفقه، لوهبة الزحيلي (ص ٦٣٩).

وأسوق بعض النصوص من كلام أصحاب هذا الترتيب توضح منهجهم:

يقول إمام الحرمين في كلامه على طرق دفع التعارض:

«فإن أمكن الجمع بينهما - أي: المتعارضين - جمع بينهما بحمل كل منهما على حال، وإن لم يمكن الجمع بينهما يتوقف فيهما إن لم يعلم التاريخ إلى أن يظهر ترجيح أحدهما»^(١).

ويقول ابن فرحون: «إذا تعارضت البيئتان، وأمكن الجمع بينهما جمع، وإن لم يمكن رجوع إلى الترجيح إن أمكن. وإذا لم يمكن الترجيح بين البيئتين سقطتا»^(٢).

وجاء في «مختصر خليل»: «وإن أمكن جمع بين البيئتين جمع وإلا رجح»^(٣).
وقد درج شراحه من بعده على الترتيب نفسه^(٤).

المطلب الثالث: الترجيح بين المنهجين:

بعد إمعان النظر في المنهجين المتقدمين وفيما استدل به أصحاب كل منهما اتضح أن منهج الجمهور أولى بالسير عليه من مذهب الحنفية لما يلي:

أولاً: لأن التعارض يحصل في الظاهر للقاضي، فإذا أمكنه رفعه بالجمع بين البيئات أصبح أمامه بيئات صحيحة توفرت فيها الشروط، وانتفت عنها الموانع فيجب العمل بها جميعاً، ولا يجوز ترك بعضها بترجيح بعض آخر عليه، ما دام كل منها ممكناً فوجب الجمع أولاً.

(١) الورقات له بهامش إرشاد الفحول (ص ١٦٧).

(٢) تبصرة الحكام، له (٣٠٩، ٣١١). (٣) انظر: (ص ٢٢٧).

(٤) مواهب الجليل على مختصر خليل (٦/٢٠٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/٢١٩)، وبلغة السالك (٢/٣٧٣)، وجواهر الإكليل على مختصر خليل (٢/٢٤٩).

ثانياً: ولأن الأصل في البيّنات أن تحمل على السلامة والصحة فيجب العمل بها معاً لكنه إذا تعذر ذلك، وتحقق التعارض من كل وجه بأن أثبتت كل بيّنة ما تنفيه الأخرى فحينئذ يلجأ إلى الترجيح^(١).

ثالثاً: وللقاعدة الكلية القاضية بأن إعمال الكلام أولى من إهماله، وفي الجمع بين البيّنات إعمال لجميع الكلام وفي ترك الجمع بينها إهمال لبعضه^(٢).

ونظراً لما تقدم فقد اخترت المنهج الأخير الذي سلكه الجمهور، وعليه رتبت فصول البحث في طرق دفع التعارض.



(١) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٠٧).

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ص ١٣٥)، وانظر: كتاب القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله، لهرموش (ص ٤٥٦).

المبحث الثاني

حقيقة الجمع



المطلب الأول: التعريف بالجمع لغة واصطلاحاً وبيان المراد به هنا:

الجمع لغة:

يقول ابن فارس: إنه تأليف المفترق، والمجموع ما جمع من ها هنا وها هنا وإن لم يجعل كالشيء الواحد، وجماع الناس أخلاطهم من قبائل شتى، وكل ما تجمع وانضم بعضه إلى بعض^(١).

ويقول صاحب «اللسان»: «والجمع مصدر قولك: جمعت الشيء».

والجمع أن تجمع شيئاً إلى شيء^(٢).

واصطلاحاً:

لم أف له على تعريف بالمعنى الاصطلاحي فيما وقفت عليه من كتب المتقدمين إلا أنه يمكن تعريفه بأنه «هو التوفيق بين مدلولات الحجج المتعارضة في الظاهر بوجه من الوجوه بحيث يزول التعارض ويمكن العمل بالحجج كلها».

- والتوفيق في اللغة: يقول عنه ابن فارس: «الواو والفاء والقاف

كلمة تدل على ملاءمة الشئين، منه الوفق: الموافقة. واتفق الشئان: تقارباً وتلاءماً^(٣).

(١) مقاييس اللغة (٤٧٩/١) (جمع)، والقاموس المحيط (١٤/٣) (جمع).

(٢) لسان العرب (٤٩٨/١، ٥٠٠) (جمع).

(٣) مقاييس اللغة (١٢٨/٦) (وقف)، وانظر: لسان العرب (٩٥٩/٣) (وقف).

- والمدلولات جمع: مدلول، وهو المعنى الذي يفيد اللفظ.
- وقولنا: المتعارضة في الظاهر يشير إلى أن التعارض في حالة إمكان الجمع إنما هو ظاهري فقط، فإذا جمع بين الحجج زال التعارض.
- بوجه من الوجوه؛ أي: بوجه من وجوه الجمع الآتي ذكرها.
- وذلك بإعمال كل منها فيما أثبتته من كل وجه إذا أمكن فإن تعذر العمل بها من كل وجه، وأمکن العمل بها من وجه، وجب العلم بها؛ لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان^(١).

المطلب الثاني: حكم الجمع وشروطه:

إن الفقهاء - وإن اختلفوا في تقديم الجمع بين البيّنات على الترجيح بينها - لم يختلفوا في طلب الجمع والتوفيق سواء أكان الجمع بعد حصول التعارض الظاهري وقبل الترجيح كما يقول الجمهور - أم بعد تعذر الترجيح بين البيّنات - كما يقول جمهور الحنفية^(٢).

وقد دل على مشروعية الجمع بين البيّنات أدلة كثيرة منها:

- ١- أن الأصل في البيّنات الشرعية الإعمال، فإذا كانت البيّنات متوفرة فيها الشروط متنتفة عنها الموانع؛ فإنه يجب العمل بها بقدر الإمكان كما تقدم.
- ٢- وكذلك فقد قرر علماء الأصول أن الأصل في الأدلة الإعمال^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٣٢).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٣٢)، ومواهب الجليل (٢/٢٤٩)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٩)، وشرح العبادي على الورقات بهامش إرشاد الفحول (ص١٦٧)، واللمع (ص٨٣)، ومعني المحتاج (٤/٤٨٠)، والمعني (٩/٢٧٩).

(٣) اللمع (ص٨٣)، والمستصفي (٢/٣٩٥)، وإرشاد الفحول (ص٢٤٤)، وكشف الأسرار (٣/٧٨).

وإذا كانت الأدلة المتعارضة يجب العمل بها والتوفيق بينها بقدر الإمكان فكذلك البيّنات المتعارضة يجب التوفيق بينها ولو بوجه من الوجوه.

٣- ولما تقدم من أن الجمع بين حقوق الناس عند تعارضها لازم ولا يجوز حرمان أحدهم منها، وفي عدم إعمال البيّتين مع إمكانه تضييع لبعض الحقوق.

إلا أن هناك شروطاً لا بد من توفرها ليتأتى الجمع بين البيّنات المتعارضة ومن تلك الشروط:

١- أن تكون البيّنات المتعارضة مقبولة كلها شرعاً، بحيث لو انفردت إحداها لحكم لصاحبها بموجبها، فإذا لم تكن إحدى البيّتين مقبولة فلا تعارض ولا جمع وتقدم المقبولة على غيرها؛ لأن الضعيف في مقابلة الصحيح لا تأثير له.

٢- أن لا يكون تعارض البيّتين على سبيل التناقض والتضاد بحيث يستحيل الجمع بينهما؛ لأن كلاً منهما قد دلت على نفي جميع ما دلت عليه الأخرى. كما إذا اختلف اثنان في نكاح امرأة، وشهدت لكل منهما بيّنة على أنه زوج لها، ففي هذه الحالة يتعذر العمل بالبيّتين معاً؛ لأن المحل غير قابل للاشتراك، فيفرق القاضي بينهم حيث لا مرجح، ولا شيء عليهما.

٣- أن لا يؤدي الجمع بين البيّتين إلى بطلان واحدة منهما بالكلية، وذلك لأن المقصود من الجمع بين البيّتين العمل بهما معاً فإذا بطلت إحداها انتفي ذلك.

٤- التساوي بين البيّتين المتعارضتين في القوة حتى يمكن العمل بها معاً، فإذا كانت إحداها أقوى من الأخرى عمل بها وألغيت الأخرى... فهذه أهم الشروط التي إذا تخلف أحدها فلا سبيل إلى الجمع^(١).

(١) المذهب (٢/٣٤٠)، وانظر: أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٥).

المطلب الثالث: أمثلة متنوعة لما يمكن الجمع بينه من البيّنات:

إذا أمكن الجمع بين البيّنات المتعارضة في الظاهر جمع بينها بحمل كل منها على مدلولها، إن توفرت فيها الشروط المشار إليها فيما سلف، وإليك بعض الأمثلة التي توضح ذلك:

١- إذا شهدت بيّنة أنه أسلمه هذا الثوب في مائة إردب^(١)، وشهدت بيّنة أخرى أنه أسلمه ثوبين غيره في مائة، فإنه يعلم بالبيّنتين معاً وتلزمه الأثواب الثلاثة في مائتي إردب، ويحملان على أنهما سلمان؛ لأن كل بيّنة شهدت بغير ما شهدت به الأخرى^(٢).

٢- إذا تكلم شخص بكلامين في مجلسين فشهدت بيّنة بأنه إنما طلق زوجته ولم يعتق عبده، وشهدت بيّنة أخرى بأنه إنما أعتق عبده فلاناً ولم يطلق زوجته؛ فإنه يعمل بالبيّنتين معاً فتطلق الزوجة ويعتق العبد^(٣).

٣- ومثال أعمال البيّتين من وجه:

- إذا تنازع اثنان داراً وكل منهما يضع يده على نصفها وأقام كل منهما بيّنة على ملكيته لكامل الدار فإنه يعمل بالبيّتين معاً من بعض الوجوه، وذلك عن طريق القسمة^(٤).



(١) الإردب: مكيال ضخّم لأهل مصر ويضم أربعة وعشرين صاعاً. انظر: الصحاح (١/١٣٥)، والقاموس المحيط (١/٧٥).

(٢) تبصرة الحكام (١/٣٠٩)، وحاشية الدسوقي (٤/٢٢٩)، والبهجة في شرح التحفة (٢/١٤٨).

(٣) تبصرة الحكام (١/٣٤٣، ٣٤٤)، والكواكب الدرية في فقه المالكية (٤/٥٦).

(٤) حاشية الخرشي على مختصر خليل (٧/٢٣٣).

المبحث الثالث

طرق الجمع



تمهيد:

يدفع التعارض عن طريق الجمع بين الحجج المتعارضة بحيث يعمل بكل واحدة منها سواء أكان التعارض بين حجتين، أم بين أكثر، وسواء أكان التعارض بين الأدلة الشرعية، أم بين وسائل الإثبات التي يستعملها القضاة. وقد تكلم علماء الأصول على طرق الجمع بين الأدلة وألوهها عناية كبيرة لم يولها لها الفقهاء، مع أن ما ينطبق على الأدلة من حالات إمكان الجمع بينها ينطبق الكثير منه على وسائل الإثبات، فإذا كانت الأدلة منها العام والخاص والمطلق والمقيد... فإن وسائل الإثبات هي الأخرى ترد بأساليب مختلفة ومتنوعة فتصريحات الشهود والأقارير، والقرائن... كل ذلك قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً، وقد يكون مطلقاً أو مقيداً، كما قد يختلف حكم المتعارضين منها أو حالهما، وهذا كما يحصل بين الأدلة الشرعية التي هي محل بحث علماء الأصول، وقد ذكروا أنواعاً عديدة للجمع واكتفي بذكر أشهرها مراعاة للاختصار، مركزاً على ما يمكن أن يستعمله القاضي من الطرق للجمع بين البيّنات المتعارضة، ونظراً لأنني لم أجد أمثلة للجمع في كتب الفقه، فقد عمدت إلى كتب الأصول فأخذت منها أمثلة أصولية، ثم وضعت أمثلة فرضية من عندي بالنسبة لمسائل الفقه على غرار الأمثلة الأصولية.

وأشهر طرق الجمع ما أبيّنه في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الجمع عن طريق التخصص:

الجمع عن طريق التخصص، وذلك إذا كان المتعارضان أحدهما عام والآخر خاص؛ فإن العام يدخل عليه التخصص بذلك الخاص فيعمل بالعام فيما بقي بعد التخصص ويعمل بالخاص فيما يتناوله لفظه من أفراد العام^(١).

مثال ذلك في الأدلة: قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾

[البقرة: ٢٢٨].

فهذه الآية عامة في كل المطلقات: الحامل وغيرها والمدخول بها وغير المدخول بها وقال تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. فهذه الآية خاصة في بيان عدة الحامل وأنها وضع الحمل.

وقال في آية أخرى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحَهُ الْمُؤْمِنَاتُ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا نَكَّرْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩]. وهذه الآية خاصة أيضاً في المطلقة قبل الدخول وأنها لا عدة لها.

ظاهر الآيات يوهم أنه يوجد تعارض بين عموم آية البقرة، والمدلول الخاص لكل من الآيتين الأخيرتين، لكن العلماء جمعوا بين الآيات بأن العام في الأولى مخصوص بما في الآيتين الأخيرتين، فيعمل بالآيتين الأخيرتين فيما دلتا عليه ويعمل بالآية العامة (الأولى) فيما وراء الخاص^(٢).

وبهذا تكون الأدلة المتعارضة في الظاهر قد جمع بينها عن طريق التخصص.

وكذلك يجمع بين البيِّنَات عن طريق التخصص، كما في المثال الآتي:

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت (٢/١٩٤).

(٢) حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع (١/٢٣).

إذا كان لزيد أربع زوجات فشهدت بيّنة أنه طلق زوجاته، وشهدت بيّنة أخرى أنه طلق ثلاثة، فلانة وفلانة وفلانة.

فإن البيّتين يجمع بينهما عن طريق التخصيص، فتخصص الأولى بالثانية، ويعمل بهما في طلاق الزوجات الثلاث المسميات، وتبقى الرابعة في عصمته، وهذا إذا لم ترافعه الرابعة.

المطلب الثاني: الجمع عن طريق التقييد:

الجمع عن طريق التقييد فإذا كان المتعارضان أحدهما مطلق والآخر مقيد؛ فإنه يجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد، فيزول التعارض بذلك الحمل.

- ويمكن التمثيل لهذا النوع في الأدلة بقوله تعالى:

﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

وقوله في كفارة الظهار: ﴿وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا

فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣].

فالرقبة في الآية الأولى مقيدة بالإيمان وفي الآية الثانية مطلقة، فيحمل المطلق على المقيد.

وهذا على مذهب القائلين به في الآيتين^(١).

- ومثاله في الشهادة: أن تشهد بيّنة أن زيدا قتل رجلاً، وتشهد بيّنة أخرى أنه قتل رجلاً من بني فلان واتفقت البيّتان في الزمان والمكان والأوصاف الأخرى، فتحمل البيّنة المطلقة على البيّنة المقيدة ويعمل بهما ويعتبر المقتول رجلاً واحداً من بني فلان.

المطلب الثالث: الجمع باختلاف الحال:

الجمع باختلاف الحال، وذلك إذا كان المتعارضان يمكن حمل أحدهما على حال والآخر على حال أخرى.

- ومثال ذلك في الأدلة: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها بيول ولا غائط، ولكن شرقوا أو غربوا))^(١).

وعن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أنه قال: «ارتقيت فوق ظهر بيت حفصة لبعض حاجتي فرأيت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقضي حاجته مستدبر القبلة مستقبل الشام»^(٢).

فالحديثان متعارضان في حكم استقبال القبلة واستدبارها عند قضاء الحاجة فحرم ذلك الحديث الأول، وأجازة الحديث الثاني، لكن جمع بينهما بحمل النهي في الحديث الأول على حال قضاء الحاجة في الصحراء دون سائر وحمل حديث ابن عمر على حال قضاء الحاجة في البنيان^(٣).

- ومثاله في البيئات: إذا شهدت بيئة للمدعى بالملك وشهدت أخرى للمدعى عليه بالحوز فقط، فإن البيئتين تصدقان معاً؛ لأن الحوز يكون عن ملك وعن غير ملك فأمكن حمل كل واحدة منهما على حال.

وقريب منه الجمع باختلاف الحكم، والجمع باختلاف المحل:

- فمثال الجمع باختلاف الحكم إذا شهدت بيئة أنه طلق زوجته وشهدت أخرى أنه أعتق عبده، فيجمع بين البيئتين وتطلق الزوجة ويعتق العبد؛ لأن الحكمين - وهما الطلاق والعتاق - مختلفان^(٤).

- ومثال الجمع باختلاف المحل:

(١) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (١/٢٤٥)، وصحيح مسلم (١/٢٢٤).

(٢) متفق عليه. صحيح البخاري مع الفتح (١/٢٥٠)، وصحيح مسلم (١/٢٢٥).

(٣) فتح الباري (١/٢٤٥-٢٥٠)، ونيل الأوطار (١/٩٥)، وسبل السلام شرح بلوغ المرام، للصنعاني (١/١٤٧).

(٤) تبصرة الحكام (١/٣٤٤).

إذا شهدت بيّنة أنه طلق زوجته الكبرى وشهدت أخرى أنه طلق الصغرى؛ فإنه يجمع بينهما ويقع طلاق الاثنتين معاً^(١).

المطلب الرابع: الجمع بالتوزيع:

الجمع بالتوزيع وهو قريب من الجمع بالتنويع، إذ معناه: أن يجعل بعض أفراد الحكم ثابتاً بأحد المتعارضين وبعضها منفيّاً بالمعارض الآخر. - ويمكن التمثيل لهذا النوع من الجمع بين الأدلة بما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن حفصة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((من لم يُجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له))^(٢).

وما روي عن عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم كان يدخل على بعض أزواجه فيقول: ((هل من غداء؟))؛ فإن قالوا لا، قال: ((إني صائم))^(٣). فالحديثان متعارضان، حيث دلّ الأول على اشتراط تبييت النية لصحة الصوم، ودل الثاني على عدم اشتراط ذلك، وقد جمع بينهما بحمل حديث ابن عمر - الذي يدل على اشتراط تبييت النية على الصوم الواجب، فيشترط لصحته تبييت النية، ويحمل الحديث الثاني على صوم النافلة فلا يجب له التبييت للنية^(٤).

- ومثال الجمع عن طريق التوزيع في تعارض البيّنات:

إذا تداعى اثنان بستائين أحدهما نخل والآخر كرم وليسا تحت يد أحدهما وشهدت لكل واحد منهما بيّنة أن البساتين ملك له، والبستانان

(١) مواهب الجليل (٦/٢٠٨).

(٢) أخرجه الترمذي وأبو داود والنسائي وأحمد من حديث حفصة، وقال الترمذي: «مرفوعه غريب وسكت عنه أبو داود». سنن الترمذي (٢/١١٧)، وسنن أبي داود (١١/٣٣٠)، وسنن النسائي (٤/١٩٦)، والفتح الرباني ترتيب المسند (٩/٢٧٥).

(٣) أخرجه مسلم (٢/٨٠٨).

(٤) نيل الأوطار (٤/٢٦٩، ٢٧١).

متجاوران، فيجمع بين البيّتين بإعطاء بستان النخل لأحدهما وبستان الكرم للآخر بالقرعة.

- تلك أشهر الطرق التي تسلك للجمع بين الحجج المتعارضة ويتوقف تطبيقها على مدى معرفة المجتهد أو القاضي وللفطنة والذكاء دور كبير في هذا المجال.

وقد يختلف العلماء في نوعية الجمع في المثال الواحد للمتعارضين فيجمع بينهما بطريق غير التي جمع بها غيره بينهما.

إلا أن ذلك بالنسبة للجمع بين البيّنات اختلاف في الاصطلاح لا مشاحة فيه.



الفصلُ السَّادِسُ

دفع التعارض بطريق الترجيح

المبحث الأول: الترجيح بسبب الملك.

المبحث الثاني: الترجيح بزيادة العدالة.

المبحث الثالث: الترجيح بزيادة العدد.

المبحث الرابع: الترجيح بقوة الحجة.

المبحث الخامس: الترجيح بالتاريخ.

المبحث السادس: ترجيح البيّنة المثبتة، أو المتضمنة زيادة، أو الناقلة عن الأصل.

المبحث السابع: ترجيح بيّنة الملك على بيّنة الحوز.

المبحث الثامن: الترجيح باليد.

المبحث التاسع: الترجيح بالقرائن العرفية.

المبحث العاشر: اليمين مع الترجيح.

تمهيد

في تعريف الترجيح وبيان حكمه



الترجيح لغة:

التميل والتغليب مأخوذ من قولهم: رجح الميزان إذا زادت إحدى كفتيه حتى مالت وثقلت.

جاء في «الصحاح»: «رَجَحَ المِيزَانُ يَرْجَحُ وَيَرْجُحُ وَيَرْجُحُ، رُجْحَانًا، أَي مَالًا. وَأَرْجَحْتُ لِفُلَانٍ، وَرَجَّحْتُ تَرْجِيحًا، إِذَا أَعْطَيْتَهُ رَاجِحًا»^(١).

وفي «المصباح المنير»: «ورجحت الشيء بالثقل: فضلته وقويته»^(٢).

فكأن البيئات المتعارضة إذا زادت إحداها في الفضل وقويت مالت ورجحت بغيرها كما تميل إحدى كفتي الميزان إذا ثقلت.

واستعمال الرجحان حقيقة إنما هو في الأعيان الجوهرية ثم استعمل في المعاني مجازاً^(٣).

واصطلاحاً:

«تقوية أحد المتعارضين على الآخر، ليعلم الأقوى فيعمل به ويطرح الآخر»^(٤).

فلا بد من وجود بيئتين فأكثر ليرجح بينهما؛ فإن لم تقم إلا بيئة واحدة فلا حاجة إلى الترجيح، وكذلك لا بد من حصول التعارض بينهما، وألا يمكن الجمع بينهما عند القائلين بأنه لا ترجيح إلا بعد تعذر الجمع^(٥).

(١) الجوهرى (٣٦٤/١) (رجح)، والقاموس المحيط (٢٢٩/١) (رجح).

(٢) المصباح المنير (١٠٠/١) (رجح).

(٣) المعجم الوسيط (٣٢٩/١).

(٤) المحصول في علم أصول الفقه، للرازي (ج ٢ ق ٢ ص ٥٢٩)، والأسنوي على المنهاج (٣/١٥٥)، وشرح الكوكب المنير (ص ٤٢٨)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤١).

(٥) كشف الأسرار (٣/٧٨)، وجواهر الإكليل (ص ٢٤٩)، وشرح الورقات بهامش إرشاد الفحول (ص ١٦٧)، وبلغة السالك (٢/٣٧٣).

وقد اتفق الفقهاء على ترجيح إحدى البيّنات على الأخرى عند التعارض بينها بغض النظر عن كون الترجيح بعد تعذر الجمع أو قبله^(١).
- ولما كانت طرق الترجيح لا تدخل تحت حصر، وتختلف باختلاف الدعوى وموضوعها^(٢)، فسأفرد أهم المرجحات بالبحث والدراسة نظراً؛ لأن البقية تدخل تحتها، وذلك في المباحث الآتية:



(١) بدائع الصنائع (٢٣٢/٦)، ومواهب الجليل (٢٠٨/٦)، وتبصرة الحكام (٣٠٩/١)، واللمع (ص ٨٣)، والمستصفي (٣٩٥/٢)، والمغني (٢٧٦/٩)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٤).
(٢) البحر الرائق (٢٣٧/٧)، والطريقة الواضحة (ص ١٢)، وتبصرة الحكام (٣٠٩/١)، والفروق (٦٢/٤)، والمغني (٢٨٠/٩).

المبحث الأول

الترجيح بسبب الملك

المطلب الأول: ترجيح البيّنة التي ذكرت السبب على التي أطلقت:

- عند تعارض البيّنات وطلب الترجيح بينها بسبب الملك؛ فإن الأمر لا يخلو من حالات ثلاث بالنسبة لذكرها لسبب الملك وعدم ذكرها له:

* الحالة الأولى: ألا تذكر واحدة من البيّنات سبب الملك للشيء المتنازع فيه.

* الحالة الثانية: أن تذكر إحدى البيّتين مثلاً، سبب الملك وتطلق الأخرى.

* الحالة الثالثة: أن تذكر كل من البيّتين سبب الملك، وفي هذه الحالة إما أن يكون السببان مختلفين كسراء وهبة، أو متحدين كأن تقول كل بيّنة: إن المشهود له اشترى.

وسواء أكان السببان مختلفين أم لا؟ فإما أن يُنسب لاثنين أو يُنسب لشخص واحد، ففي الحالة الأولى: وهي عدم ذكر أي من البيّتين سبباً للملك فإنه يبحث عن مرجع آخر غير سبب الملك.

وفي الحالة الثانية: وهي أن ذكرت إحدى البيّتين سبب الملك وأطلقت الأخرى، فترجح التي ذكرت السبب على التي لم تذكره^(١).

(١) بدائع الصنائع (٢٣٢/٦) وما بعدها، وبلغت السالك (٣٧٣/٢)، وتبصرة الحكام (٣١٠/١)، والتاج والإكليل، لمختصر خليل، للمواق بهامش مواهب الجليل (٢٠٧/٦)، والأشباه والنظائر، للسيوطي (ص ٥٠٦)، وحواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي (٣٢٧/١٠)، والفروع، لابن مفلح (٥٤٠/٦)، والمغني (٢٨١/٩)، والطريقة الواضحة إلى البيّنة الراجحة (ص ١٣٥) وما بعدها، وفي رواية للحنبلة أنه لا يرجح بذلك. المغني (٢٨١/٩).

مثال ذلك: إذا شهدت بيّنة بأن هذا ملك لزيد وأطلقت، وشهدت أخرى بأنه ملك لعمر، وبيّنت سبب ملكه بأن قالت نسجه أو كتبه أو ورثه أو نتج عنده أو اصطاده - مثلاً - فإنها تقدم على من أطلقت لزيادتها بيان سبب الملك، فهي تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك^(١).

