جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⵎⵎⴰⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⵏ ⴼⴰⵙ
UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FES
FACULTE CHARIAA – ⵜⴰⵖⵉⵡⴰⵏⵜ ⵏ ⵛⵛⴰⵔⵉⵄⴰ – كلية الشريعة

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشرعية والتدبير
تكوين الدكتوراه: الشريعة والقانون وقضايا المجتمع
مختبر: الشريعة والقانون والمجتمع

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة

بعنوان:

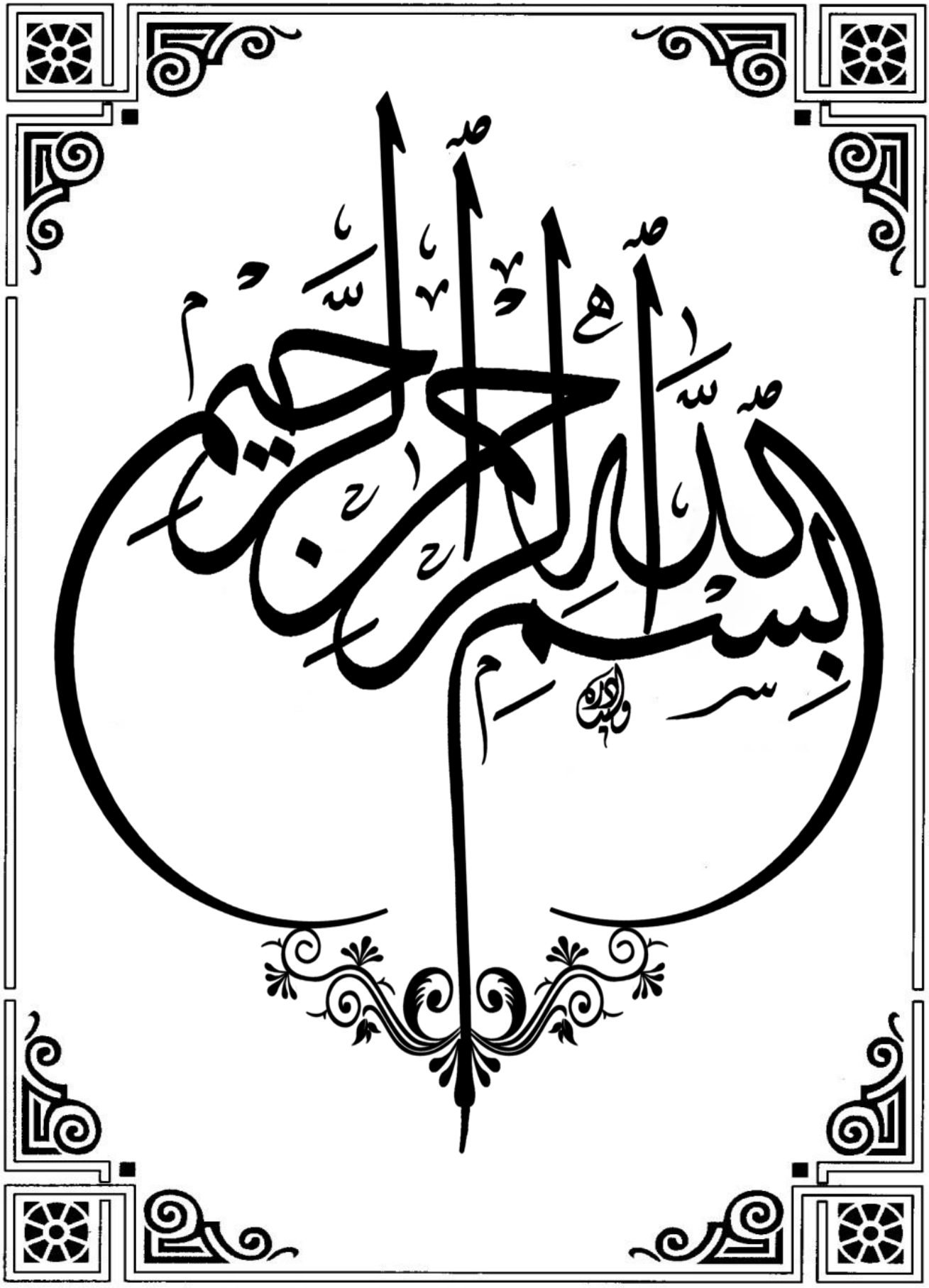
قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في ضوء الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

الجزء الأول

إعداد الطالب الباحث:
أحمد علي حسن عبد الرحمن عفيفي
رقم التسجيل: 2018/58

إشراف الأستاذ الدكتور:
عبد المجيد الكتاني

الموسم الجامعي
2022/2021م
1443/1442هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي هذا البحث الى كلٍ من:

والدي الكريم الذي تحمّل معي أعباء المسيرة العلمية من بدايتها

وبذل الغالي و النفيس حتى أصل الى هذه المرحلة العلمية.

والدتي الرحيمة التي أتعبت نفسها من أجل راحتي، وعانت معي طيلة المرحلة الدراسية.

فجزاهما الله عني خير الجزاء

شكر وتقدير

أولاً: أحمد الله تعالى وأشكره على ما منّ به عليّ من إتمام هذه المسيرة العلمية، ثمَّ أتم بالشكر الجزيل المقرون بالدعاء والتقدير لأستاذي الدكتور عبد المجيد الكتاني المشرف على هذه الأطروحة الذي غمرني بدماثة أخلاقه وحسن تعامله، ولطافة أسلوبه، ولم يألو جهدًا في توجيهي وإرشادي في المعضلات العلمية التي واجهتني، وصبره على الجلوس معي ولم يبخل عليَّ بشيء من ذلك رغم مشاغله الكثيرة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

ثانيًا: أتقدم بالشكر الجزيل لهذا الصرح العلمي الشامخ كلية الشريعة عمادة وأعضاء هيئة التدريس وكامل طاقمها الإداري.

ثالثًا: أتقدم بالشكر الجزيل للسادة الأساتذة الذين شرفوني بالاطلاع على هذا العمل العلمي ومناقشته.

رابعًا: أتقدم بالشكر الجزيل لوالديَّ الكريمين، وأخواتي، وإخواني، وزوجتي، وابنائي على صبرهم وتحملهم معي صعاب هذه المرحلة الدراسية.

خامسًا: أتقدم بالشكر لكل من قدم لي مساعدة في هذه الأطروحة من المشائخ الأجلاء، والأساتذة الفضلاء، والأصدقاء الأعزاء وأخص منهم الدكتور عبد الله محمود الشميري وأسأل الله أن يبارك فيهم جميعًا.

مقدمـــــة البحـث

الحمدُ لله الحكيمُ في قضائه، العدلُ في جزائه، أحمده حمدًا يوفي نعمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام على السراج المنير محمد بن عبد الله وعلى آله وأصحابه ومن سار على نهجه واقتفى أثره إلى يوم الدين وسلم تسليمًا كثيرًا.

أما بعد:

فإنّ مدارَ الخصومةِ القضائيةِ على الدعوى الصحيحة، والدليل القضائي المعتبر، المستكمل لأركانه وشروطه، فإذا تحقق ذلك تبين صدقُ المدعي في دعواه وصدرَ الحكمُ لصالحه، إلَّا أنّ الدليل القضائي يتوارد عليه شيئان: قادحٌ ودافعٌ، فالقادحُ في الدليل القضائي يبطلُه ويسلُبه حجيته، والدافع للدليل القضائي –يكون دليلًا قضائيًا آخر– يُضْعِفُه ويقللُ من حجيته، فإذا دفع المدعى عليه دعوى المدعى واستند إلى ذلك بأدلة تؤيد دفعه، وبمستندات تبرهن مقاله، فيكون القاضي أمام أدلة متعارضة في ذاتها، متنافرة في دلالتها، متجافية في مضامينها، وهنا يبرز دور القاضي في إزالة هذا التعارض من خلال المواءمة بينها والجمع بين الأدلة ما أمكن إلى ذلك سبيلًا، وعند استعصاء الحال يلجأ إلى الترجيح بين الأدلة القضائية بناءً على قواعد فقهية قضائية، أو ضوابط قانونية، أو معايير علمية، أو أُسس فنية يستهدي بها في الترجيح، ويتجلى هنا الدور الريادي الذي بذله الفقهاء وسهر القضاء على تطبيقها في النوازل القضائية والحوادث الواقعية.

وقد حاولت في هذه الدراسة جمع وصياغة قواعد للترجيح بين الأدلة القضائية، ذلك أنّ عملية الترجيح لا تستند إلى اجتهاد القاضي فحسب، بل تحكمها قواعد وضوابط معينة، بحيث تبرز أهمية هذه القواعد حين تتعارض الأدلة القضائية فتكون بمثابة مرجحات بين هذه الأدلة، وهذه القواعد منها ما قد صاغه الفقهاء، ومنها ما تم صياغته في قالب قاعدة، أو ضابطٍ، أو معيار، إلاَّ أنَّ هذه القواعد التي تتصف بها بعض الأدلة القضائية عند التعارض إما أن تكون

وصفًا زائدًا في الدليل، أو قوة في مضمونه، أو زيادة علم أو إثبات، أو أن أحد الأدلة يستند إلى أصل أو يعتضد بظاهر، ويظهر الدور البارز للتاريخ في إزالة التعارض بين الأدلة.

وما تم ذكره يتجلى في صفة للدليل ميزته على غيره وأكسبته قوة زادت في قيمته الثبوتية وحجيته القضائية إلَّا أنَّ هناك جانبًا آخر من المرجحات وهي القرائن، وهي متعددة في أقسامها، ومتنوعة في دلالتها، ومتغايرة في مجالاتها، فاليد مرجحة في جانب الأملاك، والقيافة وما شاكلها من القرائن لها دورها الترجيحي في الأنساب عند التنازع. ويضاف إلى ذلك الوسائل العلمية الحديثة التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة من توقيع إلكتروني، وتحاليل مخبرية، وفحوصات طبية، وبصمات، وتصوير مرئي، وتسجيل صوتي، وغيرها من الوسائل الحديثة التي لها دورٌ في الترجيح بين الأدلة القضائية، وتعدُّ القسامة في الجانب الجنائي قرينةً بناءً على اللّوث الذي تقوم عليه، ويعد سببًا موجبًا لها، إلَّا أنَّ اللوث قد يتعارض فيما بينه عند تعدده خصوصًا فيما نص عليه الفقهاء وما استجد في الوقت المعاصر من وسائل علمية التي تعدُّ من قَبِيل اللوث، وهنا يستلزم الترجيح، وهذا القرائن قد تتعارض مع الأدلة القضائية الأخرى وهنا يستلزم إعمال السلطة التقديرية للقاضي في الموازنة بين الأدلة والترجيح بينها، وهناك نوع آخر من التعارض يتعذر فيها الترجيح، وهنا يكون تساقط الأدلة ويمكن استعمال الأدلة إما بالقرعة أو القسمة.

أولًا: أهمية البحث

تعدُّ عمليةُ الترجيحِ بين الأدلة القضائية عمليةً مهمة لتمييز الأدلة الصحيحة وفصلها عن الشبهات الملتبسة بها؛ ليكون الحكم صائبًا ومبنيًا على أسس دقيقةٍ ومضبوطةٍ، إذ يشترط في القاضي أثناء قيامه بعملية الترجيح أن يكون أكثر ذكاءً وفطنةً وخبرةً، ومن ثم فلا يمكن للقاضي أن ينظر في أيّ قضيةٍ تعرض عليه، وتكون فيها أدلة متعارضةٌ إلاّ إذا اعتمد على الترجيح بين الأدلة، وفي هذه الحالة يلزمه أن يبذل جهده في التحري، والتدقيق، والتمحيص، والمطالعة، والتحقيق، والمراجعة، والاطلاع، حتى يتسنى له الفصل في القضية المعروضة

عليه، فلا يكفي القاضي أن يتعلم أصول المحاكمات، وقواعد المرافعات، وإجراءات إدارة الجلسات، وصياغة الأحكام، وتطبيق النصوص على الوقائع والنوازل، وإنّما لابد له أن يتعلم فنَّ الموازنة بين الأدلة القضائية، ويقدرها حق قدرها، ويوائم بينها إن تأتى له الأمر، أو يرجح بينها إن استعصى عليه الحال، وذلك بناءً على قواعد الترجيح التي ذكرها الفقهاء المنصوص عليها، أو استنبطها من مجموع الأدلة المعروضة عليه، أو من القرائن التي احتفت بالواقعة وأحاطت بالنازلة بعد قراءة تامة لما حواه ملف النازلة القضائية وبذل الجهد في ذلك.

وتتوقف مهارات الترجيح بين الأدلة القضائية على التكوين المهني للقاضي، ومستواه العلمي، وثقافته الواسعة، وطول الممارسة، وجماعُ ذلك كلّه أن تتوافر فيه صفات القاضي الشرعي وصفات القاضي الحديث خصوصًا مع ما شهدته الحياة المعاصرة من تقدّم تقني هائلٍ في جميع مجالات الحياة ما لهذا التقدم دور فعّال وسمة بارزة في إفراز وسائل علمية تعين القاضي على إثبات الحقوق والترجيح بين الأدلة القضائية عند التعارض.

وتبدو قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية سهلة الاستعمال إلاّ أنّ تطبيقها على النوازل القضائية، وإعمالها على الحوادث الواقعية تكشف عن صعوبتها، بحيث تظهر مشاكل ومعوقات جمة، تعترض القاضي في طريق الفصل بين الأدلة، فهمي بمثابة السهل الممتنع؛ وذلك لأنّ صناعةَ الترجيح صناعةٌ شاقةٌ تحتاج إلى كدٍّ، وجهدٍ، وعناءٍ، وتعبٍ في تقليب الأدلة، والنظر بين المستندات، والتأمل بين القرائن، حتى يتجلى المرجح في أوضح صورة، ليكون أقعد وأضبط وأبعد عن التعقيد والشتات، ومن المعروف أنّ البحث عن المرجح لأحد الدليلين يدق في بعض الأحيان فتتفاوت فيه الأفهام، وتختلف فيه الأنظار، فقد يهتدي فيه القاضي إلى مأخذ في الدليل لم يلحظه غيره، أو يقتنع بوجهة نظر لا يوافقه عليها الآخرون.

ومما يؤكد على أهمية الترجيح، تعارض مرجحين أو أكثر في الواقعة القضائية، أو تردد أدلة النازلة بين أكثر من مرجح وهو ما يجعلنا بأمس الحاجة إلى الاعتماد على عملية الترجيح بين المرجحات عند تزاحمها.

ولذا فخلل القاضي في كيفية إعمال قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية، وانحرافه عن ضوابطها يؤدي إلى نتيجة مضادة لحكمة الشرع المطهر من القضاء، وهو إقامة العدل بين الناس، وإعمال قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية تجعل القاضي أقلُ عِثارًا، وأيسرُ مأثمًا وأقرب إلى طريق السلامة في إصدار حكم سليمٍ في حيثياته، صائبٍ في منطوقه، بعيدٍ عن الاستشكالات في تنفيذه.

ثانيًا: أسباب اختيار الموضوع:

تتجلى أسباب اختيار البحث في الأمور الآتية:

1-لمُّ شتات هذا الموضوع -ما أمكن- لكونه مفرقًا في جميع أبواب الفقه، وصياغة فروعه المتفرقة في قالب قاعدة قضائية حتى يسهل على القاضي الاطلاع عليه، والأخذ منه بما يتناسب مع النازلة المعروضة عليه.

2-غياب دراسة متخصصة في موضوع الترجيح بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون اليمني.

3-دقة الموضوع في جزئياته، وغياب تدريس هذا المبحث الفقهي في المعهد القضائي اليمني.

4-إجراء دراسة مقارنة لقواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي لمعرفة مدى إعمال قواعد الترجيح بين هذين القانونين، والمذاهب الفقهية التي اعتمدتها، وهل الفقه الإسلامي مصدرٌ للترجيح بين الأدلة القضائية.

5- طبيعة العمل القضائي الذي أمارسه وهو يتطلب درايةً واسعةً في مجال الترجيح بين الأدلة القضائية خصوصًا في المجال الجنائي فقد تتعارض الأدلة الفنية مع الأدلة الشرعية، وهذا التعارض يستلزم الترجيح، والترجيح فيه نوع من الصعوبة تخرج عن التكوينات المألوفة في الجانب القضائي.

6-الإسهام في وضع أجوبة عملية لإشكالات أفرزها التطبيق القضائي العملي.

7- معرفة دور الوسائل العلمية الحديثة في الترجيح بين الأدلة القضائية.

8-معرفة قواعد الترجيح بين الأدلة التي لم ينص عليها الفقه الإسلامي وتمَّ اعتمادها في القانونين محل الدراسة.

كل ذلك دفعني إلى جمع شتات الموضوع، ولمّ أطرافه بصورة عامة في أغلب أبوابه، وصياغته على شكل قواعد، وضوابط، ومعايير، تجمع معظم فروعه وأجزائه، يستعين بها القاضي ولا يستغني عنها الفقيه.

ثالثًا: الدراسات السابقة:

تنقسم الدراسات السابقة في هذا الموضوع إلى قسمين:

القسم الأول: الدراسات العامة وهي:

1- تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة، للقاضي عبدالرحمن محمد شرفي، وهي رسالة ماجستير تم مناقشتها في كلية دار العلوم بالقاهرة سنة 1986م، وتعدُّ هذه الرسالة من أقدم الرسائل في العصر الحديث، وجهود الباحث واضحة في رسالته، وقد كانت دراسته مقارنة بين الفقه الإسلامي وتطبيقات قضائية لمحاكم مصريةٍ وسودانيةٍ، إلاّ أنّ الباحث أسهب في رسالته، وناقش رؤوس مسائل التعارض، وتعرض لبعض الجزئيات، وأكثر اهتمامه بموضوع التعارض بين وسائل الإثبات وبعد ذلك يرجح بين أقوال الفقهاء، ولم يناقش مسألة الأصل والظاهر ودورهما في الترجيح، ولا الترجيح بين الأدلة بصورةٍ جليةٍ، وغلب على دراسته الجانب الفقهي.

2- تعارض البينات في الفقه الإسلامي، للباحث محمد الشنقيطي، وهي رسالة ماجستير تم مناقشتها في جامعة محمد بن سعود الإسلامية بالرياض سنة 1992م، وتناول الباحث الترجيح بين البينات في ضوء المذاهب الأربعة، وناقش رؤوس المسائل الخلافية في باب التعارض، إلَّا أنَّ الباحث لم يتناول التعارض بين البينات بشكل واسع، وخلت الرسالة من التطبيقات القضائية بل اكتفى بسرد أقوال الفقهاء في مسائل التعارض.

3- التعارض والترجيح في طرق الإثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة، للدكتور سليم على الرجوب، أطروحة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية سنة 2006م، تناول فيها الباحث الجمع والترجيح بين طرق الإثبات، وذكر بعض الضوابط في الترجيح، وبعض المرجحات تناولها بشكل فقهي، إلاَّ أنَّ الباحث لم يعالج نظرية التعارض والترجيح كما عَنْونَ بذلك رسالته بل اقتصر على ذكر عموميات التعارض والترجيح، ولم يُسند الدراسة بتطبيقات قضائية حتى تتجلى قواعد التعارض والترجيح بصورة واضحة.

4- التعارض والترجيح بين وسائل الإثبات، محمد سليم رزيق الحربي، أطروحة دكتوراه نوقشت بكلية الشريعة بجامعة الأزهر سنة1431هـ الموافق 2011م، تناول فيها الباحث التعارض والترجيح بين وسائل الإثبات، وتم عرض رؤوس مسائل التعارض والترجيح، وأورد أقوال الفقهاء في مسائل التعارض، وناقش بعضها وترك البعض الآخر، إلَّا أنَّ الأطروحة خلت من ذكر قواعد للترجيح بين أدلة الإثبات ولم يسندها بتطبيقات فقهية وقضائية.

5- نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي دراسة تحليلية تأصيلية قضائية موازنة، النظرية العامة والتطبيقات، للدكتور حسن بن أحمد الحمادي، من إصدارات معهد التدريب والدراسات القضائية بأبوظبي سنة 2014م، تناول التعارض بين الأدلة القضائية وذكر قواعد للترجيح وصاغها بصياغة أدبية رائعة، أرفد ذلك بتطبيقات قضائية قديمة في أغلبها من دولة الإمارات، ومصر، والمملكة المغربية، وأضاف بعض الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بصياغة بعض قواعد الترجيح، إلَّا أنَّه لم يستعرض مسائل التعارض بصورة مقارنة ولم يناقش أدلة المسائل، ولم يذكر نصوص الفقهاء، وقصد من ذلك تلافي القصور الذي حصل في بعض الرسائل.

القسم الثاني: الدراسات الخاصة.

1-قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة) للدكتور حسين رجب محمد الزيدي، أطروحة دكتوراه.

وقد تناول الباحث قواعد الترجيح في الجانب المدني، وناقش موضوع الترجيح من ناحية قانونية، وأرفد المادة العلمية بتطبيقات قضائية في المحاكم العراقية والأردنية في أغلبها، وأحيانًا يذكر قاعدة ويُعوزُها إلى مجلة الأحكام العدلية، إلا أنَّ الباحث استطرد كثيرًا خارج محل أطروحته، فيتطرق بكثرة إلى الحديث عن عبء الإثبات، وعيوب الإرادة في إبرام العقود وهلم جرًا، ولم يبين الأساس الفقهي أو القانوني الذي أخذ منه القاعدة، بل أتى بقواعد متفرقة في الجانب المدني والشخصي.

2-الترجيح بين البينات دراسة في ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي عبد الرحمن بلعكيد.

تناول فيه المؤلف الترجيح بين البينات دراسة مذهبية للفقه المالكي والقانون المغربي، وخلا الكتاب من تطبيقات قضائية، أو مقارنة الفقه المالكي بغيره من المذاهب، واقتصرت الدارسة على جانب الملكية، وهو كتاب وليس رسالة علمية.

3 -قواعد الترجيح بين البينات في المجال العقاري -دراسة تفصيلية للمادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية في ضوء أحكام الفقه المالكي والعمل القضائي، ياسين ربيع، أطروحة دكتوراه بكلية الشريعة بجامعة سيدي محمد بن عبدالله بالمغرب للعام الجامعي 1439هـ-2018م.

تناول الباحث قواعد الترجيح بين البينات في المجال العقاري في المذهب المالكي والقضاء المغربي، إلاّ أنّ الباحث لم يتناول الترجيح في جانب المنقول، والعقود وفي الجنايات والحدود، وتناول المادة العلمية بأسلوبٍ فقهي، واقتصر في دراسته على الفقه المالكي والعمل القضائي في المملكة المغربية، ولم يقارن في دراسته بين المذاهب الفقهية الأخرى، ولم يتناول مسألة الترجيح الموجودة في بقية القوانين، فجاءت الدراسة فيها قصور في أكثر المجالات القضائية.

4- أحكام مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى وقرارات محكمة النقض في الترجيح بين البينات دراسة مرتبة على الفقه في ضوء المختصر الخليلي وتحفة ابن عاصم ولامية الزقاق والتشريع المغربي والأحكام العامة والعمل القضائي، عبدالرحمن بلعكيد.

اقتصرت الدراسة على القرارات القضائية المغربية في ضوء الفقه المالكي، ولم تشمل جميع جوانب الترجيح وإنَّما اقتصر المؤلف على المجال العقاري، وناقش الأحكام القضائية على ضوء تحفة ابن عاصم ولامية الزقاق، والتشريع المغربي.

5-الترجيح بين البينات في ضوء الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، أستاذنا الدكتور عبدالمجيد الكتاني، وهو عبارة عن مقال تم نشره في مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الثالث، سنة 2012م.

ناقش فيه الترجيح بين البينات وفقًا للمذهب المالكي والقانون المغربي واقتصر على دراسة مدونة الحقوق العينية.

القسم الثالث: الدراسة محل الأطروحة:

الدراسة محل الأطروحة جاءت شاملة لأغلب مسائل التعارض وقواعد الترجيح فيها، فهي لم تقتصر على مذهبٍ معين بل تناولت مسائل التعارض والترجيح عند فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية، في أغلب مسائل التعارض والترجيح، ولم تقتصر على الملكية العقارية، وإنما شملت العقار والمنقول، والعقود، والمسائل المتعلقة بالمعاملات المالية وغير المالية، هذا فيما يخص جانب المعاملات، وشملت الترجيح في مسائل الجناية على النفس وعلى ما دونها، والحدود والتعازير، وشملت مسألة التنازع على النسب سواء بين زوجين، أو بين غيرهما في مسائل اللقيط، وأظهرت هذه الدراسة دور الوسائل العلمية في الترجيح بين الأدلة القضائية، كما أثبتت دور الوسائل العلمية الحديثة في الترجيح بين المسائل التي حكى فيها الفقهاء التعارض الذي يؤدي إلى التساقط، وشملت قواعد الترجيح الدلالية، والترجيح بالأصل والظاهر، والترجيح بين المرجحات عند التعارض، وأصل قاعدة الترجيح، ومنشأها، كما بينت هذه الدراسة التوافق والاختلاف بين القانونين محل الدراسة ومدى توافقهما مع الفقه الإسلامي، وتدعيم ذلك بتطبيقات قضائية في الجمهورية اليمنية والمملكة المغربية، بالإضافة إلى أنّ الدراسة جاءت مغايرة للكتابات السابقة من حيث خطة البحث، والترتيب للأبواب، والفصول، والمباحث،

والمطالب، والفروع، وجمع أغلب مسائل التعارض والترجيح التي تدور فيها المحاكمات، والغرض من ذلك هو وضع نظرية عامة للترجيح بين الأدلة القضائية تشمل جميع أبواب الفقه وتعزيزها بتطبيقات فقهية على مختلف الأبواب، وتعزيزها بأحكام قضائية كتطبيق عملي للقاعدة حتى يسهل تطبيقها في الأحكام القضائية، وحاولت إلى بيان الترجيح بين القرائن الفقهية والمستجدات العلمية، فغدت الدراسة شاملة في موضوعها، عامة في مسائلها، جديدة في ترتيبها، واقعية في تطبيقاتها.

رابعًا: إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في السؤال الآتي:

هل توجد قواعد للترجيح بين الأدلة القضائية أو المرجحات على غرار قواعد الترجيح بين النصوص الشرعية؟ ويتفرع عن هذا الإشكال مجموعة من الأسئلة الجزئية أهمها:

هل قواعد الترجيح وردت على سبيل الحصر، أم على سبيل الاطلاق؟

هل نُصَ على قواعد الترجيح بنصوص شرعية، أمْ أنَّها اجتهادية؟

هل يمكن إعمال قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في جميع المجالات القضائية أم أنها محصورة في أبواب محددة؟

ما دور السلطة التقديرية للقاضي في الترجيح بين الأدلة القضائية؟

هل للوسائل العلمية الحديثة دورٌ في الترجيح بين الأدلة القضائية؟

ما الضوابط في الترجيح بين الوسائل العلمية عند التعارض؟

هل هناك قواعد للترجيح بين المرجحات عند التعارض؟

هل بقي لمبحث ترجيح البينات الوارد في كتب الفقه أثر في سوح القضاء اليمني والمغربي، أم توجد هناك نصوص تخول محكمة الموضوع استماع أدلة الطرفين والحكم حسبما تراه في صدق الشاهد وصحة شهادته وغيره من الأدلة؟

خامسًا: أهداف البحث

-وضع قواعد عامة للترجيح بين تعارض الأدلة القضائية في جميع المنازعات التي يقع فيها التعارض بين أدلتها.

-معرفة دور السلطة التقديرية للقاضي في الترجيح بين الأدلة القضائية.

- إبراز دور القرائن العلمية الحديثة في الترجيح بين الأدلة القضائية.

إيجاد دراسة متخصصة للترجيح بين الأدلة القضائية مقارنة بالقانون اليمني؛ لغرض سدّ النقص الموجود في ساحة القضاء اليمني.

سادسًا: منهج البحث

اقتضت الدراسة الجمع بين المنهج المقارن والتحليلي والوصفي، أما بالنسبة للمنهج المقارن فقد اقتصرت في الفقه على المذاهب الأربعة المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وأضفت إليها المذهب الزيدي؛ لأنَّ القانون اليمني مأخوذ منه في جملة أحكامه، فأُصدّر بالمسألة الفقهية وأحيانًا أذكر بعدها القاعدة مباشرة وأحيانًا أترك ذلك، وبعد ذكر المسألة فإن كانت محل اتفاق ذكرت كلام الفقهاء، وإن كانت محل خلاف أذكر أقوال الفقهاء في المذاهب الأربعة والمذهب الزيدي مبتدئًا بالقول الراجح ثم أذكر أدلة كل قول إما أن أصوغ الدليل صياغة سهلة تقرب المعنى، أو أذكر الدليل كما ذكره صاحب القول، وأذكر الاعتراضات الواردة على كل قول إن وجدت، ثم أناقش كل دليل إن استدعى المقام ذلك، وأحيانًا أترك المناقشة؛ لأنَّ الأقوال وردت عارية عن الاعتراضات والمناقشات، وبعد ذلك أذكر الراجح من الأقوال الذي يتوافق مع القاعدة وأرجح، ثمَّ إنَّ منهج المقارنة لم يصاحبني في جميع مراحل البحث؛ وذلك لأنَّ هناك بعض المسائل الفقهية لم تتناولها جميع المذاهب فاقتصرت على ذكر من ذكرها وأضربت صفحًا عن الآخرين، وحاولت أنْ أنقل أقوال الفقهاء في أغلب المسائل كما ذُكِرَتْ محافظًا على النص الفقهي، وأحيانًا أذكر النص في أكثر من موضع لأهميته، إلَّا أنَّ جميع المرجحات محل المقارنة لم يقل بها فقهاء المذاهب فهناك المستجدات العلمية تناولتها

وذكرت فيها أقوال الفقهاء المعاصرين وسرت على نفس الطريقة التي سرت بها في عرض أقوال فقهاء المذاهب، كما قمت بالترجيح بين المرجحات عند التعارض ولم أفرد ذلك بمبحث مستقل، وإنما أذكره في أثناء عرض المرجحات حسب مناسبة كل مرجح.

–وفي القانون فإني اقتصرت على دراسة القوانين القضائية في الجمهورية اليمنية والمملكة المغربية، لأنَّ الأولى بلدة صاحب الأطروحة، والأخرى بلد الدراسة، وحاولت جاهدًا أنْ ألمّ شتات الموضع في جميع القوانين القضائية في البلدين؛ حرصًا أنْ تكون الدراسة شاملة لجميع الأبواب القانونية، وأثناء ذلك أذكر مأخذ كل قانون والأصل الفقهي الذي بني عليه النص القانوني، ثم أقارن بين المرجح في الفقه والقانون وأبين مدى الموافقة أو المخالفة بينهما.

وأما بالنسبة للمنهج التحليلي فقد حاولت تفسير النصوص الفقهية إن احتاجت إلى ذلك، وكذا تحليل النصوص القانونية وشرحها مبينا المذهب الذي أُخِذَتْ منه، وشرحها على ضوء المذهب الذي انتزعت منه.

وأما بالنسبة للمنهج الوصفي فقد جعلت لكل قاعدة تطبيقًا قضائيًا أو أكثر حسب ما يقتضيه المقام معتمدًا في ذلك على التطبيقات القضائية في البلدين وفقًا للقوانين السارية المفعول، وأحيانًا أذكر تطبيقات من قبل صدور القوانين، لأبين أمثلة للقاعدة على المستوى القضائي.

سابعًا: الخطوات الإجرائية للبحث

–عزوت الآيات القرآنية إلى مواطنها من كتاب الله بذكر اسم السورة ورقم الآية برواية حفص عن عاصم.

–خرَّجتُ الأحاديث الواردة في استدلالات الفقهاء، أو التي أضفتها من كتب الحديث المعتمدة، فإذا كان الحديث في صحيحي البخاري ومسلم أكتفي بإيراده منهما، وإذا لم يكن موجودًا فيهما أخرجه من السنن الأربع، ثم السنن الكبرى للبيهقي، وسنن الدارقطني، ومسند الإمام أحمد، ومعجم الطبراني، وسنن سعيد بن منصور وغيرهم إن دعت الحاجة إلى ذلك.

– حافظت على نصوص الفقهاء في أغلب المواطن، فأنقلها بالنص، وأحيانًا أذكر النص في أكثر من موضعٍ إن استدعى المقام ذلك.

–حاولت الترجيح بين المرجحات عند التعارض، وذلك في ثنايا الحديث عن المرجحات العامة.

–في آخر الأطروحة وضعت الخاتمة وبينت أبرز نتائج البحث، ثم أتبعتها بالفهرس.

ثامنًا: خطة البحث

قسمت الأطروحة إلى مبحث تمهيدي، وبابين، وقسمت البابين إلى فصلين، وكل فصل إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين وأحيانًا أقسم المبحث إلى أكثر من مطلب حسب ما تقتضيه الحاجة وتفصيل ذلك فيما يلي، خصصت مبحثًا تمهيديًا في الترجيح بين الأدلة القضائية والمختص وظيفيًا بالترجيح بين الأدلة، واشتمل على مطلبين، بينت في المطلب الأول الدراسة المصطلحية للبحث، واشتمل هذا المطلب على فرعين الفرع الأول مصطلحات البحث، وتناولت فيه المصطلحات المتعلقة بالبحث وعَرّفتُ قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية باعتبار مفرداتها، وباعتبارها مصطلحًا لهذه الدراسة، وتناولت في الفرع الآخر المصطلحات الأخرى المتعلقة بالبحث من بيان التعارض وشروطه، وأركان الترجيح وشروطه، وتناولت في المطلب الآخر من هذا المبحث قواعد الترجيح والمختص وظيفيًا بالترجيح، وجاء ذلك في فرعين الفرع الأول خصصته لذكر قواعد الترجيح عند الفقهاء وفي القانون اليمني والمغربي، وتناولت في الفرع الآخر المختص وظيفيًا بالترجيح سواء من حيث القاضي، أو المحكمة، وبينت الأثر المترتب على مخالفة قواعد الترجيح، ومدى سلطة القاضي التقديرية في الترجيح بين الأدلة القضائية، ثمَّ بعد ذلك قسمت قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية إلى بابين، الباب الأول: الترجيح بالمزية بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وجاء هذا الباب في فصلين، أوضحت في الفصل الأول قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والترجيح بالعلم اليقيني وزيادة وصفٍ في الدليل في الفقه الإسلامي والقانونين

اليمني والمغربي، وتناولت في هذا الفصل الترجيح من حيث الأصل والعلم اليقيني وجاء ذلك في مبحثين، تناولت في المبحث الأول قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والعلم اليقيني والوصف والتأريخ في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وجاء المبحث الأول في مطلبين، تناولت في المطلب الأول قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل سواء من حيث الأصل والظاهر ودلالات الفاظ الدليل، والترجيح بالعرف، والعلم اليقيني في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وتناولت في المطلب الثاني الترجيح بزيادة وصف الأعدلية والأكثرية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وجاء في المطلب الثالث الترجيح بزيادة التاريخ في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وتناولت في المبحث الثاني الترجيح بالزيادة في العلم والإثبات في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مطلبين، تحدثت في المطلب الأول عن الترجيح بالزيادة في العلم في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي.

وفي المطلب الثاني الترجيح بالزيادة في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

وتحدثت في الفصل الثاني عن الترجيح بقوة الحجة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مبحثين، جاء المبحث الأول في الترجيح بقوة الحجة في الدليل الواحد من الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على أربعة مطالب، بينت في المطلب الأول الترجيح بين الإقرارات، وفي المطلب الثاني الترجيح بين الشهادات.

وفي المطلب الثالث الترجيح بين الأدلة الكتابية، وفي المطلب الرابع الترجيح بين الأيمان، والنكول عنها، والترجيح بين الخبرات، والقرائن، وجاء المبحث الثاني في الترجيح بقوة الحجة بين الأدلة القضائية المختلفة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على أربعة مطالب، تحدثت في المطلب الأول عن التعارض والترجيح بين الإقرار وبين غيره من الأدلة القضائية، وفي المطلب الثاني التعارض والترجيح بين الشهادة والأدلة القضائية الأخرى عدا الإقرار، والمطلب الثالث التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية والقرائن والخبرة، والمطلب

الرابع تطبيقات فقهية على الترجيح بقوة الحجة، بينت في هذه التطبيقات تفاوت قوة الأدلة القضائية من خلال التطبيق على باب اللقطة، والتنازع على الجدار المشترك، ففي باب اللقطة تفاوتت درجة الأدلة القضائية، وفي التنازع على الجدار المشترك تفاوتت قوة القرائن، وجاء الباب الثاني في الترجيح بالقرائن بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على فصلين، تحدثت في الفصل الأول عن الترجيح بقرينة اليد وحجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مبحثين، المبحث الأول في الترجيح بقرينة اليد في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مطلبين، بينت في المطلب الأول الترجيح بين بينتي الداخلين في حالة التزاحم والتساوي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وفي المطلب الثاني الترجيح عند تعارض بينة الخارجين وبينة الخارج مع بينة الداخل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وجاء المبحث الثاني في الترجيح بالحكم القضائي (قرينة حجية الشيء المقضي به) في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مطلبين، المطلب الأول ماهية الحكم القضائي والترجيح به في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، والمطلب الثاني نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي وتحدثت في الفصل الثاني عن الترجيح بقرينة الوسائل العلمية المعاصرة وقرينة القيافة والقسامة واستعمال القرعة والقسمة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مبحثين، جاء المبحث الأول في الترجيح بالقرائن العلمية المعاصرة والقيافة والقسامة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ويشتمل على مطلبين، المطلب الأول في الترجيح بين الوسائل العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، و المطلب الثاني في الترجيح بالقيافة والقسامة وبينهما وبين الوسائل العلمية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، ثم بينت في المبحث الثاني عن كيفية استعمال الأدلة القضائية وذلك من خلال القرعة والقسمة عند تعذر الترجيح وحكم اليمين مع الدليل الراجح، بينت في المطلب الأول

استعمال القرعة عند تعذر الترجيح، وفي المطلب الثاني استعمال القسمة عند تعذر الترجيح وحكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، وختمت ذلك بخاتمة بينت فيها النتائج والآفاق المستقبلية.

تاسعًا: صعوبات البحث

– تفرق البحث بين أغلب أبواب الفقه، فأغلب مسائله في غير مظانها.

– إنَّ أغلب الدراسات السابقة تناولت الموضوع كدراسة فقهية بحتة في العرض والمناقشة، ولم يتم تناولها على أنها مسألة واقعية تطبيقية عدا بعض المراجع.

– إنَّ قواعد الترجيح التي ذكرها الفقهاء خاصة بالبينات–الشهادة– ولم يتم مناقشة الترجيح بين الأدلة التي استحدثت مثل الكتابة، والوسائل العلمية الحديثة.

– صعوبة العثور على تطبيقات قضائية في القضاء اليمني لعدم أرشفة الأحكام القضائية.

– عدم وجود دراسات شاملة لقواعد الترجيح شاملة لجميع أبواب الفقه، كون أغلب الدراسات تعني بقواعد الترجيح في الملكية فقط.

– عدم وجود دراسة سابقة في الفقه مقارنة بالقانون اليمني.

المبحث التمهيدي:

الترجيح بين الأدلة القضائية والمختص وظيفيًا بالترجيح بين الأدلة

لما كان الحكم على الشيء فرعًا عن تصوره، وكان الترجيح عبارة عن نظرية عامة في الفقه الإسلامي يتخذ أشكالًا متنوعة، وصورًا متعددة، فهناك الترجيح بين الأدلة الشرعية، والترجيح بين الأقيسة الأصولية، والترجيح بين العلل الأصولية والحديثية، والترجيح بين المقاصد الشرعية، والترجيح بين الأدلة القضائية، أو الترجيح بين طرق الحكم، كان من المتحتم بيان ماهية الترجيح بين الأدلة القضائية، أو طرق إثبات الحقوق، وذلك حتى تتميز عن غيرها وقد حاولت أن أتناول ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الدراسة المصطلحية للبحث

إنّ بيان حقيقة الشيء يعطي تصورًا له والحكم على مقتضاه، ولذا فإنّ الترجيح بين الأدلة القضائية يختلف في ماهيته وحقيقته عن الترجيح بين الأدلة الشرعية؛ وذلك لاختلاف محل الترجيح في كل منهما، فقواعد الترجيح بين الأدلة عند الأصوليين محلّها النصوص الشرعية من كتابٍ وسنةٍ مع الاختلاف في الثبوت والدلالة في نصوص الوحيين، بخلاف قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية فمحلّها أدلة الإثبات فهي، ظنية الثبوت ظنية الدلالة، وقد تكون ظنية الثبوت قطعية الدلالة مع وجود الاختلاف بين الناظر في كل منهما، فالناظر في الأدلة الشرعية هو المجتهد والذي يشترط فيه توافر شروط عدة تتعلق بجوانب مختلفة في العلم بالنص الشرعي، وهذا بعكس الناظر في الأدلة القضائية وهو القاضي، إذ لا يشترط فيه تلك الأهلية التي تشترط في المجتهد، وهذا التشابه بين الترجيح عند الأصوليين في الأدلة الشرعية والترجيح عند الفقهاء بين الأدلة القضائية كان له أثره عند المتأخرين الذين عرفوا الترجيح بين الأدلة القضائية على غرار تعريف الترجيح عند الأصوليين، مع أننا لم نعثر على تعريفٍ للترجيح بالحدّ عند المتقدمين من فقهاء المذاهب عدا بعض فقهاء الأحناف ومتأخري الشافعية، وإذا تتبعنا أراء فقهاء المذاهب نجدهم عرفوا الترجيح بالعدّ لقواعده، واكتفوا بذلك، ولأهمية الترجيح باعتباره نظرية عامة في الشريعة الإسلامية فإننا سنبين معناه عند أهل اللغة، وأهل العرف اللغوي، ثم نذكر معناه الاصطلاحي، وسيكون الحديث عن هذا المطلب في فرعين:

الفرع الأول: مصطلحات البحث

هناك مصطلحات في البحث محل الدراسة بحاجة الى بيان قبل الشروع في بيان قواعد الترجيح وسيكون الحديث عنها فيما يلي:

أولا: ماهية قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية باعتبار مفرداتها

المصطلحات محل الدراسة لها مدلولاتها، تبين المسار وتعين على فهم مسائل البحث، وهي القاعدة، والترجيح والأدلة، والإثبات والقضائية وتوضيح ذلك في الآتي:

الفقرة الأولى: ماهية القاعدة

القاعدة لها معناها اللغوي والاصطلاحي وهذا ما سنوضحه فيما يلي.

القاعدة لغة: هي: الأساس[1]، قال تعالى: ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ ﴾[2].

قال ابن الأثير عند بيانه لحديث رسول الله -ﷺ- حين سأل عن سحابة مرَّت فقال: «كيف ترون قواعدها وبواسقها»[3]: أراد بالقواعد ما اعترض منها وسفل تشبيهاً بقواعد البناء[4].

القاعدة في الاصطلاح: اختلف الفقهاء في تعريفهم للقاعدة ووجدت تعاريف متعددة منها:

القاعدة: هي قضيةٌ كليةٌ منطبقةٌ على جميع جزئياتها[5].

---

(1) لسان العرب، محمد بن مكرم بن على بن منظور (المتوفى: 711هـ)، دار صادر، ط3، بيروت، – 1414هـ، فصل القاف، ج3، ص361.

(2) سورة البقرة، الآية: 127.

(3) كنز العمال كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي، (المتوفى: 975هـ) تحقيق: بكري حياني، صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط، 5، بيروت– لبنان، 1401هـ، كتاب خلق العالم من قسم الأفعال، باب السحاب، حديث: (15247).

(4) النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن الأثير، (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت– لبنان، 1399هـ– 1979م، ج4، ص87.

(5) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، (المتوفى: 816هـ)، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت –لبنان، 1403هـ 1983م، ص171.

ومنها أنَّ القاعدة هي حكم أو أمر كلي أو قضية كلية تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها وتنطبق عليها[1].

والقواعد عبارة عن قضايا كلية تنطبق على جزئيات متعددة، فيحكم القاضي في القضية التي تنطبق عليها القاعدة وعلى القضايا المشابهة لها، فالوقائع جزئيات، والقواعد كليات. وبإعمال ذلك على القواعد القضائية، تكون الوقائع والنزاعات المعروضة أمام القضاء جزئياتٍ متعددة تنطبق عليها أدلةٌ متنوعة قد تكون متوائمة حينًا، ومتعارضة حينًا آخر، وعند التعارض تحكمها قواعد كلية تنطبق عليها.

الفقرة الثانية: ماهية الترجيح

الترجيح له دلالته عند اللُّغويين، وله معنى اصطلاحي عند أهل العرف الاصطلاحي من علماء اللغة، ولكل منهما معناه وتوضيح ذلك في الاتي:

أ- الترجيح لغة

تعريف الترجيح لغةً، رَجَحَ، الراء، والجيم، والحاء، أصلٌ واحد يدل على رزانة وزيادة يقال: رَجَح الشيء وهو راجحٌ إذا رزن ويقال: أرجحت إذا أعطيت راجحًا[2]، وفي الحديث «زن وأرجح»[3]، ورَجَحَ الميزانُ يرجح، ويرجح رجحانًا أي مال[4]، ورَجَح الشيء إذا زاد وزنه، ورجح الميزان إذا ثقل كفته بالموزون، ورجّحت الشيء بالتثقيل فضلته وقويته[5]. فاتضح من المعنى

(1) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صديق ال بورنو، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1424هـ، ج،1، ص22.

(2) معجم مقايس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، (المتوفى: 395هـ)، تحقيق، عبد السلام هارون، دار الفكر، بدون ط، 1399هـ -1979م، ج 2، ص489.

(3) السنن الكبرى، أحمد بن الحُسَين بن عليٍّ البيهقي (المتوفى: 458هـ)، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية عبد السند حسن يمامة، ط1، مصر، 1432هـ- 2011م، كِتَابُ الْبُيُوعِ، بَابُ الْمُعْطِي يُرَجِّحُ فِي الْوَزْنِ، وَالْوَزَّانِ يَزِنُ بِالْأَجْرِ، حديث: (11169).

(4) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، (المتوفى: 393هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفار عطا، دار العلم للملايين، ط4، بيروت، 1407هـ-1987م، ج1، ص364.

(5) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي (المتوفى: نحو 770هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، وبدون ت، ج1، ص219.

اللغوي أنَّ الترجيح زيادةٌ وميلانٌ وقوةٌ، وهذا يدل على أنّ في الراجح في أيٍ من الأمور زيادة وقوة أعطته مزية وأفضلية على غيره.

ب- المعنى العرفي للترجيح عند علماء اللغة

تعددت تعريفات الترجيح عند علماء اللغة وكلها تدور حول التقوية لأحد الدليلين، أو إثبات مرتبة ونذكرها فيما يلي:

- عرفه الإمام الجرجاني: "بأنه إثبات مرتبة في إحدى الدليلين على الآخر"[1].
- وعرفه الإمام السيوطي: "بأنه تقوية أحد الأمارتين على الآخر ليعمل بها"[2].
- وقال أيوب اللغوي: "الترجيح بيان القوة لأحد المتعارضين على الآخر[3].
- وقال صاحب الحدود الأنيقة: "والترجيح إثبات مزية لأحد الدليلين على الآخر"[4].

ويظهر من مجموع التعاريف أنّ الترجيح ما هو إلا إثبات مزيةٍ ومرتبةٍ في أحد الدليلين، أي إثبات المزية لأحد الدليلين يستتبع العمل به؛ لأنه صار قويًا في دلالته على العمل، وأن المقصود من الترجيح هو إزالة التعارض بين الأدلة بتغليب أحد الدليلين على الآخر لثبوت مزية فيه، فضلته على غيره.

ج- الترجيح اصطلاحًا

لما كان التعريف عند علماء المنطق، إمّا أن يكون تعريفًا بالعدّ، أو بالحد، سلك الفقهاء المتقدمون مسلك العدّ في تعريف الترجيح بين الأدلة القضائية، وأطلقوا عليها الترجيح بين

(1) التعريفات، الجرجاني، ص56.

(2) معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (المتوفى: 911هـ)، تحقيق، محمد إبراهيم عمارة، الناشر مكتبة الادب، ط1، القاهرة مصر، 1434هـ 2004م، 69.

(3) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني اللغوي (المتوفى: 1094هـ)، تحقيق، عدنان درويش ومحمد المصبري، مؤسسة الرسالة، بدون ط، بيروت، بدون ت، 315.

(4) الحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد بن أحمد الانصاري السنيكي (المتوفى: 926هـ)، تحقيق، مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1، بيروت، 1414هـ، ص83.

البينات، وقاموا بتَعدادِها على سبيل الحصر كما سنوضحه عند بيان قواعد الترجيح، وهناك من عرفه بالحدّ، بألفاظ مختلفة وسنوضحها فيما يلي:

- تعريف الترجيح عند فقهاء الأحناف:

عرفه بدر الدين العيني من فقهاء الحنفية بأنّ الترجيح هو: عبارة عن تقوية أحد الطرفين على الطرف الآخر ليعمل به[1].

ثم قام بتوضيح التعريف بقوله: بأن الترجيح يكون بقوة الشهادة، والتقوية بالوصف يكون[2]، وهو معنى الصدق في الشهادة، وذلك في أنْ يتعارض شهادة المستور مع شهادة العدل، بأن أقام أحد المدعيين مستورين، والآخر عدلين، فإنه يترجح الذي شهد له العدلان بظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادة شهوده، وكذلك في النسب، والنكاح، لو ترجح حجة الخصمين باتصال القضاء؛ لأنّ ذلك مما يؤكد ركن الحجة، فإن لقضاء القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ويتبين جانب الصدق[3].

ويلاحظ على تعريف الحنفية الآتي: إن مبنى الترجيح بين البينات هو بالتقوية في الشهادة، والتقوية في الوصف، وأنَّ هذه التقوية تكون من خارج جنس الدليل، فهم يشترطون الزيادة من خارج جنس الدليل بخلاف بقية الفقهاء فإن الزيادة مرجحة، سواء كانت من جنس الدليل أم من خارجه، وهذا الخلاف بينهم وبين الجمهور له امتداده من مباحث الترجيح بين الأدلة الشرعية.

كما يلاحظ: أنّ الترجيح عند الأحناف إمّا أن يكون قوة في الشهادة، أو وصفًا فيها، وهذه هي الميزة عندهم في الشهادة، وسيتبين ذلك بوضوح عند الحديث عن المرجحات في مظانّها.

---

(1) البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1420هـ- 2000م، ج9، ص400.

(2) هكذا ورد في النسخة والذي يظهر أن اللفظ يستقيم ب ويكون التقوية بالوصف.

(3) البناية شرح الهداية، العيني، ج9، ص401.

- تعريف الترجيح عند متأخري الشافعية:

ففي تكملة المجموع ومعناه هنا- أي الترجيح في باب البينات-: أن تكون إحدى الحجتين أقوى بزيادة شيء ليس في الأخرى[1].

يلاحظ على هذا التعريف: بأنّ الترجيح بين البينات يكون بزيادة شيء ليس في الأخرى، وأن هذا التعريف مغاير لتعريف الترجيح عند الأصوليين، وأنهم خرجوا عن اللفظ المألوف عند علماء المذهب فأطلقوا لفظ الحجج وأهملوا لفظ البينات، فالحجج أوسع دلالة، وأعم معنى، فهي تشمل أدلة إثبات الحقوق ومنها البينات.

وقد ضبط العز بن عبدالسلام الترجيح بقوله: "الترجيح في كل باب إنّما يقع بالزيادة في مقاصد ذلك الباب"[2].

وهذه مجمل التعاريف التي تم العثور عليها بخصوص الترجيح بين الأدلة القضائية، أو ما يعبر عنه عند المتقدمين بالترجيح بين البينات ولم أجد تعريفا للترجيح بين البينات عند فقهاء المذاهب الأخرى.

- تعريف الترجيح عند المعاصرين:

عُرّف الترجيح بتعريفات متعددة من قبل المعاصرين منها:

ذكر القاضي عبد الرحمن شرفي تعريف الترجيح عند الجرجاني، والأسنوي، والتهانوي، وابن بطال، والآمدي، وبعد ذلك قال: وبإمعان النظر في هذه التعريفات ومعانيها نخلص إلى

(1) تكملة المجموع شرح المهذب، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ)، عادل أحمد عبد الموجود مجدي سرور باسلوم، وأحمد عيسى المعصروني، وأحمد عبد العال، وحسين عبد الرحمن أحمد، وبدوي علي محمد سيد، ومحمد أحمد عبد الله إبراهيم محمد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2007م، ج26، ص486.

(2) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، سلطان العلماء (المتوفى: 660هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414 هـ- 1991م، ج1، ص78.

تعريفنا المختار فقال الترجيح في اختيارنا هو: تفضيل أحد الدليلين المتعارضين لزيادة وصف تابع بما يوجب العمل به دون الآخر[1].

شرح التعريف: التفضيل جنس في التعريف يشمل كل تفضيل وتقوية، وإضافة عبارة " أحد الدليلين" إلى التفضيل عند الإخراج ما سوى الدليلين من المفاضلة كتفضيل الأمكنة والأزمنة وغيرهما، ولفظ المتعارضين قبول الإخراج الأدلة المشروعة على المتعارضة. أما عبارة الزيادة وصف وتابع قيد ثالث يخرج زيادة أصل مستقل بالترجيح لا يكون بزيادة الأصل المستقل الدي أقوم بمثله الحجة ابتداءً[2].

والملاحظات على هذا التعريف: أنه ساق تعريف الترجيح بين الأدلة عند الأصوليين، ولم يعرف الترجيح بين البينات عند الفقهاء كما عنون بذلك رسالته، وإنه يتشابه مع الترجيح عند الأصوليين مع أن الترجيح عند الفقهاء بين البينات غير الترجيح عند الأصوليين بين الأدلة، فقواعد الترجيح في كليهما متغايرة وتعريفاتهما غير متطابقة.

كما عُرف الترجيح: بأنّه تقديم القاضي بالقول، أو الفعل أحد الطريقين المتعارضين لوجود مزية معتبرة توجب هذا التقديم[3].

ومن اختار هذا التعريف عَوّل على ذلك بأنه اختيار عبد اللطيف البرزنجي عند تعريفه للترجيح بين الأدلة عند الأصوليين.

الاعتراضات على هذا التعريف من عدة أوجه:

الوجه الأول: البحث المنقول منه هذا التعريف يتحدث عن التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية لا بين البينات القضائية، وشتان ما بين الأدلة الشرعية والبينات القضائية.

---

(1) تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية تطبيقية، عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، بدون ط، 1406هـ- 1986م، ص86.

(2) تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي، شرفي، ص86، 87.

(3) التعارض والترجيح في طرق الاثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة، سليم علي مسلم الرجوب، دار النفائس للنشر والتوزيع، بدون ط، الأردن، ص64.

الوجه الثاني: شرح المؤلف تعريفه بما لا يتوائم مع البينات القضائية وترجيحها، فذكر في التعريف بأنّ الترجيح تقديم المجتهد بالقول أو الفعل في الطريقين المتعارضين لما فيه من ميزة معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر. وهذا التعريف لا ينطبق على الترجيح بين البينات القضائية. فيكون تقديم القاضي بالقول في حيثيات حكمه بين الأدلة القضائية لما فيه من مزية معتبرة تجعل الحكم به أولى من الآخر، وذلك لاختلاف المجتهد والقاضي بين الأهليتين وموارد الاجتهاد.

الوجه الثالث: ورد في التعريف أن الترجيح تقديم القاضي بالقول أو بالفعل أحد الطريقين، فالفعل لا علاقة له بالحكم القضائي فالقاضي يقدم إحدى البينتين على الأخرى في حكمه القضائي المشتمل على أسباب وأسانيد هذا المنطوق، وإن حصل تعارض في الفعل من القاضي أثناء تنفيذ الحكم فإن هذا التعارض ليس ناشئًا عن دليلٍ وإنما تحكمه قواعد إجرائية وموضوعية ناتجة عن استشكالات التنفيذ، وذلك لأن الحكم بالقول يكون عن طريق المطابقة، والحكم بالفعل يكون عن طريق الالتزام[1]، مع أن بعض الفقهاء قد أوردوا أمثلة للقضاء بالفعل كعدول القاضي بتزويج امرأة تبين فسخ عقد نكاحها السابق، فهذه المسألة وأشباهها لم تتعارض فيها أدلة الإثبات وإنما تبين للقاضي عدم صحة العقد فعدل عن الفاسد وأتى عقدًا صحيحًا.

وكذا عُرف بأنه إظهار زيادة لأحد الدليلين المتماثلين في القوة[2]، فهذا التعريف ذكر أن سبب الترجيح هو زيادة في القوة.

(1) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، محمد العزيز جعيط، مطبعة الإرادة، ط 2، تونس، دون، ت، ص63.

(2) ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الدعاوي الاسرية، محمد التازي، أطروحة دكتوراة بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، المملكة المغربية، 2015م- 2016م، ص، 187.

ويعرف كذلك، بأنه تقديم أحد المعنيين الصادرين عن المكلف على الآخر، لاختصاصه بقوة في الدلالة[1].

يلاحظ على هذا التعريف: أنه اقتصر عما يصدر عن المكلف مع أن الأدلة القضائية أو طرق الإثبات قد تقترن به أسباب الترجيح من ذات الدليل المقدم من طرفي القضية، وقد تكون من قرائن وشواهد الحال احتفت بالواقعة.

وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: بأنه تقديم دليل على دليل آخر يعارضه لاقتران الأول بما يقوي[2].

وعرف كذلك بأنه: تقوية أحد المتعارضين على الآخر يعمل بالقوي ويترك الضعيف وبناء على هذا التعريف فإنّه تدخل فيه الأدلة وغيرها كالأصول والظواهر[3].

وعرفه أستاذنا الدكتور عبدالمجيد الكتاني بأنَّه: تقوية إحدى البينتين بمرجح من المرجحات التي أشار إليها الفقهاء حيث يعمل بالراجحة وتلغى المرجوحة[4].

التعريف المختار للترجيح باعتبار مفرديه، تقديم القاضي أحد الدليلين المتعارضين بوجهٍ صحيح في حكمه.

فسبب الترجيح تقديم أحد الدليلين لوجود وجه صحيح في التقديم من زيادة وصف أو قوة، أو توافر مزية.