الحالة الثالثة: وأما إن ذكرت كل بيّنة سبب الملك فذلك ما سيأتي بحثه

في المطلب الثاني:

المطلب الثاني: اختلاف السبب والترجيح بالسبب الأقوى:

للملك أسباب كثيرة منها: الشراء، والهبة، والصدقة، والإرث والنتاج والمهر... وتتفاوت هذه الأسباب قوة وضعفاً كما سيأتي:

وإذا تعارضت بيّتان في ملك، وذكرت كل منهما سببه، فإما أن يكون سبب الملك متحداً كأن تثبت بيّنة أن العين ملك لزيد اشتراها، وتثبت بيّنة أخرى أن العين ملك لعمر واشتراها، أو تقول إحدى البيّتين: إن العين وهبت لزيد، وتقول الأخرى: إنها وهبت لعمر فلا ترجيح بين السببين هنا لاتحادهما إلا إذا كان بمرجح خارج عن ذات السبب^(٢).

وأما إذا كان سبب الملك مختلفاً، فلا يخلو الحال من أحد أمرين:

* الأمر الأول: أن تنسب كل بيّنة سبباً لشخص غير الذي نسبته إليه الأخرى فيعمل بكل بيّنة بغض النظر عن قوة السبب وضعفه.

مثال ذلك:

إذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه اشتراها من فلان، وأقام آخر بيّنة أنها ملكه وهبها له فلان آخر، وقبضها منه وأقام كل منهما البيّنة على دعواه، قضي بالدار بينهما نصفين بغض النظر عن أن البيع أقوى من الهبة.

(٢) مجمع الأنهر (٢/٢٧٦).

(١) المراجع السابقة.

وكذا لو ادعي ثالث أنه ورثها عن أبيه فإنها تقسم بينهم أثلاثاً^(١).

* الأمر الثاني: أن تنسب كل بيثة السبب للشخص نفسه الذي نسبته إليه الأخرى وفي هذه الحالة ينظر إلى الأسباب.

فإن كان بعضها أقوى من بعض قدم الأقوى وحكم لصاحبه، وإن كانت الأسباب متساوية في القوة، عمل بها على قدر الإمكان، أو طلب مرجح آخر.

وفيما يلي بيان مراتب بعض أسباب الملك، والتمثيل لتعارضها مع بيان الحكم حينئذ:

- فالشراء أقوى من الهبة والصدقة؛ لأن الشراء عقد ضمان يوجب الملك في العوضين بنفسه والهبة عقد تبرع لا يوجب الملك إلا بالقبض.
- والرهن وإن كان أضعف من الشراء إلا أنه أقوى من الهبة والصدقة أيضاً؛ لأن الرهن عقد ضمان والهبة والصدقة عقدا تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع؛ ولأن الرهن يثبت بدلين: أحدهما: الشيء المرهون، والثاني: الدين، والهبة لا تثبت إلا بدلاً واحداً وكذلك الصدقة فكان الرهن أقوى منهما.

- والنكاح سبب أقوى من الهبة والصدقة والرهن، فهو كالشراء؛ لأنه يوجب الملك بنفسه.

- وإذا كان الشراء أقوى من كل ما تقدم من الأسباب فإن العتق أقوى منه. لأن العتق لا يحتمل النقض بعد وقوعه بخلاف الشراء.

ولأن العتق ينفرد به المعتق، والشراء لا يتم إلا بالإيجاب والقبول.

ولأن العبد بمجرد العتق يصير قابضاً لنفسه^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٣٩)، ومجمع الأنهر (٢/٢٧٦)، والأصول القضائية، لعلي قراة (ص ٢٣٠، ٢٣١).

(٢) المبسوط، للسرخسي (١٧/٥٩-٦١)، وبدائع الصنائع (٦/٢٣٩)، ومجمع الأنهر (٢/٧٤، ٧٥).

وأما الهبة والصدقة فهما سواء لما تقدم.

فإذا نسبت إحدى البيئتين الملك إلى سبب ونسبته الأخرى إلى سبب آخر عمل بالبيئتين ذات السبب الأقوى، وإن تساوت الأسباب في القوة عمل بالبيئتين معاً بقدر الإمكان... مثال ذلك:

١- ادعى أحدهما الملك بالشراء من فلان وادعى الآخر الملك بالهبة والقبض منه وأقاما بيئتين على ذلك قدمت بيئته الشراء - لما تقدم.

٢- ادعى أحدهما الملك من فلان بالشراء والآخر الملك منه بالصدقة والقبض قدمت بيئته الشراء أيضاً.

٣- ادعى أحدهما شراء عين من فلان وادعى الآخر ارتهانها وقبضها منه قدمت بيئته الشراء كذلك.

٤- ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الهبة أو الصدقة والقبض قدمت بيئته الرهن.

٥- ادعت امرأة أن فلاناً مهرها العين وادعى مدع آخر أن فلاناً ذلك وهبها له أو تصدق بها عليه وقبضها وأقام كل واحد منهما بيئته. قدمت بيئته المهر.

٦- إذا كانت أمة في يد رجل فأقام رجل آخر البيئته على الشراء منه، وأقامت الأمة البيئته على العتق أو التدبير فإن بيئته العتق أو التدبير أولى لما تقدم^(١).

٧- ادعى أحدهما الملك بالهبة والقبض من فلان، وادعى الآخر الملك بالصدقة والقبض من فلان هذا، قضي بينهما نصفين لتساوي الصدقة والهبة في القوة^(٢).

(١) المبسوط، للسرخسي (١٧/٦٠)، والطريقة الواضحة إلى البيئته الراجحة (ص ٢٥، ٩٣).
 (٢) المرجعين السابقين، مجمع الأنهر (٢/٢٧٥)، والأصول القضائية، لقراءة (ص ٢٣٠، ٢٣١).

المطلب الثالث: الترجيح بالنتاج:

النتاج هو: الولادة في الملك^(١)، ويلحق بذلك كل سبب من أسباب الملك لا يتكرر كالنسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة، كنسج الثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن، وجز الصوف، واتخاذ الجبن ونحو ذلك. وأما الأسباب التي تتكرر فلا تلحق بالنتائج وليست في معناه، وذلك مثل البناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب.

وإن أشكل التكرار من عدمه رجع لأهل الخبرة فيه.

فلو تنازع اثنان وادعى أحدهما النتاج أو ما في معناه، ولم يدعه الآخر، وأقام كل منهما بيّنة على صحة دعواه، قدمت بيّنة مدعي النتاج، وإن برهنا معاً على النتاج، ولم تكن العين بيد واحد منهما تساوت البيّتان بالنسبة للنتاج.

وأما إذا كانت بيد واحد منهما وبرهنا معاً على النتاج؛ فإنه يقضي بها لصاحب اليد^(٢).

١- لما رواه جابر بن عبد الله: «أن رجلين تداعيا دابة وأقام كل واحد منهما البيّنة أنها دابته نتجها فقضى بها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي هي في يديه»^(٣).

٢- ولانعدام تصور السبق والتأخير في ملك النتاج؛ لأنه لا يتكرر.

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٣٤).

(٢) المرجع السابق (٦/٢٣٥)، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام، لمنلا خسرو (٢/٣٤٧)، والمبسوط (١٧/٦٤)، ورد المختار (٥/٥٧٥، ٥٧٦)، والبهجة في شرح التحفة (١/١٦٤)، وبلغت السالك (٢/٣٧٣)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص٣٢٣)، والأشبه والنظائر، للسيوطي (ص٥٠٦)، وشرح الشئنة، للبعوي (١٠/١٠٧).

(٣) الشئنة الكبرى، للبيهقي (١٠/٢٥٦)، وسنن الدارقطني (٤/٢٠٩)، وإسناده ضعيف، فيه إسحاق ابن أبي فروة، قال الحافظ ابن حجر: إنه متروك. تقريب التهذيب (١/٥٩).

٣- ولأن التناج لا يحتمل التكرار فبطل الترجيح من وجه آخر فترجح بيّنة صاحب اليد باليد^(١).

وحتى الحنفية القائلون بأن بيّنة صاحب اليد لا تسمع فإنهم استثنوا مسألة التناج هذه، مع أن الأصل عندهم سماع بيّنة الخارج فقط، ولذلك قالوا: ما لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً كغصب أو ودیعة أو إجارة ونحوها فإن ادعى الخارج شيئاً من ذلك قضي له بالعين.

وقالوا أيضاً: إن التناج مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به إلا ما في معناه من كل وجه^(٢)، وضابط ما في معنى التناج عدم التكرار، وقد يختلف باختلاف الأحوال والمنتوجات فيرجع فيه لأهل الخبرة؛ لأنهم أعرف به كما تقدم^(٣).



(١) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٢٥).

(٢) المبسوط (١٧/٦٤)، ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام (٢/٣٤٧)، ورد المحتار (٥/٥٧٥، ٥٧٦).

(٣) مجمع الأنهر (٢/٢٧٩).

المبحث الثاني الترجيح بزيادة العدالة



المطلب الأول: بيان المراد بالعدالة هنا، وبم تكون زيادتها؟

العدالة شرط لقبول الشهادة عند الجمهور، والحنفية يرون أنها شرط يوجب على القاضي الحكم ولكنها ليست شرطاً لقبول الشهادة، وهي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر مع المحافظة على المروءة^(١). والمراد باجتناب الكبائر أن لا تصدر من الإنسان رأساً أو أن تكون قد صدرت منه لكن عرفت توبته منها.

والمحافظة على المروءة المراد بها: المحافظة على فعل المباح الذي يوجب تركه الذم عرفاً، كترك الانتعال للمليء في بلد يُزري ذلك بمثله فيه. وكذلك المحافظة على ترك المباح الذي يوجب فعله الذم عرفاً كالأكل في السوق بالنسبة لمن ليس من أهلها، وفي حانوت الطباخ لغير الغريب، إن كان ذلك عيباً في عُرف أهل ذلك البلد - مثلاً، ولا يضر الفعل النادر لبعض المباحات القادحة؛ لأنه إذا كانت الصغيرة إنما يشترط اتقاؤها في الغالب وعدم الإصرار عليها فأحرى المباح القادح في المروءة^(٢).

والعدالة تختلف من بلد إلى بلد ومن زمن إلى زمن.

فإذا كان البلد لا يوجد فيه من تتوفر فيهم الشروط المذكورة؛ فإن القاضي يقبل أصلح أهل ذلك البلد وأقلهم فجوراً لئلا تضيع المصالح، وإن كان مثلهم لا يقبل في بلد يتوفر فيه العدول.

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٠)، ورد المختار (٥/٤٧٢)، وتبصرة الحكام (١/٢١٦، ٢١٧)، وبلغة السالك (٢/٣٤٨، ٣٤٩)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٦٠)، ومغني

المحتاج (٤/٤٢٧)، والمغني (٩/١٦٧)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٦٠)

(٢) مواهب الجليل (٦/١٥١، ١٥٢)، والبهجة في شرح التحفة (١/٨٦، ٨٧)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠٣)، والمغني (٩/١٦٨، ١٦٩).

ثم إن الإنسان لا يمكن أن يحض الطاعة والمروءة حتى لا يخالطهما غيرهما غالباً وحينئذ فإنه ينظر إلى ما هو أظهر وأغلب من أمره^(١)، ولذلك يقول الشافعي: «ليس من الناس أحد نعلمه إلا أن يكون قليلاً يحض الطاعة والمروءة حتى لا يخلطهما بمعصية، ولا يحض المعصية وترك المروءة حتى لا يخلطها بشيء من الطاعة والمروءة، فإذا كان الأغلب الأظهر من أمره الطاعة والمروءة قبلت شهادته، وإذا كان الأغلب الأظهر من أمره المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته»^(٢).

ومن هنا كان التفاوت في العدالة محتملاً ومظنة الوقوع دائماً؛ لأن الناس يتفاوتون في الطاعة والمروءة في نفس الأمر، وكذلك ما يظهر لنا أنه الأغلب في حقهم، ولكن على القاضي أن يحكم بما يظهر وليس مكلفاً بالبحث عن السرائر.

لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن الوحي قد انقطع وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً آمنناه وقربناه وليس إلينا من سريرته شيء، الله يحاسبه في سريرته، ومن أظهر لنا سوءاً لم نأمنه ولم نصدقه وإن قال: إن سريرته حسنة»^(٣).

وإذا كان الأمر كذلك فإن زيادة العدالة تكون بما يظهر في بعض الشهود من زيادة الورع، والتقوى، والصلاح، والاستقامة، والمروءة^(٤).

(١) تبصرة الحكام (١/٢١٧)، والمحلى، لابن حزم (٩/٣٩٣).

(٢) شرح السنّة، للبعوي (١٠/١٢٧).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٥١).

(٤) انظر: هامش أدب القضاء، لابن أبي الدم، (ص ٧٣٣)، ووسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨١٧).

المطلب الثاني: بيان أقوال العلماء في ترجيح بزيادة العدالة مع الأدلة:

إذا تداعى اثنان شيئاً وأقام كل منهما بيئته وكانت إحدى البيئتين أكثر عدالة بما يظهر فيها من زيادة بعض ما تقدم من الأوصاف كزيادة ورع أو زيادة استقامة... فقد اختلف الفقهاء في الترجيح لذات الزيادة المذكورة على الأخرى - على قولين:

* القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية ومالك في رواية، أن زيادة العدالة لا ترجح إحدى البيئتين المتعارضتين على الأخرى^(١).
واستدلوا لذلك بوجوه منها:

١- أن المعتبر في الشاهد أصل العدالة، ولا حد للأعدلية فلا يقع الترجيح بها^(٢).

٢- أن الشهادة مقدره في الشرع كالدية، فكما أن الدية لا تختلف من شخص إلى آخر ولو اختلف المقتولون سنناً وعدالة... فكذلك الشهادة لا تختلف من عدل إلى آخر، ولو تفاوت الشهود في العدالة^(٣).

٣- ولأنه يلزم من الترجيح بزيادة العدالة، قبول شهادة الشخص الواحد فيما لا يثبت إلا بعدلين، إذا كانت عدالة ذلك الشخص بقوة شخصين ولم

(١) درر الحكام (٣٤٨/٢)، ورد المحتار (٥٧٦/٥)، ومغني المحتاج (٤٨٢/٤)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، والمغني (٢٨٢/٩)، والفروع، لابن مفلح (٥٣٧/٦)، والمحلى، لابن حزم (٤٣٨/٩)، وتبصرة الحكام (٣٠٩/١)، والبيان والتحصيل، لابن رشد (٢٢٨/١٠).

(٢) درر الحكام (٣٤٨/٢).

(٣) تهذيب الفروق (١٠٦/٤)، والمغني (٢٨٣/٩)، والمحلى (٤٣٨/٩)، وحواشي الشرواني والعبادي (٣٣١/١٠).

يقبل بهذا أحد إذ لو شهد أفضل الصحابة بطلاق مثلاً لم يقض به ولو شهد به عدلان من عامة الناس قضى به^(١).

* القول الثاني: للمالكية ورواية للحنابلة: أن زيادة العدالة ترجح إحدى البيئتين على الأخرى فيحكم بها^(٢).

واستدلوا لذلك بوجوه أهمها:

١- أن البيئنة إنما اعتبرت لما تثيره من الظن، والظن في الأعدل أقوى؛ لأن مقيم الأعدل أقرب إلى الصدق فيكون هو المعتبر^(٣).

٢- قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلاهما خبر، فكما أن رواية الأعدل ترجح على رواية غيره، فكذلك شهادة الأعدل ترجح على شهادة غيره^(٤).

المطلب الثالث: الترجيح بين الأقوال:

الذي يظهر لي ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من عدم الترجيح بزيادة العدالة:

- لقوة أدلتهم.

- ولأن الترجيح بزيادة العدالة يؤدي إلى لزوم المقارنة بين البيئات العادلة عند تعارضها والبحث عن أكثرها عدالة، وليس من السهل على القاضي إدراك ذلك في كل المواقف إذ أن العدالة تكون زيادتها بأمور مختلفة، فقد تزيد تلك الأمور كلها في بعض الأوقات في إحدى البيئات، لكنه قد يحصل أن يزيد بعضها في بيئنة، ويزيد بعض آخر في البيئنة

(١) المرجع السابق.

(٢) مواهب الجليل (٢٠٨/٦)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠٠)، وتبصرة الحكام (٣٠٨/١)، والفروق، للقرافي (٦٤/٤)، والمغني (٢٨٢/٩)، والفروع، لابن مفلح (٥٣٧/٦).

(٣) تهذيب الفروق (١٠٦/٤)، والمغني (٢٨٢/٩).

(٤) المرجعان السابقان، الفروق (٦٤/٤).

الأخرى بأن تكون بيّنة أكثر صلاحاً من بعض الوجوه والأخرى أصلح من وجه آخر^(١).

إذ الصلاح أنواع، والمروءة أنواع... ومن هنا يصعب تمييز البيّنة الأعدل فيكون الأولى عدم التفرقة بين البيّتين في الحكم بموجهما بعد توفر العدالة الكاملة الموجبة للحكم.

ويجاب عما استدل به أصحاب القول الثاني بما يلي:

١- قولهم: إن البيّنة إنما اعتبرت لما تثيره من غلبة الظن، والظن في الأعدل أقوى.

يجاب عنه بأن تفاوت قوة الظن هنا بين البيّتين لا اعتبار له لما تقدم من أن المطلوب فيهما مجرد العدالة بحيث لو انفردت إحداها حكم بموجهها فزيادة العدالة في إحداها لا توجب الترجيح.

٢- ويجاب عن قياس الشهادة على الرواية بأن الشهادة تختلف عن الرواية؛ لأن الشهادة حدد الشارع نصابها فيتبع، أما الرواية فلم يُحدد فيها نصاب معين فيعمل فيها بأرجح الظنين^(٢).

وقد اختلف المالكية بعد اعتبارهم زيادة العدالة مرجحة لإحدى البيّتين هل زيادة العدالة كشاهد واحد، أو أنها بمثابة شاهدين فإذا كانت بمثابة شاهد واحد فلا يرجح بها إلا في المال وما يؤول إليه من كل ما يثبت بالشاهد واليمين، لا في غيره مما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح والطلاق والحدود والعتق.

كما يلزم أيضاً من اعتبارها بمثابة شاهد واحد تحليف صاحب البيّنة الراجحة بمقتضى زيادة العدالة.

(١) حاشية العدوي على الخرشي (٧/ ٢٣٠).

(٢) مغني المحتاج (٤/ ٤٨٢)، ووسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨١٨).

والمشهور عندهم أنها بمثابة الشاهد الواحد فكأن البيّتين لما تعارضتا تساقطتا فقامت زيادة العدالة الموجودة في إحداهما مقام العدل الواحد فيكمل النصاب باليمين ويكون الحكم بالشاهد المقدر واليمين، فيما ثبت بهما كالأموال ونحوها^(١).



(١) البهجة في شرح التحفة (١٤٥/٢)، وتبصرة الحكام (٣٠٩/١)، ومواهب الجليل (٢٠٩/٦)، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، للقرافي، السؤال ٣٧ (ص ٢١٧)، الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك (٣٧٣/٢).

المبحث الثالث

الترجيح بزيادة العدد



المطلب الأول: بيان صور زيادة العدد:

إذا حصل التعارض بين بيئتين، وكان عدد الشهود في إحدهما أكثر من الأخرى، فإن تلك الكثرة والزيادة لا تخرج عن إحدى صور ثلاث، اثنتان منهما خارجتان عن محل النزاع، وواحدة هي محل النزاع، وفي هذا المطلب بيان الصورتين الخارجيتين عن محل النزاع.

١- الصورة الأولى:

أن يكون عدد الشهود في كلتا البيئتين المتعارضتين قد بلغ حد التواتر، إلا أنه زاد عدد الشهود في إحدهما على الأخرى، فلا ترجيح بالزيادة هنا لأن البيئتين كل واحدة منها تفيد العلم القطعي فهما بقوة واحدة، ولا يمكن وقوع هذه الصورة لأنها تؤدي إلى أن يكذب اليقين اليقين وذلك محال^(١).

٢- الصورة الثانية:

أن يكون عدد الشهود في إحدى البيئتين قد بلغ حد التواتر ولم يبلغه في الأخرى، فترجع البيئتين المتواترة على غيرها؛ لأن التواتر يفيد اليقين فيترجح على الظن، وقد تقدم أن القطعي لا يعارضه الظني. فالعمل هنا بالزائدة اتفاقاً سواء قلنا إن التعارض حصل فترجح القطعي على الظني أم قلنا إنه لم يحصل تعارض أصلاً وإنما عمل بالمتواترة وألغيت الأخرى^(٢).

(١) المستصفي (٣٩٣/٢)، وإرشاد الفحول (ص ٢٤٢)، ومذكرة الشنقيطي (ص ٣١٦)،

وانظر: وسائل الإنبات، للزحيلي (ص ٨١٢).

(٢) رد المحتار (٥/٥٧٦)، والمجلة العدلية، المادة (١٧٣٢، ١٧٣٣) (ص ٣٥١)، وتبصرة

الحكام (١/٣٠٩)، والبهجة في شرح التحفة (١/١٤٥)، والبيان والتحصيل (١٠/٢٢٨)،

وتحفة المحتاج بهامش حواشي الشرواني والعبادي (١٠/٣٣١).

المطلب الثاني: بيان الخلاف في الصورة الثالثة مع الترجيح:

٣- الصورة الثالثة:

أن لا يبلغ عدد الشهود في واحدة من البيئتين حد التواتر ويكون الشهود في إحدهما أكثر عدداً من الأخرى، وقد اختلف الفقهاء في ترجيح البيئتين ذات العدد الأكثر على قولين:

* القول الأول: أن زيادة عدد الشهود في إحدى البيئتين لا ترجحها على الأخرى، وهذا هو المذهب المشهور عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(١).

واستدلوا لذلك بما يلي:

- ١- أن الشهادة مقدره في الشرع بنصاب معين موجب للحكم فإذا كانت الحجة كاملة من الطرفين، فلا تأثير لزيادة العدد بعد تمام الحجة^(٢).
- ٢- ولأن الترجيح إنما يكون بالقوة لا بالكثرة، فلو أقام أحد المتنازعين شاهدين، والآخر أربعة فهما سواء؛ لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد، وكثرة العلل لا يرجح بها ولكن يرجح بالقوة ولذلك لا ترجح الآية بالآية ولا الخبر بالخبر المساوي له، وإنما يرجح بقوة فيه كأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً... أو يكون أحدهما - كما يقول الحنفية - مفسراً والآخر محتملاً^(٣).

(١) درر الحكام (٣٤٨/٢)، ورد المختار (٥٧٦/٥)، والمجلة العذلية (ص ٣٥١)، المادة (١٧٣٢)، والكافي، لابن عبد البر (٩١٣/٢)، وتبصرة الحكام (٣٠٩/١)، والتاج والإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل (٢٠٧/٦)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، ومغني المحتاج (٤٨٢/٤)، وتحفة المحتاج بهامش حواشي الشرواني والعبادي (٣٣١/١٠)، وشرح السنّة، للبغوي (١٠٨/١٠)، والمغني (٢٨٢/٩)، والفروع، لابن مفلح (٥٣٦/٦).

(٢) مغني المحتاج (٤٨٢/٤)، والمغني (٢٨٣/٩).

(٣) درر الحكام (٣٤٨/٢)، ورد المختار (٥٧٦/٥)، ومجمع الأنهر (٢٨٠/٢).

* القول الثاني: أن زيادة عدد الشهود على النصاب المطلوب في إحدى البيئتين ترجحها على الأخرى، فلو شهد لأحد المتنازعين عدلان وللآخر ثلاثة أو أربعة عدول؛ فإن الأخيرة ترجح على الأولى فيحكم له بموجبها وإلى هذا القول ذهب الحنفية في قول وبعض المالكية والشافعية في القديم والحنابلة في رواية، وذكر ابن حزم أنه مروى عن عطاء، والحسن وعلي بن أبي طالب^(١).

واستدلوا بما يلي:

١- قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلاً منهما إخبار، والرواية ترجح بزيادة العدد وكذلك الشهادة^(٢).

٢- أن العدد كلما كثر كان الظن به أقوى والشهادة إنما اعتبرت لما تفيده من غلبة الظن والعمل بالأقوى واجب، فيجب ترجيح ذات الزيادة؛ لأن الظن بها أقوى والقلب أميل إلى قول الأكثر^(٣).

الترجيح:

بعد استعراض الأقوال وأدلتها يظهر لي - والله أعلم - ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من عدم الترجيح بزيادة العدد في إحدى البيئتين:
- لقوة أدلتهم.

- ولما يترتب على الترجيح بالزيادة من فتح الباب لشهود الزور.

- وكما يقول القرافي: فإنه يفضي إلى كثرة النزاع وطول الخصومات فكلما ترجح جانب أحد الخصمين بمزيد عدد سعى الآخر في زيادة عدد بيئته فتطول الخصومة وتعطل الأحكام^(٤).

(١) مجمع الأنهر (٢/٢٨٠)، وبلغة السالك (٢/٣٧٣)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٩)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، والمغني (٩/٢٨٢)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٦)، والمحلى (٩/٤٣٨).

(٢) مغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والمغني (٩/٢٨٢)، ووسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨١٣).

(٣) مجمع الأنهر (٢/٢٨٠)، والمغني (٩/٢٨٢).

(٤) الفروق (٤/٦٥).

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيكفي في الجواب عنه ما تقدم في جواب أدلة القول بالترجيح بزيادة العدالة.



المبحث الرابع الترجيح بقوة الحجة



تمهيد:

تفاوت وسائل الإثبات قوة وضعفاً، فالإقرار سيدها وهو والشهادة أقوى من القرائن، وعلم القاضي أقوى من الجميع بالنسبة للقاضي نفسه، وقد سبقت الإشارة إلى أن التعارض بين الوسائل التي لم تكن في درجة واحدة من القوة شكلي لا حقيقي ويسمى تعارضاً بالنسبة لما يحصل للنظر في أول نظرة، ثم بعدما يرجح الأقوى ويلغى الأضعف يزول ذلك التعارض ولا شك أن قوة الحجة سبب للترجيح في الجملة.

غير أن الفقهاء لم يتفقوا على التفاوت المذكور في بعض الوسائل فنشأ عن ذلك اختلافهم في ترجيح بعضها على بعض عندما يقع التعارض بينها. -ومن الأمثلة على ذلك: اختلافهم في ترجيح الشاهدين على الرجل والمرأتين، وفي ترجيح الشاهدين أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين فمن اعتبر هذه الوسائل في قوة واحدة لم يرجح بعضها على بعض، ومن اعتبرها متفاوتة رجح الأقوى منها على الأضعف وبيان ذلك في المطلبين الآتين:

المطلب الأول: ترجيح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين:

- إذا تنازع اثنان فشهد لأحدهما رجلان وشهد للآخر رجل وامرأتان، فيما تجوز فيه شهادتهما - فقد اختلف الفقهاء في ترجيح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين على قولين:

* القول الأول: لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين وهما بمنزلة واحدة من القوة، وهذا قول الحنفية وبعض المالكية، وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة^(١).

واستدلوا لذلك بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإن الله تعالى خير المستشهد بين أن يشهد رجلين أو رجلاً وامرأتين فمن أشهد منهما فهو حجة، فلو شهد رجلان بحق لطرف وشهد رجل وامرأتان بذلك الحق لطرف آخر فإنه لا فرق بين الشهادتين لمساواة القرآن بينهما^(٢).

* القول الثاني: إن الشاهدين يرجحان على الشاهد والمرأتين، ذهب إلى ذلك جمهور المالكية، وهو قول للشافعية، ووجه للحنابلة^(٣).

واشترط المالكية أن لا يكون الرجل الذي مع المرأتين أعدل من الشاهدين فإن كان أعدل منهما ترجحت شهادة الرجل والمرأتين^(٤).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- بالآية السابقة: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ حيث جعل الله سبحانه وتعالى مرتبة الرجل والمرأتين، عند عدم وجود الشاهدين، ولذلك

(١) معين الحكام (ص ٩١، ٩٢)، وأحكام القرآن، للجصاص (١/٥٠١)، وبلغة السالك (٢/٣٧٣)، وتبصرة الحكام (١/٣١٠)، والتاج والإكليل (٦/٢٠٨)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٧)، والمغني (٩/٢٨٣).

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٢٥٢)، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٣/٣٩١)، وروح المعاني، للألوسي (٣/٥٨).

(٣) تبصرة الحكام (١/٣١٠)، وبلغة السالك (٢/٣٧٣)، والتاج والإكليل (٦/٢٠٨)، والخرشي (٧/٢٣٠، ٢٣١)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٧).

(٤) بلغة السالك (٢/٣٧٣)، والتاج والإكليل (٦/٢٠٨)، والخرشي (٧/٢٣١).

كانت شهادة الرجلين أصلاً، وشهادة الرجل والمرأتين فرعاً، ولا يلجأ إلى الفرع إلا عند فقد الأصل^(١).

٢- ولأن الرجلين يثبت بهما ما لا يثبت بالرجل والمرأتين، ويوثق بقولهما أكثر فكانت شهادتهما أقوى، فترجح على شهادة الرجل والمرأتين^(٢).

الترجيح:

ولعل الراجح ما ذهب إليه جمهور المذاهب من عدم ترجيح بيّنة الرجلين على بيّنة الرجل والمرأتين؛ لأن كلاً من البيّتين حجة كاملة ووسيلة للإثبات بالاتفاق، وكل منهما حجة في المال فإذا اجتمعتا وتعارضتا، فلا وجه لترجيح إحداهما على الأخرى إلا بمرجح^(٣).

وأما استدلال أصحاب القول الثاني بالآية وقولهم: إن الرجل والمرأتين لا يشهدان إلا عند عدم وجود رجلين... فكانت شهادتهما فرعاً... فقد أجاب عنه ابن العربي، وهو من المالكية المستدلين بالآية على ترجيح الرجلين على الرجل والمرأتين. فقال: «قال علماؤنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾. من ألفاظ الإبدال فكان ظاهره يقتضي أن لا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم شهادة الرجال كحكم سائر أبدال الشريعة مع مبدلاتها، وهذا ليس كما زعموه ولو أراد ربنا ذلك لقال فإن لم يوجد رجلان فرجل، فأما وقد قال: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا﴾ فهذا يتناول حالة الوجود والعدم^(٤).

(١) الجامع لأحكام القرآن (٣/٣٩١)، والخرشي (٧/٢٣١).

(٢) مغني المحتاج (٤/٤٨٢).

(٣) تحفة المحتاج (١٠/٣٣١)، والمغني (٩/٢٨٣).

(٤) أحكام القرآن، له (١/٢٥٢).

المطلب الثاني: في ترجيح الشاهدين أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين:

إذا تنازع اثنان فشهد لأحدهما رجلان أو رجل وامرأتان وشهد للآخر رجل مع يمينه، فقد اختلف الفقهاء في ترجيح الرجلين والرجل والمرأتين، على الشاهد واليمين على قولين:

* القول الأول: أن بيّنة الشاهدين والشاهد والمرأتين أقوى من بيّنة الشاهد واليمين، فترجحان عليها.

وإليه ذهب المالكية والشافعية في الأظهر عندهم، والحنابلة في الوجه الأصح أيضاً، والحنفية لا يعتبرون الشاهد واليمين بيّنة أصلاً^(١).

واحتج أصحاب هذا القول بما يلي:

١- أن الشاهد واليمين مختلف في الإثبات بهما، وشهادة الرجلين والرجل والمرأتين معتبرتان إجماعاً^(٢).

٢- ولأن اليمين قوله لنفسه فتوجه إليها التهمة، وشهادة الأجنبيين بيّنة كاملة فوجب تقديمها^(٣).

* القول الثاني: لا ترجح بيّنة الشاهدين أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين وهما متساويتان في القوة، وهو قول للشافعية ووجه للحنابلة^(٤) -

(١) أحكام القرآن، للجصاص (١/٥٠١)، والخرشي (٧/٢٣٠، ٢٣١)، وتهذيب الفروق (٤/١٠٧)، وتبصرة الحكام (١/٣١٠)، وتحفة المحتاج (١٠/٣٣١)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، والمغني (٩/٢٨٣)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٧).

(٢) تبصرة الحكام (١٠/٣٣١)، والمغني (٩/٢٨٣).

(٣) المغني (٩/٢٨٣)، ووسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨١٦).

(٤) أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٧)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والمغني (٩/٢٨٣)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٧).

لأن كل بيّنة من البيّنات الثلاث حجة في المال لو انفردت، فاستوى العمل بها في إثبات المال^(١).

والراجع - والله أعلم - القول الأول بترجيح الشاهدين والرجل والمرأتين على الشاهد واليمين - لما تقدم من التعليل ولاختلافهما في القوة إذ إن حجة الشاهد واليمين ناقصة يلجأ إليها في الاضطرار بخلاف الأخرى.



(١) مغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والمغني (٩/٢٨٣).

المبحث الخامس الترجيح بالتاريخ

المطلب الأول: ترجيح البيئنة المؤرخة على البيئنة المطلقة:

لو ادعى اثنان ملك عين - لا يد لأحدهما عليها - وأقام أحدهما بيئنة وذكرت تاريخ الملك وأقام الآخر بيئنة ذكرت الملك فقط دون التاريخ، فقد اختلف الفقهاء هل ترجح البيئنة التي ذكرت التاريخ أو ترجح التي أطلقت ولم تذكر تاريخاً؟ أو أنهما تتساويان فيتحقق التعارض أو يوجد مرجح آخر غير ذكر التاريخ؟

وذلك على قولين:

* القول الأول: للحنفية والمالكية وهو قول مرجوح للشافعية ورواية للحنابلة: أن البيئنة المؤرخة تقدم على البيئنة المطلقة^(١).

واشترط الحنفية أن يكون انتقال الملك إلى المدعين مسنداً إلى شخص واحد أما لو كان من شخصين كرجلين أقام كل منهما البيئنة على الشراء من آخر ووقت إحداهما ولم توقت الأخرى؛ فإنه يقضي بقسم المدعى بينهما؛ لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم ملك لجواز أن تكون الأخرى أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً فإنهما قد اتفقا على أن الملك منه ببيعه وأنه أمر حادث، وقد ظهر بالتاريخ أن صاحبة الوقت أسبق ولا تاريخ مع الأخرى والشراء أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكانت صاحبة التاريخ أولى^(٢).

(١) درر الحكام (٢/٣٤٥)، والمبسوط (١٧/٥٧، ٥٨)، ومجمع الأنهر (٢/٢٨٠)، والخرشي (٧/٢٣٠)، والفروق (٤/٦٢)، والبهجة في شرح التحفة (١/١٤٦)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٧).

(٢) مجمع الأنهر (٢/٢٨٠)، وبدائع الصنائع (٦/٢٣٣)، والمبسوط (١٧/٥٧، ٥٨).

* القول الثاني: وهو المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة لا فرق بين المؤرخة وغيرها فمجرد التاريخ ليس بمرجح لاحتمال أن البيئة المطلقة لو استفسرت فسرت بتاريخ أقدم من تاريخ الأخرى^(١).
الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - أن ترجيح البيئة المؤرخة أولى وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأنها أثبتت الملك في وقت معين فأصبح متيقناً والأخرى يحتمل أن تكون قبلها أو بعدها، والعمل بالمتيقن أولى من العمل بالمظنون. ولأن المؤرخة تضمنت زيادة علم وهو ذكر السبب وتاريخه، والأخرى خفي عليها ذلك.

المطلب الثاني: الترجيح بتقديم التاريخ:

إذا تعارضت بيئتان مؤرختان وكان تاريخ إحداهما أقدم من تاريخ الأخرى كأن يقيم أحد المتنازعين بيئة أن العين ملكه منذ سنة، ويقيم الآخر بيئة أنها ملكه منذ شهر مثلاً فهل يحكم لأسبقهما تاريخاً أو يسقط اعتبار تقدم التاريخ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

* القول الأول: للحنفية والمالكية والأظهر من مذهب الشافعية ورواية عن الحنابلة: ترجح أسبق البيئتين تاريخاً؛ لأنها تثبت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى، وفي وقت تعارضها فيه الأخرى فتساقطان في محل التعارض ويثبت موجبها فيما قبل محل التعارض، فيبقى استصحاب الحال لصاحبة التاريخ الأقدم خالياً عن التعارض^(٢).

(١) أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٣٦)، وتحفة المحتاج (١٠/٣٣٢)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، والمغني (٩/٢٨٢)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٨).

(٢) المبسوط (١٧/٥٧)، ومجمع الأنهر (٢/٢٨٠)، ودرر الحكام (٢/٣٤٥)، والخرشي (٧/٢٣٠)، وتبصرة الحكام (١/٣١٠)، والبهجة في شرح التحفة (١/١٤٥)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٢٢، ٣٢٣)، والمغني (٩/٢٨٢)، وكشاف القناع (٦/٣٩٢).

* القول الثاني: وهو أحد قولي الشافعية ورواية أخرى عن الحنابلة هي المذهب: أنه لا يعتبر تقدم التاريخ مرجحاً لبيّنة على أخرى؛ لأن القصد من البيّنة إثبات الملك في الحال وهما متساويتان في ذلك، ولأن متأخرة التاريخ شهدت بملك أحدث مما شهدت به الأولى والأصل أن الحادث يضاف لأقرب أوقاته فإذا لم ترجح على متقدمة التاريخ فلا أقل من التساوي^(١).

الترجيح:

الراجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من ترجيح البيّنة الأسبق تاريخاً على متأخرة التاريخ لقوة ما سبق من التعليل؛ ولأنها أثبتت الملك للأقدم بدون معارض فأصبح متيقناً واليقين لا يرتفع إلا بيقين، وكذلك فإن الأصل بقاء ما كان على ما كان فيبقى الحكم مستصحباً للأول منهما. وقول المخالفين: إن القصد من البيّتين إثبات الملك في الحال وهما متساويتان فيه.

يجاب عنه بأن البيّتين تساوتا في إثبات الملك في الحال.

ولكن متقدمة التاريخ اختصت عن الأخرى بزيادة هي أنها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى.

وقولهم: إن الأصل في الحادث إضافته لأقرب أوقاته.

يجاب عنه بأن القاعدة ليست على إطلاقها، فقد يضاف لا بعد أوقاته لسبب من الأسباب كما هنا.



(١) مغني المحتاج (٤/٤٨٢)، أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٢٢، ٣٢٣)، والمغني (٩/٢٨٢)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٨).

المبحث السادس

ترجيح البيِّنة المثبتة، أو المتضمنة زيادة، أو الناقلة عن
الأصل

المطلب الأول: ترجيح البيِّنة المثبتة على النافية:

إذا تعارضت بيئتان إحداهما مثبتة والأخرى نافية؛ كأن تشهد إحداهما بشيء أنه كان، وتشهد الأخرى أنه لم يكن؛ فإن المثبتة تقدم على النافية^(١).
مثال ذلك:

إذا شهد شاهدان أن زيداً قضى فلاناً دينه وشهد آخران أنه لم يقضه، أو شهدا أنه لم يقذفه، أو لم يقر له، وشهد آخران أنه قذفه أو أقر له، أو شهد أنه لم يطلق وشهد آخران أنهم سمعوه يطلق... فالشهادة في مثل هذا شهادة من أثبت لا شهادة من نفي.

وكذلك إذا شهدت إحدى البيئتين بحوز الرهن وشهدت الأخرى بعدم الحوز؛ فإن الشاهدة بالحوز تقدم^(٢).

ويدل لتقديم بيئته الإثبات على بيئته النفي ما يلي:

١- ما جاء في الحديث: «أن بلالاً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أخبر بأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلى في الكعبة».

وقال الفضل: «لم يصل»، فأخذ الناس بشهادة بلال^(٣).

(١) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (٢/٢٠٠)، وتهذيب الفروق (٤/١٠٩)، وفتح الباري

(٥/٢٥٠)، وحاشية الشيخ سليمان آل الشيخ على المقنع (٤/٣١٠).

(٢) الكافي، لابن عبد البر (٢/٩١١، ٩١٢).

(٣) أخرجه البخاري بهذا اللفظ معلقاً. صحيح البخاري مع الفتح (٥/٢٥٠)، وحديث بلال

أخرجه مرفوعاً من حديث ابن عمر بلفظ: «كان -أي: ابن عمر- يتوخى المكان الذي

أخبره بلال أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلى فيه». صحيح البخاري مع الفتح (٣/٤٦٧).

وقد ترجم له البخاري بقوله: «باب إذا شهد شاهد أو شهود بشيء وقال آخرون ما علمنا بذلك يحكم بقول من شهد»^(١).

٢- ولأن البيّنات شرعت في الأصل للإثبات^(٢).

٣- ولأن مع البيّنة المثبتة زيادة اطلاع وعلم لم تكن مع الأخرى^(٣).

المطلب الثاني: ترجيح البيّنة المتضمنة للزيادة:

إذا كان التنازع في أمر من الأمور التي تحتمل الزيادة والنقصان أو الكثرة والقلة؛ كالتنازع في قدر البيع أو في قدر الثمن أو في قدر المهر، أو في مقدار الأجل... ونحو ذلك.

وأحضر كل من المتنازعين بيّنة تشهد له بصالحه، بأن كانت بيّنة البائع تثبت أن الثمن مقداره ألف، وبيّنة المشتري تثبت أنه خمسمائة، أو كانت بيّنة المشتري تثبت أن المبيع سيارتان، وبيّنة البائع تثبت أنه سيارة واحدة، أو أثبتت بيّنة الزوج بأن المهر مقداره مائة، وأثبتت بيّنة الزوجة أكثر من ذلك أو كان الدائن يثبت أن الأجل شهر ويثبت المدين أنه شهران، ففي مثل هذه الحالات تتفق البيّتان على قدر معين وتزيد إحداهما على الأخرى بإثبات مقدار تختص به عنها.

وقد اختلف الفقهاء هل تقدم البيّنة ذات الزيادة أو يعمل بالبيّتين فيما اتفقتا عليه فقط وتلغى الزيادة على قولين:

* القول الأول: أن بيّنة الزيادة تقدم على غيرها، وإليه ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية^(٤) وحجتهم في ذلك:

(١) صحيح البخاري مع الفتح (٥/ ٢٥٠).

(٢) الأصول القضائية، لعلي قراة (ص ٢٣٣).

(٣) الفروق (٤/ ٦٢)، وإرشاد الفحول (٢٤٦).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٢٤١)، ومجلة الأحكام العدلية (ص ٣٥٩)، المادة (١٧٦٢)، ومواهب

الجليل (٦/ ٢٠٨)، وفتح الباري (٥/ ٢٥١)، ونهاية المحتاج (٨/ ٣٤٦).

أ- أن البيِّنة التي شهدت بالزيادة أثبتت وحفظت ما أغفلته الأخرى أو نسيتها، فهي أحق بالتصديق^(١).

ب- «ولأن بيِّنة الزيادة لا معارض لها في القدر الزائد فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض، ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي، فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة»^(٢).

* القول الثاني: أنه يثبت ما اتفقت عليه البيِّتان وتلغى الزيادة التي انفردت بها إحداهما وإليه ذهب الحنابلة^(٣)، وحجتهم في ذلك: أن البيِّتين اتفقتا على الأقل، وتعارضتا في الزيادة فيعمل بهما فيما اتفقتا فيه، ويلغى ما تعارضتا فيه^(٤).

والراجع- والله أعلم- القول الأول بأن بيِّنة الزيادة تقدم لأن الزيادة التي اختصت بها إحدى البيِّتين لا تخلو من أحد احتمالين.

الاحتمال الأول: أن تكون البيِّنة المعارضة لم تتعرض للقدر الزائد بنفي، وفي هذه الحالة؛ كأن التي أثبتت الزيادة شهدت بها دون معارض لها.

الاحتمال الثاني: أن تكون البيِّنة المعارضة قد نفت ذلك القدر الزائد، فيكون من باب تعارض بيِّنة النفي وبيِّنة الإثبات، وتقدم أن البيِّنة المثبتة تقدم على النافية.

أما التعليل بأن البيِّتين اتفقتا على الأقل وانفردت إحداهما بالزيادة فلا يعمل بهما إلا فيما اتفقتا عليه... فقد أجاب عنه ابن حجر بأن سكوت إحدى البيِّتين عن الزيادة في حكم نفيها لها، والإثبات مقدم على النفي^(٥).

(١) البيان والتحصيل (١٠/٨٨)، وفتح الباري (٥/٢٥١).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٤١).

(٣) المغني (٩/٢٦٤، ٢٦٥)، والشرح الكبير (٦/٣٣٨).

(٤) المرجعان السابقان. (٥) فتح الباري (٥/٢٥١).

المطلب الثالث: ترجيح البيئنة الناقلة عن الأصل على المستصحبة له:

لما كانت البيئات شرعت في الأصل للإثبات، وكانت بيئنة من يدعي خلاف الظاهر هي التي تسمع، قالوا: تقدم البيئنة التي تثبت انتقال الشيء عن أصله وترجح على التي تثبت بقاءه عليه، وجعلوه أصلاً يستعمل في ترجيح البيئات^(١). مثال ذلك:

١- أن تشهد بيئنة أن هذه الدار ملك لزيد بناها منذ مدة لا يعلمونها خرجت عن ملكه، وتشهد بيئنة أخرى أنها لعمر و اشتراها من زيد، فإن البيئنة التي تثبت انتقال ملك الدار من زيد إلى عمر و تقدم لأنها علمت وأثبتت ما لم تعلمه الأخرى وما لم تثبته^(٢).

٢- إذا مات رجل عرف أصل دينه عن ابنين أحدهما مسلم والآخر نصراني فأقام المسلم بيئنة على أنه مات مسلماً، وأقام النصراني بيئنة على أنه مات نصرانياً فإن البيئنة الناقلة عن الأصل تقدم؛ فإن علم أن الأب كان نصرانياً قدمت بيئنة المسلم، وإن علم أنه كان مسلماً قدمت بيئنة النصراني^(٣). ومن هذا الأصل تقديم بيئنة الإكراه على بيئنة الطوع، فبيئنة الإكراه ناقلة عن الأصل لأن الأصل في أفعال الناس الطوعية، فمن شهدت بالطوعية فقد شهدت بالأصل ومن شهدت بالإكراه فهي ناقلة عنه^(٤).

وكذلك من هذا الأصل تقديم الجرح على التعديل^(٥).

(١) تبصرة الحكام (٣١١/١)، والتاج والإكليل (٢١٠/٦)، ومغني المحتاج (٤٨٦/٤)، والمغني (٣١٣/٩).

(٢) البهجة في شرح التحفة (١٤٧/١)، وتبصرة الحكام (٣١١/١).

(٣) مغني المحتاج (٤٨٦/٤)، والمغني (٣١٣/٩).

(٤) البهجة في شرح التحفة (١٤٧/١)، ومغني المحتاج (٤٨٦/٤)، وملجأ القضاة عند تعارض البيئات (اللوحة ٩٢) مخطوط رقم (٣٩) بمكتبة جامعة الإمام، الرياض.

(٥) الأصول الفضايلة، لعلي قراعة (ص ٢٣٥).

المبحث السابع

ترجيح بيّنة الملك على بيّنة الحوز



إذا تنازع اثنان في عين هي بحوزة أحدهما، وشهدت للمدعي بيّنة بأن العين ملكه، وشهدت لمن بيده العين بيّنة أنها بحوزته، ففي هذه الحالة لم يتحقق التعارض بين البيّنتين في الحقيقة لعدم التنافي بين ما شهدت به كل منهما، إذ أن إحداهما تشهد بالملك، والأخرى تشهد بالحوز فقط، والحوز قد يكون عن أمانة، أو عن إجارة أو عن إعارة، أو عن غصب... إلخ.

وإنما أوردت تعارض الملك والحوز في بحث الترجيح - وإن كان الترجيح لا يلجأ إليه إلا عند تحقق التعارض - لأن المراد بالتعارض الذي نحن بصدد بحثه ما يخيل للناظر في أول نظرة، وما دام النزاع قد حصل وأقام كل طرف بيّنة لصالحه فلا بد من النظر في مضمون كل من البيّتين، والموازنة بينهما... ثم العمل بهما معاً، أو الترجيح بينهما، والعمل بالراجحة وإلغاء المرجوحة، وفي حالة شهادة إحدى البيّتين بالملك والأخرى بالحوز؛ فإنهما تصدقان فيما شهدتا به ويكون العمل ببيّنة الملك فيحكم بها، ولا يستلزم ذلك تكذيب بيّنة الحوز؛ لأن الحوز قد يكون عن غير ملك، كما تقدم^(١). مثال ذلك:

إذا تداعى رجلان داراً، وأقام أحدهما بيّنة على الحوز، وأقام الآخر بيّنة على الملك، فإن البيّنة التي شهدت بالملك يحكم بمقتضاها^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٢٤٢/٦)، والمبسوط (٥٤/١٧)، وتبصرة الحكام (٣١١/١)، ومواهب الجليل (٢١٠/٦)، والتاج والإكليل (٢١٠/٦)، وتحفة المحتاج (٣٢٨/١٠)، والمغني (٢٧٩/٩)، والفروع، لابن مفلح (٥٣٧/٦).

(٢) المراجع السابقة، وانظر: شرح أدب القاضي للخفاف، للصدر الشهيد (٥٣٦/٤).

المبحث الثامن

الترجيح باليد



تمهيد:

المراد باليد: حيازة الشيء والتصرف فيه.

- جاء في مجلة الأحكام العدلية: «ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل، أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك»^(١).

واليد المعتبرة هنا هي التي جهل أصلها أو علم أنها بحق، أما إذا علم أنها بطريق تقتضي عدم الملك كالغصب أو العارية أو غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ملك فإنها لا تكون مرجحة البتة^(٢).

ووضع اليد يختلف حسب اختلاف الأشياء الموضوعه عليها، فيكون في الدار مثلاً بسكناها أو حوز المفتاح مع القدرة على التصرف، وفي النقود بقبضها باليد أو وضعها في الجيب أو الصندوق... وفي المرأة مثلاً - دخولها مع الرجل إلى بيت واحد، أو تمكنه من الدخول بها^(٣).

ثم إن الترجيح باليد من أوسع المرجحات نطاقاً وأكثرها صوراً؛ بل إنه قلما يخلو نزاع في عين من دخول هذا المرجح فيه من قريب أو من بعيد، إلا أن الترجيح باليد ضعيف في مقابل غيره من المرجحات الأخرى، ولذلك لا يلجأ إلى الترجيح باليد إلا إذا لم يوجد مرجح أصلاً^(٤).

(١) المجلة (ص ٣٣٩م) (١٦٧٩م)، وليس المراد كونه في تصرفه حال المحاكمة خاصة؛ بل سواء كان حال المحاكمة أو قبلها فمن أحدث يده على عقار في يد غيره أو رأى شيئاً في يد غيره فأخذه على أنه ملكه لم يصر بهذا ذا يد. انظر: الطريقة الواضحة (ص ٥، ٦).

(٢) الفروق (٤/٧٨)، وتهذيب الفروق (٤/١٣٠). (٣) تكملة فتح القدير (٨/٢٤٩).

(٤) البهجة في شرح التحفة (١/١٤٦)، وبصيرة الحكام (١/٣٠٩).

وإني سأذكر ما أرى الحاجة ماسة لذكره من الصور المحتملة للتعارض تاركاً استيفاء صور اليد الأخرى للكتب المطولة، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان الحالات المحتملة بالنسبة لليد:

تنقسم الدعوى إلى ثلاثة أقسام:

أ- دعوى عين في يد.