---

(1) توصيف الاقضية في الشريعة الإسلامية دراسة شرعية لأصول وفروع تنزيل الاحكام الكلية على الوقائع القضائية والفتوية مع تطبيقات قضائية من اقضية السلف ومحاكم المملكة العربية السعودية، عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين ناشر: (بدون) ط1، 1423 هـ - 2003 م، ج2، ص2731.

(2) موسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دار السلاسل، ط2، الكويت، 1404هـ، 1424هـ، ج12، ص185.

(3) الأصل والظاهر في القواعد الفقهية، أحمد عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، مشورات جامعة الإمام محمد بن سعود، ط1، المملكة العربية السعودية، عام 1429هـ- 2008، ص214.

(4) الترجيح بين البينات في ضوء الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، أستاذنا الدكتور عبدالمجيد الكتاني، مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد:(3)، سنة 2012م، ص138.

الفقرة الثالثة: ماهية الأدلة

الدليل لغة: مفرد الأدلة، والدليل هو المرشد، جمعه أَدِلَّة، وأدلاء، وَمَا يسْتَدلّ بِهِ جمع أَدِلَّة[1]، حُجّة بَيّنة فاصِلة واضحة"[2].

الدليل فِي الِاصْطِلَاحِ: الْمُوَصِّلُ بِصَحِيحِ النَّظَرِ فِيهِ إِلَى الْمَطْلُوبِ[3]، ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب من أمر، أو نهي، أو غير ذلك.

وهذه الأدلة على نوعين: أدلة إثبات، وأدلة نفي، وقد يكون مستند القاضي في حكمه هو الأصل، وقد يكون الظاهر، فالأدلة القضائية تشمل أدلة الإثبات والنفي، والأصل، والظاهر، ودلالات الألفاظ، والغالب والنادر والشائع، وهذه كلها أدلة قضائية يتم إعمالها في النزاعات المعروضة أمام القضاء، وهي في مجموعها تسمى الأدلة القضائية، وهي أوسع معنىً، وأعم دلالة، وأكثر إعمالاً، وأدق تأصيلًا وتنزيلًا من البينات ومن وسائل الإثبات؛ لهذا آثرنا أن يكون عنوان الدارسة الأدلة القضائية.

أ. أدلة الإثبات:

– الإثبات لغة: ثبت: ثَبَتَ الشيءُ يَثْبُتُ ثَباتاً وثُبوتاً فَهُوَ ثابتٌ، وَتَقُولُ أَيضاً: لَا أَحْكُم بِكَذَا، إلا بثَبَتٍ أَي بحُجَّة، الثَّبَتُ، بِالتَّحْرِيكِ: الْحُجَّةُ وَالْبَيِّنَة[4].

– الإثبات في اصطلاح الفقهاء: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو واقعة تترتب عليها آثار[5]، وأدلة الإثبات عند الفقهاء تسمى بالحجاج.

---

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، ط1، القاهرة، دون ت، ص294.

(2) معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب، ط1، 1429هـ– 2008م، ج1، ص197.

(3) البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، (المتوفى: 794هـ)، دار الكتبي، ط1، القاهرة، 1414هـ– 1994م ج1، ص51.

(4) لسان العرب، ابن منظور، فصل الثاء المثلثة، ج2، ص19، 20.

(5) أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، الإسكندرية، 2004م، ص7.

- اختلاف الفقهاء في أدلة الإثبات:

اختلف الفقهاء في أدلة الإثبات فمنهم من حصرها، ومنهم من أطلق، وسنذكر خلاف الفقهاء باقتضاب.

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى حصر طرق الإثبات واختلفوا في حصرها على ما يلي:

فعند الحنفية هي: البينة، والإقرار، واليمين، والنكول عن اليمين، والقسامة، وعلم القاضي بما يريد أن يحكم به، والقرائن التي تصير الأمر في حيز المقطوع به[1].

وعند المالكية: الإقرار، والشهادة، واليمين، وردها، والنكول عنها[2].

وعند الشافعية: الإقرار، والبينة، والشاهد واليمين، وعلم القاضي، واليمين المردودة، ونكول المرأة عن اليمين في اللعان[3].

وعند الحنابلة: الإقرار، والشهادة، واليمين، وردها، والنكول عنها والقسامة والقرائن[4].

---

(1) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة، بدون، بيروت، 1414هـ - 1993م، ج18، ص153، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1406هـ - 1986م، ج6، ص277، والأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَة لنُعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (المتوفى: 970هـ)، تحقيق، زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1419هـ- 1999م، ص310، ورد المحتار على الدر المختار المسمى بحاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار الفكر، ط2، 1412هـ- 1992م، ج5، ص354.

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد أحمد محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، خرج أحاديثه أحمد أبو المجد، دار العقيدة، ط1، القاهرة، 2004م، ج2، ص546، ومختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، (المتوفى: 776هـ) تحقيق، أحمد جاد، دار الحديث، ط1، القاهرة، 1426هـ، ص19، 20.

(3) روضة الحكام وزينة الأحكام، شريح بن عبد الكريم بن أحمد الروياني، (المتوفى 505)، تحقيق، محمد بن أحمد بن حاسر السهلي، أصل الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في جامعة أم القرى، 1419هـ، ص170، وفتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: 1204هـ)، دار الفكر، بدون ط، وبدون ت، بيروت، ج3، 352.

(4) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية، (المتوفى: 652هـ) مكتبة المعارف، ط2، الرياض، 1404هـ، ص206، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف

وعند الزيدية فقد ذكر الإمام الشوكاني: على أنه يحكم الحاكم بالإقرار، وشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو رجل ويمين المدعي، وبيمين المنكر، وبيمين الرد، وبعلمه[1].

المذهب الثاني: مذهب ابن تيمية، وابن القيم، وابن فرحون، فقد توسعوا في مفهوم البينة وقالوا بأن أيُّ شيء يبين الحق فهو بينة[2].

وعلى هذا فأدلة تصرف الحكّام تنقسم إلى قسمين[3]:

القسم الأول: قسم متفق عليه وهو: الإقرار، وشهادة العدلين، أو العدل والمرأتان، وأيمان القسامة مع اللّوث، وأيمان اللعان، وإخبار المرأة عن حيضها وطهرها، واليد المستمرة على الأملاك ونحوها، والاستطراق الدال على اشتراك أهل المحلة فيما يستطرقون فيه وإن كانت السكة نافذة وأشباه ذلك.

القسم الثاني: قسم مختلف فيه[4]: مثل الشاهد واليمين، واليمين مع النكول، والشاهد والنكول، والمرأتين والنكول، وأربع نسوة في بعض الصور، وشهادة الصبيان، والنكول المجرد، ومعاقد القمط، وأنصاف اللبن، والجذوع الموضوعة على الجدران، وهذا الضرب يسمى على اصطلاح كثير من الفقهاء بالحجاج، ويعتمد عليه الحكام في فصل الخصومات.

بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى، (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط1، 1414هـ، ج3، ص600، 603.

(1) الدراريّ المضيئة شرح الدرر البهية، محمد بن علي الشوكاني، اليمني (المتوفى: 1250هـ)، دار المعرفة، بدون ط، بيروت لبنان، بدون ت، ج1، ص212.

(2) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزي، (المتوفى 751)، تحقيق، نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، ط1، مكة، 1428هـ، ج1، ص25، وإعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج، عمر أحمد عبد الله أحمد، دار ابن الجوزي، ط1، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، ج2، 168، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، (المتوفى: 799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، مصر 1406هـ- 1986م، ج1، ص241.

(3) المجموع المذهب في قواعد المذهب، صلاح الدين بن خليل كيكلدي العلائي (المتوفى: 761هـ)، تحقيق، مجيد على العيدي، أحمد خضير عباس، المكتبة المكية، بدون ط، مكة المكرمة، ودار عمار، عمان، 1425هـ- 2004م، ج1، ص161، 162.

(4) المجموع المذهب في قواعد المذهب، العلائي، ج1، ص162.

- أدلة الإثبات في القانونين اليمني والمغربي:

نصت المادة: (13) من قانون الإثبات اليمني على أن طرق الإثبات هي:

شهادة الشهود، والإقرار، والكتابة واليمين، ورددها، والنكول عنها، والقرائن الشرعية والقضائية، والمعاينة (النظر) تقرير، واستجواب الخصم.

ونص الفصل: (404) من قانون الالتزامات والعقود المغربي أنّ وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي: إقرار الخصم، والحجة الكتابية، شهادة الشهود، والقرينة، واليمين، والنكول عنها[1].

وما أورده القانونان اليمني والمغربي لا يخرج عما ذكره فقهاء المذاهب في أدلة الإثبات إلاّ أنَّ القانونين محل الدراسة قد أضافا بعض الأدلة اقتضتها ضرورة الحياة المعاصرة، واعتمدا قرائن أفرزتها التكنولوجيا الحديثة، وتطلبا شروطًا في بعض الأدلة تقتضيها المصلحة العامة، وما تم ذكره جرى فيه التعارض، ويتطلب ترجيحًا، وسيكون بحول الله دراسة قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية التي تم الاتفاق عليها وتوافقت معها القانونين محل المقارنة، والتي انفردت بها القانونان محل الدراسة.

ب- أدلة النفي

هو ضدُّ الإثبات، والمراد به إقامة الدليل أمام القضاء لدحض دليل المثبت، وإثبات خلافه.

وأدلة النفي تتعدد كما تتعدد أدلة الإثبات، فما صح اعتباره دليلًا يكون للإثبات والنفي.

الفقرة الرابعة: دلالة مصطلح القضائية

المراد بذلك الأدلة التي تحكم وقائع النزاع المعروض أمام القضاء، فإنَّ الأدلة لا عبرة بها إلا إذا قدمت أمام القضاء، والترجيح بين هذه الأدلة لا تكون إلّا أمام القضاء، وأما خارج

(1)قانون الالتزامات والعقود، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنموية، ط1، المملكة المغربية، 2004م، المادة:(404).

القضاء فإنه لا يعول على الترجيح بين الأدلة وتكون بمثابة تنظير فقهي وتوليد للمسائل خارج إطار المنازعات القضائية.

الفقرة الخامسة: تعريف قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية باعتباره مصطلحًا

ما تقدم ذكره هو تعريف لقواعد الترجيح باعتبار المفردات، وثم تعريف آخر لتعريف قواعد الترجيح باعتباره مصطلحًا مركبًا.

- الترجيح بين الأدلة القضائية بمعناه المركب

الترجيح بين الأدلة هو: مجموعة الأصول الفقهية القضائية التي يعملها قاضي الموضوع عند تعارض البينات بين يديه في الواقعة محل الدعوى بتفضيل أحد الدليلين المتعارضين، وتقويته على الدليل الآخر، فيعمل به ويطرح الآخر، حتى يفهم الواقع المنتج فهما صحيحا، وينزل حكم الشرع المجرد عليه[1].

يتبين من خلال هذا التعريف أن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية عبارة عن أصول فقهية تتعلق بالمجال القضائي، ولكن هذا التعريف فيه نوع من التطويل.

- تعريف مقترح للترجيح بين الأدلة القضائية

نقترح أن يكون تعريف قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية باعتباره مصطلحًا هو: مجموعة من الأصول الفقهية والقانونية التي يطبقها قاضي الموضوع في النزاع المنظور لديه، المتعارضة أدلته، بتفضيل أحد الدليلين على الآخر لوجود مزية فيه.

شرح التعريف: مجموعة الأصول الفقهية: المراد بذلك القواعد الفقهية القضائية التي تنطبق على الواقعة محل النزاع مثل ترجيح الظاهر على الأصل، وترجيح العلم اليقيني على العلم الظني، وتقديم العلم الظني الأقوى دلالة على العلم الظني الأقل دلالة، وترجيح الشهادات على القرائن وغير ذلك.

(1) نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي، حسن أحمد الحمادي، إصدارات معهد التدريب والدراسات القضائية، ط1، الإمارات العربية المتحدة، 2014هـ، ص166.

الأصول القانونية: هي مبادئ الإثبات العامة المشتملة على معايير الترجيح، وما اعتمدته القوانين من أدلة غير منصوص عليها عند الفقهاء؛ لأنّ قواعد الترجيح لم تقتصر على القواعد الفقهية المنصوص عليها في كتب الفقه الإسلامي وإنما تشمل أصول قانونية فيما استجد، مثل المحررات الكتابية، الوسائل العلمية الحديثة، وغير ذلك والتي لم ينص عليها الفقهاء بل عدّوها دليلًا مهدرًا مثل الكتابة.

التي يطبقها قاضي الموضوع: أي القاضي المنظور لديه النزاع بخلاف محكمة القانون فإنها لا ترجح بين الأدلة القضائية.

المتعارضة أدلته: فالترجيح لا يكون إلاّ في أدلة متعارضة غير ممكن الجمع بينها.

لوجود مزية فيه:

المزية لغةً: المَزْوُ، والمَزِيَة في كل شيءٍ التمام والكمال، وتمازيا القوم تفاضلوا، وأمزيته عليه فضلته، والمزية الفضيلة، يقال: له عليه مزية، ويقال: له عندي قفية ومزية إذا كانت له منزلة ليست لغيره، ويقال: فلان على فلان مازية أي فضل[1].

والمزية هي: كمال في أحد الدليلين بزيادة وصف، أو قوة، أو اعتمادٍ على أصلٍ، أو استنادٍ إلى ظاهر.

فوجود مزية في أحد الدليلين من وصف أو زيادة أو غيرهما يجعل أحد الدليلين راجحًا على غيره، والترجيح بالمزية يعدُّ من أكثر المرجحات، وهي متنوعة، ومتعددة وسيتم بيانها بإيضاح في موضعها.

ثانيا: التأصيل الشرعي للترجيح بين أدلة الإثبات، وأهميته

الترجيح بين الأدلة القضائية له مستنده الشرعي، وذلك نظرًا للأهمية التي ينبثق منها وتوضيح ذلك فيما يلي:

(1) لسان العرب، ابن منظور، ج15، ص379.

الفقرة الأولى: التأصيل الشرعي للترجيح بين الأدلة القضائية.

لو رجعنا إلى الكتب الفقهية لوجدنا أن أصل نظرية ترجيح الأدلة القضائية يرجع إلى القاعدة العامة: «البينة على المدعي»[1]، لكن الفقهاء عقدوا عليها بحوثًا وضربوا أمثلة كثيرة، تكون منها مجموعة من الضوابط تناقلها المتأخرون عن السابقين وأخذت بها مجلة الأحكام العدلية[2].

واختلاف العلماء في تحديد المدعي، من المدعى عليه، مؤداه نتيجة واحدة، هي من يتحمل عبء الإثبات، فالذي يتحمل عبء الإثبات هو المدعي. والمدعى عليه إمّا أنْ يقرّ بالدعوى وإمّا أن يدفع ذلك ببينة، وهنا يكون الترجيح بين الدليلين، فمن المدعي؟ ومن المدعى عليه؟ وقد تعددت أقوال فقهاء المذاهب في ذلك وهو ما نوضحه فيما يلي:

أ- تحديد المدعي من المدعى عليه عند الحنفية

تعددت تعاريف المدعي والمدعى عليه عند الحنفية.

- يقول الإمام الكاساني: "وأما بيان حد المدعي والمدعى عليه، فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديدها قال بعضهم: المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه، وقال بعضهم: المدعي من يلتمس منك غيره لنفسه عينًا أو دينًا أو حقًا، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه"[3].

- وقال بعضهم: ينظر إلى المتخاصمين أيهما كان منكِرًا فالآخر يكون مدعيًا.

---

(1) سنن الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت- لبنان، 1424 هـ، كتاب الْأَقْضِيَةِ وَالْأَحْكَامِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فِي الْمَرْأَةِ تُقْتَلُ إِذَا ارْتَدَّتْ، حديث: (4507).

(2) قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية دراسة ومقارنة، حسين رجب محمد الزيدي، مكتبة السنهوري، ط1، بغداد، 2011م، ص252.

(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج6، ص224.

– وقال بعضهم: المدعي من يُخبر عمّا في يده غيره لنفسه، والمدعى عليه من يُخبر عمّا في يد نفسه لنفسه، فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر، والشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره، والمقر من يُخبر عمّا في يد نفسه لغيره[1].

– وقيل المدعي: من لا يستحق إلّا بحجة كالخارج، والمدعى عليه من يكون مستحقًا بقوله من غير حجة كذي اليد.

– وقيل المدعي: من يلتمس غير الظاهر، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر[2].

– وكذا عرفوا المدعي، اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه[3]، وبنوا على هذا التعريف أن الداخل لا يُلزم بتقديم البينة.

ب– تحديد المدعي من المدعى عليه عند المالكية

فعند المالكية ليس كل طالب مدعيًا، وليس كل مطلوب مُدعًى عليه، ولأجل ذلك وقع الخلاف فيها من عدة مسائل، فضابط المدعي والمُدعى عليه فيه عبارتان للأصحاب.

أحدهما: أن المدعي هو أبعد المتداعيين سببًا، والمدعى عليه، هو أقرب المتداعيين سببًا، والعبارة الثانية: المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من قوله على وفق أصلٍ أو عرف[4].

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج6، ص224، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطواري الحنفي القادري (المتوفي بعد 1138هـ) وبالحاشية، منحة الخالق، لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، القاهرة، بدون ت، ج7، ص193.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، ج7، ص193.

(3) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ)، تعريب، فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411هـ– 1991م، ج، 2، ص344.

(4) الفروق "أنوار البروق في أنواء الفروق"، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، دون ط، دون ت، ومعه حاشية ابن الشاط المسمى "إدرار الشروق على أنوار الفروق" وهو حاشية الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، (723هـ)، ج4، ص75.

ج- تحديد المدعي من المدعى عليه عند الشافعية

تناول فقهاء الشافعية في تعريفهم للمدعي والمدعى عليه في تعريفين[1].

- المدعي من يدعي أمرًا خفيًا يخالف الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر.

- وهناك قول آخر: المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء. والمدعى عليه: من لا يُخلى ولا يكفيه السكوت. وترتب على التعريفين آثار في بعض المسائل.

د- تحديد المدعي من المدعى عليه عند الحنابلة

عرف الحنابلة المدعي والمدعى عليه بحكاية قول صحيح، وآخر ضعيف.

- المدعي: بأن المدعي من إذا سكت تُرك، والمدعى عليه من إذا سكت لم يُترك، هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب، وقيل: المدعي من يدعي خلاف الظاهر، وعكسه المنكر.

- وقيل المدعي: من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته، والمدعى عليه من ينكر ذلك[2].

هـ- تحديد المدعي من المدعى عليه عند فقهاء الزيدية

ضبط فقهاء الزيدية المدعي من المدعى عليه بمن يدعي أخفى الأمرين وذلك فيما يلي[3]:

- المدعي: من معه أخفى الأمرين، وهو من يدعي خلاف الظاهر.

والمدعى عليه: من معه أظهر الأمرين

---

(1) روضة الطالبين وعمدة المفتين، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، (المتوفى: 676هـ)، تحقيق، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت- دمشق- عمان، 1412هـ، 1991م، ج 13، ص7.

(2) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوي (المتوفى: 885هـ)، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، القاهرة - جمهورية مصر العربية، 1415هـ- 1995م، ج11، ص369.

(3) التاج المذهب لأحكام المذهب، أحمد بن قاسم العنسي (المتوفى 1390هـ)، دار الحكمة اليمانية، بدون ط، صنعاء، 1414هـ- 1993م، ج4، ص3، 4.

- وقيل: المدعي من يُخلى وسكوته.

وقيل: من لا يُخلى وسكوته، وما ذكره الفقهاء في تحديد المدعي من المدعى عليه يدلّ على أهمية معرفة المدعي من المدعى عليه، لأنّ من ثبت كونه مدعيًا يكون ملزمًا بالدليل ويتحمل عبءً الإثبات، مع ملاحظة أنه قد يكون هناك مدع شكلًا وهو مُقدّم الدعوى ابتداءً، فقد يكون مدعًى عليه في حقيقة الأمر، وقد يكون المدعي، مدعيًا أصليًا، ومدعًى عليه فرعيًا، وبتميز المدعي من المدعى عليه، يتميز الداخل والخارج عند الترجيح بين أدلة الداخل من الخارج، ويظهر ذلك عند الترجيح بين بينة الداخل والخارج كما سنوضحه في موضعه، لذا فإن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر.

الفقرة الثانية: أهمية قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية

لقواعد الترجيح بين الأدلة القضائية أهمية من حيث سرعة التقاضي أو تسبيب الحكم القضائي؛ لأنّ التسبيب في الحكم القضائي قوامه سرد الوقائع ومناقشة الأدلة. ومناقشة الأدلة قد يعتريها نوع من التعارض، وإزالة التعارض بالجمع أو الترجيح يؤدي إلى سلامة التسبيب ونوضح الأهمية فيما يلي:

أ- سلامة منطوق الحكم القضائي

قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية تُؤدي إلى سلامة المنطوق في الحكم[1]، وذلك أنّه يُشترط في صحة تسبيب الأحكام، وجوب اشتمال الأسباب على الحجج والأدلة، فيجب على المحكمة أن تضمّن أسباب الحكم جميع الحجج دون الاقتصار على بعضها، وذلك من الشروط اللازمة لصحة الأسباب، فبيان الأدلة أمر حتمي، إذ إنه لا يكفي أن يورد الحكم بيانًا لواقعة الدعوى، بل يجب عليه سرد الأدلة والحجج التي أدلى بها الخصوم فكل دليل في الإثبات له

(1) الترجيح بين البينات دراسة في ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي، عبد الرحمن بلعكيد، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، الدار البيضاء، 11440هـ- 2019م، ص15.

قوّته[1]. وله قيمته الإثباتية فتتعدد الأدلة في الدعوى الواحدة فيؤدي ترجيح أحدها دون تناقض منطوق الحكم مع حيثياته.

ب- السرعة في إصدار الحكم

تُؤدي قواعد الترجيح إلى الإسراع في إصدار الحكم القضائي والتعجيل به[2]؛ لأن تأخير البتِ في القضية المعروضة حتى الحصول على مرجح فيه ضرر شاق على المتقاضين، وإبراز هذه المرجحات في صورة قواعد تسهّل على القاضي الاستناد إليها عند حصول النازلة، والاعتماد عليها في التسبيب يؤدي إلى سرعة إصدار الحكم القضائي.

ج- سلوك أقرب الطرق في إيصال الحق إلى المتقاضيين.

في فصل الخصومات نستمسك بأقرب الطرق وأهونها[3]؛ لأنّ سلوك أقرب الطرق إلى القضاء واجب على الفور لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين، ودرء المفسدة عن الظالمين والمبطلين[4].

فتُعين قواعد الترجيح القاضي إلى إيصال الحق إلى أهله بأقرب وقت من دون تعسف أو مماطلة؛ لأنَّ التعجيل بإصدار الحكم القضائي واجبٌ شرعي متى ما استبان الحق، ووضح دليله، وسلم من المعارض.

وفيها ضمان حقوق الأفراد، واستقرار المجتمع، لذلك فالقضاة ملزمون باتباعها والسير على هديها لتحقيق العدل[5].

---

(1) عمد ة المسير في بيان سلطة القاضي في تقدير الدليل وبيان أحكام الإثبات وضوابط وشروط صدور الأحكام على التفصيل –القاضي حسين المهدي بدون ط، ودون ت، ج3، ص89.

(2) التعجيل بالحكم لقضائي واجب على القاضي وكلام العلماء في ذلك مستفيض.

(3) كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد المعروف بابن الرفعة، (المتوفى: 710هـ) تحقيق، مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2009م، ج18، ص437.

(4) قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص43.

(5) قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، لعبد الرحمان دربوش، أشغال الندوة الوطنية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، تنسيق، محمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، مراكش، ص219.

الفرع الثاني: المصطلحات الأخرى

هناك بعض المسائل والمصطلحات الأخرى متعلقة بالدراسة، منها أركان الترجيح وشروطه، وقواعده، وما يتصل به، ويلازمه، وبيان ذلك يعدّ تمهيدًا للشروع في المقصود من الدراسة ويشتمل على ما يلي:

أولا: أركان الترجيح، وشروطه

الترجيح بين الأدلة القضائية له أركان يقوم عليها، وبدونها لا ينتج الترجيح أثره بل يكون باطلًا، ويلازم الأركان شروط يتعين مراعاتها وهي كما يلي:

الفقرة الأولى: أركان الترجيح

الترجيح بين الأدلة القضائية لا يتأتى إلا إذا اكتملت أركانه، مثله مثل الترجيح بين الأدلة الشرعية لا بد له من مرجح تتوفر فيه أهلية الترجيح، ومحل الترجيح- الواقعة محل الدعوى والنازلة المعروضة أمام القاضي والتي تواردت وتعارضت فيها الأدلة- ومرجح به، والتي هي محل الدراسة وهي كالتالي:

الركن الأول: الْمُرَجِح

المرجح هو القاضي المجتهد، الناظر في الأدلة القضائية المتعارضة المتنافرة، فيقوم بالترجيح فيما بينها بناءً على قواعد شرعية، وأسس علمية، ومبادئ فنية، يهتدي بها في عملية الترجيح، وهذا كله يحتاج منه إلى بذل الجهد، فعلى القاضي حينئذ الاجتهاد، وهو طلب الصواب بالأمارات الدالة عليه وبالدليل. فالاجتهاد في العمل القضائي له أصلٌ يعتمد عليه في الأحكام هو خبر معاذ -رضي الله عنه- حيث قال: «اجتهد رأي»[1]، يدل على أنّ الاجتهاد عند عدم النص أصل في أحكام الشرع[2].

(1) سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: 275هـ)، تحقيق، شعَيب الأرنؤوط، ومحَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م، كِتَاب الْأَقْضِيَةِ، بَابُ اجْتِهَادِ الرَّأْيِ فِي الْقَضَاءِ، حديث: (3592).

(2) بحر المذهب في فروع مذهب الامام الشافعي، عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (المتوفى: 502هـ)، تحقيق، أحمد عزو عناية الدمشقي، دار احياء التراث العربي، بدون ط، بيروت -لبنان، 11423هـ 2002م ج11، ص225.

ومن ذلك حديث عمرو بن العاص أنّه سمع رسول الله –ﷺ– يقول: «إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»[1]، فقوله –ﷺ– في الحديث «فإذا اجتهد فأخطأ فله أجرٌ» لم يُرد به أنّه يؤجر على الخطأ، بل يُؤجر في اجتهاده في طلب الحق؛ لأنّ اجتهاده عبادة، والإثم في الخطأ عنه موضوع إذا لم يأل جهده، وهذا فيمن كان جامعًا للآلة الاجتهاد، وأما من لم يكن محلًا للاجتهاد فهو تكلّف لا يعذر بالخطأ في الحكم، بل يخاف عليه أعظم الوزر[2]. فعلى القاضي أنْ يبلغ الجهد في تتبع وجوه الحكم، والنظر في مشتبهات الأدلة، والموازنة بين الحجج التي لها مدخل في تلك الحادثة[3]، وبهذا الجهد المقترن بالعلم يكون القاضي قد بذل قصارى جهد لإحقاق الحق وإيصاله إلى أهله.

الركن الثاني: مرجح بينهما (الراجح والمرجوح)

يكون محل الترجيح هي الأدلة القضائية ووسائلها، سواءً كان الترجيح بين الدليل الواحدِ من الأدلة القضائية، أو بين دليلين عند التعدد، والتكافؤ، والتساوي، والتعارض، وأنّ الترجيح لابدّ أنْ يكونَ بين ظنين، لا قطعيين، أي من باب الظنون سواء كانت هذه الأدلة إقرارًا أم شهادة شهود، أو أدلة كتابية، أو قرائن من يدٍ، أو تقريرِ خبيرٍ، أو غير ذلك.

---

(1) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله –ﷺ– وسننه وأيامه "صحيح البخاري"، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (المتوفى: 256هـ)، تحقيق، محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، جدة –المملكة العربية السعودية، 1422هـ، كِتَابُ الِاعْتِصَامِ بِالكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث: (7352)، والمسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله –ﷺ– "صحيح مسلم"، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بدون ط، – بيروت، كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، الحديث: (7352)، وسنن ابن ماجه، كِتَابُ الْأَحْكَامِ، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، حديث: (2314) وسنن أبي داود، كِتَاب الْأَقْضِيَةِ، باب في القاضي يخطئ، حديث: 3574.

(2) شرح السنة، احمد بن حسين البغوي (المتوفى: 516هـ)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط2، دمشق، بيروت، 1403هـ- 1983م، ج10، ص117.

(3) السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، محمد بن علي الشوكاني (المتوفى: 1250هـ)، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 1425هـ- 2004م، ص263.

الركن الثالث: المرجح به

لابد لإعمال الترجيح بين الأدلة القضائية من وجود فضلٍ، ومزيةٍ، وزيادةٍ في أحد الدليلين أو البينتين، أو الطريقتين المتعارضتين، وهذه المزية تكمن في أسباب ومدارك الترجيح التي هي عماد البحث، وأساسه، والتي يستطيع القاضي من خلالها الترجيح بين الأدلة القضائية المختلفة، فيرجح أحدها ويترك الأخرى، وهذه القواعد ليست كلّها محل اتفاق، ولا محل اختلاف، وقد ينص القانون عليها فلا يستطيع القاضي أن يتعداها؛ وذلك لأنّه لا يجوز للقاضي الاعتماد على غلبة الظن النفسي الذي لا يعتمد على دليل قضائي، بل لابد من اعتماد القاضي في قبول البينات وردها على دليل قضائي يحدث غلبه ظن لدى القاضي في ترجيح إحدى الجانبين على الآخر[1]، بناءً على قواعد الترجيح المسطورة عند الفقهاء.