ب- دعوى مال في ذمة.

ج- دعوى حقوق شرعية كنكاح، وحد قذف وقصاص وحق شفعة...

وغير ذلك، والقسم الأول هو الذي يكون فيه الترجيح باليد^(١).

ولليد أهمية كبيرة في معرفة المدعي من المدعى عليه لتكليف كل منهما بنصيبه من عبء الإثبات، فمن يضع يده على الشيء المتنازع فيه هو المدعى عليه والأصل أنه غير مطالب بالبيّنة وإنما عليه اليمين، ومن يدعي الشيء ولا يد له عليه هو المدعي وعليه البيّنة.

ويستعمل الفقهاء في التعارض والترجيح مصطلحي الخارج والداخل

ويعنون بالخارج المدعي وبالداخل صاحب اليد.

وقد تكون يد كل من المتنازعين على الشيء المتنازع فيه فيكونان

داخليين، وقد يكون المتنازعين لا يد لواحد منهما عليه فيصبحان خارجين،

فتكون الحالات المحتملة بالنسبة لليد ما يلي:

* الحالة الأولى: أن تكون يد أحد المتنازعين على العين والآخر لا يد

له عليها.

* الحالة الثانية: أن تكون العين بيديهما معاً.

* الحالة الثالثة: أن تكون العين لا يد لواحد منهما عليها^(٢).

(١) أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ١٩٠).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٣٣)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٨، ٣٠٩)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠،

٤٨١)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٣١٦) وما بعدها.

وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن تكون العين في فلاة، أو في يد غيرهما وإن كانت في يد غيرهما، فإما أن ينكر دعوتهما أو يقر لهما معاً أو يقر لإحدهما دون الآخر، فما الحكم في كل حالة من هذه الحالات إذا أحضر كل واحد من المتنازعين بيّنة تثبت صدق دعواه، ولا مرجع غير اليد؟
الجواب:

أنه في حالة كون العين في يدهما معاً أو في فلاة، أو في يد غيرهما ينكرهما أو يقر لهما معاً، يتحقق التعارض - وسيأتي بحث هذه الحالات في فصل العمل عن تعذر الترجيح.
أما إذا تعارضت البيّتان والعين بيد أحدهما دون الآخر، أو بيد غيرهما وأقر لواحد منهما - فهل ترجح بيّنة صاحب اليد باليد، وهل ترجح بيّنة من أقر له من هي في يده بذلك الإقرار؟
هذا ما سيأتي بيانه في المطلبين الآتين:

المطلب الثاني: تعارض بيّنة الخارج مع بيّنة الداخل:

إذا ادعى شخص عيناً في يد آخر وأقام بيّنة أنها ملكه وادعاها صاحب اليد وأقام بيّنة أنها ملكه ولم يكن هناك مرجح غير اليد، فهل يحكم بالعين للخارج أو يحكم بها لصاحب اليد (الداخل)؟
* القول الأول: أن بيّنة الخارج أولى، ولا تسمع بيّنة الداخل وإنما عليه اليمين - ذهب إلى ذلك الحنفية، والحنابلة في المشهور عندهم، والظاهرية وعبد الملك من المالكية^(١).

واستدلوا بما يلي:

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٣٢)، ودرر الحكام (٢/٢٤٤)، والمغني (٩/٢٧٥)، والفروع (٦/٥٣٥)، والمحلى (٩/٤٣٦)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٩)، واستثنى الحنفية مسألة التنازع ونحوه، وحالة ما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق. بدائع الصنائع (٦/٢٣٣).

١- ما روي عن ابن عباس أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه))^(١).

وجه الدلالة منه: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل اليمين على المدعى عليه وهو الداخل، ولم يجعل له البيّنة أصلاً، فلا عبرة ببيّنته؛ لأنها غير مطلوبة منه^(٢).

٢- والحديث: ((البيّنة على المدعي واليمين على من أنكرك))^(٣).

ووجه الدلالة منه: أنه جعل جنس البيّنة على المدعي، ولم يجعل على المدعى عليه إلا اليمين فلا تسمع بيّنته^(٤).

٣- وبقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في قصة الحضرمي والكندي: ((بيّنتك أو يمينه))... ((ليس لك منه إلا ذلك))^(٥).

ووجه الدلالة منه: أنه أثبت البيّنة للمدعي، واليمين للمدعى عليه، ونفى غير ذلك فدل على أنه لا يلتفت إلى بيّنة المدعى عليه لأنه لم يكلف بها أصلاً^(٦).

٤- ولأن بيّنة الخارج أظهرت له سبق اليد؛ لأنهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق إلا بعلمهم ولا يحصل العلم بالملك إلا بدليله، وهو اليد، فإذا شهدوا للخارج، فقد أثبتوا كون المال في يده، وكون المال في يد ذي اليد ثابت في الحال فكانت يد الخارج سابقة، فكان القضاء بها أولى^(٧).

(١) سبق تخريجه في (ص ٧).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٣٢).

(٣) سبق تخريجه في (ص ٧).

(٤) المغني (٩/٢٧٦).

(٥) سبق تخريجه في (ص ١٣٠).

(٦) بدائع الصنائع (٦/٢٣٢)، والمحلى (٩/٤٣٦).

(٧) بدائع الصنائع (٦/٢٣٢).

* القول الثاني: أن بينة الداخل (صاحب اليد) تقدم على بينة الخارج (المدعي) لأنها ترجحت باليد^(١)، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية وأحمد في رواية^(٢).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- ما رواه جابر بن عبد الله: «أن رجلين تداخيا دابة، وأقام كل واحد منهما البيّنة أنها دابته نتجها فقضى بها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي هي في يديه»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث: أن البيّتين تعارضتا في الملك والنتاج فكان وجود الدابة في يد أحد المتنازعين مقوياً لجانبه، فوجب إبقاء يده على ما فيها كما لو لم تكن لواحد منهما بيّنة^(٤).

٢- قياس البيّتين على الخبرين اللذين مع أحدهما قياس، فإذا تعارض خبران وكان مع أحدهما قياس فإنه يقدم، فكذلك إذا تعارضت بيّتان وكانت اليد تشهد لإحدهما فإنها تقدم^(٥).

٣- ولأن اليد مرجحة لجانب صاحبها في حالة ما لو لم يكن هناك بيّنة فكذلك ترجح جانبه في حالة تعادل البيّتين^(٦).

(١) بعض أصحاب هذا القول يرى أن صاحب اليد أصبح مدعياً لأن بينته لا تسمع إلا بعد سماع بيّنة الخارج، وحينئذ يضعف جانبه فتكون البيّنة مشروعة في حقه فترجح بينته باليد، وبعضهم يرى أن البيّتين لما تعارضتا تساقطتا فبقي الشيء بيد حائزته، ولذلك قالوا: إنما يرجح باليد إذا لم يوجد مرجع أصلاً، فإن وجد ما يرجح بيّنة الخارج من زيادة علم كذكر سبب الملك ونحوه وكانت بيّنة ذي اليد مطلقة فإنهم يقدمون بيّنة الخارج. انظر: البهجة في شرح التحفة (١/١٤٦)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٩)، ومغني المحتاج (٤/٤٨١)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (٢٩٧، ٢٩٨).

(٢) تبصرة الحكام (١/٣٠٩)، وتهذيب الفروق (٤/١٠٧)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٢٩٧)، وشرح السنّة، للبخاري (١٠/١٠٧)، والمغني (٩/٢٧٥، ٢٧٦)، والفروع (٦/٥٣٥).

(٣) سبق تخريجه (ص ١٦٢). (٤) المغني (٩/٢٧٦).

(٥) مغني المحتاج (٤/٤٨٠). (٦) تهذيب الفروق (٤/١٠٧).

الترجيح:

ويظهر - والله أعلم - رجحان القول بترجيح بيئته صاحب اليد لما يلي:
- لأن حديث جابر المتقدم صريح في الترجيح باليد حيث قضى رسول
الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لصاحبها.

- ولأنه عند تعارض البيّنات يجب ترك المتنازع فيه مع صاحب اليد.

- ولقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [النحل: ٩٠].

- ومن العدل التسوية بين الخصوم، وليس من التسوية أن تلغى بيئته
صحيحة لا سيما وقد عضدتها قرينة اليد.

أما أدلة المخالفين فيجاء عنها بما يلي:

- أما الأحاديث فلا تمنع قبول البيئته من صاحب اليد في هذه الحالة؛

لأنه يطلب لنفسه بقاء اليد، فتكون البيئته مشروعة في حقه؛ لأنه طالب،
وأيضاً فإنه عندما أقام الخارج بيئته صار جانب الداخل أضعف، فوجب أن
يكون مدعياً تشرع البيئته في حقه^(١).

- وأما الدليل العقلي فقد اعتمدوا فيه ترجيح بيئته الخارج استناداً على

يده السابقة فرضاً، فكيف لا يرون الترجيح باليد الثابتة حقيقة وواقعاً^(٢).

المطلب الثالث: تعارض بينتي الخارجين:

إذا تعارضت البيئتان والعين ليست في يد واحد من المتنازعين؛ ففي

هذه الحال لا تخلو العين من أحد أمرين:

* الأمر الأول: أن تكون لا يد لأحد عليها - كمتاع ملقى في طريق - مثلاً -

والحكم في هذه الحالة كما لو كانت العين بيديهما معاً ولا ترجيح باليد
هنا لاستواء اليدين، وسيأتي بيان حكم ذلك.

(١) تهذيب الفروق (٤/١٠٧، ١٠٨).

(٢) وسائل الإنبات، للزحيلي (ص ٨٢٤).

* الأمر الثاني: أن تكون العين بيد ثالث ولا يخلو من أحد احتمالين أيضاً:
الاحتمال الأول: أن يكون من بيده العين يدعيها لنفسه، وينكر أنها لأحد
صاحبي البيئتين، وفي هذه الحالة إن قلنا بسقوط البيئتين لتناقض موجهما
حلف لكل واحد منهما وهي له لأنه منكر، والمدعيان أصبحا كمن لا بيئة
لهما، وعلى القول بأن البيئتين لا تسقطان تنزع العين من صاحب اليد، وهل
تقسم بين المدعيين، أو ترجح إحدى البيئتين بالقرعة^(١)؟ سيأتي الجواب
على ذلك في محله.

الاحتمال الثاني: أن لا يدعيها من هي بيده لنفسه، فإن كان يعترف
بأنها خارجة عن ملكه ولا يقربها لشخص بعينه كاللقطة، ففي هذه الحالة
حكمها كما لو كانت ملقاة في فلاة، فيتحقق التعارض بين البيئتين كحالة
كون العين بيدي المتنازعين معاً.

وإن أقر بها صاحب اليد لأحدهما بعينه بعد أن أقام كل واحد منهما بيئة
أنها له، فعلى القول بعدم سقوط البيئتين لم يرجح بإقراره؛ لأن البيئتين أثبتتا
زوال ملكه فصار كالأجنبي، وعلى القول بسقوط البيئتين يقبل إقراره^(٢).



(١) مغني المحتاج (٤/٤٨٠)، والشرح الكبير (٦/٣٣٣)، والمقنع (٤/٣٠٣).

(٢) الشرح الكبير (٦/٣٣٣)، والمقنع (٤/٣٠٣)، وانظر: أدب القضاء، لابن أبي الدم
(ص ٣٢٨، ٣٢٩)، وتبصرة الحكام (١/٣١١)، مع أنه في هذه الحالة لا يعد مقراً؛ بل
بعد شاهداً لما سبق من الفرق بين الإقرار والشهادة، فيكون الترجيح من باب الترجيح
بزيادة العدد.

المبحث التاسع

الترجيح بالقرائن العرفية



تقدم الكلام على القرائن وتقسيمها حسب القوة إلى ثلاثة أقسام:

* القسم الأول: قرائن قوية قاطعة يمكن للقاضي أن يحكم بموجبها ولا تحتاج للتقوية بوسيلة أخرى من الوسائل.

* القسم الثاني: قرائن وهمية ضعيفة لا اعتبار لها.

* وأما القسم الثالث: فهو قرائن مرجحة لِمَا تقترن به من الأدلة ليست من القوة بحيث تعتبر دليلاً مستقلاً ولكنها ترجح جانب أحد الطرفين في النزاع عندما تتعذر البيّنات أو تتعارض، والقرائن العرفية من هذا القبيل... والذي أريد ذكره هنا أن للعرف دوراً كبيراً في الترجيح، فالمتمسك بالعرف من المتنازعين يكون القول قوله، ويعتبر مدعى عليه فلا يطالب بالبيّنة لقوة جانبه.

ولذلك إذا أحضر المتنازعان بيّتين متعارضتين وشهد العرف مع إحداهما فإنها تقدم على الأخرى، سواء أكان التعارض بين قريتين أم بين وسيلتين من وسائل الإثبات الأخرى^(١).

مثال ذلك: تنازع الزوجين في متاع البيت الذي هو تحت يديهما معاً، فإن يد كل واحد منهما قرينة تدل على أن المتاع له، لكن يد من شهد له العرف أقوى وأظهر لأنها يد اختصاص بالتصرف والاستعمال، ويد الآخر يد استيلاء فقط، فيقضى للرجل بما يصلح للرجال كثيابه وسلاحه وفرسه

(١) هذا على القول بأن بيّنة الداخل تقدم على بيّنة الخارج؛ لأن من شهد له العرف يعتبر داخلياً، وتقدم أن القول بالترجيح باليد هو الراجح.

مثلاً، وللمرأة بما يصلح للنساء كثيابها وحليها^(١)، ويرى الشافعية أن الزوجين يحلفان ويقسم جميع المتاع بينهما في هذه الحالة كما لو تنازعا داراً يسكنان فيها^(٢).



(١) تبصرة الحكام (١/١٢٥)، والقواعد الفقهية في الفقه الإسلامي، لابن رجب (ص ٣٢٤)،
والإنبات بالقرائن في الفقه الإسلامي (ص ١٤٩)، ومجمع الأنهر (٢/٢٦٨).
(٢) المهذب، للشيرازي (٢/٣١٨).

المبحث العاشر

اليمين مع الترجيح



إذا تعارضت البيتان في الظاهر ثم ترجحت إحداهما على الأخرى
بمرجح من المرجحات الأنفة الذكر، فهل يحلف من ترجحت بيئته ليحكم
له بموجبها أو لا يحلف فيحكم له بدون يمين؟

- مذهب الجمهور: أنه يقضي لصاحب البيئته الراجحة من غير يمين
مطلقاً، ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة وبعض المالكية والشافعية
في المشهور عندهم. لعدم الحاجة إلى اليمين ما دامت البيئته الراجحة
موجودة^(١).

- وذهب المالكية في المشهور عندهم والشافعية في قول مرجوح إلى
أن اليمين لا بد منها في حالة الترجيح باليد، فإذا كانت العين في يد أحد
المتنازعين وأقام كل واحد منهما بيئته أنه له فإنه يقضي بيئته صاحب اليد
مع يمينه.

وحجتهم في ذلك أن البيئتين لما تعارضتا سقطتا وبقي الشيء المتنازع
فيه بيد حائزة فيحلف كما يحلف في حالة انعدام البيئتين أصلاً^(٢).

وكذلك يرى بعض المالكية أن البيئتين إذا تعارضتا وكانت إحداهما
أكثر عدالة فإنه يقضي بها مع يمين صاحبها، وتقدم بيان هذا القول.

(١) المغني (٢٧٦/٩)، والكافي، لابن قدامة (٤/٤٩٠)، والفروق (٤/٦٤)، ومغني المحتاج
(٤/٤٨٠)، والمهذب (٢/٣١٢).

(٢) فتح العلي المالک، لعليش (٢/٣٠٥)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٩)، والمهذب (٢/٣١٢)،
وإن ترجحت بيئته الخارج على بيئته ذي اليد لسبب ما من أسباب الترجيح، فالمشهور عند
المالكية أنها تقدم ويحلف صاحبها معها، وقيل: تقدم ولا يحلف معها. انظر: فتح العلي
المالک (٢/٣٠٥)، وتبصرة الحكام (١/٣٠٩).

والراجع:

والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من مختلف المذاهب من عدم الحاجة إلى اليمين مع البيّنة الراجحة مطلقاً؛ لأن البيّنة الراجحة صحيحة كما لو لم يعارضها شيء وهي قائمة لم تلغ وإنما ألغيت البيّنة المرجوحة.



الفصل السابع

العمل عند تعذر الترجيح

المبحث الأول: موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح.

المبحث الثاني: استعمال البيّتين بالقسمة (قسمة المتنازع فيه).

المبحث الثالث: استعمال البيّتين بالقرعة.

المبحث الأول موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح



تمهيد:

إذا تحقق التعارض بين البينات بأن تعذر على القاضي الجمع أو الترجيح بينها بأي طريق من طرق الترجيح، فما الموقف الذي يتخذ من البينات في هذه الحالة؟

هل تستعمل بطريقة أخرى أو تتهاثر^(١) فيسقط اعتبارها؟ وإذا كانت تستعمل فما طريقة استعمالها؟ هل تستعمل بقسم المتنازع فيه بين المتنازعين أو يقرع بينهما؟ أو يتوقف عن العمل بها حتى يوجد ما يرجح بعضها على بعض؟

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك: فمن قائل: إن البينات تستعمل ولا تسقط، ومن قائل: إنها تلغى، ثم إن القائلين باستعمالها اختلفوا في الطريقة التي تتخذ للاستعمال.

وإليك بيان الخلافين في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: البينات المتعادلة بين الاستعمال والسقوط:

اختلف الفقهاء هل تستعمل البينات المتعادلة أو تلغى على قولين:

(١) تهاترت الشهادات: تساقطت، وبطلت وتهاتر الخصمان: ادعى كلُّ منهما على صاحبه باطلاً، والشهادات المتهاثرة هي التي يكذب بعضها بعضاً، والفقهاء يطلقون على إلغاء البينات المتعارضة لفظ التهاتر والسقوط. المصباح المنبر (٢/ ٨٧٠)، والطريقة الواضحة (ص ٢٢٦).

* القول الأول: إن البيّنات المتعادلة تستعمل ولا تسقط - وإلى هذا ذهب الحنفية والظاهرية، وهو قول للشافعية، ورواية للحنابلة^(١).

واستدلوا بما يلي:

١- ما رواه أبو موسى: «أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينهما نصفين»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أنه ذكر القسمة ولم يذكر اليمين ولو كانت البيّتان ساقطتين لطلب منهما الحلف.

٢- وقالوا: إن البيّنة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وهنا إن تعذر العمل بالبيّتين بإظهار الملك في كل المحل إلا أنه أمكن العمل بهما بإظهار الملك في النصف فيقضي لكل واحد منهما بالنصف^(٣).

* القول الثاني: أن المتنازعين يصيران كمن لا بيّنة لهما ويصار إلى التحالف فإن نكل أحدهما حكم بالمدعى للحالف، وأن حلفاً قسم بينهما، وإلى هذا ذهب المالكية، وهو أحد قولي الشافعية، ورواية أخرى للحنابلة^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٤١)، والمحلّى (٩/٤٣٦)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٣٣١)، وهذا إذا لم يكن العمل بهما متعذراً أصلاً؛ فإن تعذر أصلاً سقطتا، كما لو شهدت إحداهما على القتل في وقت، وشهدت الأخرى على الحياة في ذلك الوقت نفسه. الوجيز، للغزالي (٢/١٦١).

(٢) أخرجه الحاكم، وقال: «صحيح على شرط الشيخين»، وأخرجه أبو داود والبيهقي وابن أبي شيبة. المستدرک (٤/٩٥)، وسنن أبي داود (١٥/٣٠٣)، والسنن الكبرى، للبيهقي (١٠/٢٥٧)، والمصنف في الأحاديث والآثار (٦/٣١٧).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٣٦)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠).

(٤) تبصرة الحكام (١/٣٠٨)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠٠)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، وشرح السنّة، للبيهقي (١٠/١٠٧)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٣٣١)، والفروع، لابن مفلح (٦/٥٣٦). ويرى الحنابلة على هذه الرواية أن الخصمين يقرعان على اليمين، فمن خرجت له القرعة حلف، وأخذ الشيء المتنازع فيه. المغني (٩/٢٨٨).

وحجة هؤلاء:

١- أن العمل بالبيئتين متعذر لتنافي موجههما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لائنين على الكمال في زمان واحد فتبطلان معاً، إذ ليس العمل بإحدهما بأولى من العمل بالأخرى.

٢- قياس البيئتين على الخبرين، فإن الخبرين يسقطان إذا تعارضا وتساويا، فكذلك البيئتان تسقطان إذا تعارضا وتساوتا وإذا سقطت البيئتان يصار إلى التحالف^(١).

ثم إن القائلين بالاستعمال اختلفوا في كفيته، وبعد ذكر خلافهم أتكلم عن الترجيح بين القولين بالاستعمال والسقوط وعلى الترجيح كذلك، بين الأقوال في كيفية الاستعمال.

المطلب الثاني: طريقة الاستعمال عند القائلين به:

لم يتفق القائلون باستعمال البيئات المتعارضة على طريقة واحدة للاستعمال؛ بل تعددت رواياتهم وأقوالهم من مختلف المذاهب وحتى في المذهب الواحد.

ويمكن حصر تلك الأقوال والروايات في ثلاثة آراء:

* الرأي الأول: يقسم المتنازع فيه بين المتنازعين في حالة تحقق التعارض بين البيئات^(٢)، ذهب إلى ذلك الحنفية والظاهرية والشافعية في قول، والحنابلة في رواية^(٣).

(١) الشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٣٣١).

(٢) إنما يتأتى استعمال البيئات عن طريق القسمة إذا كان المحل المتنازع فيه قابلاً للاشتراك كما لو تنازع اثنان في عين تقبل القسمة، أما إذا كان المحل غير قابل للاشتراك فلا ترد القسمة كما لو برهن اثنان على نكاح امرأة حية، أو على نسب، أو نحو ذلك مما لا يقبل الاشتراك. مجمع الأنهر (٢/٢٧٣)، وتحفة المحتاج (١٠/٣٢٦)، والمغني (٩/٢٨٧، ٢٨٨)، والقواعد، لابن رجب (ص ٣٦٣).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٣٦)، مجمع الأنهر (٢/٢٧٢)، المحلى (٩/٤٣٧)، مغني المحتاج (٤/٤٨٠)، المهذب (٢/٣١٢)، المغني (٩/٢٨٧، ٢٨٨)، القواعد، لابن رجب (ص ٣٦٣).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١- حديث أبي موسى المتقدم ذكره: «أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينهما نصفين».

وجه الاستدلال من الحديث: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى بقسمة المتنازع فيه عند تحقق التعارض بين البيّتين، ولم يذكر الحديث القرعة ولا التوقف، فدل على أن القسمة هي المطلوبة في حال التعارض^(١).

٢- ولأنهما تساويا في دعوى المتنازع فيه فيجب أن يتساويا في قسمته^(٢)، والقرعة لا بد أن تحرم أحد المتنازعين فكانت القسمة أعدل.

٣- ومن العقل أيضاً ما ذكره ابن حزم من أن المتنازع فيه إذا كان في أيديهما معاً فهو بلا شك لهما بظاهر الأمر وإن لم يكن في أيديهما فقد شهد به لهما، وليست إحدى البيّتين أولى من الأخرى، فوجبت قسمته في كل ذلك بينهما^(٣).

* الرأي الثاني: إذا تحقق التعارض بين البيّنات فإن النزاع يفض بالقرعة، فمن خرجت له القرعة من المتنازعين ترجح جانبه وحكم له بالشيء المتنازع فيه.

ذهب إلى ذلك الشافعية في قول والحنابلة في رواية رجحها ابن القيم^(٤).
واستدلوا على ذلك:

بما روي عن سعيد بن المسيب قال: «اختصم رجلان إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في أمر، وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة

(١) مجمع الأنهر (٢/٢٧٣)، والمحلى (٩/٤٣٧).

(٢) المغني (٩/٢٨٨)، والطرق الحكمية (ص٣٢٤).

(٣) المحلى (٩/٤٣٧).

(٤) الوجيز (٢/١٦١)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، والمغني (٩/٢٨٨)، وقواعد ابن رجب (ص٣٦٣)، والطرق الحكمية (ص٣٢٥-٣٢٨).

فأسهم بينهما رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: ((اللَّهُمَّ أنت تقضي بينهم))، فقضى للذي خرج له السهم^(١).

وجه الاستدلال من الحديث: أن البيّتين لما تعارضتا وكانتا على عدة واحدة أقرع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين المتخاصمين وقضى لمن خرجت له القرعة ولم يقسم المتنازع فيه بينهما، فدل على أن القرعة هي التي تفض النزاع في هذه الحالة^(٢).

* الرأي الثالث: يتوقف القاضي في القضية التي تعارضت فيها البيّنات من كل وجه إلى أن ينكشف الأمر فتظهر البيّنة الراجحة أو يصطلح المتنازعان. ويعبّر عنه في المحاكم الآن بتأجيل الدعوى حتى تكتمل الأدلة لدى المحكمة.

وبه أخذ الشافعية في قول لهم، وذكره ابن رجب على أنه رواية أخرى للحنابلة^(٣).

لأن البيّنات المتعارضة يتعذر العمل بها معاً، وليس العمل بإحداها أولى من العمل بالأخرى، فوجب التوقف والانتظار حتى تترجح إحدى البيّنات، أو يقر أحد الخصمين لصاحبه أو يتصالح الأطراف؛ لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه؛ كالمرأة إذا زوّجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسي السابق منهما^(٤).

ووجوب التوقف إنما هو لانتفاء الظن الذي هو مستند الأحكام في رجحان أحد الجانبين، إذ لا يجوز الحكم إلا بعلم أو ظن^(٥).

(١) أخرجه البيهقي (٢٥٩/١٠)، وأخرجه ابن حزم من طريق آخر. المحلى (٤٣٨/٩)، وهو من مراسيل سعيد في الطريقتين.

(٢) الطرق الحكمية (ص ٣٢٥).

(٣) تحفة المحتاج (٣٢٦/١٠)، والمهذب (٣١٢/٢)، والقواعد، لابن رجب (ص ٣٦٤).

(٤) مغني المحتاج (٤٨٠/٤)، والمهذب (٣١٢/٢).

(٥) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٤٣).

الترجيح:

بعد عرض أقوال العلماء وما استدلووا به في موقف القاضي عند تعذر الجمع والترجيح بين البيّنات المتعارضة يظهر أن كل قول يعتمد على دليل صحيح أو مصلحة راجحة، فكان الأولى الجمع بينها وترك الأمر في ذلك للقاضي ومدى فطنته وذكائه، وما يتحصل له من علم أو ظن حسب اختلاف القضايا وظروفها المحيطة بها، فقد يحصل له علم أو ظن بكذب البيّنات أو ضعفها فيلغيها نهائياً أو يتوقف حتى يجد ما يرجح بعضها على بعض، وقد تكون البيّنات من القوة بحيث لا يمكن أن يتوجه إليها طعن ولا خدش فيقرر إعمالها بالوسيلة المناسبة للقضية وللطرفين فيها فقد يستعمل القسمة إذا كان المحل قابلاً لها وكان يترتب على حرمان أحد الخصمين ضرر أو مفسدة.

وقد يستعمل القرعة ويترك الأمر لتقدير الله وقضائه خاصة إذا توجهت إليه التهمة أو خاف حقداً أو ضغينة من أحد الخصمين.

لا سيما وأن الدعوى قد تكون فيما تنأتى فيه الطرق المذكورة كما إذا كانت في عين قابلة للقسمة.

وقد تكون فيما يتأتى فيه بعضها كدعوى نكاح امرأة على قيد الحياة^(١)، أو دعوى نسب ونحو ذلك من الحقوق الشرعية فإن المحل فيها غير قابل للقسمة.

وقد لا يتأتى في البيّتين إلا السقوط كما لو شهدت إحداهما على القتل في وقت وشهدت الأخرى على الحياة في الوقت نفسه وهكذا^(٢).

وسأتكلم عن صورتى الاستعمال بالقسمة والقرعة مفرداً كل واحدة ببحث مستقل، وذلك نظراً لأهميتهما.

(١) أما لو برهننا على نكاحها بعد موتها فيرى بعض العلماء أنه يقضى بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر، ويرثان ميراث زوج واحد. مجمع الأنهر (٢/٢٧٣).

(٢) الوجيز (٢/١٦١)، ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، والمغني (٩/٢٩٥).

المبحث الثاني استعمال البيئتين بالقسمة (قسمة المتنازع فيه)



المطلب الأول: تعريف القسمة وبيان المراد بها هنا:
أولاً: تعريفها لغة:

يقول ابن فارس: «القاف والسين والميم أصلان صحيحان يدل أحدهما على جمال وحسن والآخر على تجزئة شيء، فالأول القسام وهو الحسن والجمال... والأصل الآخر القسم مصدر قسمت الشيء قسماً والنصيب قسم بكسر القاف»^(١).

وفي «اللسان»: «وقسمه جزأه وهي القسمة، والقسم بالكسر النصيب والحظ»^(٢).

ثانياً: تعريفها اصطلاحاً:

عرفها الخطيب الشربيني بأنها: «تمييز بعض الأنصاء من بعض»^(٣).

وعرفها الجرجاني بأنها: «تمييز الحقوق وإفراز الأنصاء»^(٤).

والمراد منها في هذا الموضوع: جعل الشيء المتنازع فيه قسمين فأكثر وإعطاء كل من المتخاصمين قسماً - وذلك عندما تتعارض البيئات ويتعذر الترجيح بينها^(٥).

ويشترط لصحة استعمالها أن لا تفوت منفعة الشيء المقسوم بالقسمة وأن لا يكون ذلك معارضاً لنص شرعي كما لو كان النزاع في نكاح امرأة وكل من الخصمين يقيم البيئته أنها زوجته ولم يوجد مرجح لإحدى البيئتين

(١) معجم مقاييس اللغة، له (٥/٨٦) (قسم). (٢) لسان العرب (٣/٨٧) (قسم).

(٣) مغني المحتاج، له (٤/٤١٨). (٤) التعريفات، له (ص ١٨٢).

(٥) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٣١).

على الأخرى، فلا تصح القسمة في هذه الحالة لحرمة الاشتراك في المحل بالشرع^(١).

المطلب الثاني: بعض الصور التي قد تستعمل فيها البيئات بالقسمة:

من الصور التي يتحقق فيها التعارض بين البيئتين صور تساوي الأيدي في الشيء المتنازع فيه، فيلجأ القاضي إلى القسمة إن رأى فيها عدلاً أو مصلحة للمتخاصمين، وإليك بعض الأمثلة على ذلك:

١- إذا تنازع اثنان في عين وأقاما بيئتين على ملك مطلق أو بسبب واحد وكانت العين في يديهما معاً فللقاضي أن يقسم العين بينهما عندما يتعذر الترجيح بين البيئتين.

٢- إذا ادعى اثنان ملكاً في يد غيرهما لكنه لا يدعيه لنفسه ولا يقربه لواحد منهما وأقام كل منهما بيئته أنه له دون صاحبه وتعذر ترجيح إحداهما على الأخرى.

٣- أو ادعى عينا لا يد لأحد عليها وأقام كل منهما بيئته أنها له دون صاحبه ولم يوجد ما يرجح إحدى البيئتين، فللقاضي أن يستعمل البيئتين بالقسمة في هذه الصور كلها^(٢).

المطلب الثالث: مشروعية قسمة المتنازع فيه في القضاء:

لما كانت وسائل الإثبات التي يستند إليها القضاء في الحكم عرضة للفقدان وللتعارض والاختلاف أصبحت الحاجة قائمة إلى ملجأ آخر

(١) مجمع الأنهر (٢/٢٧٣، ٢٨٧)، والوجيز (٢/١٦١)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٣٣٧).
(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٣٦)، وأدب القاضي، للخصاص مع شرحه للصدر الشهيد (٤/٥٣٥)،
والبهجة في شرح التحفة (١/١٤٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/١٩٧)،
ومغني المحتاج (٤/٤٨٠)، والمهذب (٢/٣١٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم
(ص ٣٢٩)، والمغني (٩/٢٨٨)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٦٣)، والمحلى (٩/٤٣٦).

لفصل النزاع ولتخليص الشركاء من ضرر الشركة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف في ملكه على الكمال، فشرعت القسمة لحل النزاع بين الخصوم، ولتحرر الشركاء من سوء المشاركة واختلاف الأيدي^(١).

وقد اتفق الفقهاء على مشروعية قسمة المتنازع فيه في القضاء - في الجملة - سواء في حالة فقدان البيّنات أصلاً، أو في حالة استعمالها بالقسمة، أو إسقاطها واستعمال القسمة^(٢).

كما لو تنازع الخصمان في شيء وادعى كل واحد منهما أنه له دون صاحبه وأقام بيّنة تعارض بيّنة الآخر من كل وجه وتعذر الجمع والترجيح.

وقد وردت أحاديث تدل على مشروعية القسمة في النزاع أهمها:

١- حديث أبي موسى المتقدم: «أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينهما نصفين».

وجه الاستدلال: أنه لما تعارضت البيّتان في البعير قسمه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين المتخاصمين؛ فدل ذلك على مشروعية القسمة في القضاء عندما تعارض البيّنات ويتعذر الترجيح.

٢- ما رواه أبو موسى أيضاً: «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في دابة ليس لواحد منهما بيّنة فجعلها بينهما نصفين»^(٣).

(١) مغني المحتاج (٤/٤١٨)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٢١٧).
 (٢) بدائع الصنائع (٦/٢٣٦)، ومجمع الأنهر (٢/٢٧٢)، والبهجة في شرح التحفة (١/١٤٩)، وتبصرة الحكام (١/٣١١)، ومغني المحتاج (٤/٤١٨، ٤٨٠)، والمهذب (٢/٣١٢)، والمغني (٩/٢٨٨)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٦٣)، والمحلى (٩/٤٣٦).
 (٣) أخرجه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه، وأحمد، والحاكم، والبيهقي، قال الحاكم: «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» وقد خالف همام بن يحيى سعيد بن أبي عروبة في متن هذا الحديث. سنن أبي داود (١٥/٣٠٢)، وسنن النسائي (٨/٢٤٨)، وسنن ابن ماجه (٢/٧٨٠)، والفتح الرباني ترتيب المسند (١٥/٢١٧، ٢١٨)، والمستدرک (٤/٩٥)، والسنن الكبرى، للبيهقي (١٠/٢٥٤، ٢٥٥).

وجه الدلالة: أن الرجلين لم تكن لواحد منهما بيئة وقد قسم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الدابة بينهما نصفين، فدل على أن القسمة مشروعة في القضاء عند انعدام البيئتين أيضاً.

وهذا الحديث رواه بعضهم بلفظ: «فبعث كل واحد منهما شاهدين» وبعضهم بلفظ: «ليس لواحد منهما بيئة».

قال البغوي: «فهذا يحتمل أن تكون القصة واحدة والشيء في أيديهما إلا أن الشهادات لما تعارضت تهاترت فصارا كمن لا بيئة له فحكم لهما بالشيء نصفين بحكم اليد، ويحتمل أن تكون القصة مختلفة وكان البعير في يدي غير المتداعيين في إقامة البيئتين فلما أقام كل واحد منهما شاهدين على دعواه نزع الشيء من يدي صاحب اليد وجعل بين المدعين»^(١). يقول الشوكاني: «والاحتمال الأخير أظهر؛ لأن حمل الإسنادين على معنيين أرجح من حملهما على معنى واحد؛ ولأن القاعدة ترجيح ما فيه زيادة علم على غيره»^(٢).

وسواء أكانت القصة واحدة أم مختلفة؛ فإن الروايتين تدلان على مشروعية القسمة في القضاء عند تعارض الدعوى.

المطلب الرابع: طريقة القسمة عند اختلاف المتنازعين في مقدار الدعوى:

إذا استوى المتنازعان في مقدار الدعوى، مثل: أن يدعي كل واحد منهما جميع العين، أو يدعي أحدهما نصفها ويدعي الآخر النصف الآخر^(٣)، استويا في القسمة فتقسم العين بينهما نصفين^(٤).

(١) شرح السنّة، له (١٠٧/١٠، ١٠٨).

(٢) نيل الأوطار (٩/٢١٤، ٢١٥).

(٣) وهذه الحالة لم يتحقق فيها التعارض أصلاً؛ لأن البيئتين لم تردا على محل واحد. مغني المحتاج (٤/٤٨٠).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٤١)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠٠).

وإن اختلفا في مقدار الدعوى كأن يدعي أحدهما الجميع، ويدعي الآخر النصف - مثلاً - وقيم كل واحد منهما بيّنة على ما يدعيه، فقد اختلف العلماء في كيفية القسمة - عند العمل بها - في هذه الحالة.

وقبل ذكر الخلاف لا بد من التذكير بصورتَي تحقق التعارض عندما يستوي الخصمان في الأيدي بأن يكون المدعى لا يد لواحد منهما عليه أو هو تحت يديهما معاً، فإن لم يكن لواحد منهما يد عليه قسم بينهما على قدر الدعوى باتفاق القائلين بالقسمة^(١)، وإن كان تحت أيديهما فإنه يقضي لمدعي الكل بالكل عند الحنفية، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة؛ لأنهم يعتبرون مدعي الكل خارجاً ومدعي النصف داخلياً. وبيّنة الخارج تقدم على بيّنة الداخل عندهم^(٢).

- ذهب جمهور المالكية إلى أن المدعى يقسم على قدر الدعوى كما لو لم يكن بيد واحد منهما.

- وذهب أشهب وسحنون إلى أن يقسم بينهما بالسوية لتساويهما فيه بالحيازة^(٣).

- وإذا أردنا القسمة على قدر الدعوى إما اتفاقاً في حالة كونهما خارجين أو على المشهور عند المالكية في حالة كون المدعى تحت يديهما، ففي كيفيتها قولان للعلماء:

* القول الأول: أنه ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيقسم ويترك الجزء الذي خلا عن المنازعة سالماً لمدعيه، ففي حالة ادعاء أحدهما الكل

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٣٩، ٢٤٠)، وحلي المعاصم بهامش البهجة (١/١٤٩)، وحاشية الدسوقي (٤/١٩٨).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٤٠)، والمغني (٩/٢٨٣).

(٣) حاشية الدسوقي (٤/١٩٨)، وحلي المعاصم بهامش البهجة (١/١٤٩)، وميارة على العاصمية (١/٩٣).

والآخر النصف يقسم النصف المتنازع فيه ويترك النصف الآخر لمدعي الكل، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع ولمدعي النصف ربع. ذهب إلى ذلك أبو حنيفة وابن القاسم، وابن الماجشون من المالكية وأحمد، وحجتهم في ذلك:

أن مدعي النصف قد سلم في النصف الآخر لمدعي الجميع فأصبح ذلك النصف سالماً من المنازعة فيسلم لمدعي الكل؛ لأنه يدعي شيئاً لا ينازعه فيه غيره، ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره سلم إليه. والنصف الآخر استوت فيه منازعتها فيقسم بينهما نصفين فكانت القسمة أرباعاً، ثلاثة أرباع لمدعي الكل وربع لمدعي النصف^(١).

* القول الثاني: يسلك في القسمة مسلك عول الفرائض، ففي هذه الحالة التي يدعي فيها أحدهما جميع العين والآخر نصفها تعول المسألة بنصف؛ لأن أحدهما يدعي نصفين والآخر يدعي نصفاً واحداً فتقسم على ثلاثة يكون لمدعي الجميع اثنان ولمدعي النصف واحد فيصبح المدعى بينهما أثلاثاً: ثلثان لمدعي الكل وثلث لمدعي النصف.

ذهب إلى ذلك أبو يوسف ومحمد من الحنفية ومالك، وحجتهم في ذلك: تساوي المتنازعين في المتنازع فيه فصارا كالورثة إذا زادت السهام الواجبة لهم على الجميع، وكالديون المشتركة إذا تزاومت في التفليس وكذلك الوصايا^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٣٩، ٢٤٠)، ورد المحتاج (٥/٥٧٦)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠٠، ٢٠١)، وميارة على العاصمية (١/٩٣)، وحاشية الدسوقي (٤/١٩٨)، والمغني (٩/٢٨٣).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٣٩، ٢٤٠)، ورد المحتار (٥/٥٧٦)، وحلي المعاصم بهامش البهجة شرح التحفة (١/١٤٩)، وحاشية الدسوقي (٤/١٩٨)، والقوانين الفقهية (ص ٢٠١).

-والراجع- والله أعلم- القول بالقسمة بطريق المنازعة فلا يقسم غير الجزء المتنازع فيه؛ لأنه هو الذي حصل فيه التعارض في الحقيقة، والحاجة التي دعت إلى القسمة إنما هي فض النزاع عند وقوع التعارض في الحجة ومدعي النصف قد سلم بالنصف الآخر لمدعي الكل، فلا يدخل النصف الخارج عن النزاع في القسمة.

وفيه عمل بالبيئتين بالقدر الممكن في المحل الذي وقع التعارض فيه وهو نصف واحد فقط^(١).



المبحث الثالث

استعمال البيئتين بالقرعة



تمهيد:

يطلق الفقهاء على اللجوء إلى القرعة عند تعارض البيئتين لفظ: «استعمال البيئتين بالقرعة» والملاحظ: أن العمل بالقرعة ليس فيه استعمال لهما، ولكن الذي حملهم على ذلك التعبير، أن في القرعة اعتباراً للبيئتين إذ لو اعتبرنا إحداهما وألغينا الأخرى لما احتيج إلى القرعة أصلاً. وسيكون الكلام عند استعمالهما - بهذا المعنى - بالقرعة في المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف القرعة ومشروعيتها في الجملة:

القرعة لغة:

السهمة، والمقارعة: المساهمة ويقال: قارعة فقرعه: إذا أصابته القرعة دونه.

واقترع القوم وتقارعوا بمعنى، وأقرع بمعنى: ساهم، ويقال أيضاً: أقرع بينهم^(١)، وتطلق القرعة على النصيب^(٢).

ويأتي التعبير عن القرعة في القرآن والحديث في الغالب بالمساهمة من إلقاء السهام^(٣).

واصطلاحاً:

عرّفها مجموعة من الفقهاء بعدة تعريفات لا أطيل بذكرها جميعاً إذ لم يسلم الكثير منها من المناقشة، فبعضها يقتصر على بيان كيفية من كيفية

(١) لسان العرب (٦٥/٣) (قرع)، والمصباح المنير (٦٩/٢) (قرع).

(٢) المعجم الوسيط (٧٢٨/٢).

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي (٦٢٢/٤)، وفتح الباري (٢٩٢/٥-٢٩٤)، والطرق الحكمية (ص ٢٨٧).

القرعة، وبعضها يذكر القرعة في القسمة فقط، وبعضها يهمل مورد القرعة وهو التساوي والتزاحم، أو الاشتباه.

وأختار من تلك التعريفات تعريف الدكتور عبد الله العمار حيث عرّفها بأنها:

«وسيلة لتعيين المستحق المبهم أو المشتبه أو تمييز المستحق غير المعين عند التساوي والتنازع بكيفية مخصوصة»^(١).

وقد اخترت هذا التعريف لأنه يشمل القرعة فيما يجوز تعيينه دون قرعة. كما أنه يشمل القرعة لتعيين الشخص المستحق، والقرعة لتعيين الحق كما يتضح من شرح التعريف:

- قوله: «وسيلة»؛ أي: طريقة أو إجراء معين.

- وقوله: «تعيين المستحق المبهم»: مثل تعيين الجزء الشائع في قسم التركة؛ كالقرعة بين النصفين للزوج والأخت في المقومات مثلاً.

- وقوله: «أو تمييز المستحق غير المعين» كما إذا ثبت الاستحقاق لمتعديدين وحصل التساوي بينهم وتنازعوا؛ كالقرعة بين أئمة الصلاة عند تنازعهم على الإمامة وهم مستون، أو بين الخصمين إذا تعارضت البيّتان، أو العبدان في العتق المبهم.

- قوله: «بكيفية مخصوصة» المراد بها كيفية إجراء القرعة^(٢).

ولها صور كثيرة ومختلفة وكل واحدة منها تجزئ إن شاء واستعملوها بخواتمهم، أو أعواد، أو طينة مدورة تدرج فيها رقاع يكتب فيها أسماء

(١) القرعة ومجالات تطبيقها في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه من قسم الفقه، رقم (٩٦).

(١/١٨)، إعداد: عبد الله العمار، وقد عبر الدكتور عن المستحق بفتح الحاء بالحق،

فأدى ذلك إلى خطأ في بعض الأمثلة فاستبدلتها بما هو ملائم.

(٢) الرسالة السابقة (ص ١٩).

المتنازعين ثم تلقى على الأنصباء أو تكتب فيها الأنصباء وتوزع على المتنازعين^(١)، وتختلف هذه الإجراءات العملية باختلاف المتنازعين فيه. والقرعة من جملة الوسائل التي يفض القاضي بها النزاع وبها يرفع الإشكال وقد استعملها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في مواطن متعددة، واستعملها الأنبياء من قبله فجاءت السُّنَّة موافقة لذلك الاستعمال فصار حجة على مشروعية القرعة.

والفهاء متفقون عليها في الجملة، وإن اختلفوا فيها تجوز فيه وسأورد بعض عبارات الفقهاء من مختلف المذاهب الأربعة تبيِّن موقفهم من القرعة. - جاء في «بدائع الصنائع» للكاساني عند كلامه على شروط القسمة: «ثم يقرع بينهم - أي: بعد القسمة - لا لأن القرعة يتعلق بها حكم بل لتطيب النفوس ولورود السُّنَّة بها ولأن ذلك أنفى للتهمة فصار سُنَّة»^(٢).

- ويقول القرافي: «ومتى تساوت الحقوق أو المصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعا للضغائن والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار، وقضى به الملك الجبار»^(٣).

وفي «فتح الباري» عند قول البخاري في كتاب الشهادات: «باب: القرعة في المشكلات» قال ابن حجر:

«ووجه إدخالها في كتاب الشهادات: أنها من جملة البيِّنَات فكما تقطع الخصومة والنزاع بالبيِّنَة كذلك تقطع بالقرعة»^(٤).

- ويقول ابن القيم بعد أن ذكر أدلة مشروعية القرعة: «فهذه السُّنَّة - كما ترى - قد جاءت بالقرعة كما جاء بها الكتاب وفعلها أصحاب رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعده»^(٥).

(١) مختصر الشيخ خليل مع جواهر الإكليل (١٦٨/٢)، وأدب القاضي، للماوردي (١٩٦/٢)، ومغني المحتاج (٤٢١/٤)، والمغني (١٢٣/٩)، والطرق الحكمية (ص ٢٩١، ٢٩٢).

(٢) بدائع الصنائع (١٩/٧). (٣) الفروق (٤/١١١).

(٤) فتح الباري (٥/٢٩٣). (٥) الطرق الحكمية، له (ص ٢٨٨).

- وكذلك يقول الشوكاني عند كلامه على الاستهام على اليمين:

«وجه القرعة: أنه إذا تساوى الخصمان فترجيح أحدهما بدون مرجح لا يسوغ فلم يبق إلا المصير إلى ما فيه التسوية بين الخصمين وهو القرعة وهذا نوع من التسوية المأمور بها بين الخصوم»^(١).

فالذي يفهم من هذه النصوص هو أن الفقهاء متفقون على أن القرعة مشروعة يجوز العمل بها، إلا أن الحنفية يجعلون نطاق استعمالها ضيقاً والآخرين يتوسعون في استعمالها - كما سيأتي:

- كما اتفقوا أيضاً على أن القرعة لا تكون إلا عند الاستواء في الاستحقاق، أما إذا تعينت المصلحة أو الحق في جهة فإنه لا يجوز الإقراع بينها وبين غيرها^(٢).

يقول القرافي: «اعلم أنه متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة لا يجوز الإقراع بينه وبين غيره؛ لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المتعين أو المصلحة المتعينة»^(٣).

وكذلك قال الإمام الشافعي -رحمه الله تعالى-: «فلا تكون القرعة والله أعلم إلا بين قوم مستوين في الحجة»^(٤).

ولذلك لا يلجأ إلى القرعة عند تعارض البيئات إلا بعد تحقق التعارض والعجز عن الترجيح بينها.

المطلب الثاني: مجال استعمال القرعة:

اختلف الفقهاء في مجال استعمال القرعة على قولين:

* القول الأول: أن القرعة لا تستعمل إلا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة كتعيين النصيب بعد القسمة وتقديم أحد الخصمين عند القاضي ونحو ذلك.

(١) نيل الأوطار، له (٢١٥/٩).

(٢) الفروق (٤/١١١)، وفتح الباري (٥/٢٩٤)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٤٨).

(٣) الفروق، له (٤/١١١).

(٤) الأم، له (٣/٨).

أما عند تعارض البيئتين أو فقدانهما فإن القسمة متعينة لاستواء الخصمين في سبب الاستحقاق، أما القرعة فإنها تعطي جميع الحق لأحدهما وتحرم الآخر دون مبرر، وإنما تستعمل فيما يجوز فيه تركها وذلك لمجرد تطيب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفس القاضي، فلا توجب حكماً ولا تعين حقاً لم يكن متعيناً من قبل، وإليه ذهب الحنفية^(١).

وقد سبقت الإشارة إلى قول الكاساني في شروط القسمة «ثم يقرع بينهم لا؛ لأن القرعة يتعلق بها حكم؛ بل لتطيب النفوس»^(٢).

ويقول السرخسي: «وإنما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة كما في القسمة فإن للقاضي أن يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعة»^(٣).

واستدلوا بالمنع القرعة في غير ما يجوز فيه تركها بالسنة والقياس:
أولاً: السنة:

استدلوا بالأحاديث التي وردت في القسمة بين المتنازعين عند تعارض حججهم أو فقدانها وعدم الإقراع بينهم، كما تقدم في مبحث القسمة - وأهم تلك الأحاديث:

ما رواه أبو موسى رضي الله عنه: «أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل منهما بشاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين». وجه الاستدلال من الحديث:

استعمال الرسول صلى الله عليه وسلم للقسمة وعدم استعماله للقرعة، فدل على أن القرعة غير مشروعة^(٤).

(١) بدائع الصنائع (١٩/٧)، ومجمع الأنهر (٢/٢٧٣)، وأحكام القرآن، للجصاص (٢/٣١١).

(٢) بدائع الصنائع (١٩/٧).

(٣) المبسوط، له (١٧/٧٦)، وانظر: أحكام القرآن، للجصاص (٢/٣١١).

(٤) مجمع الأنهر (٢/٢٧٢).

وأجيب عنه: بأن استعماله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للقسمة في هذه الحالة لا ينفي مشروعية القرعة الثابتة بالسُّنَّة أيضاً^(١).

ثانياً: القياس:

فقد قاسوا القرعة التي يتعلق الاستحقاق بخروجها على القمار بجامع أن كلاً منهما يتعلق به تعيين المستحق، والقمار هو الميسر، والميسر محرم بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحُمُرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ يَخْسِرُ مِمَّنْ عَمِلَ الشَّيْطَانَ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠].

وأجيب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الميسر يجري بين مستحقين وغير مستحقين أصلاً، والقرعة تجري بين أطراف متساوين في الاستحقاق بحيث لو انفرد كل منهم لكان مستحقاً بمفرده، ولكن تعارض استحقاقه مع آخر ولا يمكن أن يكون الشيء مستحقاً لكل واحد من الطرفين بشكل مستقل فيرجع إلى القرعة في ذلك، ولا فرق بين القرعة هنا والقرعة في القسمة ونحوها^(٢).