فترجيح إحدى البينتين أو الوسيلتين ليس مَوْكُولًا لرأي القاضي واجتهاده الشخصي، بل بناءً على قواعدَ وضوابطَ منصوص عليها عند أئمة الفقه، وعلى القاضي أن ينزلها على الوقائع المعروضة عليه، وأحيانًا يتاح له المجال في إعمال سلطته التقديرية في الترجيح بين الأدلة والحجج، إلا أن هذه السلطة تضيق إذا حدد القانون لكل دليل قوته الإثباتية فيبقى دور القاضي محصورًا في إعمال القاعدة المرجحة.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين الأدلة القضائية

الترجيح بين الأدلة القضائية لا بد أن تتوافر فيه شروطه حتى لا يرجح القاضي من الأدلة مالا يحتاج إلى ترجيح، فلا بد من تحقق التعارض، وأن يكون التعارض بين الأدلة القضائية، وهي على النحو الآتي:

(1) توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، الخنين، ج2، ص116.

الشرط الأول من شروط الترجيح: أن يكون هناك تعارض بين الأدلة القضائية، فيشترط في الترجيح أن يكون هناك تعارض بين البينات أو طرق الإثبات[1]، والتعارض بين الأدلة القضائية هو الشرط الجوهري لإعمال قواعد الترجيح، وبدون التعارض لا يكون هناك مسوغٌ للقاضي في الترجيح، فعلى القاضي أن يتولى فحص الأدلة المعروضة عليه، ويقارن بينها، فإن كان ثَمّة تعارض سار في إعمال قواعد الترجيح، ولأهمية التعارض بين أدلة الإثبات فإنه يستدعي بيانه بشيء من التفصيل.

فكان الازم الحديث عن هذا الشرط بنوع من التوسع باعتباره شرطًا جوهريًا، والقاعدة عند الفقهاء "أنه إذا كان تعارض بين البينات وهناك مرجحٌ لأحدهما من المرجحات عمل بها لتميزها وقوتها به"[2]، فاتضح من ذلك أنه لابدّ من التعارض بين الأدلة القضائية تعارضًا يستعصي معه المواءمة.

الشرط الثاني من شروط الترجيح: ألَّا يمكن الجمعَ بين الأدلة القضائية المتعارضة

مسألة الجمع بين الأدلة القضائية هي مرحلة من المراحل التي تمر بها الأدلة القضائية، ولبيان ذلك لا بد من توضيح معنى الجمع، واختلاف الفقهاء في المرحلة التي يكون فيها الجمع. وسوف يتم تفصيل ذلك فيما يلي:

ثانيا: ماهية التعارض والجمع

مر فيما سبق أنّه يشترط في الترجيح وجود تعارض، وتعذر الجمع، وهذان الشرطان بحاجة إلى مزيد بيانٍ.

الفقرة الأولى: ماهية التعارض

ماهية التعارض تستدعي بيان التعريف والشروط وما يتعلق بهما.

---

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت، ج4، 221، المغني، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 620هـ)، مكتبة القاهر، بدون ط، مصر، تاريخ 1388هـ- 1968م، ج10، ص236، 363.

(2) أدب القضاء، عيسى بن عثمان بن عيسى الغزي (المتوفي 799هـ)، تحقيق، مركز الدراسات والبحوث بمركز الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1417هـ- 1996م، ص255.

أ- تعريف التعارض

- المعارضة لغةً: هي المقابلةُ على سبيل الممانعة.

- اصطلاحًا، هي إقامةُ الدليل على خلاف ما أقامَ الدليل عليه الخصم[1].

ب- التعارض بين أدلة الأدلة القضائية

لم يُعرف فقهاءُ المذاهبِ التعارضَ بين أدلة الإثبات، أو بين الأدلة القضائية، وإنما عرفوا التعارض بين البينات، والخلاف دائر بين فقهاء المذاهب وبين غيرهم من المحققين، مثل ابن تيمية، وابن القيم، وابن فرحون، وغيرهم وقد مرت الإشارة إليه عند الحديث عن طرق الإثبات، وعلى كلٍ فإنّ البيناتِ هي الأدلة، وهذا ما اصطلح عليه القانونان محل الدراسة.

وقد تعددت تعاريف التعارض بين البينات منها:

- اختلافهما، بأن تثبت كلُ واحدةٍ ما تنفيه الأخرى يقال: عارض زيدٌ عمرًا إذا أتاه بمثل ما أتاه به[2].

- وعُرف كذلك بأنّه تقابل الحجتين[3].

- اشتمال كل منهما على ما ينافي الآخر، فتبين أن التعارض بين الأدلة القضائية هي اختلافها وتقابلها بأن تشتمل كلُ واحدةٍ منهما على ما ينافي الآخر، وهذا التقابل هو التساوي من كل وجهٍ[4].

ومسألة التعارض تعني أن هناك تقابلًا بين البينتين، هذا التقابل ناتج عن تعارض بين الدعويين، وهاتان الدعويان، أمّا أن تكون إحداهما دعوى أصلية والأخرى دفعًا، أو تكون عبارة

(1) التعريفات، الجرجاني، ص219.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص219.

(3) إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى حاشية على منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي (المتوفى:1051هـ)، ، تحقيق، عبد الملك بن عبد الله دهيش مكتبة الأسدي، ط1، مكة المكرمة، ط11421هـ- 2000 م ج2 ص1431.

(4) اشتراط التساوي من كل وجه فيه نظر.

عن طلبات متقابلة؛ لأن القاعدة عند الفقهاء "أنّ كلَ حجةٍ صح دفعُها بالقدح فيها، صحَ دفعُها بالمعارضة لها"[1].

ج- شروط التعارض

يشترط في التعارض بين الأدلة القضائية عدة شروطٍ وهي كما يلي:

- اتحادُ المحلِ: وذلك بأن تتوارد البينتان على محلٍ واحدٍ، بأنْ تشهدَ كلُ بينةٍ بجميع العين، فإذا شهدت بالنصف الذي هو في يد صاحبه فالبينتان لم تتواردا على محلٍ واحدٍ، فيحكم القاضي لكل منهما بما في يده كما كان، لا بجهة السقوط، ولا بجهة الترجيح باليد[2]، فإذا شهد واحدٌ على قتلٍ، أو قبضٍ، أو غصبٍ، أو قذفٍ، أو بيعٍ، أو إجارةٍ في يوم الأحد، وشهد آخر على وقوع ذلك يوم الإثنين، لم يثبت؛ لأنّ الشهادتين لم يتعلقا بشيءٍ واحدٍ حتى يتأكد الظن، ومن خالف في ذلك فقد أخطأ، كون الشهادتين لم يتواردا على شيءٍ واحدٍ، فإن حكم بذلك كان حكمًا بشاهدٍ واحدٍ، ولا سيما في القتل والاتلاف فإن الشهادتين متكاذبتان، فلو حكم بذلك كان حكمًا بالشك[3]، فعند اختلاف الوقت يزول التعارض ويكون من قبيل الجمع.

- اكتمال الحجة من الطرفين: يشترط أن يكون التعارض في حجة[4]، فلو شهد واحدٌ هكذا، وواحدٌ هكذا، حلف المدعي مع أحدهما، وأخذ الغرم؛ لأنّ الواحدَ ليس بحجةٍ فلا تعارض،

(1) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، تحقيق، علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1419هـ -1999م، ج17، ص 304.

(2) مغني المحتاج الى معرفة معاني المحتاج الفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (المتوفى: 977هـ) دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1415هـ- 1994م ج6 ص469.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص38، ضوء النهار المشرف على صفات الأزهار، الحسن بن أحمد الجلال (المتوفى: 1084هـ)، مجلس القضاء الأعلى، مكتبة غمضان لإحياء التراث اليمني، بدون ط، اليمن، بدون ت، ج4، ص2113.

(4) المغني، ابن قدامة، ج، 10، ص236

فالتعارض يكون بين البينتين الكاملتين[1]، وهذا يعني أنه لا بد من اكتمال الحجة في الجانبين، فلو كانت إحدى الحجتين ناقصة، فإنه لا يكون ترجيحًا لانتفاء التعارض.

– أنْ تكونَ البينةُ على الحقيقةِ: وذلك إذ ادعى رجلٌ داراً في يدِ رجلٍ، فقال المدعى عليه: ليس الدار داري، وأقر بها للغائب، وأقام بينة على أنّ ما في يده للمُقرِ له الغائب، وكان للمدعي بينة فأقامها، فبينته مقدمة، ويقع القضاء بها، ومن ثم لا تعارض بين بينة صاحب اليد وبين بينة المدعي؛ لأنها ليست بينة على الحقيقية، وإذا قضينا للمدعي وكتبنا له السجل أثبتنا في السجل فجرى الحال وقلنا فيه إذا رجع الغائب فهو على حجته وهو صاحب اليد[2].

– أن تنفي كلَّ واحدةٍ ما أثبتته الأخرى: إِنْ تَعَارَضَ بَيِّنَتَانِ بِأَنْ شَهِدَتْ كُلٌّ مِنْهُمَا بِمَا يُنَافِي مَا شَهِدَتْ بِهِ الْأُخْرَى فإنه يكون الترجيح عند تعذر الجمع[3].

د–أقسام التعارض:

ينقسم التعارض إلى قسمين[4]:

القسم الأول: أن يفقد التعارض أسباب الرجحان[5].

(1) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد الأنصاري (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون ط، القاهرة، وبدون ت، ج4، ص422، والمغني، ابن قدامة، ج10، 236، والبحر الزخار، المرتضى، ج6، ص43.

(2) نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (المتوفى: 478هـ)، تحقيق، عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ–2007م، ج19، ص128.

(3) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) والحاشية، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، بولاق، القاهرة، 1313هـ، ج3، ص418، 34، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عليش (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1409هـ– 1989م، ج8، ص532، وإرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، البهوتي، ج2، ص1431.

(4) روضة الطالبين وعمدة المفتين، محي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت، دمشق، عمان، 1412هـ، ج12، ص51، 57.

(5) القرار عدد: 7097، المؤرخ في 24/ 11/ 1998م، في الملف المدني عدد: 4304/ 1/1/ 95، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، الإصدار الرقمي ديجنبر 2004م، العدد: (55)، ص9.

وفي هذه الحالة يكون التساقط بين الأدلة، وتطبيقًا لذلك فقد قررت المحكمة العليا اليمنية في القاعدة: (18)، طعن رقم: (30153)/ك لسنة 1428هـ، ما يلي: "ما تعارضَ من أقوالِ الشهودِ تساقط"[1]، وعلى غرار ذلك أرسى القضاء المغربي هذه القاعدة فقرر ما يلي: "إنّ تعارض البينتين موجبٌ لسقوطهما، ولا يُقضى بسقوط البينتين إلاّ إذا تعادلتا وتعذر ترجيح إحداهما على الأخرى بوجهٍ من وجوه الترجيح الشرعية" وما قرره القضاء اليمني والمغربي هو التعارض الذي خلا من المرجح لشهادة الشهود أو غيرها من الأدلة القضائية، ولكن ما حكى فيه الفقهاء المتقدمون من حصول التساقط عند التعارض الذي تعذر فيه الترجيح فإنّ الحياة المعاصرة بما أفرزته من تقدم علمي كان لها دورها الفعّال في ترجيح ما تساقط وسنوضح ذلك في حينه وسيظهر ذلك جليًا في ثنايا هذا البحث.

القسم الثاني: أن تتعارض البينات، وهناك ما يرجح أحدهما فيعمل بالراجحة، وهذا هو المقصود من الدراسة.

الفقرة الثانية: الجمع بين الأدلة القضائية

الجمع بين الأدلة القضائية طريق من طرق إزالة التعارض وسنوضح ذلك فيما يلي:

أ- تعريف الجمع بين الأدلة

الجمع بين الأدلة القضائية هو: إمكانُ استعمالِ الأدلة القضائية معًا، وذلك كدعوى شخص أنه أَسْلَمَ لفلانٍ في مائةِ إردِبٍ حنطة، ودعوى فلانٌ أنّه أسلمه هذين الثوبين الآخرين في مائة إردب حنطة، وأقام كل منهما بينة على دعواه، فيجمع بينهما بالحكم على المسلم بالأثواب الثلاثة، وعلى المسلم إليه بالمائتين، حملًا على أنّه حصل بينهما سلمان، حضرت كل بينة سلمًا وشهدت به[2]، وكذا لو شهدت بينة: أَنَّ هذا ابنه، لا وارث له غيره، وشهدت

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، الكتب الفني بالمكمة العليا اليمنية، المكتبة القضائية، بدون ط، صنعاء، العدد: (12)، ص63.

(2) منح الجليل، عليش، ج8، 532

بينة أخرى: أَنَّ هذا ابنه لا وارث له غيره: قُسِمَ الْمَالُ بينهما، لأنه لا تنافي[1]، ويكون من قبيل الجمع والتوفيق بين الأدلة.

فإذا أمكن حمل البينتين على الصحة لم يجز أن يحملا على التنافي والتضاد[2]، وإذا أمكن مراعاة الحقين فلا يشتغل بالترجيح، لأنه إنما يشتغل بالترجيح حال تعذر العمل بهما، أما عند إمكان العمل بهما فلا[3]، وذلك بأن تحمل البينتين على السلامة فيما إذا اتفق من شخص عقدان، فإنه يحكم بالصحة على أنه اتفق منه عقد، وهو صحيح العقل، والآخر وهو زائل[4].

والأصل الجمع بمعنى من ادعى من المتناظرين الجمع بين الأدلة فقد ادّعى الأصل، لا من ادعى التعارض فعليه البيان، والأصل التساوي بين البينتين ونحوهما حتى يثبت المرجح[5]، وكثير من الأدلة التي تعرض أمام القضاء هي من هذا القبيل، فعلى القاضي عند تعارض الحجج والأسانيد، وتنافر الدلائل والقرائن، وتمانع الأمارات والمستندات، التأملُ التامُ فيها، ومحاولة الجمع بينها والملائمة، فإن تَمَكَن من الجمع فبها ونعمت، وإن تعذر الجمع أعمل قواعد الترجيح.

وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء، ولكن اختلفوا متى يكون الجمع بين البينتين؛ هل بعد التعارض أم بعد إعمال قواعد الترجيح؟ على مذهبين:

---

(1) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج12، ص21.

(2) الحاوي الكبير، الماوردي، ج17، ص361.

(3) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صديق ال بورنو، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت– لبنان، 1424هـ– 2003م، ج1، ص264.

(4) التاج المذهب لأحكام المذهب، العنسي، ج4، 93.

(5) شرح المنهج المنتخب الى قواعد المذهب، أحمد بن علي المنجور (المتوفى 995 هـ)، تحقيق، محمد الشيخ محمد الأمين أشرف، وأحمد بن حماد الحماد، دار عبد الله الشنقيطي، بدون ط، بدون ت، ج1، ص557.

ب- مذاهب الفقهاء في الجمع بين الأدلة

اتفقَ الفقهاءُ على الجمعِ بين الأدلة القضائيةِ، ولكن اختلفوا في المرحلة التي يتم فيها الجمع على مذهبين.

المذهب الأول: ذهبت الحنفية إلى أن الجمع يكون بعد الترجيح قال الكاساني: "عند تعارض البينتين فإن أمكن الترجيح أحدهما على الآخر يعمل بالراجح، لأنّ البينة حجة من حجج الشرع، والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع، وإن تعذر الترجيح فإن أمكنَ العملُ بكل واحدةٍ منهما من كل وجهٍ وجب العملُ به، وإن تعذر العمل بهما من كل وجهٍ وأمكن العمل بهما من وجهٍ وجب العمل بهما؛ لأنّ العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان، وإن تعذر العمل بهما أصلًا سقط اعتبارهما والتحقا بالعدم، إذ لا حجة مع المعارضة، كما لا حجة مع المناقضة[1].

فالترجيح يكون قبل الجمع، وأنه عند الجمع يختلف الحكم في دعوى الأملاك، فإنّ هناك إذا تعذر الترجيح يعمل بكل واحدٍ منهما من وجهٍ بقدر الإمكان. وفي النسب يُعمل بكل واحدٍ منهما من كل وجهٍ، ويثبت النسب من المدعيين؛ لإمكان إثبات النسب لواحدٍ من اثنين على الكمال، واستحالة كون الواحد مملوكًا لاثنين على الكمال في زمن واحدٍ[2].

فتبين أن مذهب الحنفية في الترجيح بين البينتين كعادتهم في الترجيح بين الأدلة، فيكون الترجيح بعد التعارض وبعد الترجيح يكون الجمع.

المذهب الثاني: يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن الترجيح يكون بعد الجمع.

قال الشيخ خليل: "وإن أمكن الجمع بين البينتين جمع"[3].

---

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكساني، ج6، ص333.

(2) المرجع السابق، ج6، ص354.

(3) مختصر خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي (المتوفى: 776هـ)، تحقيق، أحمد جاد، دار الحديث، ط1، القاهرة، 1426هـ- 2005م، ص227.

وقال الغزالي: "تعارض البينتين ومهما أمكن الجمع بينهما جُمع، فإن تناقضا وأمكن الترجيح رُجح، وإن تساويا من كل وجهٍ فأربعة أقوالٍ: إذا كان المدعى في يد ثالث: أحدهما التساقط، والثاني الاستعمال بالقرعة، والثالث القسمة بينهما، والرابع الوقف إلى أن يصطلحا"[1]، فإذا تعارضت البينتان وأمكن استعمالهما لزم[2]، وتطبيقاً لذلك: فقد أصدرت محكمة فاس الابتدائية في ملف قدمت فيه بينات متعارضة فجمعت بينها، وذلك في واقعة تتلخص فيما يلي: أن المدعيين ادعوا بأن (أ) أوصى لهم بالثلث يستخرج من جميع التركة، وذلك بناءً على رسم الوصية المقيد بالرسم العقاري، وطلبوا الحكم على محافظ الأملاك العقارية بتقيد رسم الوصية، وكذا رسم الإراثة، وأجاب المحافظ على الأملاك العقارية: أن الإراثة المذكورة لا تتضمن الوصية المطلوب تقيدها...فأصدرت المحكمة الحكم وعللت حكمها بقولها: "وحيث من المقررِ فقهًا وقضاءً على أنّه يمكن الجمع بين الإراثتين إن شهدَ شهودُها بما في علمهم بالورثة، واحتوت الأولى جميع ما احتوته الإراثة الثانية وزيادة، لقول الشيخ خليل: "وإن أمكن الجمع جمع" قرار محكمة النقض عدد: (747) بتأريخ 2007/02/28 ملف مدني عدد: (2005/1/1/1709).

وحيث ما دام رسم الإراثة المضمن تحت عدد: (13) صحيفة: 16 كناش التركات (1) بتاريخ 1993/10/29م المستدل به من طرف المدعين يحتوي على جميع الورثة المذكورين في رسم الإراثة المّضمن تحت عدد: (559) صحيفة: 393 المحرر بتأريخ 1992/11/18م، وأنه يتضمن زيادة عليهم الموصى لهم بموجب رسم الوصية عدد: (22) التركات (17)، وهم خالد زيادة وعبدالله زياد وفيصل زياد، فإنّه لذلك يتعين طبقًا للقاعدة المذكورة أعلاه الجمع بين الإراثتين، وحيث إنه الحال كما ذكر أعلاه، فإنّ بذلك يبقى طلب المدعين له ما يبرره ويتعين

(1) الوسيط في المذهب، محمد بن محمد الغزالي (المتوفى: 505هـ)، تحقيق، أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، ط1، القاهرة 1417هـ، ج7، ص429.

(2) الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، أحمد بن يحي المرتضى (المتوفى 840هـ)، مؤسسة غمضان التجارية، بدون ط، صنعاء، اليمن، بدون ت، 1403هـ- 1982م، ص266، والتاج المذهب في أحكام المذهب، العنسي، ج4، ص93.

الاستجابة إليه[1]، وبهذا يتضح: أنّ المحكمةَ جمعت بين البينات المتعارضة في الدعوى، واستندت إلى ذلك بماورد في الفقه المالكي، وبما جرى عليه العمل القضائي بمحكمة النقض، وكذا ما قررته مدونة الحقوق العينية.

المطلب الثاني: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية والمختص وظيفيًا بالترجيح

الترجيح بين الأدلة القضائية له قواعدُ تحكمهُ تعد بمثابةِ وسيلةٍ وضعها الفقهاء بين يدي القاضي للاهتداء بها، وحسم النزاع على ضوئها، وهي قد تتحد في جميع مسائل التعارض، وقد تختلف من باب إلى آخر، فقد يتم إعمال قاعدة في باب معين من أبواب التعارض، وقد يقصر تطبيقها على مسائل محددة، وهذا القواعد يتم تطبيقاها في الأحكام القضائية الموضوعية بناءً على قواعد الاختصاص الوظيفي سواء من حيث المحكمة، أو من حيث القاضي المختص، فمحكمة الموضوع هي المختصة وظيفيًا لإعمال قواعد الترجيح، وقاضي الموضوع –بما له من سلطة تقديرية– هو المختص بتطبيقها، وليس للمحكمة العليا رقابة عليه، وهذا سيتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية حصرًا وإطلاقًا

جرى خلاف في اعتبار قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية وعدّها، مثلُها مثلُ بقيةِ المسائلِ الفقهية جرى خلاف في عدها، واعتبار بعضٍ منها أو الغائه، وبمثل هذا الخلاف جرى كذلك خلاف في القانونين محل الدراسة وهذا ما سيكون الحديث عنه، وبالتالي سوف يكون الحديث عن قواعد الترجيح عند الفقهاء وقواعد الترجيح المنصوص عليها في القانونين اليمني والمغربي.

أولًا: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي حصرًا وإطلاقًا

تعددت أراء المذاهب الفقهية في عدّ قواعد الترجيح بين طرق الإثبات وعبروا عن قواعد الترجيح بألفاظ مختلفة، منهم من أسماها مدارك الترجيح، ومنهم من أسماها أسبابًا، وآخرون

(1) حكم عدد: (129)، بتأريخ، 3/3/ 2016م في ملف عقاري، عدد: (1402/10/ 2014م)، نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس، بدون ط، لعام، 2016، المادة المدنية، العدد: (1)، ج1، ص204.

ضوابطَ، والبعض قواعد، ثم هم في ذلك بين مُوسعٍ ومضيّقٍ، ومنهم من حصر القواعد، والبعض أطلقها وجعلها ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي؛ لأنّ الترجيح بين الأدلة القضائية مسألة اجتهادية، فهي من باب الظنون لا من باب القطعيات، ولم يرد فيها نص شرعي يحسم الخلاف.

ومن المقرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية أنه إذا جاء كلٌ من الخصمين بحجة، فترجيح أحد الحجتين على الأخرى ليس موكولاً لرأي القاضي بل لذلك لقواعد وضوابط وتفصيلات بينها الفقهاء[1].

ثم إنّ لقواعد الترجيح بين أدلة الشريعة عند الأصوليين أثرٌ كبيرٌ لدى فقهاءِ المذاهبِ عند تقعيدهم لقواعد الترجيح بين أدلة الإثبات، فنجد أنّ أصل قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية منشأها قواعد أصولية، وأحيانًا قواعد حديثية، وبالجملة فإن قواعد الترجيح عند الفقهاء في أغلبها تدور حول معيار تحديد مَنْ المدعِي، ومَنْ المدعى عليه، ومن الداخل من المتداعيين، ومن الخارج، ومن السابق ومن اللاحق، ومن يسانده الأصل ومن لا يسانده، ومن ثم فإنَّ من الفقهاء من حصر قواعد الترجيح، مسلكه في ذلك مسلك حصر طرق الإثبات، ومنهم من أطلقها وجعل معيارها القرائن، أو توافر مزية في الدليل، بناء على أن المسألة اجتهادية، ولبيان ذلك سوف يكون الحديث عنه في الآتي.

الفقرة الأولى: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات عند الفقهاء القائلين بالحصر

ذهب فقهاء المذاهب من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وزيدية إلى أنّ قواعد الترجيح محصورةٌ، وذلك بناءً على نظرهم لمحل التعارض، فجعلوا للأملاك –عقارًا أو منقولًا أو محمولًا– قواعد، وللعقود قواعد، وللقضايا الجنائية –على النفس أو ما دونها– والحدود والتعازير قواعد، وهذه القواعد قد تشمل جميع الأبواب وأحيانًا تكون خاصة بنوع من الأنواع وتفصيل ذلك فيما يلي:

(1) طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم بك، المكتبة الأزهرية، ط4، القاهرة، 2003م، ص49.

أ- مذهب الحنفية:

بنى فقهاء الحنفية قواعد الترجيح في الأملاك بناء على تحديد من الداخل؟ ومن الخارج؟ وعلى نوعية الملك إذا كان مقيدًا أو مطلقًا فنصوا على ما يلي:

- قواعد الترجيح في الأملاك

فقواعد الترجيح بين الأملاك هي[1]:

-ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد في دعاوى الملك والمقيد بسبب قابل للتكرار.

-الترجيح باليد في دعاوى الملك المقيد بسبب قابل للتكرار كالنتاج.

-الترجيح بالتأريخ.

-الترجيح بالزيادة في الإثبات.

-ترجيح بينة الملك على الحيازة.

-الترجيح باتصال البينة بالقضاء.

-ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة.

- قواعد الترجيح في العقود:

ورجح فقهاء الأحناف في العقود بما يصلح للترجيح من قواعد الأملاك، كالقواعد الخاصة التي تتعلق بالعقود والأهلية، وأضافوا الترجيح باجتماع سببين على سببٍ واحدٍ، وبينوا ذلك بشيءٍ من التفصيل وهي كما يلي:

بينة الوفاء أولى من بينة بيع البتات، وبينة الهبة أولى من بينة العارية، وبينة البراءة أولى من بينة الإقراض، وبينة القرض أولى من بينة المضاربة، وبينة البيع أولى من بينة الرهن، وبينة الأمانة أولى من بينة الشراء، وبينة الرهن أولى من بينة الإجارة، وبينة الملك

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص44، 232، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص333، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن ابن محمد شيخي زاده (المتوفى: 1078هـ)، دار إحياء التراث العربي، بدون ط، ودون ت، ج3، ص272، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ج4، ص316، وشرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم بازا اللبناني، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، بدون ت، ج2، ص1112.

أولى من بينة العارية، وبينة الرهن أولى من بينة الهبة، وبينة الاشتراك أولى من بينة الاستقلال، وبينة الصحة أولى من بينة المرض، وبينة الفساد أولى من بينة الصحة، وبينة التدبير أولى من بينة الكتابة، وبينة بناء القديم أولى من بينة الحادث، وبينة ذي اليد أولى من بينة النتاج، وبينة القتل أولى من بينة الموت، وبينة الإكراه أولى من بينة الطوع إذا اتحد تأريخ البينتين وإذا اختلف فبينة الطوع أولى، وبينة الصحة بعد الضرب أولى من بينة الموت، وبينة العين أولى من بينة العكس، وبينة رب الدين أولى من بينة الإرث، وبينة حرية الأصل أولى من بينة المعتق، وبينة كون المتصرف عاقلاً أولى من كونه مجنونًا، وبينة اليسار أولى من بينة الإعسار، وبينة الوقف أولى من بينة الملك، وبينة الموت بالجرح أولى بينة الموت، وبينة المواضعة أولى من بينة مدعي الخيار، وبينة الخارج أولى من بينة ذي اليد في الملك المطلق، وبينة الدخول أولى من بينة الخروج في الصلح، وبينة الغبن أولى من بينة كون القيمة قيمة المثل، وبينة الهبة بعوض أولى من بينة الرهن، وبينة العتق والتدبير والاستيلاء مع النتاج أولى من بينة النتاج وحده، وبينة العتق مع النتاج أولى من بينة التدبير والاستيلاء مع النتاج، وبينة التدبير مع النتاج أولى من بينة الكتابة مع النتاج، وبينة الأموات أولى من بينة ولاء العتاقة، وبينة الأجرة أولى من بينة الرشوة، وبينة المستأجر أولى من بينة المؤجر في المدة والمسافة، وبينة الراعي أولى من بينة رب الغنم في شروط الرعي، وبينة الشفيع أولى من بينة المشتري في الثمن هذا على قول الإمام ومحمد رحمه الله، وبينة السلم أولى من بينة المسلم إليه في القدر والجنس والصفة والزراع ورأس المال، وبينة المسلم إليه أولى من بينة رب السلم في مضي الأجل وعدمه، وبينة المقر له في الإقرار في صفة المقر أولى من بينة الورثة في وقوع الإقرار في مرض الموت، وبينة الإيداع فيما يد ثالث أولى من بينة الملك المطلق، وبينة الغاصب أولى من بينة المالك في موت المغصوب عند المالك أو عند الغاصب، وبينة الغصب أولى فيما يد ثالث من بينة الملك المطلق، وبينة قضاءِ الدين المعين أولى من بينة ثبوته عند

موته، وبينة المشتري أولى على الدار كانت خربة حين باعها الوصي من بينة الصغير بعد البلوغ على أن الدار كانت معمورة حين باعها الوصي[1].

- قواعد الترجيح في النسب

ذكر فقهاء الأحناف أنَّ قواعدَ الترجيحِ بين الأنسابِ تكون بالإسلام، والحرية، والعلامة، واليد، وقوة فراش، قال الكاساني -في الترجيح في النسب-: "فإن أمكن ترجيحُ أحدهما بوجهٍ من الوجوه من الإسلام، والحرية، والعلامة، واليد، وقوة فراش، وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح، وإن استويا يعمل بهما ويثبت النسب منهما"[2].

وهذه مجمل قواعد فقهاء الأحناف في الترجيح مع أنَّ هناك مسائلُ حظيت باهتمامٍ كبيرٍ مِنْ قِبَلِهِمْ، كمسألة ترجيح بينة الخارج على بينة الملك المطلق، ومسألة النتاج، وغير ذلك، وهناك مرجحات أخرى تتعلق بباب القرائن سيتم الحديث عنها في مواضعها كمسألة الترجيح بين جدارين.

ب- قواعد الترجيح عند فقهاء المالكية

اعتمد فقهاء المالكية في الترجيح بين أدلة الإثبات في أغلبها على الترجيح بالأعدلية، وهي الفيصل عند الترجيح، ولكن ترجيحهم بالأعدلية لا يعني أنَّه المرجح الوحيد، فقد قال الإمام القرافي-رحمه الله-: "قاعدة ما يقع به الترجيح بين البينات عند التعارض، وقاعدة ما لا يقع به الترجيح، قلت: يقع الترجيح بأحد ثمانية أشياء وقع في الجواهر منها أربعة فقال: يقع الترجيح بزيادةِ العدالة، وقوةِ الحجة، كالشاهدين يقدمان على الشاهد الواحد، واليمين واليد عند التعادل، وزيادة التأريخ.

(1) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص114، وحاشية ابن عابدين، ج5، ص490، وظائف القضاة وترجيح إحدى البينات، الحسن بن الحسن الملقب بصدقي الرومي (المتوفى 1307 تقريباً)، مطبعة الحيدري، ومساهمات المعهد القضاء اليمني في طبع وتصوير وحفظ كتب التراث، بدون ط، اليمن، 1418/11/3هـ، ص104، 105، 106.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص254.

وقال ابن أبي زيد في النوادر: ترجيح البينة المفصّلة على المجملة، والنظر في التفصيل، والإجمال مقدم على النظر في الأعدلية، فإن استووا في التفصيل والإجمال نظر في الأعدلية، ومنها شهادة أحدهما بحوز الصدقة قبل الموت وشهدت الأخرى برؤيته بخدمة في مرض الموت، فتقدم بينة عدم الحوز إذ لم تتعرض الأخرى لرد هذا القول.

السادس: قال ابن أبي زيد: إن اختصت إحداهما بمزيد الاطلاع لشهادة إحداهما بحوز الرهن والأخرى بعدم الحوز، لأنها مثبتة للحوز وهي زيادة إطلاع قاله ابن القاسم وسحنون.

السابع: استصحاب الحال والغالب. الثامن ترجيح شهادة الحال.

فهذه الثمانية الأوجه هي ضابط قاعدة ترجيح البينات وما خرج عن ذلك لا يقع به ترجيح ووقع الخلاف في هذه الترجيحات بين العلماء[1]، وبعض فقهاء المالكية ذكروا بأنّ الترجيح يكون بأشياءَ:

أولها ذكر سبب الملك، والشهادة بالملك فتقدم على التي شهدت بالحوز، وزيادة العدالة، والنقل يرجح على الاستصحاب، والإثبات يُقدم على النفي، والأصالة تقدم على الفرعية، والداخلة على الخارجة[2].

ج- قواعد الترجيح عند الشافعية:

يطلق فقهاء الشافعية على قواعد الترجيح تارةً مدارك، ومصطلح أسبابًا تارةً أخرى.

قال الإمام الغزالي: "وأمّا مداركُ مثارات الترجيح فثلاثة: قوةٌ في الشهادة، أو زيادةٌ فيها، أو يدٌ تقترن بأحدهما"[3]، وبالجملة فإن المرجحات عند فقهاء الشافعية هي:

---

(1) الفروق، القرافي، ج4، ص1194، 1195.

(2) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرُّعيني (المتوفى: 954هـ)، دار الفكر، ط 3، 1412هـ - 1992م، ج6، ص220، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص535، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (المتوفى: 1189هـ)، تحقيق، يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1414هـ - 1994م، ج2، 351، وحاشية الدسوقي، ج4، ص221.

(3) الوسيط في المذهب، الغزالي، ج7، ص429.

الأول: بينة نقل الملك من أحد المتداعيين للآخر، والثاني: كون اليد على المدعى به ثابتة للمدعي، والثالث: إقرار المدعى عليه بالمدعى به لأحد المتداعيين، والرابع: كون اليد لمن انتقل المدعى به لأحد المتداعيين، ثم الشاهدان، أو شاهد ومرأتان، أو أربع نسوة فيما يقبلن فيه، والأخرى شاهدٌ ويمينٌ فترجح الأولى، إلا أن يكون معها يد، والسادس: سبق تاريخ ملك أحدهما، ويعلم ذلك السبق بذكر زمن متقدم على الزمن الذي ذكرته البينة الأخرى، أو بيان أنه ولد في ملكه، والسابع: ذكر سبب الملك كشراء، أو هبة، أو وصية، أو إرث، والثامن: البينة الناقلة عن الأصل على البينة المستصحبة للأصل والتاسع: البينة المتعرضة لكون البائع مالكا عند البيع على من لم تتعرض لذلك، والعاشر: البينة القائلة. نقد الثمن على من لم تذكر ذلك، والحادي عشر: البينة القائلة: هو مالك الآن على من لم تذكر ذلك، والثاني عشر: لو تعارض حكمان بأن أثبت كل أن معه حكم القاضي، لكن أحدهما بالموجب، والآخر بالصحة، فالوجه تقديم الثاني؛ لأنه يستلزم ثبوت الملك بخلاف الأول[1]، والثالث عشر: كل بينتين تعارضتا واتصل بأحدهما قضاء القاضي فيترجح كما تترجح بينة اليد[2]، إلا أنَّ هذا المرجح محلُ خلاف قوي وسوف نبينه عند الترجيح بحجية الحكم القضائي–الترجيح بحكم الحاكم–.

ثم إنّ الشافعية رجحوا بين المرجحات عند التزاحم والتعارض ووجود مع كل من المتداعيين مرجح، فإنه يتم الترجيح بناء على ما يلي:

(1) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد محمد علي بن حجر الهيثمي (المتوفى: 974هـ)، مراجعة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، دون ط، مصر، 1357هـ - 1983م، ج10، ص327، ومجموعة القضاء الشرعي الجامعة لغالب كل شرط مرعي، محسن بن جعفر بن علوي بونمي، تحقيق فائز بن سالم بن سعيدان، بدون ط، وبدون ت، 175، 176

(2)شرح عماد الرضا ببيان أداب القضاء لزكريا بن محمد الأنصاري (المتوفى: 926)، فتح الرؤوف القادر، عبد القادر عبد الرؤوف بن علي زين الدين المناوي، تحقيق، عبد الرحمن عبد الله عوض بكير، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط1، جدة–المملكة العربية السعودية، 1406هـ –1986م، ج2، ص255، مجموعة القضاء الشرعي، بو نمي، ص176.

"أن نقل الملك أقوى المرجحات فيما إذا كان من أحد المتداعين للآخر، ثم ما اليد فيه للمدعي، أو لمن أقر به له، أو انتقل له منه، ثم شاهدان على شاهد ويمين، ثم سبق تاريخ، ثم بذكر سبب الملك"[1]، فاتضح أنّ ما ذكره الشافعية من مرجحات تختص بالملكية.

د- قواعد الترجيح عند الحنابلة:

بعد التأمل لمذهب الحنابلة تبين أن قواعد الترجيح عند الحنابلة هي[2]:

-ترجيح بينة الداخل على بينة الخارج.

-ترجيح بينة الملك على بينة اليد.

-ترجيح بالتاريخ.

-ترجيح الناقلة على المستصحبة.

-الترجيح بزيادة العلم.

-ترجيح المثبت على النافي.

-الترجيح بالقرعة.

إلَّا أنّ الحنابلة لم يُعمِلُوا قواعد الترجيح المذكورة في جميع أبواب التعارض، فمثلاً الترجيح بالتأريخ لم يكن من ضمن وجوه الترجيح عندما يكون محل التعارض الأملاك واعتبروه في عقود الشراء عند التنازع على العين[3]، وأن المتقدم من الوصايا والمتأخر سواء[4]، وهكذا.

(1) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص327، وصوب الركام في تحقيق الأحكام، عبد الرحمن بن عبيد الله السقاف، دون د، ط1، 1412هـ - 1992م، ج2، ص268.

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص247، 255، 257، 262، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج11، ص384، 396، 399، 417، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط1، 1414هـ - 1993م، ج3، ص563، 566، 567، 571.

(3) الأنصاف، المرداوي، ج11، ص384، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص567.

(4) المغني، ابن قدامة، ج10، ص266.

هـ- قواعد الترجيح عند الزيدية

اعتبر فقهاء الزيدية الترجيح موجباً لإزالة التعارض إذا لم يمكن الاستعمال، وأن الترجيح يكون: بالتحقيق والنقل، وسوف نوضح ذلك بما يلي[1]:

- **الترجيح بالتحقيق:**

وفسروا التحقيق بأنَّ الدابة أو الولد، إذا تنازعه اثنان وهو في يد غيرهما مقر لهما، وأقام أحدهما البينة أنها ملكه، وأقام الآخر البينة أنها ملكه نتجت عنه، فبينة الولادة في الأمة، والنتاج في البهيمة أولى؛ وذلك لأنها تتضمن المعاينة والمشاهدة بسبب الملك وهو النتاج.

-الترجيح بالنقل: أي نقل حكم الأصل والأخرى مبقية عليه، كما إذا قالت إحداهما: ورثه أحد الخصمين من فلان، وقالت الأخرى: شراه خصمه من ذلك الفلان، فإنَّ بينة الشراء ناقلة عن حكم البقاء على أصل ملك الميت[2].

- **الترجيح بخلاف الأصل:**

يقصد بالترجيح بخلاف الأصل الترجيح بالحرية، وأن شهادة الشراء أولى من شهادة الهبة، ويجمع الترجيح بشيء غيرهما -النقل والتحقيق- فيجمعه ترجيح ما خالف الأصل اللغوي، أو الشرعي، أو العرفي، وذلك بعينه النقل، فتقدم بينة وهبه لي على بينة باعه مني، لأنّ الأصل في الأعيان التي لا يتسامح بها الأعواض، وفي الطلاق والعتاق والمنافع والأعيان التي يُعتاد التسامح بها عدم الأعواض، فتقدم بينة طلقني، واعتقني، وأعارني، بغير عوض، على دعواهما بعوض من خلع، أو كتابة، أو إجارة[3].

---

(1) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار، أحمد بن يحيى المرتضى (المتوفى: 880هـ)، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، 1394هـ، ج5، ص401، والمنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار، أبو الحسن عبدالله ابن مفتاح، مكتبة التراث الإسلامي، ط1، صعدة- اليمن، 1424هـ -2003م، ج9، ص280، 281، 283، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص21.

(2) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2046.

(3) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2046، التاج المذهب، العنسي، ج4، ص25، 94، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص283.

- **الترجيح بالتأريخ**

سواء من حيث المتقدم والتأخر أو من حيث الإطلاق والتقييد[1]، وهذا كله سيتم توضيحه في موضعه.

- **الترجيح بالسبب.**

وهذا المرجح يختص بالأملاك في دعوى الإطلاق والتقييد وإضافة الملك بناء على سبب معين[2].

هذه مجمل قواعد الترجيح عند الزيدية، وهي التي أخذ بها القانون المدني–قانون المعاملات الشرعية–اليمني كما سنوضح ذلك تفصيلًا في موضعه إن شاء الله.

إلا أنَّ فقهاء الزيدية لم يعتبروا ارتفاع إحدى الشهادتين عن الأخرى بمزية من عدالة، أو تمحض ذكورة، أو أكثرية، مرجحًا، يدل على ذلك قول صاحب الأزهار: "ومتى صحت شهادته لم تؤثر مزية الأخرى"[3]، وأن الترجيح عندهم يكون في الأيدي في التحقيق، أو النقل، أو يكون بصفة العقد، كما سنوضحه في موضعه إن شاء الله تعالى.

الفقرة الثانية: الفقهاء القائلون بإطلاق قواعد الترجيح

ذهب بعض أهل العلم إلى أن أسباب الترجيح بين طرق الإثبات كثيرة لا تدخل تحت حصر منهم:

–الإمام الزركشي من فقهاء الشافعية قال –رحمه الله–: "وأسباب الترجيح كثيرة منها اليد، وتبين سبب الملك، وزيادة عدد الشهود، وتمحض المذكورة وخلوها عن اليمين وزيادة تأريخ من

(1) البحر الزخار، المرتضى، ج5، ص401، وضوء النهار، الجلال، ج4، ص2045.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص93.

(3) الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، أحمد بن يحي المرتضى، مؤسسة غمضان التجارية، بدون ط، صنعاء، اليمن، 1403هـ– 1982م، ص265.

أحدهم"[1]، فَذِكْرُه مِنْ أسبابِ الترجيحِ هي المرجحات عند الشافعية مع أنّه قال كثيرة فدل قوله: كثيرة على عدم حصره لها بما ورد من مرجحات في المذهب.

-الإمام الشوكاني فعند شرحه لقول صاحب الأزهار: "وإن كان خارجان اعتبر الترجيح.."[2]، قال: "أقول هذا صحيح لعدم وجود مزية لأحد الخصمين على الآخر بالنسبة إلى اليد المفيدة للظاهر، ووجوه الترجيح كثيرة يعرفها من يعرف الموازنة بين الأدلة، والمعادلة بين وجوه الترجيح وهو القاضي المجتهد، وأما المقلد المسكين، فهو عن دَرَكِ راجحِ الأمورِ ومرجوحها في أبعد مسافة، فإنه لا يفهم نفس الحجة فكيف يفهم أنّ هذه الحجة أرجح من هذه؟ وهذا السبب للحكم أقوى من هذا السبب"[3].

وقال في موضع آخر عند شرحه لقول صاحب الأزهار: "ومتى صحت شهادته لم تؤثر مزية الأخرى"[4]، أقول: هذا سدٌّ لبابِ الترجيحِ وردٌّ لطريقٍ هي أوسع الطرق ساحةً، ومعلومٌ أنَّ ارتفاع إحدى الشهادتين المتعارضتين بأي مزية من المزايا تعتبرها راجحة فتكون الأخرى مرجوحة، والظن لصحة الراجحة أقوى كما أنه بصحة المرجوحة أنقص، وقد تبلغ إلى مرتبة لا يبقى للمرجوحة تأثير في حصول الظن المعتبر، وليس اعتبار مجرد وجود النصاب مقتضيًا إلا مع عدم المانع، ووجود الشهادة الراجحة من جملة ما يصدق عليه وصف المانعية[5].

وقال في موضع آخر: "إذا اجتهد الحاكم"؛ لأن المراد بالاجتهاد هذا بلوغ الجهد في تتبع وجوه الحكم، والنظر في مشتبهات الأدلة، والموازنة بين الحجج التي لها مدخل في تلك الحادثة[6].

---

(1) الديباج في توضيح المنهاج، محمد بن بهادر الزركشي (المتوفى:494 هـ)، تحقيق، يحيى مراد، دار الحديث، بدون ط، القاهرة، 1427هـ، 2006م، ج 2، ص1174.

(2) الأزهار، المرتضى، ص255.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص753.

(4) الأزهار، المرتضى، ص265.

(5) السيل الجرار، الشوكاني، ص779، 780.

(6) المصدر السابق، ص822.

فكلام الإمام الشوكاني صريح بأن أسباب ووجوه الترجيح كثيرةٌ وأنه يعرفها القاضي المجتهد، وأن العبرة في ذلك هو ارتفاع احدى الشهادتين بأي مزية من المزايا تعتبرها راجحة.

–وقال الحسن بن الجلال –من مجتهدي فقهاء الزيدية–: "فينبغي أن يناط الترجيح –أي بين البينات– بما يحصل للحاكم من القرائن"[1]، وكلامه صريح بأنّ الترجيح مناط بالقرائن التي تحصل للحاكم من خلال الواقعة المعروضة عليه، والأدلة المقدمة من المتخاصمين، فللقرائن دورٌ كبيرٌ في الترجيح سواء عند تعارض الأدلة القضائية، أو عند انعدامها وتمسك كلٌ من المتداعيين بالظاهر، فيلجأ القاضي إلى القرينة التي تعضد دليل أحدهما، أو ظاهره الذي يتمسك به.

الرأي الراجح: هو أن قواعد ومدارك الترجيح بين الأدلة القضائية كثيرة لا تنحصر ويدل على ذلك أمور وهي على النحو الآتي:

– الاستدلال بأقوال العلماء:

وردت أقوال للمحققين من العلماء بأن مثارات الظنون للترجيح كثيرة:

قال الإمام الماوردي: "فَأَمَّا إِنْ اعْتَدَلَتْ حَالُ الْمُتَنَازِعَيْنِ وَتَقَابَلَتْ بَيِّنَةُ الْمُتَشَاجِرَيْنِ وَلَمْ يَتَرَجَّحْ حُجَّةُ، أَحَدِهِمَا: بِأَمَارَةٍ أَوْ مَظِنَّةٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُسَاوِيَ بَيْنَهُمَا فِي الْعِظَةِ"[2].

يتضح من كلام الإمام الماوردي أنّ المرجحات إمّا أماراتٌ، أو ظنونٌ، وهما لا يدخلان تحت حصر بل تختلف باختلاف الدعاوى.

وقال الإمام الجويني: "والأسباب التي يقع الترجيح بها غايتها مزيدُ تغليبُ ظنٍ في أمرٍ لا يحسُّ"[3]، فكلام الإمام الجويني صريح بأن الغاية من الأسباب التي يقع بها الترجيح مزيد تغليب ظن، وأنه متى ما وجد مدرك لدى القاضي أدى به إلى تغليب الظن، فهذا مدرك مرجح

(1) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2114.

(2) الأحكام السلطانية، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، دار الحديث، دون ط، القاهرة، ودون ت، ص149.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص108.

سواءٌ كان هذا المدرك منصوص عليه عند أئمة الفقه، أم مستنبط للقاضي من خلال الواقعة المعروضة عليه؛ وذلك لأن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية المتعارضة وتحديد الأفضلية من بينهما لوجود مدرك يغلب الظن يعتبر تمهيداً لاعتماده كدليل من بين الأدلة المطروحة أمامه لحسم النزاع.

قال ابن رشد –عند حديثه عن الترجيح بالعدد–: من قال ذلك– بالترجيح بكثرة العدد– نظر إلى ما يغلب على الظن صحة الشهادة من كثرة الشهود وما أشبه ذلك وهو قول مالك في رواية مطرف عنه[1]، فاعتبر القائلون بالترجيح بكثرة العدد غلبة الظن في كثرة العدد واعتبروه مرجحًا.

ومما ذكره الإمام الشوكاني: أنّ وجوه الترجيح كثيرةٌ لا تدخل تحت حصر، وأنّ العبرة هو وجود مزية[2].

فيتضح من مجموع كلام العلماء المذكورين أن الترجيح مرتبط بأمارات، وظنون، فمتى ما وجدت قرينة تدل على أفضلية أحد الدليلين على الآخر كلما كانت مرجحًا.

– الاستدلال بالرجوع إلى الأصل

وذلك أن الأصل في الترجيح هو سكون النفس[3]، وأن المقصود من إعمال قواعد الترجيح هو قطع النزاع بين المتخاصمين، وما دام الأمر كذلك فأيُّ شيءٍ أدّى إلى سكون النفس عند التعارض بين طرق الإثبات وحصل به المقصود بحسم النزاع بعد التمهل والتاني فهو مرجح.

– الاستدلال بطبيعة النظر في الأدلة القضائية

وذلك أنّ الترجيح بين طرق الإثبات هو عمل اجتهادي في أكثر صوره، وإصابة هذا العمل الاجتهادي مربوط بأهلية الناظر –القاضي المجتهد– فالترجيح بين طرق الإثبات من

(1) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق، محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت– لبنان، 1408هـ– 1988م، ج10، ص72.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص753.

(3) البحر المحيط، الزركشي، ج8، ص152.

(3) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج8، ص537.

فصيل واحد، أو من أكثر من فصيل؛ بابٌ دقيقٌ تتجلى فيه تفاوت أفهامِ القضاةِ، وعمق أنظارهم في فهم الدليل، والمزية المقارنة له، فقد يهتدي فيه قاضٍ إلى مأخذ لم يلحظه غيره، أو يقتنع بوجهةٍ لا يوافقه عليها الآخرون، وأنّ الترجيح بين الأدلة القضائية هو من باب الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد.

- الاستدلال بالقرائن

إنَّ فقهاءَ المذاهبِ اعتبروا من بين المرجحات عند التعارض بين البيناتِ القرائنُ، والقرائنُ بابها واسعٌ، وصورها لا تكاد تنحصر، خصوصًا مع ما حصل من تقدم في العصر الحديث في الوسائل والطرق التي تؤدي إلى غلبة الظن في الدليل القضائي، وأصبح الاقتصار على الأدلة التقليدية لا تفي بالغرض، والوقوف أمام الأمثلة الفقهية الجامدة التي لا تفيد الحياة العملية نوعًا من القصور، كل ذلك يجعل الراجح عدم حصر قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية، بل إنّ السياسة الشرعية في مجال الإثبات القضائي تقتضي عدم حصر الترجيح سواءً في قواعده، أو مجالاته؛ وذلك لأنّ غاية جهد الفقهاء: أنّ ضوابط الترجيح منها ما يرجع إلى استنباط القرائن المحيطة بالدعوى، ودفوعها، وحال طرفيها، وما يتصل بذلك، ومنها ما يحمل على تعضيد الظاهر للبينات، أو زيادة العدالة، أو كثرة العدد، وذلك في مقام النفي والإثبات[1].

والأصل العام: أن يقوم الحكم على ظواهر البينات مالم يجمد، أو يدفع ببينة مثلها، أو خيراً منها -أي أقوى-[2].

ومما ينبغي ذكره أن هذه الوجوه موضع اجتهاد عند العلماء للأخذ بها في الترجيح، وليس الترجيح محصورًا بهذه الوجوه، وإنّما هي أهم وجوه الترجيح فيما يظهر[3].

---

(1) أصول الإثبات شرعاً ووضعاً، جميل بسيوني، مجمع البحوث الإسلامية، السنة الثانية عشر الكتاب الأول، بدون ط، 1401هـ- 1980م، ص50.

(2) المرجع السابق، 35.

(3) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي، منشورات جامعة أم القرى، ط1، المملكة العربية السعودية، 1409هـ- 1989م، ص692.

وعلى كلٍ فطرق الترجيح لا تدخل تحت حصر، وتختلف باختلاف الدعوى وموضوعها، وأن بعض طرق الترجيح تستعمل في جميع الحالات وباختلاف الدعاوى، كالترجيح لقوة الدليل، وذلك لأن سبب الترجيح قائم في البينة ذاتها، وبعض الطرق تستعمل في حالات دون أخرى، أو في حقوق دون أخرى ويمكننا أن نعدد على سبيل المثال أهم طرق الترجيح وهي: الترجيح باليد، والتأريخ، والنتاج، والسبب الأقوى، والخارج، والزيادة في الإثبات، وزيادة العلم، وقوة الحجة، والعدالة، كما ترجح بينة الأصالة، والصحة، والطوع، والرشد، والعسر، والعدالة، والحرية، على بينة الفرع، والمرض، والإكراه، والسفه، واليسر، والجرحة، والرق، وقد يتفق الفقهاء على اعتبار أحد الأسباب مرجحاً ويتخذون منه مبدأ في الترجيح، ولكنهم يختلفون في اعتباره أصلًا وغيره تبعًا، أو فرعًا، أو استثناءً[1].

ثانيا: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في القانونين اليمني والمغربي

المرجع التاريخي والتفسيري للقانونين اليمني والمغربي في مجال الملكية والعقود والحقوق المرتبطة بهما هو الفقه الإسلامي، فقانون المعاملات –القانون المدني– اليمني اقتبس قواعد الترجيح في أغلبها من الفقه الزيدي، ومدونة الحقوق العينية سارت في الترجيح على ضوء قواعد الترجيح في الفقه المالكي وفيما يلي توضيحٌ لما قدمناه.

الفقرة الأولى: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في القانون اليمني

نَظَمَ القانون اليمني قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في الأملاك –عقارًا أم منقولًا– وفي العقود، وعالج الترجيح بين الأيدي، وبين المستندات، والوثائق، والقرائن، وتوسع في ذلك؛ نظرًا لكثرة الإشكالات في المنازعات العقارية، وكثرة السطو، وتعدد دعاوى الاستحقاقات في الملكية وبقية الحقوق العينية، إلَّا أنَّ قواعد الترجيح لم ينظمها القانون اليمني في قانون خاص، وإنما وردت مفرقة في القوانين القضائية، ولم تشملها قاعدة عامة وإنَّما وردت منثورة في ثنايا

(1) وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، ط1، دمشق، 1403هـ، ج2، ص80، 811.

الأبواب والفصول، ولم تسر على ضابطٍ معينٍ بل تنازعها قواعد مذهبية، ومعايير قانونية، ولم تختص بأدلة الإثبات بل امتدّ الترجيح إلى تنازع المتداعيين مع الخلو من الدليل المرجح، وسيكون الحديث عنها على النحو الآتي:

أ- قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في الملكية:

الملكية العقارية، أو المنقول، أو المحمول، حظيت باهتمامٍ كبيرٍ في ترتيب وتنظيم قواعد الترجيح عند التعارض، فاعتبر القانون حيازة الشيء، أو الحق ملكًا للحائز، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، وأنَّ اليد الثابتة قرينة ظاهرة على الملك.

فقد نصت المادة: (1111) من القانون المدني على ما يلي: "من كان حائزًا لشيءٍ أو حقٍ أعتبر مالكًا له ما لم يقم الدليل على غير ذلك. وفي المادة: (1112) نص... واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهرة على الملك، فلا يحكم للمدعي الخارج إذا لم يبين ولا حلف ردًا ولا نكل خصمه، وإنما يقر ذو اليد على يده[1].

وأدلة الإثبات المقدمة من المتداعيين في الملكية العقارية والحقوق العينية المرتبطة بها، إمّا أن تكون من داخلين، أو خارجين، أو أحدهما داخلًا والآخر خارجًا، وفي كلا الحالات نظمها القانون المدني اليمني، واستعمل القانون اليمني لفظ الداخل والخارج حفاظًا على اللفظ الفقهي، إلاّ أنّ فيه ضربًا من التعقيد، ونوعًا من عدم المرونة.

-الترجيح بين بينة الداخل والخارج

-ترجيح بينة الخارج على بينة الداخل كما جاء في نص المادة: (1113) من القانون المدني على ما يلي: "إذا تبين ذو اليد الثابتة وبين الخارج رجحت بينته إلا لمانع شرعي"، لم يبين القانون المانع الشرعي، وبالرجوع إلى النص الفقهي المأخوذ منه النص القانوني تبين أن المانع الشرعي هو: استثناء بعض الصور مثل ترجيح بينة الحرية على الرق وغيرها[2].

- الترجيح بين بينة الخارجين:

(1) القانون المدني اليمني، وزارة الشئون القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، بدون ط، 2006، المادة: (1112).

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص19.

نظم القانون المدني أحكام التعارض بين بينتي الخارجين وجعل الترجيح بينهما بالترجيح بالتحقيق، أو النقل، فنصت المادة: (1113) من القانون المدني على ما يلي: وإذا بين خارجان كان الترجيح بينهما بالتحقيق، أو النقل، والتحقيق هو أن يثبت أن الشيء نتج عنه، والنقل هو أن يثبت أن الشيء انتقل إليه، إما بشراء، أو نحوه، أو بإبقاء، كإرثٍ ونحوه، ويرجح ضمان التحقيق على ضمان النقل، ويرجح ضمان الشراء، ونحوه على ضمان الإبقاء.

الترجيح بالتحقيق: هو أن يثبت أن الشيء نتج عنه، وهذا الذي يسميه الفقهاء الترجيح بسبب الملك.

الترجيح بالنقل: وهو أن يثبت أن الشيء انتقل إليه، إما بشراء، أو نحوه، أو بإبقاء كإرث أو نحوه، وهو ما يسمى بالبينة الناقلة.

والترجيح بالتحقيق أو النقل هو الترجيح بين أدلة الخارجين، أما بين الخارجين والداخلين فإن القانون قد نص في المادة: (1113) من القانون المدني أن بينة الخارج ترجح على بينة الداخل، فعند تنازع خارجين مع داخل، فبينة الخارجين ترجح على بينة الداخل، ويكون الترجيح بين الخارجين بالتحقيق والنقل"[1].

- الترجيح عند تعارض بين بينة التحقيق والنقل

قد يتعارض ضمان التحقيق وضمان النقل، عند التعارض فإنه يتم الترجيح بينهما بما يلي[2]:

يرجح ضمان التحقيق على ضمان النقل.

يرجح ضمان الشراء ونحوه على ضمان الإبقاء.