* القول الثاني: أن القرعة جائزة في القضاء، تعيين الحق المبهم أو المشتبه عند العجز عن تعيينه غيرها، كما تميز المستحق غير المعين. فعند تعارض البيِّنات أو فقدانها فللقاضي أن يلجأ إلى القرعة لتمييز الشخص المستحق.

ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية^(٣).

واستدلوا بالكتاب والسُّنَّة والإجماع:

(١) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٤٠). (٢) المرجع السابق.

(٣) الفروق (٤/ ١١١)، وبصيرة الحكام (٢/ ١٠٧)، ومغني المحتاج (٤/ ٤٢١)، والمهذب

(٢/ ٣١٠)، وفتح الباري (٥/ ٢٩٣)، والمغني (٩/ ٢٨٨)، وقواعد ابن رجب (ص ٣٤٨)،

والطرق الحكمية (ص ٢٩٢)، المحلي (٩/ ٤٣٧).

أولاً: الكتاب:

استدلوا من الكتاب بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَفْلَمْ نَرِ أَنْهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

ووجه الدلالة من الآية: أن إلقاء الأرقام كان للاقتراع على كفالة مريم عندما تنازع زكريا وبنو إسرائيل على كفالتها فقال زكريا: أنا أحق بها خالتها عندي، وقال بنو إسرائيل: نحن أحق بها بنت عالمنا فاقترعوا عليها، وكان ذلك من شرع من قبلنا الذي أقره شرعنا فصار حجة^(١).

٢- وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ﴾ [إذ أتى إلى أفلك المشحوب] ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [الصفات: ١٣٩-١٤١].

ووجه الاستدلال من الآية: أن يونس عليه السلام ساهم؛ أي: أقرع ونفذ ما خرج عن القرعة أقر الله ذلك في كتابنا فدل على أن القرعة مشروعة في شرعنا^(٢).

ثانياً: السنة:

وردت أحاديث وآثار كثيرة تدل على مشروعية القرعة، أذكر منها ما يلي:

١- عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: «كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه»^(٣).

٢- وعن أم سلمة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: «أتى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم يكن لهما بيّنة إلا دعواهما فقال: ((إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض

(١) تفسير ابن كثير (١/٣٦٣)، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (٤/٨٦)، وفتح الباري (٥/٢٩٢)، والطرق الحكمية (ص ٢٨٧، ٣٠٤).

(٢) ابن كثير (٤/٢٠)، والطرق الحكمية (ص ٢٨٧، ٣٠٤).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح (٨/٤٥٢)، وصحيح مسلم (٤/١٨٩٤).

فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار))». وفي رواية: «فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما: حقي لك، فقال لهما النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أما إذ فعلتما ما فعلتما فاقتما وتوخيا الحق ثم استهما، ثم تحالاً))»^(١).

الشاهد قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ثم استهما)) ووجه الاستشهاد منه: أنه أمرهما بالقرعة بعد القسمة والاجتهاد في التسوية فدل ذلك على أن القرعة مشروعة لتمييز الحق عند التساوي.

٣- عن عمران بن حصين: «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فجزأهم أثلاثاً، ثم أفرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً»^(٢).

ووجه الاستدلال منه: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعمل القرعة عند الإبهام في الاستحقاق حيث استحق ثلث العبيد الستة العتق، ولا يمكن تعيينه إلا بالقرعة، فدل على مشروعية القرعة في المشكلات.

٤- واستدلوا أيضاً بحديث سعيد بن المسيب المتقدم وهو: «اختصم رجلان إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في أمر فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول على عدة واحدة فأسهم بينهما صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: ((اللَّهُمَّ أنت تقضي بينهم)) فقضى للذي خرج له السهم».

٥- وبما روي عن عروة، وسليمان بن يسار: «أن رجلين اختصما إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأتى كل واحد منهما بشهود وكانوا سواء، فأسهم بينهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»^(٣).

(١) أخرجه أبو داود، وأحمد والحاكم، والدارقطني، واللفظ لأبي داود قال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم»، وسكت عنه أبو داود. سنن أبي داود (٢٦٣/١٥)، والفتح الرباني ترتيب المسند (٣٢٠/٦)، والمستدرک (٩٥/٤)، وسنن الدراقطني (٢٣٩/٤).

(٢) صحيح مسلم (١٢٨٨/٣).

(٣) أخرجه البيهقي مرسلًا عن عروة وسليمان. السنن الكبرى (٢٥٩/١٠).

قال ابن القيم: «فهذا مرسل روي من وجهين مختلفين، وهو من مراسيل ابن المسيب وتشهد له الأصول التي ذكرناها في القرعة والمصير إليه متعين»^(١).

وقد اعترض الحنفية على الأدلة المذكورة بأن القرعة فيها كانت مما لو تراضوا عليه دون قرعة لجاز، وإنما أجروها لمجرد تطيب النفوس، يقول الجصاص عند كلامه على آية آل عمران: «وإلقاء الأقلام يشبه القرعة في القسمة وفي تقديم الخصوم إلى الحاكم وهو نظير ما وري عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، وذلك لأن التراضي على ما خرجت به القرعة جائز من غير قرعة، وكذلك كان حكم كفالة مريم عَينَ السَّلا»^(٢).

وأجيب عنه بجوابين:

أحدهما: بعدم التسليم، ذكره ابن العربي فقال بعد ذكره للاعتراض: «وهذا ضعيف لأن القرعة إنما فائدتها استخراج الحكم الخفي عند التشاح فأما ما يخرج التراضي فيه فباب آخر ولا يصح لأحد أن يقول: إن القرعة تجرى في موضع التراضي فإنها لا تكون أبداً مع التراضي وإنما تكون فيما يتشاح الناس فيه ويضن به»^(٣).

والثاني: على التسليم بأن هذه الأمور مما يجوز فيه التراضي بدون قرعة، لكن وردت أدلة أخرى تدل على أن القرعة تثبت الحق وتميزه فتعين حمل الأدلة كلها على عموم العمل بالقرعة سواء أكان ذلك فيما يجوز فعله دون قرعة، أم كان مما لا يمكن تعيينه وتمييزه إلا بالقرعة^(٤) - كما اعترضوا على القرعة في العتق بأن فيها هضمًا لحق بعض العبيد؛ لأن المعتقد قصد

(١) الطرق الحكمية (ص ٣٢٥). (٢) أحكام القرآن، للجصاص (١٣/٢).

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي (١/٢٧٣). (٤) الطرق الحكمية (ص ٣٠١).

عتق الجميع، وإنما منع حق الورثة من ذلك، فوجب أن يقع العتق شائعاً فيهم، فينال كل واحد حصته منه، وفي استعمال القرعة نقل الحرية عمن وقعت عليه، وإخراجه منها مع مساواته لغيره فيها^(١).

وأجيب عنه بأن العتق المستحق عتق ثلث العبيد وهو الذي ملك الشارع المعتق إياه، فصار كما لو أوصى بعتق ثلثهم فإنه هو الذي يملكه، وما لا يملكه تصرفه فيه لغو وباطل، وإذا كان إنما أعتق الثلث حكماً، فإنه يخرج بالقرعة^(٢).

كما أجاب عنه الخطابي: «بأن صاحب الشريعة إذا قال قولاً أو حكم بحكم لم يجز الاعتراض عليه برأي، ولا مقابلته بأصل آخر، ويجب تقريره على حاله، واتخاذة أصلاً»^(٣).

ثالثاً: الإجماع:

من الإجماع ما نقله القرافي من إجماع فقهاء التابعين على العمل بالقرعة، ومنهم: عمر بن عبد العزيز، وخارجة بن زيد، وأبان بن عثمان، وابن سيرين، وأنه لم يخالفهم من عصرهم أحد^(٤).

الترجيح:

بعد عرض آراء الفريقين وما استدلل به كل فريق يظهر - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه الجمهور من توسيع نطاق استعمال القرعة وأنها تميز المستحق وتعين الحق المبهم أو المشتبه، وذلك لما يلي:

١- لقوة أدلتهم من الكتاب والسنة.

٢- ولسلامة كثير منها من المعارضة كما هو واضح.

(١) أحكام القرآن، للجصاص (٢/١٣، ٣١١)، ومجمع الأنهر (٢/٢٧٣).

(٢) الطرق الحكمية (ص ٢٩٣).

(٣) معالم السنن، له (٤/٧٧).

(٤) الفروق (٤/١١٢)، وتهذيب الفروق (٤/١٧٨).

٣- ولما في القرعة من دفع الضغائن والأحقاد التي قد تنشأ عن الحكم بغيرها.

٤- ولأنها أنفى للتهمة التي قد تتوجه أيضاً إلى القاضي.

٥- ثم إن القرعة كما يقول ابن العربي ترفع الإشكال وتحسم داء التشهي^(١).

المطلب الثالث: في حكم اليمين مع القرعة:

اختلف الفقهاء الذين أجازوا العمل بالقرعة واعتبروها طريقاً شرعياً للترجيح بين البيئات عند التعارض هل يحكم لأحد الخصمين بمجرد القرعة أو يلزمه اليمين مع القرعة ليحكم له - وذلك على قولين:

* القول الأول: أن من خرجت له القرعة يحكم له من غير يمين؛ لأن حقه ثبت بالبيئة التي رجحتها القرعة والبيئة تغني عن اليمين. وإليه ذهب الشافعية في قول والحنابلة في رواية^(٢).

* القول الثاني: أن من خرجت له القرعة يلزمه اليمين ليحكم له بالمدعي. ذهب إلى ذلك الشافعية في قول آخر والحنابلة في رواية أخرى^(٣)، وحجتهم في ذلك:

قياس تعارض البيئتين على فقدانهما، فعند فقدان البيئة إذا أقرع بين الخصمين حلف من خرجت له القرعة، فكذلك عند تعارض البيئتين يحلف من خرجت له القرعة^(٤).

وقالوا: إن اليمين تزيد جانبه قوة ورجحاناً فلا بد منها^(٥).

(١) أحكام القرآن، لابن العربي (٤/١٦٢٣).

(٢) أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٣٢٦، ٣٢٧)، وشرح السنة، للبغوي (١٠/١٠٨)، والمغني (٩/٢٨٨). والقواعد، لابن رجب (ص ٣٦٣، ٣٦٤)، والمقنع، لموفق الدين ابن قدامة (٤/٣٠١).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) وسائل الإثبات، للزحيلي (ص ٨٤٢).

(٥) المغني (٩/٢٨٨).

الترجيح:

الذي يظهر - والله أعلم - رجحان القول بعدم تكليف من خرجت له القرعة باليمين؛ لأن بيئته باقية على صحتها وقد رجحتها القرعة فيحكم له بموجبها بدون يمين.

- ومن أمعن النظر في هذا الخلاف وجده مبنياً على الخلاف المتقدم في سقوط البيئات واستعمالها عند تحقيق التعارض، وللشافعية قولان في ذلك كما أن للحنابلة فيه روايتين:

- فمن قال منهم بلزوم اليمين مع القرعة لم يقل به إلا تفرعاً على سقوط البيئتين، ومن قال بعدم لزوم اليمين وإنما قال به لبقاء البيئتين صحيحتين وقد ترجحت إحداهما بالقرعة فلا حاجة إلى اليمين.

وأنقل هنا نصين من كلام الشافعية والحنابلة يوضحان ما ذكر:

يقول ابن أبي الدم بعد ذكر القول باستعمال البيئتين المتعارضتين بالقرعة:

«وقال الماوردي، هل يحلف من خرجت قرعته له؟ فيه قولان من اختلاف قول الشافعي رحمته الله في القرعة هل دخلت ترجيحاً للدعوى أو البيئته فيه قولان: إن قلنا لترجيح البيئته فلا يحلف وإن قلنا لترجيح الدعوى فيجب إحلافه»^(١).

ومعنى ذلك: أنه على القول باستعمال البيئتين تكون القرعة مرجحة لإحداهما والبيئته لا تحتاج إلى اليمين معها.

وعلى القول بسقوط البيئتين تكون القرعة مرجحة للدعوى لفقدان البيئته فلا بد من اليمين معها.

(١) أدب القضاء، له (ص ٣٢٧).

ويقول ابن قدامة بعد أن ذكر الروايتين بالاستعمال والسقوط: «إذا قلنا: إن البيئتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بيئة، وإن قلنا يعمل بالبيئتين ويقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لأن البيئة تغني عن اليمين»^(١).

وبهذا يتأكد رجحان عدم تكليف صاحب القرعة باليمين في حالة إعمال البيئة.

أما إذا فقدت البيئات أو قلنا بسقوطها وأقرع بين الخصمين فإن صاحب القرعة يكلف باليمين.



الفصل الثامن

اختلاف الشهادة وأثره على المشهود به

المبحث الأول: الاختلاف في الشهادة على السبب.

المبحث الثاني: الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه.

المبحث الثالث: اختلاف الشهود في مقدار المشهود به.

المبحث الرابع: الاختلاف في الزمان والمكان.

تمهيد



كان الكلام في الفصول السالفة يدور حول اختلاف البيّنات الشاهدة لطرفين متنازعين، وذلك ما يعبر عنه الفقهاء بتعارض البيّنات الذي هو موضوع هذا البحث.

أما اختلاف بيّنات طرف واحد فإنهم يعبرون عنه باختلاف الشهادات. وقد تقدم أن التعارض لا يكون إلا بين بيّنتين كاملتين، وأما الاختلاف فليس كذلك إذ يكون بين جزئية بيّنة واحدة، وبهذا يكون اختلاف الشهادات غير داخل تحت عنوان البحث، ولكن نظراً لتقاربهما من حيث إن التعارض داخل في الاختلاف، أردت أن أعطي لمحة موجزة عن الاختلاف في الشهادة مقتصرأ على أهم النقاط التي يظهر فيها أثر اختلاف شهود الطرف الواحد، وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول

الاختلاف في الشهادة على السبب



المراد بالسبب هنا: مصدر الحق الذي كان سبباً في ثبوته ومثاله:

- البيع، فإنه سبب لملكية المبيع بالنسبة للمشتري ولملكية الثمن بالنسبة للبائع.

- الإجارة سبب لملك المنفعة بالنسبة للمستأجر، ولملك الأجرة بالنسبة للمؤجر.

- وفاة المورث سبب لنقل الملكية إلى الوارث^(١).

- وكذلك الهبة والصدقة فإنهما سببان لنقل الملكية إلى الموهوب له والمتصدق عليه^(٢).

فإن اختلف الشاهدان في سبب الحق لم تلتق الشهادة كما لو شهد أحدهما للمدعي بألف من ميراث وشهد له الآخر بألف من هبة أو غير ذلك. لأن كل واحد منهما قد شهد بسبب غير السبب الذي شهد به الآخر، وليس على واحد من السببين شهادة شاهدين^(٣).

واستثنى الحنفية من ذلك الاختلاف في سبب الدين خاصة وجعلوا الاختلاف فيه غير مانع من صحة الشهادة.

فلو شهد أحد الشاهدين بخمسمائة من ثمن عبد قبضه والآخر بخمسمائة من قرض فإنه يقضى له بخمسمائة؛ لأن الدين لا يشترط ذكر

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨)، ووسائل الإنبات، للزحيلي (ص٧٩٦).

(٢) معين الحكام (ص١٣١).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨)، ومعين الحكام (ص١٣١)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص٤٥٣، ٤٥٤)، والمحرر في الفقه (٢/٢٤١).

السبب في إثباته لكثرة الأسباب وعدم حصرها فلا يؤثر في الشهادة عليه اختلاف السببين^(١).

ومن الاختلاف في الشهادة على السبب الاختلاف في نوع القتل أو آله فلو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه قتله ذبحاً وشهد الآخر أنه أحرقه بالنار، أو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر أنه قتله بالسكين لم تقبل شهادتهما^(٢)؛ لأن القتل مما لا يتكرر فلم يشهدا على شيء واحد، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً بسيف وشهد الآخر أنه أقر بقتله عمداً بسكين فإنه تقبل شهادتهما على الإقرار بالقتل العمد ويقتص منه؛ لأن القتل وإن كان لا يتكرر إلا أن الإقرار به مما يتكرر فتقبل هذه الشهادة^(٣).



(١) معين الحكام (ص ١٣١).

(٢) الكافي، لابن عبد البر (٢/٩١٣)، ومعين الحكام (ص ١٣٠).

(٣) الأصول القضائية، لعللي قراة (ص ١٨٢).

المبحث الثاني

الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه



إذا اختلف الشاهدان في جنس المشهود به أو نوعه كأن شهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون، أو قال أحدهما سرق دنانير وقال الآخر سرق دراهم. فلا تلتق شهادتهما لاختلاف الجنسيتين وليس على أحدهما شهادة شاهدين، فلا يمكن إيجابهما معاً؛ لأنه يكون إيجاباً للحق بشاهد واحد، ولا إيجاب أحدهما بعينه؛ لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر^(١).

وكذلك إذا وصف أحد الشاهدين الكيس ببياض ووصفه الآخر بسواد، فلا تلتق الشهادتان^(٢).

وإذا كان المشهود به مما يثبت بالشاهد واليمين فإن القائلين بهما يرون ثبوت الحق بهما في هذه الحالة - مع أن لكلٍ منهما طريقته في ذلك:

- فيرى المالكية أن المدعي يحلف مع عدل الشهود ويأخذ الحق^(٣).

- وذهب الشافعية إلى أنه يحلف مع أي شاهديه اختار^(٤).

- وقال الحنابلة: له أن يحلف مع كل واحد من الشاهدين ويحكم له بالمدعى، وإن لم يدع إلا أحد الجنسيتين ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه^(٥).



(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٥)، والمغني (٩/٢٤١)،

ووظائف القضاة وترجيح إحدى البيّنات (ص ٩١).

(٢) أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٥). (٣) تبصرة الحكام (١/٣٤٥).

(٤) أدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٤)، والمهذب (٢/٣٤٠).

(٥) المغني (٩/٢٤٢)، والشرح الكبير، لابن قدامة (٦/٢٥٤)، وكشاف القناع (٦/٤٠٩).

المبحث الثالث

اختلاف الشهود في مقدار المشهود به



يمكن تقسيم اختلاف الشاهدين في قدر المشهود به إلى ثلاثة أنواع:

* النوع الأول: اختلافهما في دعوى العقد:

وهذا ينقسم إلى قسمين:

- الأول منهما: ما تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البديل كالبيع والإجارة... فيكون الاختلاف فيه مانعاً من صحة الشهادة؛ لأن المقصود إثبات العقد، والعقد يختلف باختلاف الثمن، ومثال ذلك: أن يشهد أحدهما أن المدعي اشترى السلعة بألف ويشهد الآخر أنه اشتراها بألف وخمسمائة^(١).

- الثاني: ما لا تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البديل كالنكاح، وفيه

خلاف بين الفقهاء على قولين:

* القول الأول: نظر من قال به إلى أن المال تابع؛ لأن النكاح يصح بدون تسمية المهر فقال: تصح الشهادة ويحكم بالنكاح وبما اتفق عليه الشاهدان وإليه ذهب أبو حنيفة^(٢).

ومثال ذلك: أن يشهد أحدهما أنه تزوجها بألف ويشهد الآخر أنه تزوجها بألف وخمسمائة فإنه يقضى بالنكاح وبالألف.

* القول الثاني: وقد نظر من قال به إلى العقد وأن الاختلاف فيه لا في المال فقال: لا يقضى بشيء أصلاً؛ لأن النكاح كالبيع والاختلاف في

(١) مجمع الأنهر (٢/٢٠٩)، والمغني (٩/٢٦٤)، وطرق القضاء، لأحمد إبراهيم (ص ٣٦٨).

(٢) مجمع الأنهر (٢/٢٠٩)، ودرر الحكام (٢/٣٨٧).

البدل فيهما اختلاف في العقد يبطل الشهادة، وإليه ذهب الصحابان من الحنفية^(١).

* النوع الثاني: اختلافهما في دعوى العين:

كأن يدعي المدعي فرسين مثلاً فشهد أحد الشاهدين بهما له ويشهد له الآخر بواحد؛ فإن الشهادة تقبل ويقضي للمدعي بالفرس الذي تم فيه نصاب الشهادة؛ لأن المدعي ادعى شيئين كل واحد منهما متميز عن الآخر وقد تم نصاب الشهادة على أحدهما^(٢).

* النوع الثالث: اختلافهما في دعوى الدين:

وهذا النوع يحتاج إلى تفصيل أكثر من غيره، لعلاقته بالأعداد، والأعداد قد تكون متعاطفة كألف وخمسمائة، وقد تكون مركبة كأحد عشر وتسعة عشر، وقد تكون مفردة كثلاثة وعشرة.

وقد اعتبر أبو حنيفة هذا التقسيم في الاختلاف في مقدار المشهود به فنشأ عن ذلك خلاف بينه وبين جمهور الفقهاء على قولين:

* القول الأول: لأبي حنيفة: أن اختلاف الشهود في المقدار يرد الشهادة إلا في الأعداد المتعاطفة فمن ادعى ألفين فشهد له أحد الشاهدين بألفين، وشهد له الآخر بألف فلا تقبل، وكذلك إذا شهد أحدهما بتطليقتين وشهد الآخر بطلقة لا تقبل أيضاً، بخلاف لو ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد له أحدهما بألف وخمسمائة والآخر بألف، أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف، فتقبل لأنهما اتفقا على الألف والطلقة لفظاً ومعنى وتفرد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف، والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه^(٣).

(١) درر الحكام (٢/٣٨٧)، ومجمع الأنهر (٢/٢٠٩)، وطرق القضاء، لأحمد إبراهيم (ص٣٦٨).

(٢) درر الحكام (٢/٣٨٥)، وطرق القضاء، لأحمد إبراهيم (ص٣٦٨).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨)، ومجمع الأنهر (٢/٢٠٦)، ودرر الحكام (٢/٣٨٥).

جاء في «بدائع الصنائع» عند الاستدلال لرأي أبي حنيفة ما نصه:
 «ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أَنْ شَطَرَ الشَّهَادَةَ خَالَفَ الدَّعْوَى لِأَنَّ الْمُدْعَى يَدْعِي
 بِالْفَيْنِ وَأَنَّهُ اسْمٌ وَضَعُ دَلَالَةً عَلَى عَدَدٍ مَعْلُومٍ وَالْإِسْمُ الْمَوْضُوعُ دَلَالَةٌ عَلَى
 عَدَدٍ لَا يَقَعُ عَلَى مَا دُونَ ذَلِكَ الْعَدَدِ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَعْدَادِ كَالْمَتْرُكِ^(١) لِأَلْفٍ
 مِنَ الْإِبِلِ وَالْهِنِيدَةِ لِمَائَةٍ مِنْهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ فَلَمْ تَكُنِ الْأَلْفُ الْمَفْرُودَةَ مَدْعَى فَلَمْ
 تَكُنِ الشَّهَادَةُ شَاهِدَةً عَلَى مَا دَخَلَ تَحْتَ الدَّعْوَى... بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى
 أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً... لِأَنَّ الْأَلْفَ وَالْخَمْسِمِائَةَ اسْمَ لِعَدَدَيْنِ لَا تَرَى أَنَّهُ يَعْطَفُ
 أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ»^(٢).

* القول الثاني: وهو مذهب الجمهور أن الاختلاف في مقدار المشهود
 به لا يضر الشهادة ويثبت ما اتفقا عليه ويترك الزائد أو يحلف المدعي مع
 شاهد الزيادة فيحكم له بها، لا فرق في ذلك بين عدد وغيره من الأعداد.
 فلو ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين يشهد أحدهما
 بألفين والآخر بألف فإن شهادتهما تلتق كما لو ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد
 أحد الشاهدين بألف وخمسمائة والآخر بألف^(٣).
 الترجيح:

بعد النظر إلى ما علل به أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أرى أن الراجح ما ذهب إليه
 الجمهور من عدم التفرقة بين الأعداد؛ لأنه لا معنى للتفريق بينها، فكل عدد
 له مدلول معين مهما كان لفظه، فلفظ الألفين أصله ألف وألف؛ لأن المثني
 (١) لم أقف على هذه الكلمة في كتب اللغة، وفي اللسان (١/٢٠١) أن البرك الإبل الكثيرة
 ومنه قول متمم بن نويرة:

إذا شارف منهن قامت ورجعت * حيناً فأبكى شجوها البرك أجمعا

ولعله المراد هنا فيكون صحف وحرف من الكاتب.

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨).

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨)، وتبصرة الحكام (١/٣٤٤)، والمهذب (٢/٣٣٩)، والمغني
 (٩/٢٦٤، ٢٦٥)، والمحرف في الفقه (٢/٢٤١)، وطرق القضاء، لأحمد إبراهيم (ص ٣٧١).

هو ما دل على اثنتين بزيادة أغنت عن العاطف والمعطوف، والزيادة حرف الإعراب - ألفاً أو ياء - والنون - فلفظ الألف موجود في لفظ الألفين، وإنما أضيفت إليه زيادة حرفين.

هذا إذا كان المدعي يدعي أكثر العددين، أما إذا كان يدعي أقلهما فشهد له أحد الشاهدين بأكثر مما يدعي وشهد له الآخر بما يدعي، كما لو ادعى ألفاً فشهد له أحدهما بألفين وشهد له الآخر بألف، فإن الشهادة لا تقبل على الألف باتفاق الحنفية؛ لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي إلا إذا وفق المدعي فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل^(١).

وللشافعية فيه وجهان:

أحدهما: أنه يحلف مع الذي شهد له بالألف ويقضى له وتسقط شهادة من شهد له بالألفين؛ لأنه صار مكذباً له فسقطت شهادته له في الجميع.

والثاني: أنه تثبت له الألف بشهادتهما ويحلف فيستحق الألف الأخرى ولا يكون مكذباً للشهادة، لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعي بعضه ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين^(٢).