- الترجيح بين المستند الكتابي وبين الحيازة (اليد)

نصت المادة: (1115) من القانون المدني على ما يلي، عند التعارض بين المستند الكتابي المقدم من مدعي الملك وبين قرينة الثبوت يتبع ما يأتي:

(1) القانون المدني اليمني، المادة: (1113).

(2) القانون المدني، المادة:(1113).

أن يكون المستند الكتابي صادراً من أحد الحكام المعروفين، وصرح فيه بلفظ يفيد الحكم، فهو حكم، ويعمل بما جاء فيه، ما لم يثبت إلغاؤه، أو تعديله، من جهة أعلى لها اختصاص بمراجعته.

-إن كان المستند الكتابي صادراً من كاتب معروفٍ الخط، معروفٍ بالعدالة، وكان مشهوداً عليه من عدول، وقرر فيه الكاتب والشهود معرفتهم بأن المتصرف تصرف وهو مالك لما تصرف فيه عمل القاضي بما جاء فيه.

-إذا لم يصرح الكاتب والشهود في المستند بأن المتصرف مالك لما تصرف فيه وعليه تعميد مجمل من حاكم، كان المستند قرينة ضعيفة تتساوى مع الثبوت، فيلزم الترجيح بينهما بمرجح... ويكون للقاضي أن يسأل ذا اليد الثابتة عن مستند ثبوته، فإن قدمه، وكان شراءً، أو هبةً، أو نحوهما، مكتوباً بخط كاتب معروفاً بالعدالة، مشهوداً عليه من شهود عدول، ومذكوراً فيه أن الكاتب والشهود يعرفون أن المتصرف مالك لما تصرف فيه حكم بمقتضاه.

وإن كان ميراثًا طلب القاضي من ذي اليد تقديم ما يضمن ذكر نصيبه من تركة مورثه -فإن قدمه بحث القاضي في تملك المورث للموضوع المتنازع عليه فإن أعياه الحال- وتمسك ذو اليد الثابتة بثبوته. نظر القاضي في أدلة مدعي الملك، وأدلة مدعي الثبوت، مرجحًا الأقوى على الأضعف بالقرائن، مع مراعاة ما هو منصوص عليه في المادة: (1116).

- الترجيح بين أدلة مدعي الملك وبين الثبوت بالقرائن

عالج القانون المدني اليمني التعارض بين أدلة مدعي الملك وبين أدلة مدعي الثبوت، ونص على الترجيح بينهما عند التعارض، فنصت المادة: (1114) على أنَّه عند التعارض "يتبع ما يلي:

أ-ينظر إلى حالة ثابت اليد، وهل هو يجوز منه الاغتصاب أو من سلفه وقت ادعاء الاغتصاب أم لا؟ فإن وجد كذلك، فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

ب-ينظر إلى مدة ثبوت ذي اليد ومتى بدأت فإن كانت متأخرة عن التأريخ الذي كتب فيه المرقوم، فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

ج–ينظر إلى حال المتمسك بالمرقوم، وهل كان حاضرًا في مكان الشيء المتنازع فيه في مدة ثبوت ذي اليد أم كان غائبًا أو ضعيفًا أو ذا بلاهة؟ كان ذلك مقويًا لحجته على ذي اليد.

د–ينظر إلى حال الجهة التي حصل فيها النزاع، وهل تجري فيها الأحكام الشرعية وينصف المظلوم من الظالم وقت ادعاء الغصب؟ فإن كانت كذلك كان ذلك مقويًا للثبوت".

يتضح من خلال المادتين المذكورتين سلفًا أنَّ القانون المدني اليمني نظم قواعد الترجيح بين المستند الكتابي والحيازة كالآتي:

–الترجيح بحكم الحاكم.

الترجيح بحكم الحاكم أو حجية الحكم القضائي، ويتضح ذلك من خلال النص الآتي:

إذا كان المستند الكتابي صادراً من أحد الحكام المعروفين، وصرح فيه بلفظ يفيد الحكم، فهو حكم يعمل بما جاء فيه وفي هذه الحالة يكون ترجيح المستند الكتابي المقدم من مدعي الملك على قرينة الثبوت.

–ترجيح المستند الكتابي المتضمن ملكية البائع للمبيع، ويتضح ذلك مما جاء في نص المادة المذكورة سلفا والتي ورد فيها، ترجيح المستند الكتابي المتضمن بأن المتصرف تصرف وهو مالك لما تصرف فيه – على قرينة الحيازة.

–الترجيح باشتهار الكاتب بالعدالة.

أشرنا إلى هذا المرجح في المادة السابقة وسنوضحها بالتفصيل فيما يلي:

إذا كان المستند الكتابي صادراً من كاتب معروف الخط، معروفٍ بالعدالة، وكان مشهودًا عليه من عدول، وقرر فيه الكاتب والشهود معرفتهم بأن المتصرف تصرف وهو مالك لما تصرف، عمل القاضي بما جاء فيه، وهذا ترجيح دليل الملكية على قرينة الحيازة وعند التعارض ما بين أدلة الملكية وقرينة الحيازة يرجح دليل الملكية.

–ترجيح مستند ذي اليد على مستند مدعي الملكية إذا تضمن مستند ذي اليد نقلاً.

فإذا لم يصرح الكاتب والشهود في المستند بأن المتصرف مالك لما تصرف فيه، وعليه تعميد مجمل من حاكم كان المستند قرينة ضعيفة تتساوى مع الثبوت، فيلزم الترجيح بينهما بمرجح... ويكون للقاضي أن يسأل ذا اليد الثابتة عن مستند ثبوته، فإن قدمه، وكان شراءً، أو هبةً ونحوهما، مكتوبًا بخط كاتب معروف بالعدالة، مشهودًا عليه من شهود عدول، ومذكورًا فيه أنّ الكاتب والشهود يعرفون أن المتصرف مالك لما تصرف فيه حكم بمقتضاه.

-ترجيح ذي اليد على مستند مدعي الملكية يشترط فيه شروط:

-أن يكون مستند ذي اليد شراءً، أو هبةً، أي ناقل للملكية بأي سبب من أسباب النقل.

-أن يكون مشهودًا عليه من شهود عدول.

-أن يكون مذكورًا في المستند أن الكاتب والشهود يعرفون أن المتصرف مالك لما تصرف فيه، وهنا يكون تعارض ما بين دليلي الملكية كلاهما مستندات في درجة واحدة إلا أن أحد المستندين ترجح بمرجح اليد وهو مستند ذي اليد.

-الترجيح بالقرائن بين مستند مدعي الملكية ومستند ذي اليد المتضمن لذكر نصيبه من تركة موروثه.

-إن كان مستند ذي اليد الثابتة ميراثًا ويتضمن ذكر نصيبه من تركة مورثه فعلى القاضي أن يبحث في تملك المورث للموضوع المتنازع عليه، فإنْ أعياه الحالُ نظر القاضي في أدلة مدعي الملك وأدلة مدعي الثبوت مرجحًا الأقوى على الأضعف بالقرائن من خلال الآتي:

-ترجيح مستند مدعي الملكية على مستند ذي اليد الثابتة إذا كانت يد ذي اليد يجوز منه الاغتصاب أو من سلفه.

وهنا على القاضي أن يتأكد من مدخل ذي اليد فإذا كانت عادية أو يد سلفه فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم.

- الترجيح بالتأريخ.

وذلك إذا كانت مدة ثبوت ذي اليد متأخرة عن التأريخ الذي يكتب فيه المستند فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

- الترجيح بقرينة الجهة التي حصل فيها النزاع.

إذا كانت تجرى الأحكام الشرعية في الجهة التي حصل فيها تنازع ما بين مدعي الملكية وينصف المظلوم من الظالم وقت ادعاء الغصبِ كان ذلك بقرينة تقوي ذي اليد.

-إذا كان العكس كانت قرينة تقوي المستند الكتابي المقدم من مدعي الملك.

ب-قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في العقود:

عالج القانون اليمني أحكام تعارض الأدلة بين العقود، ولم يذكر أحكام التعارض بين جميع العقود وإنما خص بعضها لكثرة النزاعات فيها:

- قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في عقد الإجارة:

يعتبر عقد الإجارة من العقود المسماة ويندرج ضمن عقود المعاوضة

وعقد الإيجار هو: عقد يلزم بمقتضاه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بعين مؤجرة لمدة معينة نظير إيجار معلوم، أو منفعة مشروعة متفق عليها[1].

نصت المادة: (735) من القانون المدني على ما يلي: "إذا تعدد المستأجرون من شخص واحد لعين واحدة، فيقدم الأسبق تأريخًا، فإذا التبس فيقدم من وضع يده أولًا على العين المؤجرة، فإن لم يكن لأحدهم يد قسمت العين بينهم إن أمكن القسمة، وإلا أقرع بينهم القاضي".

ونصت المادة: (13) من قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على ما يلي:

"لا يجوز إبرام أكثر من عقد إيجار واحد لنفس العين لمدة زمنية واحدة، وفي حالة المخالفة يقع باطلاً العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول، وإذا التبس، أو تعذر إثباته تكون الحجية للعقد الموثق، فإذا لم يكن هناك عقود موثقة تعطى الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع

(1) القانون رقم: (22) السنة 2006م، بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المادة: (191).

يده على العين، ولا يعتد بالعقد الذي تم توثيقه بعد وضع اليد"[1]، من خلال هذا النص يتضح أنّ القانون قد أعمل طرقًا للترجيح عند التنازع بين المتعاقدين، وهي كالآتي:

-الترجيح بالتأريخ: فيقدم الأسبق من العقود تأريخًا.

-ترجيح العقد الموثق على العقد غير الموثق فقد نصت المادة سالفة الذكر على أنه "إذا التبس أو تعذر إثبات العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول تكون الحجة للعقد الموثق"، ففي حالة المخالفة يبطل العقد الأخير أو العقود اللاحقة للعقد الأول.

-الترجيح باليد إذا كانت العقود موثقة لعين واحدة تعطى الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده على العين لكن بشرط ألا يكون قد تم توثيقه بعد وضع اليد.

-قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في التنازع على الجدار بين بنائين

نصت المادة: (1171) من القانون المدني على ما يلي: "الجدار بين بنائين لمنَ بيَّن، ثم لمن تُؤيده القرائن المتعارف عليها، ويُقدم اتصال الجدار ببناء أحد الجارين، ثم لذوي الجذوع، ثم لمن ليس إليه توجيه البناء، أو نحو ذلك، وإلا فهو مشترك بينهما".

يتضح من نص هذه المادة أن القانون المدني اعتبر الترجيح بالقرائن عند تنازع المتداعين حول جدار مع تقديم كل منهما بينته والقرائن هي كالآتي:

-يقدم اتصال الجدار ببناء أحد الجارين.

-ثم لذوي الجذوع.

-ثم لمن ليس إليه توجيه البناء.

-أو نحو ذلك من القرائن.

- قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في بينتي الإعسار والإيسار

نصت المادة: (364) من القانون المدني على ما يلي:

(1) المصدر السابق، ص5.

"إذا التبس الأمر بين إيسار الشخص وإعساره تسمع البينة على إيساره أو إعساره، ويرجح الحاكم، وتقدم البينة المثبتة على النافية"[1].

يتضح من خلال هذه المادة أنّها نصَّت صراحةً على ترجيح الحاكم لأي البينتين، وتقدم البينة المثبتة على النافية.

-قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في عقد الشفعة

نصت المادة (1312) من القانون المدني على ما يلي:

"إذا ادعى اثنان الشفعة بأن ادّعى أحدهما أنَّ شراءه متقدمٌ للمتأخر ليشفع المتأخرُ حكم للمبين منهما، فإن بينا معاً وأضافت البينة إلى وقتين مختلفين كانت الشفعة للأسبق وقتًا منهما، فإن أرخت إحدى البينتين وأطلقت الأخرى فالشفعة للمؤرخة، وإن أضافت البينتان لوقتٍ واحدٍ أو أطلقتا دون تأريخ تهاترتا، ويحكم لمن حلف ونكل صاحبه، فإن حلفا معًا، أو نكلا معًا، بطلت الشفعة في حقهما" [2].

يتضح من خلال هذا النص: أنّ طرق الترجيح التي يعول عليها القاضي عند التداعي حول الشفعة هي كالآتي:

-ترجيح البينة المؤرخة سابقًا على البينة المؤرخة لاحقًا.

-ترجيح البينة المؤرخة على البينة المطلقة.

-عند اتحاد التأريخ أو الإطلاق يكون التهاتر.

- الترجيح باللغة الرسمية للدولة في العقود المكتوبة

إذا تم تحرير عقد التأمين باللغة العربية، ولغة أجنبية، وحصل خلاف بين اللغتين في مضمون العقد فإن العقد المحرر باللغة العربية يُرَجَح، وقد نص القانون المدني في المادة: (1095) على ما يلي: "يكون عقد التأمين مكتوبًا باللغة العربية، ويجوز أن يكون مكتوبًا باللغة

(1) القانون المدني اليمني، المادة: (364).

(2) المصدر السابق نفسه، المادة: (1312).

العربية ولغة أجنبية، وعند الاختلاف يرجح النص العربي". ويتضح من خلال ما سبق أن قواعد الترجيح بين الأدلة في القانون اليمني هي:

-ترجيح بينة الخارج على بينة الداخل.

-الترجيح بالتحقيق والنقل بين الخارجين.

-ترجيح التحقيق على النقل.

-ترجيح ضمان الشراء ونحوه على ضمان الإبقاء.

-الترجيح بحكم الحاكم على قرينة الحيازة.

-ترجيح مستند الملكية على قرينة الحيازة.

-الترجيح باليد عند تساوي مستند الملكية ومستند ذي اليد.

-الترجيح بالقرائن بين مدعي الملكية وذي اليد عند معارضة مستند ذي اليد مستند مدعي الملكية

-الترجيح بالتأريخ.

-تقديم البينة المثبتة على النافية.

-ترجيح العقد المحرر باللغة العربية على العقد المحرر باللغة الأجنبيةوهو في ذلك كله لم يخرج عن دائرة الفقه الزيدي[1]، مع تضمين بعض الأقوال للأمام الشوكاني كما سيتم بيانه في موضعه.

الفقرة الثانية: قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في القانون المغربي

نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون الجديد رقم: (08- 39) المتعلق بمدونة الحقوق العينية على ما يلي[2]:

(1) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2113، 2114، 2045، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص21، 22، 23، 93، 94، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص280، 281، 443، 444، 446.

[2] القانون رقم:(08-39) المتعلق بمدونة الحقوق العينية، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط- المملكة المغربية، 2021م-2022م، المادة:(3).

"إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار، أو حق عيني، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها:

-ذكر سبب الملك فيقدم على عدم بيانه.

-تقديم بينة الملك على بينة الحوز.

-زيادة العدالة والعبرة ليس بالعدد.

-تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب.

-تقديم بينة الإثبات على بينة النفي.

-تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها.

-تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد.

-تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة.

-تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تأريخًا.

-تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال".

ومصدر مدونة الحقوق في المادة سالفة الذكر هو الفقه المالكي على ما سنبينه لاحقًا، وأن هذه المرجحات بين الأدلة ليست على سبيل الحصر؛ لأنَّه ورد في المادة لفظة منها، وهي تدل على التبعيض لا الحصر، وأن المرجحات شملت الملكية والحقوق العينية الواردة عليها.

وتبين من خلال عرض قواعد الترجيح عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفي القانونين اليمني والمغربي أمران:

الأمر الأول: أنّ قواعد الترجيح التي تناولها الفقهاء بالتقعيد والتأصيل لم يرد فيها نصوص شرعية تدل عليها، وإنَّما هي أمور اجتهادية، تناولها الفقهاء بناء على تحديد مَن المدعي، ومن المدعى عليه؟ وأنَّ البينات شرعت لخلاف الظاهر، وأعملوا أصول شرعية لتقريب هذه القواعد.

الأمر الثاني: أنّ قواعد الترجيح في القانونين محل الدراسة لم تخرج عما تناوله فقهاء الشريعة الإسلامية، وأن عند ورود واقعة معروضة أمام القضاء لا يمكن معالجتها على ضوء القواعد المذكورة يتحتم على القاضي الرجوع الى مرجع القانونين اللذين تم الأخذ منهما، مع أنّ القانونين عالجا الترجيح بين الأدلة في الملكية خصوصًا القانون المغربي.

الفرع الثاني: المختص وظيفيًا بالترجيح

إعمالُ قواعد الرجيح وتطبيقُها على الوقائع والنوازل منوطٌ بالاختصاص الوظيفي، فللمحكمة المعروضة عليها الدعوى سلطة في ترجيح الحجج والبينات المعروضة أمامها، وقاضي الموضوع حرٌ في تقدير الدليل المقدم له، وله السلطة التقديرية في وزن الأدلة، وتقديرها وترجيح بعضها على بعض، وفقًا لقواعد وضوابط، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أولا: مدى سلطة القاضي المختص بالترجيح

إنَّ قاضي الموضوع له سلطة في الترجيح بين الأدلة المعروضة أمامه، وهذه السلطة تسمى السلطة التقديرية، ولكن السلطة التقديرية ليست تحكمية من أي قواعد أو ضوابط، بل لا بد من الالتزام بقواعد تكون أقرب إلى السلامة في الترجيح بين الأدلة القضائية، ولبيان ذلك سوف يكون الحديث عن السلطة فيما يلي:

الفقرة الأولى: ماهية السلطة التقديرية للقاضي

القاضي في ممارسته لسلطته في الترجيح يكون بناءً على سلطة تقديرية، محكومة بضوابط، يتم توضيحها في أسباب وحيثيات الحكم، وهذا ما سيكون الحديث عنه.

أ- السلطة التقديرية

السلطة التقديرية هي: مقايسة القاضي، ونظره، بلوغًا إلى قطع الأمر -إنشاءً أو تقريرًا- فيما يكون محلًا لإرادته الملتزمة بهدي ضوابط العدل التي تنأى به عن التحكمية[1]، فالسلطة التقديرية تدل على القوة، والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه

(1) سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، عبد الرحمن محمد عبدالرحمن شرفي، أطروحة دكتوراه، نوقشت بجامعة الخرطوم، السودان، 2008م، ص9.

وتهيئته والتدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى[1]، وهي في حق القاضي تعطيه الصلاحية تتضمن جوانب متعددة، ومجالات مختلفة، فقد تكون السلطة التقديرية في تقدير العقوبات، وقد تكون في إعطاء حجة ثبوتية معينة لبعض الأدلة، وقد تكون في الموازنة بين الأدلة القضائية والمفاضلة بينها، والترجيح عند تعذر المواءمة، وهي تعني صلاحية القاضي بتقدير قوة الدليل القضائي المقدّم في النزاع المعروض عليه، وترجيحه على غيره.

ب- ضوابط السلطة القديرية للقاضي

السلطة التقديرية للقاضي لم تكن مطلقةً بدون قيود، أو ضوابط، بل يتعين على القاضي مراعاة هذه الضوابط أثناء سير الخصومة إلى حين صدور الحكم القضائي، سواءٌ في تقدير الدليل ومدى حجيته، أمْ في الترجيح بين الأدلة، والذي يهمنا هو استعمال السلطة التقديرية في مجال طرق الإثبات والترجيح بها عند تعارض طرق الإثبات، يحكم القاضي في ذلك ضابطين:

الضابط الأول: أن تكون السلطة التقديرية في المسائل الاجتهادية

عند استعمال القاضي لسلطته التقديرية؛ لا بدّ أن يكون في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد، فلا اجتهاد في موارد النصوص، ولا في المقدرات الشرعية، فلا يجوز للقاضي استعمال سلطته التقديرية في الترجيح بين أيمان المتلاعنين ويرجح يمين على أخرى، فأيمان الزوج مثبتة، وأيمان الزوجة دافعة، ولا مجال لإعمال السلطة التقديرية في الترجيح بين الأدلة التي تثبت الحدود؛ لأنّ نطاق الإثبات فيها مضيقٌ، ويكون مجال السلطة التقديرية في مدى توافر شروط الدليل، وتحقق الشبهة الدارئة للحد.

الضابط الثاني: أن تكون السلطة التقديرية بين الأدلة القضائية الظنية

للقاضي أن يستعمل سلطته التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية عندما تكون ظنية، فلا مجال للترجيح بالسلطة التقديرية بين القطعي من طرق الإثبات والظني، فيرجح الدليل

(1) السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود محمد ناصر بركات، دار النفائس، ط1، عمان، 1427هـ - 2007م، ص80.

الظني على القطعي؛ لأنّ درجات القوة غير متقاربة بل بينهما بون شاسع في الثبوت والدلالة، فيكون الترجيح بين طرق الإثبات المتفاوتة في درجات الظنون، المختلفة قوةً وضعفًا، المتباينة جنسًا ونوعًا، المتعارضة تقديمًا وتأخيرًا، فيرجح القاضي بين الإقرار والشهادة، وإن كان الأصل أنّ الإقرار أقوى من الشهادة، لكن قد يظهر من القرائن ما يستدعي استعمال السلطة التقديرية وخصوصًا في القضاء الجنائي، ويرجح بسلطته التقديرية بين القرائن المتفاوتة في الدرجة والقوة، وهكذا.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية في القانونين اليمني والمغربي

للقاضي سلطة تقديرية في القانونين اليمني والمغربي محكومة بضوابط قانونية وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أ- سلطة القاضي التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية في القانون اليمني

استقر القضاءُ في اليمن على جعل وزن الأدلة من سلطات قاضي الموضوع دون تعقيب عليه في ذلك من المحكمة العليا، وقد تردد مبدأ الترجيح بين الأدلة بناءً على السلطة التقديرية للقاضي في أحكامٍ كثيرةٍ، من ذلك ما ورد في حيثيات بعض أحكام المحكمة العليا، والتي نصت فيها على ما يلي:

لمحكمة الموضوع سلطةٌ تقديريةٌ تامةٌ في بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها تقديمًا صحيحًا، وفي موازنة بعضها الآخر، وترجيح ما تطمئن إليه منها، وفي استخلاص ما يراه متفقًا مع واقع الدعوى دون رقابة لمحكمة النقض عليها، متى أقامت قضاءها على أسباب تكفى لحمله، وتسوغ النتيجة التي انتهت إليها[1]، وهذا الاطمئنان لا بد من بيان مسوغاته وأن إعمال دليل وترك دليل بناءً على الاطمئنان المجرد يُعد عيبًا يعرض الحكم القضائي للإبطال، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في الحكم القضائي رقم: (59103) بجلسة 1438/1/1هـ

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، إعداد المكتب الفني، المطبعة القضائية، ط1، صنعاء، ج19، ص103.

الموافق: 8/23/ 2017م فقد ورد في حيثيات الحكم المذكور ردا على ما قالته- محكمة الاستئناف- "أنَّه لم تطمئنّ النفسُ الى ما أبرزه الطرفان من مستنداتٍ دون تفصيلٍ وتوضيحٍ لأسباب عدم اطمئنانها بصورة مقنعة وشافية لأي مطلع، قولٌ فيه تعميمٌ وإجمالٌ وخلط بين الصحيح والسقيم"[1]. وبيان أسباب الاطمئنان هو بيان لتقدير الأدلة وبيان لأسباب الترجيح.

ومنها ما قررته المحكمة العليا من أن الترجيح بين الأدلة وتقديرها من مسؤولية القاضي[2]، ولكن هذه السلطة ليست تحكيمية فالمرجع التفسيري والتأريخي للقانون اليمني هو الفقه الإسلامي، وقد نصت المادة: (18) من القانون المدني: "أن المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة"[3].

ونصت المادة: (564) من قانون الإجراءات الجزائية... يرجع في كل مالم يرد فيه نص في هذا القانون إلى أحكام قانون المرافعات، وقانون الإثبات الشرعي، والقواعد العامة الشرعية[4]، ويتأسس تقدير قاضي الموضوع على بيان الثقة التي اكتسبها هذا الدليل ويقدر توفر هذه الثقة السالمة من الاختراق، أو الشك، أو التزوير[5]، وبهذا يتضح أنّ القانون اليمني جعل السلطة التقديرية سببًا للترجيح بين الأدلة، مع إلزامية بيان سبب الترجيح.

ب- سلطة القاضي التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية في القانون المغربي

القانون المغربي أعطى قاضي الموضوع سلطة تقديرية في الترجيح بين الحجج والأدلة المعروضة عليه من ذلك ما نصت المادة: (286) من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي

(1) غير منشور.

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية التجارية، إعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، ط2، صنعاء، العدد: (6) ص34، 35.

(3) القانون المدني، المادة: (18).

(4) القرار الجمهوري بالقانون رقم: (13) لسنة 1994م بشأن الإجراءات الجزائية، وزارة الشؤون القانونية بدون ط، المادة: (564).

(5) الوجيز في شرح قانون الإثبات اليمني، محمد بن حسين الشامي، الجيل الجديد، ط1، صنعاء، 2011م، ص225.

"يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي فيها القانون بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم، ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر اقتناع القاضي"[1].

وتطبيقًا لذلك فقد قرر المجلس الأعلى المغربي مبدأ السلطة التقديرية فقد ورد في جلسة19 يناير 2005م في حيثيات حكم صادر من الغرفة الجزائية ما يلي: "قد كرس في الميدان الجنائي حرية القاضي في تكوين قناعته عندما نص في المادة: (286) من قانون المسطرة الجنائية، على أنه يحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم، ومن ثم فإن للمحكمة سلطة تقدير الشهادة، ومدى دلالتها على الحقيقة، باعتبارها من جملة الأدلة المعروضة عليه"[2]، وهذا يدل على أن المجلس الأعلى قد أرسى قاعدة سلطة القاضي في تقدير الأدلة بناء على اقتناعه الذي استمده من أوراق القضية، وأنّ من ضمن سلطة تقدير الأدلة الموازنة والترجيح سواء بين أدلة النفي والإثبات، أم بين قرينة البراءة وأدلة الإدانة. وبهذا يتضح أن القانونين محل المقارنة قد أعطيا للقاضي السلطة التقديرية عند مناقشته للأدلة والحجج في أمرين:

أحدهما: في تقدير قيمة الدليل، ومدى حجيته في الإثبات.

ثانيهما: في الموازنة والمفاضلة بين الأدلة، ومن ثم الترجيح بينها على قواعد مسطورة في كلا القانونين، وهما في كلا الأمرين لا يخرجان عما قرره الفقهاء.

ثانيا: المحكمة المختصة بالترجيح والأثر المترتب على عدم إعمال قواعد الترجيح

تعدد درجات التقاضي لم يكن معهودًا في السابق وقت التأصيل الفقهي، وإنما تم استحداثه من بعد ذلك، وبغض النظر عن الحكم الشرعي عن مدى جواز تعدد درجات التقاضي من عدمه، فمن هي المحكمة المختصة بالترجيح بين الأدلة القضائية عند التعارض؟

---

(1) قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم:(255-02-1) صادر بتاريخ 25/ رجب/1423، الموافق 3/ أكتوبر/ 2002م بتنفيذ القانون رقم:(01-22) المتعلق بالمسطرة الجنائية، تقديم، عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط- المملكة المغربية، 2021-2022م، المادة: (286).

(2) القرار عدد: (80)، 2، في الملف الجنحي، 23797/ 2005م، المجلس الأعلى جلسة 19 يناير 2005م مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد: (67)، ص366.

الفقرة الأولى: المحكمة المختصة بالترجيح بين الأدلة القضائية.

المحكمة المختصة بالترجيح بين الأدلة القضائية عند تعارضها في ضوء القوانين النافذة في البلدين –الجمهورية اليمنية والمملكة المغربية–هي محكمة الموضوع، وتشمل ذلك المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية، أي محكمة أول درجة وثاني درجة، وأن محكمة النقض ليست لها علاقة في الترجيح، وإنما هي محكمة قانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا اليمنية في قرارتها، فقد نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (18) طعن رقم: (44165) لسنة1434هـ جزائي، –زجري– على ما يلي: "الموازنة بين الأدلة، والأخذ بدليل دون آخر، هو حق من حقوق محكمة الموضوع، ما دامت قد أقامت حكمها على أسباب واضحة ومقبولة، ولا يعتبر ذلك فسادًا في الاستدلال، وأيُّ طعن على حكم قضى بذلك مصيره الرفض والتقرير بمصادرة الكفالة"[1]، إلا أن محكمة الموضوع –ابتدائي، واستئنافي– وهي تباشر سلطتها في الترجيح بين الحجج يجب عليها أن تلتزم بالشروط المفروضة عليها حتى لا تكون سلطتها تحكمية بدون ضوابط أو قيود.

أ– الشروط الواجبة على محكمة الموضوع مراعاتها عند ترجيح الحجج المعروضة عليها

محاكم الموضوع وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية في ترجيح الحجج المعروضة عليها فإنها هذه السلطة إنما تكون بناء ضوابط يستوجب عليها مراعاتها وهي كما يلي:

الضابط الأول: محكمة الموضوع ملزمة بتعليل سلطتها.

فمحكمة الموضوع وهي تمارس عملية الاستنباط والترجيح بين الحجج المدلي بها، تخضع لقيد هامٍ مفاده أنَّ كل ترجيح لوثيقة أو حجة على أخرى يجب أن يعلل تعليلًا كافيًا وإلاّ اعتبر الحكم فاقدًا لأساسه القانوني، وهذا التعليل هو تعليل لسلطتها التقديرية التي تتمتع بها وهي بصدد إعمال قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة، ويترتب على عدم تعليل الحكم أو فساد

(1) القواعد القانونية والقضائية الصادرة من المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، ط1، صنعاء، الجمهورية اليمنية، ج14، 58.

تعليله نقضهن وذلك استناداً إلى البند الخامس من الفصل: (359) من مدونة الحقوق العينية[1]، ويؤكد هذا المعنى ما تم ذكره سلفا من عدم الاكتفاء بعدم الاطمئنان عند ذكر حيثيات الحكم، وإنما لا بد من تعليل الترجيح.

الضابط الثاني: أن يكون التعليل وفقًا لنصوص شرعية ومعايير قانونية.

تلتزم المحكمة العليا في تعليلها للأحكام أن يكون هذا التعليل وفق ضوابط شرعية، ومعايير قانونية منصوص عليها بناء على مقتضيات قانونية، فلا ترجح بناء على قواعد غير معمول بها.

ب- الأثر الناقل للاستئناف في الترجيح بين الأدلة القضائية

إنَّ سلطة المحكمة في ترجيح أقوال شهود على آخرين أو غيرها من الأدلة يجب ألّا تكون سلطة تحكمية، في ترجيح أقوال شهود على آخرين إلا إذا وجدت أساسًا سليمًا في أوراق الدعوى وطرقها يسمح بهذا الترجيح، ولما كانت محكمة الاستئناف محكمة موضوع فإنَّ لها أن تراقب تقدير الدليل إذا شابه خطأ أو عيب، إعمالاً بالأثر الناقل للاستئناف في نقل موضوع النزاع إليها، وعليه لا لوم على محكمة الاستئناف إذا ذهبت في تقدير أقوال الشهود مذهبًا يخالف ما ذهبت إليه محكمة الموضوع ذات الدرجة الأولى، ولها أن تستخلص ما تطمئن إليه بالرغم من وصفه مخالفًا لما توصلت إليه محكمة الدرجة الأولى[2]، وهذا ما أكدته المحكمة العليا اليمنية في القاعدة رقم: (67) طعن رقم: (131089) لسنة 1428هـ والتي نصت على ما يلي: "كون محكمة الاستئناف محكمة موضوع لها حق ترجيح الدليل وإعماله دون معقب عليها من المحكمة العليا"[3]، فقررت المحكمة العليا أنّ من صلاحيات محكمة الاستئناف ترجيح الدليل عند التعارض، سواء كانت المحكمة الابتدائية قد ناقشت التعارض ورجحت، أم

(1) قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، دربوش، ص219

(2) شرح أحكام قانون البينات الجديد دراسة مقارنة، عباس العمودي، دار الثقافة، ط1، عمان، 2004م، ص177.

(3) القواعد القانونية والقضائية الصادرة من المحكمة العليا اليمنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، صنعاء، العدد، العدد:(13)، ص170.

أهملت هذا الجانب، وسواء تعارض الأدلة قد عرض على المحكمة الابتدائية، أم طرح أمامها لأول مرة.

ج- رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في الترجيح بين الأدلة القضائية

إنَّ القضايا التي يتم فيها الترجيح استنادًا إلى سلطة القاضي التقديرية، يستلزم فيها أن تكون لمحكمة التمييز رقابة على الأسباب التي دفعت قاضي الموضوع لترجيح البينات بعد أن تبين من وجود ضوابط دقيقة وقواعد قانونية لعملية الترجيح، فإذا خالف القاضي تلك الأسس أو القواعد فيكون الأمر خاضعًا للرقابة، وسبب ذلك أن منح القانون لقاضي الموضوع سلطة ترجيح مع عدم وجود أسس وضوابط لهذا الترجيح أو السلطة قد يتركه في حالة تردد وشك عند ترجيح بينة على أخرى، لأنَّ مجرد الاطمئنان بالبينة لا يكون دليلاً للترجيح، كما أن الاطمئنان لفظ عام يتطلب تحديد الأسباب والضوابط التي أدت بقاضي الموضوع لذلك الاطمئنان وإلا لما أطمأن القاضي.

وهل الاطمئنان حدس؟ وإذا أصبح الأمر حدسًا فإن الحكم يكون من غير دليل؛ لأن قانون الإثبات لم ينص على الحدس من بين أدلة الإثبات فقد يحتمل الصدق والكذب[1].

وقد بينت المحكمة العليا اليمنية مدى رقابتها على أحكام المحاكم فنصت على ما يلي:

"القاعدة: أن قاضي الموضوع حرٌ في تقدير الدليل المقدم له بأخذه إذا اقتنع به، وبتركه إذا تطرق إليه شك في صحته دون رقابة من المحكمة العليا ما دام أن ما توصل إليه في تقديره للأمور والوقائع كان مقبولاً عقلاً وشرعًا وقانونًا حتى ولو كان يحتمل رأيًا آخر مادام أنَّ ما توصل إليه سائغًا ومقبولاً، على أنه إذا كان قاضي الدعوى وقاضي محكمة الموضوع له السلطة المطلقة دون رقيب في تحصيل فهم الواقع من الأدلة المطروحة عليه ووزن هذه الأدلة وتقديرها وترجيح بعضها على بعض وكل هذا من إطلاقات قاضي الموضوع إلا أنه عندما

(1) قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية دراسة ومقارنة، حسين رجب محمد الزيدي، مكتبة السنهوري، ط1، بغداد، 2011م، ص252.

يبدأ يكيف هذه الوقائع ويعطي لها بعض الوصف الشرعي والقانوني فهو خاضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة شرع أو قانون فقط.

وجاء في حيثيات القاعدة، أنه بادئ ذي بدء لابد لنا من إلقاء الضوء السريع على وظيفة المحكمة العليا، ومدى سلطتها في الرقابة، فمن المعروف أن الطعن أمام المحكمة العليا ليس طعنًا عاديًا كالاستئناف، ولا تعتبر المحكمة العليا درجة من درجات التقاضي تنتقل إليها القضية كما تنتقل إلى محكمة ثاني درجة من أول درجة، فلا يحق للمحكمة العليا أن تستأنف النظر في الأدلة والحجج، وتجري موازنة، أو ترجيح، أو تعديل، لما قدمه الخصوم لقاضي محكمة الموضوع، وأصل ذلك أنَّ قاضي محكمة الموضوع حرٌ في تقدير الدليل المقدم له يأخذ به إذا اقتنع به ويتركه إذا تطرق إليه شك في صحته، دون رقابة من المحكمة العليا مادام أن ما توصل إليه في تقديره للأمور والوقائع كان مقبولاً عقلاً وشرعاً وقانوناً حتى لو كان يحتمل رأياً أخر مادام أن ما توصل إليه سائغاً ومقبولاً.

على أنه إذا كان قاضي محكمة الموضوع حراً في تقدير الأدلة والحجج وتحصيل فهم الواقع في الدعوى، فإنه ليس حرًا في عدم الالتزام بالشرع والقانون بمعناه العام، فهو ملزم به، وينبغي على قاضي محكمة الموضوع أن يتقيد بالشرع والقانون ويأخذه أخذًا صحيحًا على الوقائع، وإن خالف، أو أخطأ في تطبيقه، أو تأويله فسد رأيه، أو ما توصل إليه في فهم الواقع في الدعوى المنظورة أمامه، ويكون في هذه الحالة عرضة للطعن أمام محكمة النقض.

وقاضي محكمة الموضوع غير مقيد ولا ملزم بتكييف الخصوم في الدعوى للوقائع، فيكييف قاضي الموضوع لحادث، أو أمر، أو تصرف، أو إعطائه الوصف الشرعي أو القانوني الذي يقتنع به هو شخصيًا طبقًا لما قدم له من دلائل وأدلة وحجج، فينتج عن هذا التكيف، أو هذا الوصف الشرعي القانوني، أو للآخر الآثار والأحكام القانونية.

وأخيراً وليس بآخر، على أنّه إذا كان قاضي الدعوى، أو قاضي محكمة الموضوع، له السلطة المطلقة دون رقيب في تحصيل فهم الواقع من الأدلة المطروحة عليه ووزن هذه الأدلة

وتقديرها وترجيح بعضها على بعض وكل هذا من إطلاقات قاضي الموضوع إلا أنه عندما يبدأ تكييف هذه الوقائع ويعطى لها الوصف الشرعي أو القانوني فهو خاضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة شرع أو قانون فقط[1].

وبهذا يتضح أنّ دور المحكمة العليا دور رقابي على تطبيق القانون، وإنّ سلطة الترجيح بين الحجج والأدلة والمستندات والقرائن هي من سلطة قاضي الموضوع، ودور المحكمة العليا مراقبة قاضي الموضوع عن مدى تطبيقه لقواعد الترجيح.

الفقرة الثانية: الأثر المترتب على عدم إعمال قواعد الترجيح

أ – مخالفة للنصوص القانونية واجبة التطبيق

استبعاد قواعد الترجيح يعد خرقًا للقانون[2]؛ وذلك لأنَّ قواعد الترجيح هي، عبارة عن قواعد شرعية تم صياغتها في القانونين–اليمني والمغربي– في قوالب نصوص قانونية فدور المحكمة العليا عند استبعاد هذه القواعد أن تقوم بنقض الحكم القضائي، باعتبارها محكمة قانون مهمتها الإشراف على تطبيق القانون.

ولما كان القانون المطبق على العقار غير المحفظ –في المملكة المغربية– هو الفقه الإسلامي والمالكي على وجه الخصوص فإنَّ قواعد هذا الأخير تندرج ضمن مفهوم القانون الخاضع لرقابة المجلس الأعلى ولا تقتصر رقابة المجلس الأعلى على ذلك فقط بل تمتد حتى إلى القواعد الفقهية المرتبطة بهذا الفقه باعتبارها قواعد يتعين على محاكم الموضوع تطبيقها تطبيقاً سليماً كلما تطلبت ظروف النازلة ذلك[3].

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الصادرة من المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، صنعاء، جلسة يوم 10/شعبان 1420هـ، الموفق: 1999/11/18م رقم: (4) طعن رقم: (913) لسنة 1422هـ (إداري) 1420هـ، العدد: (9)، ص82–85.

(2) قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، دربوش، 219.

(3) المرجع السابق نفسه.

ب- نقض الحكم القضائي

تعد قواعد الترجيح من بين القواعد الفقهية التي يترتب على خرقها خرق القانون، والذي يعد سببًا من أسباب النقض في القانون المغربي[1].

وكذا في القضاء اليمني، فإن مخالفة قواعد الترجيح الواردة في القانون يعتبر خرقًا للقانون ومخالفتها أو تجاهلها تؤدي إلى إبطال الحكم القضائي، وهذا ما قررته المحكمة العليا في القاعدة رقم: (6) طعن رقم: (30645) ك/1428هـ والتي نصت على ما يلي: "المحكمة العليا تتولى مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون ولا تمتد مراقبتها إلى حقيقة الوقائع ولا على قيمة الأدلة التي عولت عليها في إثبات تلك الوقائع"[2]، ويتضح بهذا أنّ دور محكمة النقض، إلغاء الحكم الصادر من محكمة الموضوع إذا خالفت قواعد الترجيح المنصوص عليها.

وبهذا المبحث التمهيدي تبين ماهية قواعد الترجيح، وأنواعها عند الفقهاء، والمختص وظيفيًا في الترجيح، وموقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين الأدلة القضائية، ومدى سلطة القاضي التقديرية في الترجيح، وأنّ الترجيح بين الأدلة القضائية منها ما يتعلق بمزيةٍ في الدليل القضائي من زيادة منعىً دلالي، أو وصفٍ، أو قوة علمٍ أو زيادته، وهناك نوعٌ آخر وهو قرائن أحاطت بأحدِ الدليلين أكسبته قوة وهو، ما يسمى "بالقرائن" ونشرع الآن في ذكر قواعد الترجيح.

(1) المرجع السابق، 220.

(2) القواعد القانونية والقضائية الصادرة من المحكمة العليا، اعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، ط1، صنعاء، اليمن، العدد: (12)، ص22.

الباب الأول:

الترجيح بالمَزِيَّةِ بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

توطئة

لمَّا كان القاضي أسير الحجج والبينات في نظره لما تعرض عليه من قضايا بأنواعها المختلفة، وكانت هذه الحجج والبينات تعترضها شوائب تقلّلُ من حجيتها في الإثبات بل قد تؤدي إلى إهدارها، وكان من ضمن ما يعترض الأدلة القضائية تعارضها مع أدلة أخرى قد تكون مثيلها من نفس النوع كأصل مع أصل، أو ظاهر مع ظاهر، أو علم يقيني مع علم ظني، أو إقرار مع إقرار أو شهادة مع شهادة، أو يمين مع يمين، أو تقرير خبير مع تقرير خبير، أو تعارض القرائن فيما بينها أو مع أدلة أخرى، أو تعارض الأدلة القضائية من حيث دلالات ألفاظها ما بين مفصل ومجمل، أو مقيد ومطلق، كان القاضي بحاجة الى الترجيح بين هذه الادلة وفق قواعد وضوابط ومعايير، وهذا الضوابط مختلفة في نوعها فهي أنواع متعددة فقد يكون المرجح مزية في ذات الدليل، إمَّا وصفًا أظهر فضل الدليل، أو إضافة في الدليل زادت علمًا فيه وقوت من حجته، والمزية في الدليل يدور عليها أغلب مسائل الترجيح لذا فإن الحديث في هذا الباب عن الترجيح بين الأدلة من حيث المزية التي اشتمل عليها الدليل، وتفصيل ذلك في فصلين على النحو الآتي:

الفصل الأول:

قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والترجيح بالعلم اليقيني وزيادة وصف في الدليل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

توطئة

اللحن في الحجج القضائية، والالتواء في إيضاح معاني الأدلة يعد من أكثر الطرق مجالاً وأوسعها استعمالاً، وصاحب الحق يضيع حقه إذا لم يستطع دحض مزاعم دليل خصمه بما يورده عليه من شوائب تقلل من حجيتها، وفي هذا كله فإن القاضي معني بتقدير الأدلة ووزنها معتمدًا في ذلك على الأصول العامة في التقاضي من مرجحات ابتدائية، أو دلالية، أو يقوي أحد الدليلين بظاهرٍ أو أصل، أو زيادة وصفٍ تدل على موثوقية في الدليل، وتولد اطمئناناً لدى القاضي في صحة الدليل وكفايته لإثبات الحق، وترجيحه على غيره، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

المبحث الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والعلم اليقيني والوصف والتأريخ في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي توطئة

العلم الذي يفيده الدليل أنواعه متعددة، فقد يكون علماً يقينياً، وقد يكون علمًا ظنيًا، وتفاوت العلم المكتسب من الدليل القضائي يُعدُّ مزية في الدليل، فالأصل في الأدلة القضائية أن تكون يقينية سواءً بناءً على علم القاضي، أو التواتر، أو المعاينة، ولكن قد يتعذر العلم اليقيني وهنا يكون العمل بالدليل الظني، وعند التعارض ما بين العلم اليقيني والعلم الظني، فإن العلم اليقيني يرجح لمطابقته لحقيقة الواقع، والمنازعات القضائية قد تخلو من العلم اليقيني أو الظني، وتظل مستندة إلى أصلٍ أو ظاهرٍ، فهنا على القاضي إعمال الأصل والظاهر في الترجيح، وقد يكون أحد الدليلين مستندًا إلى ظاهرٍ، أو أصلٍ وهذا يتطلب من القاضي الترجيح بينهما، إلا أن دلالات ألفاظ الأدلة القضائية قد يكون لها دور في الترجيح بين الأدلة عند تعارضها، ولا تقل أهمية الأوصاف التي تصاحب الدليل، والتي تعد من جنس الدليل من زيادة عدالة أو أكثرية أو كثرة استعمال الحق العيني، إلا أن رغم هذه الميزات في الترجيح فإن تاريخ الدليل القضائي يحسم به النزاع بين الأدلة المتعارضة ويعد مرجحًا عند الاختلاف وهو ما سنوضحه فيما يلي:

المطلب الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والعلم اليقيني في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

يعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث المعنى الدلالي للفظ، وقوة دلالة لفظ الدليل وصراحته من المرجحات التي يتعين إعمالها عند خلو الأدلة القضائية من مرجحات أقوى منها، وأن هذه المرجحات تتعاضد مع مرجح الأصل والظاهر، واللذاين يعدان أصل من الأصول القضائية للترجيح عند خلو دعوى المتداعيين عن الدليل، أو عند تعارض الأدلة القضائية، لأن الأدلة القضائية عند تعارضها قد يرجح أحدهما على الأصل لاعتماده على أصل أو استناده إلى ظاهر يعتضد به، وقد تدور الواقعة القضائية بين أصلين، أو ظاهرين، أو أصل وظاهر وهنا يكون دور لترجيح أحدهما على الآخر، وهذا بخصوص الترجيح من

حيث الأصل، أما من حيث الترجيح من حيث العلم اليقيني، فإن الدليل الذي يعتمد عليه القاضي في حكمه تتفاوت درجاته في القوة والضعف، فأعلى درجات الدليل ما أفاد العلم اليقيني للقاضي، فعند تعارض العلم اليقيني مع العلم الظني فإن العلم اليقيني يكون ذا دلالة أقوى من حيث العلم الذي أفاد القاضي، ويكون له قوة في الترجيح وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

الفرع الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

غاية الترجيح بين الأدلة القضائية إظهار زيادة لأحد الدليلين المتماثلين في القوة، ويصار إليه إذا وجد القاضي تعارضاً بين دليلين في المفهوم الذي قد يستبقي من كل واحد منهما على حدة مما يفرض عليه أن يرجح أحداهما على الآخر، ويبين سبب أخذ أحدهم وترك الباقي، أو يوضح حدود أخذه بكل منهما ولكن في أحد معانيه فقط[1].

فما كل لفظ في البينات إلا له معنى، وهو دليل إثبات لصاحبه، أو ضده، وقراءته إنما هي على تلك المباحث التي تزين بها علم أصول الفقه –علم مباحث لألفاظ– وترصعت القلادة فيه، وإعمال الكلام أولى من إهماله، وتحديد القصد من اللفظ غاية البينات كلها كانت شهادات، أو حججًا كتابية، أو وقائع مادية، أو يمينًا يحلف عليها الخصم على التحديد وحتى القرائن في تسميتها وطرق الاهتداء بها وذلك؛ لأنَّ تحرير المقاصد دائمًا على تحرير الألفاظ، ومدى دلالتها[2].

فمن قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات ما يتعلق بالألفاظ من الناحية الدلالية لمدلولات الدليل القولي من إقرار، أو شهادة، أو غيرهما، وفي المقابل قد يتمسك كل من المتداعيين بأصل يَعْضِدُ به دليله، أو ظاهر يقوي به برهانه، ويكون لذلك أثر في الترجيح، وزيادة معنىً للدليل، ولأهمية ذلك سنوضح ذلك في الآتي:

---

(1) ضوابط السلفة التقديرية للقاضي في الدعاوي الاسرية، التازي، ص177.

(2) الترجيح بين البينات دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، بلعكيد، ص210.

أولا: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من الناحية الدلالية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي.

عند تقديم الحجج والمستندات لدى القاضي قد تتعارض دلالة ألفاظ أدلة الإثبات ووسائل إثبات الحقوق، فهنا يلجأ القاضي إلى الترجيح بين هذه الألفاظ بناءً على العرف الساري بين المتداعيين لتحديد المراد، وبيان المقصود، أو بقوة في الدلالة، لزيادتها وضوحًا في المعنى وغير ذلك وهو ما سنبينه في الآتي:

الفقرة الأولى: الترجيح بالعرف

يعد العرف من المرجحات في مسائل متعددة، منها دلالة الأدلة، وبيان المراد منها، وتفسير ألفاظها، وغير ذلك، وعلى القاضي حينئذٍ أن يراعي العرف الساري بين المتداعيين، أو الأدلة المعروضة عليه، وذلك لما للعرف من تفصيل المجمل، وتفسير المبهم، وتوضيح مشكل دلالات الدليل، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ- ترجيح العرف قي الإقرار على المدلولات اللفظية.

الإقرارات الصادرة من المدعى عليه: يجب حملها على الأعراف الغالبة، لأنها المقصودة للمقر في محاوراته كلها، والخروج عن ذلك نادر، والنادر لا يجوز الحمل عليه ولا الحكم به، لأنه خلاف ما هو الظاهر المتبادر، وإذا عرفت هذا نظرت في عرف المقر، وأهل محله، إن كان لهم عرف في هذه الألفاظ؛ كان العمل على ذلك سواء، سواء كان ذلك ما هو عرف لهم موافقاً لما ذكره الفقهاء، أو مخالفًا له، فإن لم يكن في ذلك عرف، أو كان العرف مختلفا، أو غالبا وجب الرجوع إلى عرف الشرع إن وجد، فإن لم يوجد كان العمل على ما تقتضيه لغة العرب إن كان المقر عربياً، وإن كان غير عربي كان العمل على ما تقتضيه لغته[1].

فالعرف في مسائل صيغ الإقرار المشتبهة مقدم على المدلولات اللفظية، والحقائق اللغوية، وعلى قواعد الوصل والفصل، والعود والانقطاع، والاستدلال والبناء، التي هي من مباحث علوم النحو والبلاغة، وذلك لعدم انضباط أغلب الناس على قواعد هذه العلوم، بخلاف ما كان عليه

(1) السيل الجرار، الشوكاني، ص776، بتصرف.

الأسلاف من القدماء، حيث كانوا يؤاخذون بمدلولات ألفاظ اللغة العربية الفصحى وفق القواعد المرعية، فالعمل هنا إذن يكون بما يتبادر إلى الذهن وفقًا لما تعارف عليه الناس، والتبادر أمارة الحقيقة العرفيَّة، والحقيقة العرفيَّة مقدمة على الحقيقة اللغوية، حتى لقد قالوا إن الإقرار جار على العرف لا على دقائق العربية[1]، وليس ما تقدم خاص بالإقرار بل يشمل الشهادة، والأدلة الكتابية، واستجواب المتداعيين أو الشهود، وما يصاحب ذلك من اشتباهٍ في الدليل، كل ذلك يكون للعرف دورٌ في الترجيح.

ب- ترجيح العرف عند تعارض الأدلة الكتابية

قد يتعارض الدليل الكتابي فيما يتضمنه من ألفاظ، وما يشتمل عليه من شروط، وهنا يرجح الشرط الذي يعضده العرف، من ذلك إذا تعارض الإعطاء والحرمان في الوقف ولا مرجح بينهما؛ يقدم الإعطاء[2]. فالعرف هنا يفسر التعارض؛ لأن عرف الواقفين جرى على أن المقصود من الوقف هو الإعطاء لا الحرمان.

وإذا تعارض شرطان من شروط الواقف يعمل بالمتأخر؛ لأن الشرط الأخير مفسر لقصد الواقف، فيعد ناسخًا لحكم الشرط الأول[3]، وهذا التفسير منشأه العرف، وهو نوعٌ من الترجيح.

ومن قبيل ذلك: ما لو وجد في وثيقة أن رجلا وقف على فلان وعلى بني بنيه. واشتبه: هل المراد ببني بنيه، جَمعُ ابن، أو بني بنته، واحدة البنات، فقيل: يكون بينهما لتساويهما واعتبره من قبيل تعارض البينات الذي لا مرجح له، وهناك قول آخر: أنَّه يرجح بنو البنين؛ لأنَّ العادة أنَّ الإنسان إذا وقف على بِنْتيه لا يخص منهما الذكور، بل يعمُّ أولادهما بخلاف الوقف على ولد الذكور فإنه يخص ذكورهم كثيرًا كآبائهم[4].

---

(1) حجيَّة الإقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، مجيد حميد السماكية، أصل الكتاب رسالة ماجستير نوقشت بجامعة بغداد، 1390هـ- 1970م، ص 64.

(2) ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، علي حيدر أفندي، ترجمة، أكرم عبد الجبار ومحمد أحمد العمر، تحقيق، أبو يوسف الطيلوش، المكتبة المكية، ط1، مكة، 1421هـ، ص24.

(3) المصدر السابق، ص23.

(4) الإنصاف، المرداوي، ج7، ص53.

فللعرف دور في تحديد معاني ألفاظ الأدلة القضائية وبيان مدلولاتها، والألفاظ تختلف باختلاف البلدان، ويتغاير مدلولها، مما يتغيَّر معه الحكم الشرعي برمته الصادر من القاضي في الواقعة المعروضة أمامه، وخصوصًا في باب الطلاق، والأيمان، والإقرارات، والوقف، والوصايا، والهبة، وغيرها، فالعرف الجاري بين الناس في موضع التداعي يبين اللفظ المجمل الواقع في وثيقة، أو لفظ أحد المتداعيين، ويخصص العام، ويفسر المبهم، ويشهد لمدعيه عند النزاع، ويقيد المطلق[1]، فعلى القاضي مراعاة ذلك عند تساوي مدلولات الأدلة، وتقابل معانيها.

الفقرة الثانية: الترجيح بقوة الدلالة

للدلالة اللفظية دور مهم في الترجيح بين الأدلة القضائية عند حصول لبس، أو غموض، أو إجمال، أو إبهام بين الأدلة، فعلى القاضي إعمال الدلالة، فالألفاظ إنما تحمل على مدلولاتها حال التلفظ بها، والأذهان إنما يتبادر إليها من الألفاظ حملُها على مدلولها حال التلفظ بها[2].

أ- ترجيح الأقوى دلالة من الأدلة القضائية

عند تعارض الأدلة القضائية القولية سواء من فصيل واحد، أو فصيلين، فيقدم النص على الظاهر، والمنطوق على المفهوم، والظاهر على دلالة السياق والحال، ولذلك كان من المقرر أنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح مالم يعارض ذلك بشيء من القرائن القوية، فيعمل بما يقتضيه الحال فعلى سبيل المثال تقدم القرائن إذا قويت على الإقرار ولو كان صريحا. ويحمل العام على الخاص والمطلق على المقيد مراعيا في ذلك جميع الوجوه المعتبرة في قوة الوضوح.

وأنه عند تعارض مقتضيات الألفاظ يحمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز، والعموم دون الخصوص، والإفراد دون الاشتراك، والاستقلال دون الإضمار، وعلى الاطلاق دون التقيد

(1) فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، محمد بن أحمد ميارة الفاسي (المتوفى: 1070هـ)، تحقيق، رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، ط1، الدار البيضاء، المغرب، 1429هـ- 2008م، ص459.

(2) الفتاوى الفقهية الكبرى أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي (المتوفى: 974هـ)، جمعه تلميذه عبد القادر الفاكهي، المكتبة الإسلامية، بدون ط، ودون ت، ج3، ص112.

وعلى التأصيل دون الزيادة، وعلى الترتيب دون التقديم والتأخير، وعلى التأسيس دون التأكيد، وعلى الشرع دون العقل، وعلى العرف دون اللغوي، إلا ليدل على خلاف ذلك[1].

وعند تعارض مدلولات الأدلة القضائية فعلى القاضي الترجيح بينها وفقا للقواعد التالية:

ب – ترجيح الدليل الناطق على الدليل الصامت.

تتنوع الأدلة القضائية المقدمة من المتخاصمين وتتضارب من حيث مدلولاتها وتنقسم في ذلك إلى قسمين: أدلة قضائية ناطقة، وأدلة قضائية صامتة، وقد تجتمع هذه الأدلة في قضية واحدة وتكون الأدلة الصامتة معززة للأدلة الناطقة ولكن ما الحكم عند تعارض هذين النوعين من الأدلة؟

– الدليل الناطق هو الذي يدل بذاته على الحق المتنازع عليه دلالة واضحة

فالدليل الناطق ما دليل على حقيقة الحال بمنطوقه الصريح الذي لا يحتمل أوجه متعددة، ويمكن تفسير ألفاظه وتقليب وجهات النظر فيه، وذلك كالإقرار والشهادة والأدلة الكتابية.

– الدليل الصامت: ما يدل بدلالة الحال على الحق المتنازع فيه، أو نسبة الفعل المحظور إلى أحد فاعليه.

فالأثار المادية الموجودة بمحل الواقعة الإجرامية، من بقع دموية، وظروف طلقات نارية فارغة، ومقاذيف، وأدوات الفعل المحظور المتصل بالواقعة، وغيرها من الآثار المادية المتعلقة بالفعل الإجرامي، فهذه أدلة صامته تدل على وقوع الفعل الإجرامي بدلالة الحال.

فإذا تبين لخبير الأسلحة النارية بعد إجراء الفحوصات المجهرية على القذيفة النارية والظروف المتساقطة الموجودة بمسرح الجريمة أنها خارجةٌ من سلاح المتهم فإنَّ ذلك يعدُّ قرينة قوية على ارتكاب الجريمة[2]، وهذه أدلة صامته على ارتكاب المتهم للواقعة الإجرامية تنسب

(1) الذخيرة، أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق، محمد حجي، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994م، ج1، ص76.

(2) القضاء بالقرائن المعاصرة، عبدالله سليمان العجلان، أطروحة دكتوراة نوقشت بجامعة محمد بن سعود الإسلامية، ط1، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، ج2، ص568.

الفعل إليه وتدينه، فإذا أثبت المتهم أنه لم يقم بمباشرة الفعل المنسوب إليه، وإنما تم أخذ السلاح منه عنوة أثناء الواقعة وأحضر بذلك أدلة ناطقة من إقرار الفاعل الحقيقي، أو شهود الواقعة فهنا يرجح الدليل الناطق على الدليل الصامت؛ لقوة دلالة الدليل الناطق على الدليل الصامت، ومثل ذلك تصرف الشخص في العقار تصرف الملّاك يعتبر دليلا صامتًا فإذا أثبت المدعي دعواه بأدلة ناطقة من إقرار، أو شهود فإنها تترجح على الدليل الصامت، فالقول أبلغ من الفعل في الدلالة.