وأرى أن الوجه الأخير للشافعية أرجح من غيره؛ لأن العلم بالشهادة بعد توفر شروطها أولى من إلغائها والمدعي إذا كان لم يدع الزيادة أصلاً، إلا أنه عندما طالب بها وأراد الحلف عليها صار مدعياً لها من جديد، فتثبت له بالشاهد واليمين.



(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٨)، ومجمع الأنهر (٢/٢٠٦)، وعلم القضاء، للحصري (ص ٤٠٧).

(٢) المهذب (٢/٣٣٩).

المبحث الرابع الاختلاف في الزمان والمكان



تمهيد:

كما قد يختلف الشهود في سبب الحق المشهود به أو جنسه أو مقداره، فإنهم كذلك قد يختلفون في الزمان أو المكان واختلافهم في الزمان أو المكان إما أن يكون في الأقوال وما في حكمها، أو في الأفعال وما في حكمها.

وتفصيل ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: في اختلاف الشهادة على القول في الزمان أو المكان:

إذا كان المشهود به قولاً محضاً كالإقرار بالبيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة وغير ذلك من الأقوال... فإذا كان المشهود به كذلك واختلف الشاهدان في الزمان أو المكان أو فيهما معاً؛ فإن شهادتهما تقبل وتلفق فيثبت بها المشهود به^(١).

الأمثلة على ذلك:

- إذا شهد أحد الشاهدين أن زيداً قال: بعث عمراً السلعة وذلك بدكانه وشهد أحدهما أنه قال: بعته إياها وكان بداره التي يسكنها.

(١) المبسوط (١٦٠ / ١٦)، ومجلة الأحكام العدلية (ص ٣٤٦، ٣٤٧)، المواد من (١٧١٢ - ١٧١٥)، والفروق (٣ / ١٨١)، وتبصرة الحكام (١ / ٣٧٧)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٨)، والمحرر في الفقه (٢ / ٢٤٠، ٢٤١).

- أو شهد أحدهما أنه أقر غدوة أنه قتل فلاناً وشهد الآخر أنه أقر عشية أنه قتله.

- وكذلك لو شهد أحدهما بالبيع في مكان، والآخر على الإقرار به في مكان آخر، فإن الشهادة تقبل في مثل هذه الحالات.

والدليل على ذلك: أن صيغة الإنشاء والإقرار في هذه التصرفات واحدة؛ فإنه يقول في الإنشاء: بعث وأقرضت وفي الإقرار: كنت بعثت وأقرضت... وهكذا.

وكذلك فإن القول مما يعاد ويكرر، فيحتمل أن يقول الإنسان قولين مضمونهما واحد في وقتين أو في مكانين، فيحمل القول الثاني على الإخبار عن الأول ويوفق بين الشاهدين بذلك فلا يتحقق الاختلاف المانع من صحة شهادتهما^(١).

واستثنى جمهور الفقهاء النكاح من الأقوال؛ لأنه وإن كان قولاً يتألف من الإيجاب والقبول، إلا أنه يشترط لصحته حضور الشاهدين وهو فعل فالحق بالفعل^(٢)، كما سيأتي.

المطلب الثاني: ما يشترط لقبول الشهادة المختلفة في الزمان أو المكان:

مما تجدر الإشارة إليه أن قبول الشهادة المختلفة في الزمان أو المكان في القول يشترط له إمكان تصور صدق الشاهدين فإذا شهدا بما لا يتصور صدقهما فيه معاً لم تقبل شهادتهما، كما لو شهد أحدهما أن فلاناً باع

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٩)، ومعين الحكام (ص ١٣٠)، وتبصرة الحكام (١/٣٧٧)، والكافي، لابن عبد البر (٢/٩١٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٨)، والمحرر في الفقه (٢/٢٤٠)، والمغني (٩/٢٤٣).

(٢) المراجع السابقة، وتقدم رأي أبي حنيفة في اختلاف الشاهدين في دعوى عقد النكاح.

سيارته لزيد صبيحة يوم الجمعة في مكة وشهد الآخر أنه باعه إياها في ذلك الوقت نفسه بمصر لم تقبل شهادتهما؛ لأن الإنسان لا يمكن أن يكون في وقت واحد في مكة ومصر، فلا بد أن أحد الشاهدين كاذب^(١).

ويشترط أيضاً لقبول الشهادة المختلفة في الإنشاءات إمكان الإخبار بالثاني عن الأول فإذا اختلفت صيغة الإنشاء عن صيغة الإخبار به لم تقبل الشهادة... ولذلك لا تلفق الشهادة عند جمهور الفقهاء إذا شهد أحد الشاهدين بإنشاء القذف والآخر بالإقرار به؛ لأن صيغة الإنشاء في القذف تختلف عن صيغة الإخبار، فإن القاذف يقول في الإنشاء: زنت أو: يازاني، وفي الإخبار يقول: قذفته وهما مختلفان بخلاف البيع - مثلاً - فإنه يقول في الإنشاء: بعته وفي الإخبار كذلك^(٢).

وخالف مالك في القذف وشرب الخمر واعتبرهما كالأقوال التي لا يضر اختلاف الشهود فيها في الزمان أو المكان، جاء في «تبصرة الحكام»: «قال ابن عبد الحكم وأصبغ: أخبرنا ابن القاسم أن مالكا كان يسقط الشهادة في الزنا والسرقة إذا اختلفوا في الأيام والأشهر والمواضع، وأجاز ذلك في القذف والخمر وأقام به الحد»^(٣).

وأما سائر الأقارير فإن اختلاف الشاهدين فيها في الزمان والمكان لا يضر الشهادة؛ لأن اختلاف تاريخ الإقرار أو مكانه لا يوجب اختلاف المقر به فالمقر قد يقر مرتين ويكون الثاني تأكيداً للأول^(٤).

(١) المبسوط (١٦/١٧٢)، وتبصرة الحكام (١/٣٤٥).

(٢) معين الحكام (ص ١٣١)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٥٠، ٤٥١)، والمغني (٩/٢٤٣).

(٣) تبصرة الحكام (١/٣٤٥)، وانظر: الكافي، لابن عبد البر (٢/٩١٢).

(٤) بدائع الصنائع (٦/٢٧٩)، والكافي، لابن عبد البر (٢/٩١٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٨).

المطلب الثالث: اختلاف الشهادة على الفعل في الزمان أو المكان:

إذا كان المشهود به فعلاً محضاً؛ كالغصب والقتل والسرقة ونحو ذلك، أو قولاً ملحقاً بالفعل كالنكاح واختلف الشاهدان في زمان الفعل أو مكانه لم تقبل شهادتهما؛ لأن الفعل في زمان أو مكان غيره في زمان أو مكان آخر^(١).

الأمثلة على ذلك:

- إذا شهد أحد الشاهدين بغصب من شهرين وشهد الآخر بغصب من شهر ونصف.

- أو شهد أحدهما بغصب في مكة وشهد الآخر بغصب في المدينة.

- أو شهد اثنان أنه زنى بامرأة بمكان وشهد الآخر أنه زنى بها في مكان آخر.

- وكذلك إذا شهد شاهد أنه قتله ببغداد، وشهد آخر أنه قتله بالبصرة، لم تلتق الشهادتان ولم يجمع بينهما لما تقدم^(٢).

ونقل المجد أن أبا بكر من الحنابلة يرى الجمع بين الشهادتين المختلفتين على الفعل وأنه يوجب بهما القطع والقصاص^(٣).

وقد ذكر ابن قدامة هذا القول في معرض حديثه عن اختلاف الشهود في مكان الزنا وضعّفه فقال: «وقال أبو بكر: تكمل شهادتهم - أي: إذا اختلفوا في مكان الزنا - ويحد المشهود عليه واستبعده أبو الخطاب، وقال:

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٧٩)، ومجلة الأحكام العدلية (ص ٣٤٦، ٣٤٧)، المواد من (١٧١٢-١٧١٥)، والكافي، لابن عبد البر (٢/٩١٢)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٥-٤٤٨)، والمحرر في الفقه (٢/٢٣٩).

(٢) المراجع السابقة. وانظر: طرق القضاء، لأحمد إبراهيم (ص ٣٧٤)، والأصول القضائية، لعللي قراعة (ص ١٨١).

(٣) المحرر في الفقه، له (٢/٢٣٩)، وانظر: المغني (٩/٢٤٠، ٢٤١).

هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الأصول والإجماع والحد يدرأ بالشبهات، فكيف يجب بها... إلى أن قال: ولنا أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة واثنان أنه زنى بغيرها»^(١).

المطلب الرابع: وجه التفرقة بين الأقوال والأفعال:

وأكتفي في وجه الفرق بين الأقوال والأفعال بما ذكره القرافي تحت «قاعدة ضم الشهادات في الأقوال وعدم ضمها في الأفعال» حيث قال: «واعتمد الأصحاب في الفرق بين الأقوال والأفعال أن الأقوال يمكن تكررها ويكون الثاني خبراً عن الأول، والأفعال لا يمكن تكررها إلا مع التعدد.

ولما كان لفظ الإنشاء ولفظ الخبر صورتها واحدة، شرع ضم الثاني إلى الأول فيجتمع النصاب في شيء واحد فيلزم الطلاق والعتاق، وأما الفعل الثاني فلا يمكن أن يكون عين الأول؛ لأنه لا يصلح أن يكون خبراً عنه فإن الخبر من خصائص الأقوال، فصار مشهوداً به آخر يحتاج إلى نصاب كامل في نفسه فهذا هو سر الفرق»^(٢)... انتهى كلامه.

وإذا كان الفعل مما يمكن تكرره كالغصب والسرقة مثلاً وشهد بكل فعل شاهدان واختلفت الشهاداتان في الزمان أو المكان أو الصفة، بأن شهد شاهدان أنه سرق غدوة، وشهد شاهدان أن سرق عشية، أو شهد شاهدان أنه سرق في مكان، وشهد آخران أنه سرق بمكان آخر، أو قالت إحدى الشهاداتين سرق كيساً أبيض وقالت الأخرى سرق كيساً أسود؛ فإن الفعلين يثبتان معاً إن ادعاهما المدعي، وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون

(١) المغني (٩/٢٤٠).

(٢) الفروق، له (٣/١٧٨) وما بعدها.

ما لم يدعه^(١)؛ لأن كل واحد من الفعلين قد شهدت به بيّنة كاملة وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما.

أما إذا كان الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه - مثلاً - فإن البيّتين تتعارضان لأننا نتيقن أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما^(٢).



(١) هذا إذا كان المشهود به يحتاج للدعوى كحقوق الأدميين - مثلاً - .
(٢) المهذب (٢/٣٤٠)، وأدب القضاء، لابن أبي الدم (ص ٤٤٦)، والمغني (٩/٢٤١).

الخاتمة



بعد معايشة كتب الفقه من مختلف المذاهب، وبعد المطالعة الدائبة في كتب القضاء بصفة عامة، وفي البيّنات وتعارضها منه بصفة خاصة، والآن -وإذ حان الفطام- يمكن تسجيل ما يلي:

١- أن القضاء في الشريعة الإسلامية من الولايات العظمى التي لا يتقلدها من الناس إلا من توفرت فيه أوصاف معينة، فكان أهلاً لهذا المنصب الخطير، الذي بواسطته يؤمر بالمعروف، وينهى عن المنكر، وينصر المظلوم، ويردع الظالم عن ظلمه، فيحصل العدل الذي به أمر الله وأنزل هذه الشريعة الخاتمة من أجل إقامته.

٢- وبما أن حقائق الأشياء وبواطنها لا يمكن للبشر معرفتها، إلا بواسطة الوحي، وقد انقطع الوحي بموت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناس متعبدون بإقامة العدل - لم يكلفوا بالبواطن والحقائق، وإنما نيّطت الأحكام بالظواهر، فكان من حكمة الله سبحانه أن وضع الوسائل الظاهرة التي بها يحكم القاضي، حتى لا تتطرق إليه التهمة في الحكم، ولا يكون مسؤولاً عن عدم الإصابة في الباطن، فإذا اجتهد فأصاب كان له أجران، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجر.

٣- ولذا فقد تبين أن البيّنات في القضاء ركن أساس، وحسن حصين لا يستقيم القضاء إلا به.

٤- وليس للبيّنات عدد يحصرها، وإنما المدار فيها على ثبوت الحق فكل ما أثبت الحق فهو بيّنة.

٥- كما تبين أن الخبر الذي يرد على القاضي، إما أن يُثبت حقاً على قائله لغيره بإقرار، وإما أن يثبت حقاً لقائله على غيره على تقدير ثبوته فدعوى، وإما أن يثبت حقاً لغير قائله على غيره فشهادة.

٦- وأن من أهم ما يوفق فيه القاضي أمران هما:

أولاً: التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وأحسن ضابط للتمييز بينهما: أن البادئ بالطلب الذي لا يصدقه أصل أو عرف مدع، والمدعى عليه عكسه. ثانياً: أن يكون الخصمان مدعيين فتعارض بينتهما، وعلى القاضي أن يحاول الجمع بينهما فإذا لم يكن الجمع لجأ إلى الترجيح.

٧- ولذكاء القاضي، وفطنته وممارسته للقضاء أهمية بالغة في دفع التعارض، وفض النزاع.

٨- لا يتحقق التعارض إلا بعد توفر شروط معينة هي:

- اتحاد محل الحكم في البيّتين، واتحاد الزمان فيهما، والتساوي بينهما في القوة، وأن تكون كل منهما حجة بحيث لو انفردت لحكم لصاحبها بها.
٩- ثم إن محل التعارض إنما هو الحجج الظنية، وليست القطعية محلاً له.

١٠- والبيّنات التي يتصور تعارضها هي: الشهادة وعلم القاضي والإقرار والقرائن، والوثائق، والأيمان، وكل نوع من هذه الوسائل محتمل للتعارض فيما بينه، ما عدى علم القاضي فإنه لا يمكن تعارضه - عقلاً - إلا مع غيره.

١١- لا يقضي القاضي بمجرد علمه، وكذلك لا يقضي بخلافه إذا عارضه غيره من البيّنات، وإنما يرفع القضية إلى غيره، ويؤدي شهادته فيها.

١٢- والمرجحات الأولية: من أصل، وظاهر، وعرف، وغالب، واستصحاب حال، تتعارض هي الأخرى فيما بينها كما قد تتعارض مع غيرها.

١٣- قد يحصل التعارض- في الظاهر- ويكون من السهل إزالته بإحدى طرق الجمع، أو إحدى طرق الترجيح.

١٤- إن تعارض البيّنات يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتعارض الأدلة، ولذا يمكن استخدام كثير من الطرق التي يستخدمها الأصوليون- لدفع التعارض بين الأدلة- في دفع التعارض عن البيّنات؛ كالجمع عن طريق التخصيص، أو التقييد، أو اختلاف الحال، أو التنويع، وكترجيح المثبت على النافي، والناقل عن الأصل على المستصحب له، وصاحب الزيادة على غيره... إلخ.

١٥- وإنه عند تحقق التعارض والعجز عن الترجيح بين البيّنات، لا يمكن القول بسقوطها مطلقاً، ولا باعتبارها مطلقاً، وإنما قد تستعمل في بعض الحالات وتلغى في بعض، أو تؤجل، تبعاً لظروف القضايا وطبيعتها، ولفاوت الحجج في القوة والضعف.

١٦- لا يخرج استعمال البيّنات المتعارضة عن إحدى طريقتين:

* الطريقة الأولى: أن تستعمل بقسمة المتنازع فيه إذا كان مما يقبل القسمة.

* الطريقة الثانية: أن تستعمل بالقرعة بين المتخاصمين، ومن خرجت له القرعة حكم له بموجبها.

١٧- وأن من ترجحت بيّنته بمرجح من المرجحات، أو خرجت له القرعة أو تعين نصيبه بالقسمة لا يحلف لكمال نصابه.

١٨- وليس تعارض البيّنات إلا نوعاً من اختلافها، ولكن الفقهاء درجوا على أن يسموا اختلاف البيّتين الشاهديتين لصالح طرفين متنازعين تعارضاً، واختلاف البيّنة الشاهدة لطرف واحد تخالفاً.

١٩- وأهم ما تختلف فيه البيّنات هو:

أ- سبب الحق المشهود به فترد الشهادة إذا كان ذلك مما تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البدل كالبيع مثلاً.

ب- أو جنسه أو نوعه كشهادة أحد الشاهدين بدراهم والآخر بدنانير فلا تلتق شهادتهما.

ج- أو مقداره فيثبت الأقل الذي اتفقا عليه، وإذا كان المدعي يدعي أكثر مما شهد به أحد الشاهدين فله أن يحلف مع الشاهد الآخر ليكمل النصاب فتثبت له الزيادة.

د- أو ظرفه الزماني أو المكاني، فتلتق الشهادة إذا كان المشهود به قولاً محضاً، كالإنشاءات والأقارير، لإمكان التكرار فيها، ولا تلتق إن كان المشهود به فعلاً لأنه لا يتكرر.

وأختم بحثي هذا بما بدّأته به من حمد الله تعالى على ما منّ به عليّ من إتمامه، راجياً الله تعالى أن يوفّقني، ويجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم؛ إنه على كل شيء قدير.

وصلّى الله على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، وسلم تسليماً كثيراً.



المصادر والمراجع



أولاً: مصادر ومراجع القرآن الكريم مرتبة على ترتيبها الزمني:

١. القرآن الكريم.
٢. جامع البيان في تفسير القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، المتوفى: ٣١٠هـ، دار المعرفة، بيروت، طبعة ثانية، ١٣٩٢هـ.
٣. أحكام القرآن، لأحمد بن علي الجصاص، المتوفى: ٣٧٠هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
٤. أحكام القرآن، لمحمد بن عبد الله بن العربي، المتوفى: ٥٤٣هـ، طبعة: عيسى البابي الحلبي، طبعة ثانية، ١٣٨٧هـ.
٥. زاد المسير في علم التفسير، لعبد الرحمن بن الجوزي، المتوفى: ٥٩٧هـ، المكتب الإسلامي، طبعة أولى، ١٣٨٤هـ.
٦. الجامع لأحكام القرآن، لمحمد بن أحمد بن أبي بكر الأندلسي القرطبي، المتوفى: ٦٧١هـ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، طبعة ثالثة، ١٣٨٧هـ.
٧. البحر المحيظ، لمحمد بن يوسف أبي حيان، المتوفى: ٧٥٤هـ، مطابع النصر الحديثة بالرياض.
٨. تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن كثير، المتوفى: ٧٧٤هـ، طبعة: عيسى البابي الحلبي.
٩. الدر المنثور في التفسير بالمأثور، لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، المتوفى: ٩١١هـ، محمد أمين، بيروت.
١٠. إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن العظيم، لمنلا أبي السعود، المتوفى: ٩٨٢هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١١. فتح القدير الجامع بين الدراية والرواية من علم التفسير، لمحمد بن علي الشوكاني، المتوفى: ١٢٥٠هـ، دار الفكر، ١٤٠٣هـ.
١٢. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لأبي الفضل شهاب الدين الألوسي، المتوفى: ١٢٧٠هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٣. أضواء البيان في إيضاح القرآن، لمحمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، المتوفى: ١٣٩٣هـ، طبعة: الأمير أحمد بن عبد العزيز، ١٤٠٣هـ.

- ثانياً: مصادر ومراجع الحديث الشريف مرتبة على التاريخ الزمني:
١٤. الموطأ، للإمام مالك بن أنس، المتوفى: ١٧٩هـ، بترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة: الحلبي، تصوير: دار إحياء التراث العربي.
 ١٥. الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، للحافظ عبد الله بن محمد ابن أبي شيبة، المتوفى: ٢٣٥هـ، تحقيق: مختار أحمد الندوي، الدار السلفية بالهند، طبعة أولى، ١٤٠٠هـ.
 ١٦. مسند الإمام أحمد بن حنبل، المتوفى: ٢٤١هـ، ترتيب: أحمد عبد الرحمن البناء المسمى «الفتح الرباني»، ومعه بلوغ الأمان، دار إحياء التراث العربي.
 ١٧. صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل، المتوفى: ٢٥٦هـ، مع فتح الباري لابن حجر، ترقيم: فؤاد عبد الباقي، المطبعة السلفية.
 ١٨. صحيح مسلم بن الحجاج القشيري، المتوفى: ٢٦١هـ، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
 ١٩. سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، المتوفى: ٢٧٣هـ، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث.
 ٢٠. صحيح سنن المصطفى (سنن أبي داود)، سليمان ابن الأشعث السجستاني، المتوفى: ٢٧٥هـ، مع بذل المجهود في حل أبي داود، دار الحديث، طبعة أولى، ١٣٨٩هـ.
 ٢١. صحيح الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المتوفى: ٢٧٩هـ، بتحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، دار الفكر، طبعة ثانية، ١٣٩٤هـ.
 ٢٢. سنن النسائي، أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب، المتوفى: ٣٠٣هـ، بشرح السيوطي مع حاشية السندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
 ٢٣. سنن الدارقطني، علي بن عمر، المتوفى: ٣٨٥هـ، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني لمحمد شمس الحق، دار المحاسن للطباعة، تحقيق: عبد الله هاشم يمان، القاهرة، ١٣٨٦هـ.
 ٢٤. معالم السنن، محمد بن إبراهيم بن الخطاب المعروف بالخطابي، المتوفى: ٣٨٨هـ، طبع وتصحيح: محمد راغب الطباخ بحلب، طبعة أولى، ١٣٥٢هـ.
 ٢٥. المستدرک على الصحيحين، لأبي عبد الله محمد المعروف بالحاكم، المتوفى: ٤٠٥هـ، وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي، المتوفى: ٧٤٨هـ، نشر: مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب.
 ٢٦. السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين البيهقي، المتوفى: ٤٥٨هـ، طبعة: دار الفكر.
 ٢٧. شرف أصحاب الحديث، للخطيب البغدادي، المتوفى: ٤٦٣هـ، طبعة: دار أحياء السُّنة، تحقيق: محمد سعيد أوغلي.

٢٨. المتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان الباجي، المتوفى: ٤٩٤هـ، مطبعة السعادة بمصر، طبعة أولى، ١٣٣٢هـ.
٢٩. شرح السنّة، لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، المتوفى: ٥١٦هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط المكتب الإسلامي، طبعة أولى، ١٣٩٦هـ.
٣٠. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، المتوفى: ٨٠٧هـ، دار إحياء التراث العربي، طبعة ثالثة، ١٤٠٢هـ.
٣١. بلوغ المرام من أدلة الأحكام، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى: ٨٥٢هـ، تحقيق: رضوان محمد رضوان، طبعة: الشيخ راشد الجدوع.
٣٢. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى: ٨٥٢هـ، المطبعة السلفية.
٣٣. سبل السلام شرح بلوغ المرام، لمحمد بن إسماعيل الصنعاني، المتوفى: ١١٨٢هـ، تعليق: محمد سلامة، طبعة: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
٣٤. نيل الأوطار شرح متقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، المتوفى: ١٢٥٠هـ، طبعة: دار الفكر.
٣٥. عون المعبود شرح سنن أبي داود، لمحمد شمس الحق آبادي، نشر: المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، طبعة ثانية، ١٣٨٨هـ.
٣٦. فقه السند، للسيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة سابعة، ١٤٠٥هـ.
٣٧. مفتاح كنوز السنّة، لفنسنك، ترجمة: محمد فؤاد عبد الباقي.
- ثالثاً: مصادر ومراجع الفقه:

أ. مصادر ومراجع الفقه الحنفي مرتبة على التاريخ الزمني:

٣٨. قواعد الكرخي. أبي الحسن عبيد الله بن الحسين، المتوفى: ٣٤٠هـ، مطبوع مع تأسيس النظر، لأبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوس، المتوفى: ٤٣٠هـ، مطبعة الإمام، القاهرة.
٣٩. روضة القضاة وطريق النجاة، لمحمد بن أحمد السمناني، المتوفى: ٤٤٤هـ، مطبعة أسعد، بغداد، ١٣٨٩هـ.
٤٠. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن سهل السرخسي، قيل: توفي ٤٨٣هـ، دار المعرفة، بيروت، طبعة ثانية.
٤١. شرح أدب القاضي، للخصاف، المتوفى: ٢٦١هـ، تأليف: عمر بن عبد العزيز المعروف بالصدر الشهيد، المتوفى: ٥٣٦هـ، تحقيق: محي هلال السرحان، الدار العربية لطباعة ببغداد، طبعة أولى، ١٣٩٨هـ.

٤٢. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المتوفى: ٥٨٧هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة ثانية، ١٤٠٢هـ.
٤٣. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، لأبي عمر عثمان بن علي الزيلعي، المتوفى: ٧٤٣هـ، بولاق، طبعة أولى، ١٣١٤هـ.
٤٤. معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين علي بن خليل الطرابلسي، المتوفى: ٨٤٤هـ، البابي الحلبي، طبعة ثانية، ١٣٩٣هـ.
٤٥. فتح المعين، لمنلا مسكين معين الدين، المتوفى: ٨٥٠هـ.
٤٦. فتح القدير، لمحمد بن عبد الواحد الكمال بن الهام، المتوفى: ٨٦١هـ، الأميرية، بولاق، طبعة أولى، ١٣١٦هـ.
٤٧. لسان الحكام في معرفة الأحكام، لإبراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة، المتوفى: ٨٨٢هـ، مطبوع بهامش معين الحكام للطرابلسي، البابي الحلبي، طبعة ثانية، ١٣٩٣هـ.
٤٨. درر الحكام في شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فراموز الشهير بالمولى خسرو، المتوفى: ٨٨٥هـ، الشركة الصحافية العثمانية، طبعة ثانية، ١٣١٧هـ.
٤٩. الأشباه والنظائر، زين العابدين بن نجيم، المتوفى: ٩٧٠هـ، طبعة: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.
٥٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين العابدين بن نجيم، المتوفى: ٩٧٠هـ، المطبعة العلمية، الطبعة الأولى.
٥١. نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير)، لأحمد بن محمود المعروف بقاضي زادة، المتوفى: ٩٨٨هـ، بولاق، طبعة أولى، ١٣١٨هـ.
٥٢. ملجأ القضاة عند تعارض البيّنات، لغانم البغدادي، المتوفى بعد: ١٠٢٧هـ، مخطوط رقم: ٢٩، مكتبة جامعة الإمام، الرياض.
٥٣. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بداماد، المتوفى: ١٠٧٨هـ، مطبعة: دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٥٤. الفتاوي الخيرية لنفع البرية، لخير الدين الرملي، المتوفى: ١٠٨١هـ، دار سعادات، طبعة عثمانية، ١٣١١هـ.
٥٥. شرح الدر المختار، لعلاء الدين محمد بن علي الحصكفي، المتوفى: ١٠٨٨هـ، مطبعة: محمد علي صبيح، بمصر.
٥٦. رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، المتوفى: ١٢٨٢هـ، تصوير: دار الفكر، طبعة ثانية، ١٣٦٦هـ.
٥٧. الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، لمحمود حمزة مفتي الشام، المتوفى: ١٣٠٥هـ.

٥٨. قرة عيون الأخبار (تكملة رد المحتار)، لمحمد علاء الدين أفندي، المتوفى: ١٣٠٦هـ، مصطفى الحلبي بمصر، طبعة ثانية، ١٣٨٦هـ.
٥٩. القضاء والشهادات، للحاج ميرزا محمد حسن الأشتياني، المتوفى: ١٣١٩هـ.
٦٠. مجلة الأحكام العدلية، طبعة كراحي.
٦١. شرح مجلة الأحكام العدلية، لخالد بن محمد الأتاسي، المتوفى: ١٣٢٦هـ.
٦٢. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، المتوفى ١٣٥٣هـ، طبعة: مكتبة النهضة، بيروت.

ب - مصادر ومراجع الفقه المالكي مرتبة على التاريخ الزمني:

٦٣. الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد البر، المتوفى: ٤٦٣هـ، تحقيق: محمد أحمد الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، طبعة أولى، ١٣٩٨هـ.
٦٤. البيان والتحصيل، لمحمد بن أحمد أبي الوليد ابن رشد، المتوفى: ٥٢٠هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، طبعة أولى، ١٤٠٤هـ.
٦٥. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن رشد الحفيد، المتوفى: ٥٩٥هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٩٠هـ.
٦٦. أنوار البروق في أنواء الفروق، لأحمد شهاب الدين القرافي، المتوفى: ٦٨٤هـ، نشر: عالم الكتب، بيروت.
٦٧. الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، لشهاب الدين القرافي، المتوفى: ٦٨٤هـ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، ١٣٨٧هـ.
٦٨. القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزى الكلبي، المتوفى: ٧٤١هـ، نشر: عباس أحمد الباز، مكة المكرمة.
٦٩. مختصر خليل، للشيخ خليل بن إسحاق، المتوفى: ٧٤٩هـ، دار الفكر، ١٤٠١هـ.
٧٠. تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لبرهان الدين إبراهيم بن فرحون، المتوفى: ٧٩٩هـ، مطبوع بهامش فتح العلي المالک لعليش، دار المعرفة، بيروت.
٧١. التاج والإكليل لمختصر الجليل، لمحمد بن يوسف الشهير بـ«المواق»، المتوفى: ٨٩٧هـ، مطبوع بهامش مواهب الجليل، تصوير: مكتبة النجاح، ليبيا.
٧٢. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد الخطاب، المتوفى: ٩٥٤هـ، مكتبة النجاح، ليبيا.
٧٣. الإتقان والإحكام شرح تحفة الأحكام، لمحمد بن أحمد ميارة الفاسي، المتوفى: ١٠٧٢هـ، وبهامشه حاشية ابن رحال، مطبعة الاستفادة، القاهرة.

٧٤. الخرشي على مختصر خليل، لمحمد بن عبد الله الخرشي، المتوفى: ١١٠١هـ، وبهامشه حاشية العدوي أبي الحسن نور الدين، المتوفى: ١٢٣٢هـ، دار صادر، بيروت.
٧٥. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المتوفى: ٣٨٦هـ، لأحمد بن غنيم النفراوي، المتوفى: ١١٢٠هـ، الحلبي بمصر، طبعة ثالثة، ١٣٨٤هـ.
٧٦. الشرح الصغير على أقرب المسالك، لأحمد بن محمد الدردير، المتوفى: ١٢٠١هـ، دار المعارف، بمصر ١٩٧٤م.
٧٧. حلبي المعاصم، لبنت فكر ابن عاصم لأبي عبد الله محمد التاودي، المتوفى: ١٢٠٧هـ، دار المعرفة، بيروت، طبعة ثالثة، ١٣٩٧هـ.
٧٨. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي، المتوفى: ١٢٣٠هـ، عيسى الحلبي وشركاه.
٧٩. حاشية أبي الحسن نور الدين العدوي على كفاية الطالب العدوي، المتوفى: ١٢٣٢هـ، دار الفكر.
٨٠. بلغة السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي، المتوفى: ١٢٤١هـ، الحلبي بمصر، ١٣٧٢هـ.
٨١. البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام التسولي، المتوفى: ١٢٥٨هـ، دار المعرفة، بيروت، طبعة ثالثة، ١٣٩٨هـ.
٨٢. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، لمحمد عlish، المتوفى: ١٢٩٩هـ، وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون، نشر: دار المعرفة، بيروت.
٨٣. تهذيب الفروق، لمحمد علي مفتي المالكية، المتوفى: ١٣٦٧هـ، مطبوع بهامش الفروق، نشر: عالم الكتب، بيروت.
٨٤. جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، لصالح عبد السميع الآبي الأزهرى، دار المعارف، بيروت.
٨٥. الكواكب الدرية، لمحمد جمعة عبد الله، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة ثانية، ١٣٩٧هـ.

ج - مصادر ومراجع الفقه الشافعي مرتبة على التاريخ الزمني:

٨٦. الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، المتوفى: ٢٠٤هـ، دار المعرفة، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ.
٨٧. أدب القاضي، لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، المتوفى: ٤٥٠هـ، تحقيق: محيي هلال السرحان، مطبعة العاني، بغداد ١٣٩٣هـ.
٨٨. المهذب، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المتوفى: ٤٧٦هـ، الحلبي بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٧٩هـ.

٨٩. الوجيز في فقه الإمام الشافعي، لأبي حامد محمد الغزالي، المتوفى: ٥٠٥هـ، مطبعة حوش قدم بالغورية.
٩٠. فتح العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي، المتوفى سنة: ٦٣٣هـ، مطبوع بهامش المجموع للنووي.
٩١. أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)، لشهاب الدين إبراهيم بن أبي الدم، المتوفى سنة: ٦٤٣هـ، تحقيق: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر بدمشق، الطبعة الثانية.
٩٢. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لعز الدين بن عبد السلام، المتوفى سنة: ٦٦٠هـ، بتعليق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨هـ.
٩٣. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي زكريا محيي الدين النووي، المتوفى: ٦٧٦هـ، الحلبي بمصر، ١٣٦٧هـ.
٩٤. روضة الطالبين، لأبي زكريا محيي الدين النووي، المتوفى: ٦٧٦هـ، نشر: المكتبة الإسلامية، ١٣٩٥هـ.
٩٥. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لمحمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، المتوفى: ٨٩٠هـ.
٩٦. الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن السوطي، المتوفى: ٩١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
٩٧. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي، المتوفى: ٩٧٣هـ، مطبوع بهامش حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي عليه، دار صادر، بيروت.
٩٨. فتح الجواد بشرح الإرشاد، لابن حجر الهيتمي، المتوفى: ٩٧٣هـ، الحلبي بمصر، الطبعة الثانية، ١٣٧١هـ.
٩٩. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، المتوفى سنة: ٩٧٧هـ، نشر: دار الفكر.
١٠٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لمحمد بن أحمد بن حمزة الرملي، المتوفى: ١٠٠٤هـ، نشر: المكتبة الإسلامية لرياض الشيخ.
١٠١. تكملة المجموع، لمحمد نجيب المطيعي، نشر: مكتبة الإرشاد بالسعودية.

د- مصادر ومراجع الفقه الحنبلي مرتبة على التاريخ الزمني:

١٠٢. المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة: ٦٢٠هـ، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠١هـ.
١٠٣. الكافي، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة: ٦٢٠هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

١٠٤. المقنع، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المتوفى سنة: ٦٢٠هـ، المؤسسة السعيدية.
١٠٥. المحرر في الفقه، لأبي البركات مجد الدين عبد السلام ابن تيمية، المتوفى سنة: ٦٥٢هـ، ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح، مطبعة السُّنَّة المحمدية، ١٣٦٩هـ.
١٠٦. الشرح الكبير، لأبي الفرج شمس الدين عبد الرحمن بن قدامة، المتوفى سنة: ٦٨٢هـ، طبعة: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
١٠٧. مجموع فتاوي شيخ الإسلام. أحمد بن تيمية، المتوفى سنة: ٧٢٨هـ، طبعة: الرئاسة العامة لشؤون الحرمين بأمر خادمهما.
١٠٨. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لأبي عبد الله محمد الشهير بابن قيم الجوزية، المتوفى: ٧٥١هـ، بتحقيق: محمد حامد الفقي، طبعة: دار الكتاب العلمي، بيروت.
١٠٩. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد الشهير بابن قيم الجوزية، المتوفى: ٧٥١هـ، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل، دار الكتاب الحديثة بعابدين.
١١٠. كتاب الفروع، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح، المتوفى: ٧٦٣هـ، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٢هـ.
١١١. القواعد في الفقه الإسلامي، لأبي الفرج زين الدين بن رجب، المتوفى: ٧٩٥هـ، دار المعرفة، بيروت.
١١٢. المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن مفلح، المتوفى: ٨٨٤هـ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر لزهر الشاويش، ١٤٠٠هـ.
١١٣. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن إدريس البهوتي، المتوفى: ١٠٥١هـ، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة ١٣٩٤هـ.
١١٤. شرح منتهى الإرادات، لمنصور بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة: ١٠٥١هـ، مطبعة أنصار السُّنَّة المحمدية، ١٣٦٦هـ.
١١٥. حاشية ابن قاسم، علي الروض المربع لعبد الرحمن بن قاسم، المتوفى: ١٣٩٢هـ، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

هـ الفقه الظاهري:

١١٦. المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المتوفى: ٤٥٦هـ، طبعة: دار الفكر.

- رابعاً: مصادر ومراجع أصول الفقه مرتبة على التاريخ الزمني:
١١٧. اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المتوفى: ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، طبعة أولى، ١٤٠٥هـ.
١١٨. الورقات، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن الجويني، المتوفى: ٤٧٨هـ، وشرحها للعبادي، المتوفى: ٩٩٤هـ، مطبوع بهامش إرشاد الفحول للشوكاني، طبعة: دار المعرفة، بيروت.
١١٩. أصول السرخسي، أبي بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي، المتوفى: ٤٨٣هـ، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني، طبعة: دار المعرفة، بيروت ١٣٩٣هـ.
١٢٠. المستصفي من علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المتوفى: ٥٠٥هـ، نشر: دار العلوم الحديثة، بيروت.
١٢١. المحصول في علم الأصول، لفخر الدين محمد بن عمر الرازي، المتوفى: ٦٠٦هـ، بتحقيق: طه جابر العلواني، طبعة: جامعة الإمام، ١٤٠٠هـ.
١٢٢. روضة الناظر وجنة المناظر، لموفق الدين بن قدامة المقدسي، المتوفى: ٦٢٠هـ، بتحقيق: عبد العزيز السعيد، طبعة جامعة الإمام.
١٢٣. الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسين سيف الدين علي بن علي الأمدي، المتوفى: ٦٣١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.
١٢٤. مختصر ابن الحاجب، أبي عمر عثمان بن أبي بكر، المتوفى: ٦٤٦هـ مع حاشية سعد الدين التفتازاني، المتوفى: ٧٩١هـ، وحاشية السيد الشريف الجرجاني، المتوفى: ٨١٦هـ، المطبعة الأميرية ببولاق، طبعة أولى، ١٣١٦هـ.
١٢٥. منهاج الوصول إلى علم الأصول، لناصر الدين بن محمد الشيرازي المعروف بالبيضاوي، المتوفى: ٦٨٥هـ، طبعة: المكتبة السلفية.
١٢٦. المنار، لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المتوفى: ٧١٠هـ، طبعة: دار سعادات العثمانية، ١٣١٥هـ.
١٢٧. كشف الأسرار عن أصول البزدوي، لعبد العزيز البخاري، المتوفى: ٧٣٠هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٤هـ.
١٢٨. جمع الجوامع، لعبد الوهاب تاج الدين ابن السبكي، المتوفى: ٧٧١هـ، مصطفى الحلبي بمصر، طبعة ثانية، ١٣٥٦هـ.
١٢٩. الموافقات في أصول الأحكام، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي، المتوفى: ٧٩٠هـ، طبعة: دار الفكر.
١٣٠. التقرير والتجبير، لمحمد بن محمد المعروف بابن أمير الحاج، المتوفى: ٨٧٩هـ، المطبعة الأميرية ببولاق، طبعة أولى، ١٣١٧هـ.

١٣١. التحرير، لأبي الحسن علاء الدين علي بن سليمان المرداوي، المتوفى: ٨٨٥هـ، مع شرحه «الكوكب المنير»، لابن النجار الفتوحى محمد بن أحمد، المتوفى: ٩٨٠هـ، مطبعة السُّنة المحمدية بالقاهرة، طبعة أولى، ١٣٧٢هـ.
١٣٢. حاشية الرهاوي، أبي زكريا شرف الدين المصري الحنفي، المتوفى بعد: ٩٤٢هـ، على شرح المنار لابن ملك، المتوفى: ٨٨٥هـ، طبعة: دار سعادات عثمانية، ١٣١٥هـ.
١٣٣. مسلم الثبوت، لمحِب الله بن عبد الشكور، المتوفى: ١١١٩هـ، مع شرحه فواتح الرحموت لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع بحاشية المستصفي للغزالي، دار العلوم الحديثة، بيروت.
١٣٤. فواتح الرحموت يشرح مسلم الثبوت، لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المتوفى: ١٢٢٥هـ، مطبوع مع المستصفي، طبعة: دار العلوم الحديثة، بيروت.
١٣٥. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني، المتوفى: ١٢٥٠هـ، دار المعرفة، بيروت.
١٣٦. مذكرة أصول الفقه، لمحمد الأمين الشنقيطي، المتوفى: ١٣٩٣هـ، نشر: المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.
١٣٧. الوسيط في أصول الفقه، لوهبة الزحيلي، طبعة: جامعة دمشق، ١٣٨٥هـ.
١٣٨. التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، لعبد اللطيف البرزنجي، مطبعة العاني، بغداد، طبعة أولى، ١٣٩٧هـ.
١٣٩. أدلة التشريح المتعارضة، لبدران أبو العينين، طبعة مؤسسة الشباب ١٩٧٤م.
١٤٠. دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين، لصالح عوض، دار الطباعة المحمدية بمصر، طبعة أولى، ١٤٠٤هـ.
١٤١. القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول، لمحمود هرموش، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة أولى، ١٤٠٦هـ.
- خامساً: كتب اللغة مرتبة على التاريخ الزمني:
١٤٢. معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن زكريا بن فارس، المتوفى: ٢٩١هـ، تحقيق: عبد السلام هارون، طبعة ثانية، ١٣٩١هـ.
١٤٣. الصحاح، لأبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، المتوفى: ٣٩٣هـ، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة ثانية، ١٣٩٩هـ.
١٤٤. أساس البلاغة، لمحمود بن عمر الزمخشري، المتوفى: ٥٣٨هـ، دار صادر، بيروت، ١٣٩٩هـ.

١٤٥. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، المتوفى بعد: ٦٦٦هـ، طبعة: مؤسسة دار علوم القرآن، ١٤٠٥هـ.
١٤٦. الألفية، لأبي عبد الله جمال الدين محمد بن مالك، المتوفى: ٦٧٢هـ مع شرحها للأشموني، ومعهما الشواهد للعيني، طبعة: عيسى الحلبي وشركاه.
١٤٧. لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المتوفى: ٧١١هـ، طبعة: دار لسان العرب.
١٤٨. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المتوفى: ٧٧٠هـ، طبعة قديمة.
١٤٩. كتاب التعريفات، لأبي الحسن السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، المتوفى: ٨١٦هـ، نشر: مكتبة لبنان، بيروت.
١٥٠. القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، المتوفى: ٨١٧هـ.
١٥١. تاج العروس، لأبي الفيض المرتضى محمد بن محمد الزبيدي، المتوفى: ١٢٠٥هـ، دار صادر، بيروت، ١٣٨٦هـ.
١٥٢. المعجم الوسيط، لجماعة طبعة إستانبول.
- سادساً: من كتب الأدب:
١٥٣. ديوان الشماع بن ضرار الذبياني، تحقيق: صلاح الدين الهادي، طبعة: دار المعارف بمصر.
١٥٤. ديوان أبي الطيب المتنبي، طبعة: دار صادر، بيروت.
- سابعاً: كتب التراجم مرتبة على التاريخ الزمني:
١٥٥. الاستيعاب، ليوسف بن عبد الله بن عبد البر، المتوفى: ٤٦٣هـ، مطبوع بهامش الإصابة، مطبعة السادة بمصر، طبعة أولى، ١٣٢٨هـ.
١٥٦. ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض، المتوفى: ٥٤٤هـ، تحقيق: أحمد بكير محمود، نشر: مكتبة الحياة، بيروت، ١٣٨٧هـ.
١٥٧. طبقات الشافعية، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب السبكي، المتوفى: ٧٧١هـ، الحلبي وشركاه، طبعة أولى، ١٣٨٨هـ.
١٥٨. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لمحبي الدين أبي الوفاء، المتوفى: ٧٧٥هـ، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة عيسى الحلبي، ١٣٩٨هـ.
١٥٩. الدباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لبرهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون، المتوفى: ٧٩٩هـ، نشر: عباس شقرون بمصر، طبعة أولى، ١٣٥١هـ.

١٦٠. طبقات الشافعية، لأبي بكر بن أحمد تقي الدين بن قاضي شهبة، المتوفى: ٨٥١هـ، عام الكتب، بيروت، طبعة أولى، ١٤٠٧هـ.
١٦١. الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن علي شهاب الدين بن حجر العسقلاني، المتوفى: ٨٥٢هـ، مطبعة السعادة بمصر، طبعة أولى، ١٣٢٨هـ.
١٦٢. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لأحمد بن علي شهاب الدين ابن حجر العسقلاني، المتوفى: ٨٥٢هـ.
١٦٣. تقریب التهذيب، لابن حجر أيضاً، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، طبعة: دار المعرفة، بيروت.
١٦٤. تاج التراجم في طبقات الحنفية، لأبي العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا، المتوفى: ٨٧٩هـ، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢م.
١٦٥. نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا التنبكتي، المتوفى: ١٠٣٢هـ، مطبوع الديباج المذهب.
١٦٦. كشف الظنون عند أسامي الكتب والفنون، لحاجي خليفة مصطفى بن عبد الله، المتوفى: ١٠٦٧هـ، طبع مكتبة المثنى، بغداد.
١٦٧. شذرات الذهب في أعيان من ذهب، لأبي الفلاح عبد الحي ابن العماد الحنبلي، المتوفى: ١٠٨٩هـ، نشر: دار الآفاق، بيروت.
١٦٨. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لمحمد عبد الحي اللكنوي، المتوفى: ١٣٠٤هـ، مطبعة السعادة بمصر، طبعة أولى، ١٣٢٤هـ.
١٦٩. مختصر طبقات الحنابلة، للشيخ جميل الحنبلي، المتوفى بعد: ١٣٣٩هـ، مطبعة الترقى بدمشق، ١٣٣٩هـ.
١٧٠. إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لإسماعيل باشا، طبع مكتبة المثنى، بغداد.
١٧١. الفتح المبين في طبقات الأصوليين، لعبد الله مصطفى المراغي، نشر: محمد أمين وشركاه، بيروت، طبعة ثانية، ١٣٩٤هـ.
١٧٢. معجم المؤلفين، لمحمد رضا كحالة، مطبعة الترقى بدمشق، ١٣٨٠هـ.
١٧٣. الأعلام، لخير الدين الزركلي، دار العلوم للملايين، بيروت، طبعة سادسة، ١٩٨٤م.
- ثامناً: مراجع حديثة:
١٧٤. الإنبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، لإبراهيم بن محمد الفايز، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، طبعة ثانية، ١٤٠٣هـ.
١٧٥. الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، لعلي قراعة، مطبعة الرغائب، ١٣٣٩هـ.
١٧٦. حجية الإقرار في الأحكام القضائية، لمجيد حميد السماكية.

١٧٧. طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، لأحمد إبراهيم إبراهيم، المطبعة السلفية بمصر ١٣٤٨هـ.

١٧٨. علم القضاء، للحصري، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٩٧هـ.

١٧٩. المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء، مطبعة طربين، دمشق، ١٣٨٧هـ.

١٨٠. من طرق الإنبات في الشريعة والقانون. لأحمد عبد المنعم البهي، دار الفكر العربي، طبعة أولى، ١٩٦٥م.

١٨١. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية. لعبد الكريم زيدان، مطبعة العاني، بغداد، طبعة أولى، ١٤٠٤هـ.

١٨٢. النظرية العامة لإنبات موجبات الحدود. للدكتور عبد الله الركبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة أولى، ١٤٠١هـ.

١٨٣. الوجيز في الدعوى والإنبات، لشوكت عليان، الدار العربية للطباعة والنشر، طبعة أولى، ١٣٩٨هـ.

١٨٤. وسائل الإنبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، لمحمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، طبعة أولى، ١٤٠٢هـ.

تاسعاً: الرسائل التي استفدت منها في البحث:

١٨٥. تعارض الأقوال والأفعال وتحقيق كتاب «تفصيل الإجمال في تعارض الأقوال والأفعال»، للعلائي، إعداد: عبد الرحمن المطير، ماجستير، قسم الأصول.

١٨٦. التعارض والترجيح بين الأدلة التشريعية، إعداد: عبد الله المطلق، ماجستير، المعهد العالي للقضاء.

١٨٧. القرعة ومجالات تطبيقها في الفقه الإسلامي، إعداد: عبد الله العمار، دكتوراه، قسم الفقه.



فَهْرَسُ الْمُحْتَوَيَاتِ



<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
٥	مقدمة الطبعة الثالثة
٦	المقدمة
١٣	الفصل الأول: القضاء والدعوى والإثبات
١٤	المبحث الأول: القضاء ومكانته في الشريعة الإسلامية
١٨	المبحث الثاني: الدعوى وصلتها بالقضاء
٤٥	المبحث الثالث: الحاجة إلى البيئات لفض النزاع
٢٣	الفصل الثاني: بيان معنى تعارض البيئات
٢٤	المبحث الأول: التعريف بالتعارض
٢٩	المبحث الثاني: تحقيق معنى البيئة
٤٥	المبحث الثالث: معنى العبارة المركبة «تعارض البيئات»
٤٩	الفصل الثالث: حقيقة التعارض
٥٠	المبحث الأول: أركان التعارض
٥٤	المبحث الثاني: شروط التعارض
٥٨	المبحث الثالث: محل التعارض
٦٧	الفصل الرابع: ما يتعارض من البيئات
٦٨	المبحث الأول: الشهادات
٨٩	المبحث الثاني: علم القاضي
٩٨	المبحث الثالث: الإقرار
١١٠	المبحث الرابع: القرائن

الموضوع	الصفحة
المبحث الخامس: الكتابة	١٢١
المبحث السادس: اليمين	١٢٧
الفصل الخامس: دفع تعارض البيئات بطريق الجمع	١٣٩
المبحث الأول: بيان الخلاف في البدء بالجمع	١٤٠
قبل الترجيح عند حصول التعارض	١٤٠
المبحث الثاني: حقيقة الجمع	١٤٥
المبحث الثالث: طرق الجمع	١٤٩
الفصل السادس: دفع التعارض بطريق الترجيح	١٥٥
تمهيد	١٥٦
المبحث الأول: الترجيح بسبب الملك	١٥٨
المبحث الثاني: الترجيح بزيادة العدالة	١٦٤
المبحث الثالث: الترجيح بزيادة العدد	١٧٠
المبحث الرابع: الترجيح بقوة الحجة	١٧٤
المبحث الخامس: الترجيح بالتاريخ	١٧٩
المبحث السادس: ترجيح البيئة المثبتة	١٨٢
المبحث السابع: ترجيح بيئة الملك على بيئة الحوز	١٨٦
المبحث الثامن: الترجيح باليد	١٨٧
المبحث التاسع: الترجيح بالقرائن العرفية	١٩٤
المبحث العاشر: اليمين مع الترجيح	١٩٦
الفصل السابع: العمل عند تعذر الترجيح	١٩٩
المبحث الأول: موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح	٢٠٠
المبحث الثاني: استعمال البيئتين بالقسمة	٢٠٦
المبحث الثالث: استعمال البيئتين بالقرعة	٢١٣

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
الفصل الثامن: اختلاف الشهادة وأثره على المشهود به	٢٢٧
تمهيد	٢٢٨
المبحث الأول: الاختلاف في الشهادة على السبب	٢٢٩
المبحث الثاني: الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه	٢٣١
المبحث الثالث: اختلاف الشهود في مقدار الشهود به	٢٣٢
المبحث الرابع: الاختلاف في الزمان والمكان	٢٣٦
الخاتمة	٢٤٣
المصادر والمراجع	٢٤٧
المحتويات	٢٦١