ج- ترجيح التصريح في الدليل القضائي على الدلالة.

عند تعارض الدلالة والتصريح فيقدم التصريح، ومما تعارض فيه الدلالة والتصريح:

لو وهب شيئا لآخر وقبضه الموهوب له في مجلس العقد كان قبضاً صحيحاً، وإن لم يأذن له الواهب بالقبض، لأنّ إيجاب الواهب إذنٌ بالقبض دلالة في الاختيار الذي أخذ به القانون اليمني: لا تتم الهبة إلا بقبول الموهوب له أو نائبه، ويقوم القبض مقام القبول[1]، أما لو نهاه الواهب عن القبض فلا يصح قبضه؛ لأنَّه لا عبرة للدلالة الناشئة عن الإيجاب في مقابل التصريح، ومن ثم لا يجوز القبض بعد النهي لا في المجلس ولا بعده، لصحة الرجوع عن الهبة قبل القبض.

فلو تداعيا عينًا شراءً من واحدٍ ولم يؤرخا، أو أرخا تأريخًا واحدًا، فتترجح بينة ذي اليد؛ لأنَّ وجود العين في اليد دليل على شرائه، أما لو كان الآخر أسبق تأريخًا فتترجح بينته، لأنَّ أسبقية تأريخ بينته تثبت له الملك صراحة في زمن لا يزاحمه الآخر فيه، ولا عبرة في الدلالة في مقابلة التصريح، غير أنه بعد العمل بالدلالة فلا عبرة بالتصريح، فلو سمع أن فضوليًّا باع ماله فطلب الثمن كان هذا الطلب إجازة للبيع دلالة. فإذا رد بعد ذلك بيع الفضولي صراحة

(1) قانون الأحوال الشخصية اليمني، وزارة الشئون القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، بدون ط، اليمن، 2009م، المادة: (171).

فلا يصح رده، ومثل ذلك طلب تقسيط الدين بعد الإنكار، وما أشببه من صدور الإقرار بعد الثبوت[1].

فهنا تعارضت الدلالة والتصريح من خلال ألفاظ المتعاقدين وعلى القاضي أن يرجح بين الدلالتين، فأحيانًا يرجح الدلالة على التصريح، ومرةً أخرى يرجح التصريح على الدلالة حسب ما يقتضيه الحال، إلا أنَّ الأصل ترجيح التصريح على الدلالة، ومما يأخذ حكم الصريح التعارض بين اللفظ والمعنى، فقد يتعارض اللفظ مع المعنى وذلك في الألفاظ الصادرة من المكلف، ومن قبيل ذلك ما أورده الغزالي، فيما، "إذا قال لعبده إن قُتِلْتُ فأنتَ حرٌ، فأقام العبد بينة أنه قُتِل، وأقام الوارث بينة أنه مات حَتْف أنفه، ففي إحدى البينتين زيادة من اللفظ، وفي الثانية زيادة من طريق المعنى، إذ كل مقتول ميت، وليس كل ميت مقتول، ففيه قولان، أحدهما تعارضت البينتان فتساقطتا، والعبد للوارث، والقول الثاني بينة القتل أولى؛ لأنها أفادت زيادة العلم"[2]، فهنا حصل التعارض بين اللفظ والمعنى، وعند حصول التعارض، فعلى القاضي إعمال النظر في ذلك، فأيهما تضمن زيادة في العلم، وقوة في المعنى رجحه على غيره.

د- الترجيح بالإعمال أولى من الإهمال

فإذا استوى الإعمال والإهمال في الألفاظ الصادرة من المتداعيين، أو البينات فإعمالها أولى من إهمالها، ويدخل في باب الإعمال أنه إذا حصل التعارض أمام القاضي بين اللفظ والمعنى فأيهما يرجح؟ نص على ذلك الفقهاء في فروع متعددة، تحت قاعدة: هل العبرة بألفاظ العقود أو معانيها[3]؟

(1) مهارات القضائيين حلقات النقاش الرأسية في أصل البراءة وأدلة الإدانة، محمد حسين الشامي، الجيل الجديد ناشرون، بدون ط، صنعاء، 1435هـ- 2014م، ص35.

(2) الوسيط في المذهب، الغزالي، ج7، ص447، وروضة الحكام، الروياني، ص372، وينظر مهارات القضائيين، الشامي، ص35.

(3) الأشباه والنظائر، عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411هـ- 1991م، ج1، ص171.

ونقل ابن السبكي عن والده في باب الوصية ما نصه: هذه القاعدة حيث يكون تردد اللفظ على السواء، ولا يكون على السواء، ولكنه راجع إلى موضوع اللفظ مع احتمال قريب، أما إذا لم يكن اللفظ إلَّا موضوعًا واحدًا واحتمالًا لا يحتمله إلا بتكلف فالمصير إليه بعيد، والوقوف عند موضوع اللفظ واجب، فإذا تعذر إعمال لفظ دار الأمر فيه بين طرحه وإلغائه، وبين حمله على معنى صحيح، أن حمله على الصحيح أولى[1]، وعلى القاضي إعمال معاني العقود ومقاصدها على ألفاظها ومبانيها، وذلك عند التنازع حول مقصود العقد، أو تفسير أحد بنوده، أو توضيح شروطه خصوصًا في عقود الشركات، والمضاربة، والقراض، والمغارسة، والجعالة، والمسابقة، وعقود التأمين، وغير ذلك من العقود المتضمنة لفظًا ومقْصِدًا، وإعمال مقصد العقد دون لفظه نوعٌ من الترجيح.

هـ- ترجيح الدليل المُفَصّل على المُجْمَل

يعد ترجيح الدليل المفصل على المجمل من المرجحات التي تفرد بها فقهاء المالكية نصًا، وإن كان فقهاء المذاهب الأخرى يأخذون به إلا أنهم لم ينصوا عليه صراحة، ولم يفردوا الحديث عنه استقلالًا.

قال القرافي: وقال ابن أبي زيد في النوادر: ترجيح البينة المفصلة على المجملة، والنظر في التفصيل، والإجمال مقدم على النظر في الأعدلية، فإن استووا في التفصيل والإجمال نظر في الاعدلية[2]، وذكر المقري في القاعدة: (1157) مدارك الترجيح، وذكر منها: التفصيل على الإجمال[3].

فعند انعقاد الخصومة القضائية بين المتنازعين، قد يلجأ كل منهما إلى أدلة تؤيد دعواه، فإذا حصل إجمال في أدلة أحدهما، غموض، أو خفاء، أو اشتباه، أو إشكال، وكان في أدلة

(1) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص171.

(2) الفروق، القرافي، ج4، ص1194.

(3) قواعد الفقه، محمد أحمد المقري (المتوفى: 759هـ)، تحقيق، محمد الدردابي، دار الأمان، دون ط، الرباط، 2012م، ص519.

الآخر تفصيلٌ، من تقيدٍ لمطلق دليل الآخر، أو تخصيصٍ لعمومه، أو تفسيرٍ لمجمله، أو توضيحٍ لمتشابهه، فيتعين إعمال الدليل المشتمل على التفصيل في الشهادة أو غيرها، والمراد بكون الشهادة مجملة: هو في نفسها أو مستندها فتكون المفسرة ضدها[1].

فإذا شهدت بينة بالقتل ولم تتعرض لكونه عمدًا، أو خطأً، وشهدت أخرى أنه كان عمدًا أو خطأ فيجمع بينهما، بأن القتل كان على الوجه الذي بينته البينة الثانية، فالشهادة لا تقبل فيها مجملة، ولا تقبل إلاّ مفسرة، فإذا شهدت بينة بواحدة من تلك المسائل وأجملت، وشهدت الأخرى بها وفسرت عمل على المفسر[2]، ورجحت البينة المفصلة على المجملة[3]، فاللفظان المختلفان في الإجمال والتفصيل بمنزلة العقدين المختلفين[4].

فعلى القاضي تنقية الأدلة القضائية من الاحتمالات التي تعرض لها، والشكوك التي تتسلق عليها، وعليه أن يستفسر المقر في إقراره، كما يستفسر الشاهد في شهادته، فإن ذكر سببًا صحيحًا حكم به، وإلّا فلا، ولو أقر المتهم بالسرقة ثبت المال ولا تقطع يده حتى يُفصِلها، كما أنّه يستفسر الشاهد عما شهد به كما يستفسر المقرَّ عما أقر به، إذ ليس بينهما كبير فارق يعتمد على مثله؛ ولأن استفساره أقرب إلى فصل الحكومات، وإن لم يفسر الشاهد ألزمنا المشهود عليه بتفسير ما أجمله الشاهد، كما يلزم المقر بتفسير ما أجمله بإقراره[5]، "ومن شهد بإجمال سأله –القاضي– عن تفسيره، ومن شهد له بإطلاق سأله عن تقيده[6].

---

(1) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، الحسن بن رحال المعداني (المتوفي: 1114هـ)، تحقيق، محمد بن سليمان المنيعي، مكتبة الرشد، ط1، الرياض، 1421هـ– 2000م، ص329.

(2) فتح العليم الخلاق، ميارة الفاسي ص310.

(3) الطريقة المرضية، جعيط، ص26، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الحميضي، ص628.

(4) الإشراف على غوامض الحكومات، أبو سعد محمد بن أحمد الهروي (المتوفى: 518)، تحقيق، أحمد صالح صواب الرفاعي، الجامعة الإسلامية، ط1، المدينة المنورة–المملة العربية السعودية، 1431هـ–2010م، ص582.

(5) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص8.

(6) مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام (المتوفى: 917)، محمد بن عبد الله المكناسي، تحقيق، نعيم عبد العزيز الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، ط1، دبي– الإمارات، 1423هـ– 2002م، ج1، ص159.

فإذا تعارضت الإقرارات من مدعٍ عليه، أو مدعىً عليهم، أو الشهادات من شهود مختلفين، أو تقارير الخبراء، أو الأدلة الكتابية، أو القرائن، فإنّ العامّ منها يحمل على الخاص، والمطلق يحمل على المقيد، والمجمل يحمل على المبين، وهكذا ما لم يوجد مانع يمنع من ذلك من قرينة سياق، أو دلالة حال، أو قرائن أخرى، احتفت بالدليل القضائي المطروح على بساط البحث والمناقشة وذلك بعد أن يبذل القاضي قصارى جهده في فهم الدليل المقدم أمامه بعد موازنة عميقة، وفحص دقيق.

فقد يكون الإجمال في الدليل الكتابي والتفصيل في الدليل القولي- شهادة شهود- وهكذا ولا يتأتى ذلك إلا بمباشرة القاضي لإجراءات الأدلة القضائية. وهو في ذلك كله عليه أنْ يُميز بين الأمور التي تشتبه عليه من ألفاظ المتعاقدين خصوصًا في الوثائق القديمة، من عموم وتخصيص في الهبات والوصايا، فالتخصيص يجري مجرى الاستثناء، فلو قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت لي؛ قُبِل، وكان كما قال، لأنَّهم يقولون جاءني في القوم وما جاءني زيدٌ[1]، وعلى القاضي أن يميز ما بين الإقرار والاستفهام عند استجواب المتداعيين، أو استفصال المقرين، فلو قال شخص لامرأة: ألم أتزوجك أمس، أو قال: أليس قد تزوجتك أمس، فقالت: بلى، ثم جحد الرجل، لم يكن ذلك إقراراً، بل استفهام[2]، ويكثر الاشتباه في مدلولات ألفاظ الأدلة في تحرير الوثائق، فعدم مراعاة الكاتب لمحترزات الألفاظ تجعل الوثيقة تحمل أوجه متعددة، واللفظ يحمل في طياته معانٍ مختلفةٍ، فيطول أمد النزاع على الحق أثناء التقاضي، لعدم وجود مرجح من خارج الدليل، أو وجهًا يرجح الاحتمالات الناشئة من الدليل الكتابي.

وفي العمل القضائي فإن ترجيح المفصل على المجمل، إنما هو ترجيح على أحكام الإثبات، فإن الشهادة، أو الكتابة التي تفصل أولى من التي تجمل[3].

(1) روضة الحكام، الروياني، ص183.

(2) المصدر السابق، ص188.

(3) أحكام المجلس الاستئناف الشرعي الأعلى وقرارات محكمة النقض في قواعد الترجيح بين البينات، عبد الرحمن بلعكيد، مطبعة النجاح، ط1، الدار البيضاء- المملكة المغربية، 1441هـ، ص125.

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالدلالة

لم يخرج القانونان اليمني والمغربي عن المعهودات اللغوية والفقهية في مسألة الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الدلالة، وبيان ذلك فيما يلي:

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بالدلالة

أعمل القانون اليمني مسألة الترجيح بين اللغة العربية وبين غيرها من اللغات، وذلك إذا اشترط القانون كتابة بعض العقود وكان النص يجيز كتابتها بأكثر من لغة، فإنّه عند التعارض يبن هذه العقود فإنه يرجح العقد المصاغ باللغة العربية، فقد نص القانون المدني في المادة: (1095) على ما يلي: "يكون عقد التأمين مكتوبًا باللغة العربية، ويجوز أن يكون مكتوبًا باللغة العربية ولغة أجنبية، وعند الاختلاف يرجح النص العربي"، وبهذا يتضح أن القانون اليمني جاء صريحًا بالترجيح باللغة العربية كونها اللغة الرسمية للدولة في التخاطب، ويتضح هنا أنّ الترجيح لأحد العقدين لاشتماله على الصياغة العربية لوضوح دلالتها.

ومن ذلك مدلولات الالفاظ فقد نص القانون المدني في المادة: (6) على ما يلي: "الأمور بمقاصدها، والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[1]، فهنا أعمل القانون القاعدة الفقهية: العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ويوضح ذلك ما نصت عليه المادة: (8) من ذات القانون: يجب إعمال الكلام في مقاصده[2].

وفي المادة: (212) نصت على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة والثقة بين المتعاقدين إذا كان في العقد إجمال" فالنص القانوني صريح في تفسير الإجمال في العقود، أنه يتم التنفيذ بناء على مبدأ الثقة، وهو نوع من الترجيح، ونص في المادة: (213) "إذا حصل شك في عبارات العقد يفسر الشك لمصلحة المدين"

(1) القانون المدني اليمني، المادة: (6).

(2) المصدر السابق نفسه، المادة: (8).

فالتفسير عند الشك نوع من الترجيح، ونص في المادة: (678) على ما يلي: "يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرًا محددًا"[1].

فالإعمال نوع من الترجيح، والاعمال أولى من الإهمال، والتفسير نوع من الترجيح؛ لأنَّ المفسر يقدم على المجمل، تطبيقا للقاعد الفقهية: التفصيل يقدم على الإجمال.

ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بالدلالة

القانون المغربي فصل الترجيح بالدلالة أكثر من القانون اليمني وبيان ذلك فيما يلي:

- تقديم بينة التفصيل على الإجمال

نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون الجديد رقم: (80- 39) المتعلق بمدونة الحقوق العينية على ما يلي: إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقارٍ أو حقٍ عيني، وكان الجمع بينهما غير ممكن فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال[2].

فذهب بصريح العبارة إلى ما ذهب إليه فقهاء المالكية من ترجيح التفصيل على الإجمال في جميع الأدلة المعمول بها، فبيان سبب الملك تفصيلٌ، وتقييد المطلق، وتخصيص العام، وتفسير المجمل، وتوضيح المشكل كل ذلك نوعٌ من التفصيل.

وتطبيقًا لذلك فقد قررت محكمة النقض: ترجيح البينة المفصلة على المجملة[3].

يتضح من القرار القضائي: أنَّ القضاء قد أعمل القاعدة الترجيحية من حيث التفصيل والإجمال، وأنَّ ذلك لا يخص البينات بمعناها الضيق وهي الشهادة، وإنَّما تعم جميع الأدلة القضائية.

---

(1) المصدر السابق نفسه المواد: (212، 213، 678).

(2) مدونة الحقوق العينية المغربية، المادة: (3).

(3) القرار عدد: 224، المؤرخ في: 2005/04/20، ملف شرعي عدد: 2004/1/2/167م، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، عمر أزوكار، منشورات دار القضاء، ط1، المملكة المغربية، 1435هـ- 2014م، ص243.

- ترجيح الصريح على الدلالة

فقد نص ظهير الالتزامات والعقود في الفصل: (464) على ما يلي: "بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطي لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد، وإذا تعذر التوفيق بين هذه البنود لزم الأخذ بآخر رتبة في كتابة العقد"[1].

يتضح من هذا النص: أن على القاضي أن يقوم بتأويل بنود العقد عندما يثور نزاع فيه، وعند التعذر يلجأ إلى الترجيح بأخذ ما تأخر رتبة في العقد، وفي الفصل: (465) نص على ما يلي: "إذا أمكن حمل عبارة بند على معنيين كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده من كل أثر"[2]. ففي هذا النص إعمال لما تم تقريره في قاعدة: "إعمال الكلام أولى من إهماله"، وهذا نوع من الترجيح بين دلالات الألفاظ.

ونص في الفصل: (466) على ما يلي: "يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص، وإذا كان للفظ معنى اصطلاحي، افترض أنه المستعمل فيه"[3].

فهذ النص يؤكد استعمال الحقيقة في مدلولات الألفاظ بناء على العرف الجاري في محل إبرام العقد، وتطبيقًا لذلك قرر القضاء المغربي تقديم القصد على مقتضى اللفظ عند التعارض[4].

ولذا يجب على القاضي مراعاة مدلولات الألفاظ الواردة في الأدلة المعروضة عليه، سواء كانت أدلة صامته، أو ناطقة مراعيًا في ذلك كله ما تم توضيحه من معايير للترجيح.

---

(1) قانون الالتزامات والعقود، المادة: (464).

(2) المصدر السابق، المادة: (465).

(3) المصدر السابق نفسه، المادة: (466).

(4) الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي في المادة العقارية، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، ط1، المملكة المغربية، 2006م، ج3، ص14.

ثانيا: قواعد الترجيح الابتدائية

قواعد الترجيح الابتدائية هي الكفيلة بفض النزاع بين المتنازعين عند خلو دعوييهما عن الأدلة وتمسك كل منهما بمحل الدعوى، وطلب الحكم لصالحه فهنا يلجأ القاضي لأعمال القواعد الترجيح الابتدائية.

المرجحات الابتدائية هي: التي يترجح بها زعم أحد المتداعيين على الآخر، وهي الظاهر الضعيف بنوعيه؛ من أصل، أو دلالة حال[1]، فلأصل والظاهر له أثره الكبير في ترجيح الدعاوى وفض النزاعات، وقد أطال الفقهاء الحديث عنهما سواء في مجال التفريع والتصوير عليهما أو في مجال التطبيق والتنزيل لهما هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى قد يتعارض الأصل والظاهر مثل تعارض أدلة الإثبات فهنا يترجح على القاضي الترجيح بينهما. ولأهمية ذلك في الممارسات العملية على النوازل القضائية فإن القانونين _اليمني والمغربي_ قد أعملا هذه القواعد، وألزمت القاضي بمراعاتها عند الفصل بين الخصوم حتى يتسنى له حسم النزاع وسوف يكون الحديث عن ذلك في الآتي:

الفقرة الأولى: الترجيح بالأصل

قد يتعارض الأصل مع أصل، وقد يتعارض الأصل مع الظاهر خصوصًا إذا كان الأصل من الأدلة القضائية الأخرى لذا قال القرافي: يَقَعُ التَّعَارُضُ فِي الشَّرْعِ بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ وَالْبَيِّنَتَيْنِ وَالْأَصْلَيْنِ وَالظَّاهِرَيْنِ وَالْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ وَيَخْتَلِفُ الْعُلَمَاءُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ[2]، فجمع الإمام القرافي أوجه التعارض الحاصل في الشرع.

أ- ماهية الأصل

القاعدة: الترجيح بالأصل المستصحب إلى أن يتبين خلافه.

ستكون دراسة الأصل حول هذه القاعدة وما يتعلق بها من قواعد أخرى متفرعة عنها، أو تطبيقات متعلقة بها.

---

(1) المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقاء، مطابع ألف باء، بدون ط، دمشق، عام1967 م، ج2، ص1064.

(2) الذخيرة، القرافي، ج1، ص157.

- تعريف الأصل

لغة: الأصل يأتي بمعنى: أَسَاسُ الشَّيْءِ[1].

فالمراد بالأصل هو: القاعدة المستمرة أو الاستصحاب[2]، أو الأمر السابق الذي ينبني على غيره.

فالاستصحاب يعتبر من المرجحات، والترجيح به يكون عند الاشتباه، وانعدام الدليل[3]، فعند اشتباه الأدلة القضائية وتعارض مدلولاتها فإن القاضي يلجأ إلى لإعماله على محل النزاع.

فلا تنشغل الذمم إلا بدليل، والدعوى بدون دليل هي والعدم سواء، فالمتهم برئ حتى تثبت إدانته بناء على أدلة صريحة صحية صدر بناء على ضوئها حكم قضائي، والمدين ذمته غير مشغولة إلا بدليل، وعند انعدام الدليل يظل المدعى عليه متمسكًا بحكم الأصل والاستصحاب، والتمسك بالأصل حجة للدفع فلا يطالب المدعى عليه بالدليل إلا إذا استند المدعي إلى دليل فهنا على المدعى عليه بأن يدفع الدليل بدليل آخر ويُسْتَلزم لذلك شروط.

- شروط العمل بالأصل:

هناك شروط لإعمال الأصل يجب على القاضي مراعاتها وهي كما يلي[4]:

الشرط الأول: ألَّا يعارض الأصلَ نصٌ شرعيٌّ يقتضي خلاف ما يقتضيه الأصل.

الشرط الثاني: ألَّا يعارض الأصلَ أصلٌ آخر أرجح منه.

الشرط الثالث: ألا يعارض الأصلَ ظاهرٌ أرجح منه.

فإذا عارض الأصلَ نص شرعي فإن النص الشرعي يقدم، وإذا عارض الأصل أصل آخر أرجح منه فإنه يقدم الأصل الراجح، وكذا إذا عارض الأصل ظاهر أرجح منه فإن الظاهر يقدم، فعلى القاضي مراعاة هذه الشروط عند إعمال الأصل.

---

(1) معجم مقايس اللغة، الرازي، ج1، ص109.

(2) المنثور في القواعد، محمد بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، تحقيق، تيسير فائق، وأحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط1، الكويت، بدون ت، ج1، ص311.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج4، ص302.

(4) الأصل والظاهر في القواعد الفقهيَّة، الرشيد، ص: 198.

ب- تعارض الأصل والظاهر والترجيح بينهما

قد يتعارض الأصل مع الظاهر في نزاع معروض أمام القاضي، وهذا التعارض يكثر في مسائل الأسرة وما يتعلق بها من الأحكام والقضايا خصوصًا في باب النفقات، وانتهاء العدة، وهذا التعارض يستدعي الترجيح.

- ترجيح الأصل على الظاهر

إذا تعارض الأصل والظاهر في القضيَّة المنظورة أمام القاضي فإنَّه يرجح الأصل على الظاهر، وذلك إذا عارض الأصل مجرد احتمال، وسبب الاحتمال فيه ضعيف[1]، فيرجح الأصل حتى يدل دليل منفصل على خلافه[2].

فإذا نازعت الزوجة زوجها في النفقة أثناء مكوثها في منزل والديها بسبب غير النشوز، وادعت عدم النفقة، وادعى الزوج الإنفاق، فالأصل أنَّ مكوث الزوجة في منزل غير الزوجية عدم نفقة زوجها، والظاهر أنَّ الزوج ينفق عليها، فيرجح الأصل الذي هو عدم الإنفاق على الظاهر الضعيف وهو إنفاق الزوج.

فإذا تعارضت الإقرارات في القبض وعدمه، فإنه يكون الترجيح بالرجوع إلى الأصل كإن ادعى على رجل ألفًا من ثمن مبيع، فقال: قد أقبضتك الألف، وأقام البينة على إقراره بالقبض يوم كذا، فأقام المدعي بينة على إقرار المشتري بعد بينته بأنه ما أقبضه الثمن، سُمِعَتْ، وألزم المشتري الثمن؛ لأنّه وإن قامت البينة على إقرار البائع بالقبض فقد قامت أيضًا على أن صاحبه كذَّبه فيبطل حكم الإقرار وبقي الثمن على المشتري[3].

ففي هذه الحالة تعارض الإقرار بالقبض وعدمه ومحل النزاع في هذه الصورة هو الإقرار، والبينة شهادة على الإقرار فرجع المتعاقدان إلى الأصل وهو لزوم الثمن على المشتري وبقاؤه في ذمته.

---

(1) الفوائد الجنيَّة حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، محمد ياسين الفاداني (المتوفي: 1410هـ)، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، لبنان، 1411هـ- 1991م، ص225.

(2) شرح المنهج المنتخب، ابن منجور، ج2، ص552.

(3) روضة الطالبين، النووي، ج4، ص366.

وإذا ادعى اثنان كل منهما ملك دار بكمالها وهي في يد ثالث يدعي ملكها، وأقام كل واحد من المتداعيين بينته بذلك، تعارضت البينتان وتساقطتا، وبقيت في يد الثالث استصحاب لليد[1]، لعدم وجود مرجح لدعوى أحد المتداعيين فيبقى الحال كما هو، وهذا نوع من الترجيح وهو بقاء الحال على ما هو عليه، أو ما يسمى بقاعدة استصحاب الحال[2]، ويظهر إعمال الأصل في الموازنة بين قرينة براءة المتهم وأدلة الإدانة، فقرينة البراءة أصلٌ وأدلة الإدانة ظاهرٌ، والشك في أدلة الإدانة يرجح قرينة البراءة.

وإذا اختلف في قيمة المتلف حيث تجب قيمته على متلفه، كالمستعير والمستام، والغاصب والمودع المعتدي، فالقول قول الغارم؛ لأنّ الأصل براءة ذمته مما زاد، فيستصحب ذلك الأصل إلى أن يثبت خلافه، بطريق شرعي يترجح عليه، ومن خالف في بعض المسائل فليس ذلك اتصالاً لإعمال الأصل بل معارضة أصل آخر راجح عليه، أو معارضة ظاهر ترجح[3].

فتبين من ذلك أن الأصل يتم إعماله إما كمرجح بين الأدلة القضائية، أو يتم الترجيح به بين دعاوى المتداعيين.

- أشهر قواعد الأصول:

هناك قواعد اشتهرت في إعمال الأصل، تعين القاضي على إعمال الأصل عند نظره للواقعة المعروضة عليه وهي كالتالي[4]:

---

(1) المجموع المذهب، العلائي، ج1، ص76.

(2) قواعد الفقه، المقري، ص519.

(3) المجموع المذهب، العلائي، ج1، ص67.

(4) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ج1، ص50، 57، والأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411هـ- 1990م، ج1، ص53، 61، وشرح المنهج المنتخب، ابن منجور، ج1، ص553- 566، وشرح القواعد الفقهيَّة، أحمد الزرقا، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1403هـ- 1983م، ص69، وما بعدها، والقواعد الكليَّة والضوابط الفقهيَّة في الشريعة الإسلامية، محمد أحمد شبير، دار الفرقان، ط1، عمان، الأردن، 1420هـ -2000م ص1010، وما بعدها، والقواعد الفقهيَّة، عبد العزيز مخمد عزام، دار الحديث، بدون ط، القاهرة، 1426هـ -2005م، ص145.

الأصل براءة الذمة، الأصل في الأمور العارضة العدم، الأصل عدم الفعل، الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، الأصل في الأعيان الطهارة، الأصل في المنافع الحل، الأصل في اللحوم التحريم، الأصل في النكاح التحريم، الأصل في العقود اللزوم، الأصل أنه يعتبر في الدعوى مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر، الأصل أن القول قول الأمين مع اليمين من غير بينة.

ومن أهم الأصول الاحتياط والأخذ به أصل في الشرع[1].

فعلى القاضي أن يستهدي بهذه الأصول في قضائه، فعند تردد الواقعة بين الأصل والاحتمال فعلى القاضي إعمال الأصل؛ لأنَّه المطلوب منه شرعًا الاحتياط، خصوصًا في أمور خطيرة كالعقوبات، وانتزاع اليد من حائز طالت حيازته، فهذه أمور تحتاج إلى دليل كامل يعارض الأصل كالبينة، فالبينة أقوى من استصحاب الحال[2].

ج- التطبيقات الفقهية على القاعدة

تبين فيما سبق أن الأصل اشتهرت عدة قواعد في استعماله منها الاحتياط وبراءة الذمة وغيرهما ولأهميتهما في الممارسات القضائية فإننا سنوضح ذلك بشيء من التفصيل.

- الترجيح بالاحتياط:

يعد الاحتياط أصلًا من أصول الشرع على وجهة العموم، وهو أصلٌ قضائيٌ يستند إليه القاضي للترجيح بين الأدلة عند التعارض، وسنتحدث عنه من خلال الأمور الآتية:

الأمر الأول: ماهية الاحتياط

الاحتياط: قال العز بن عبد السلام: "الورع ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه، وهو المعبر عنه بالاحتياط"[3].

(1) أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة، دون ط، بيروت، دون ت، ج2، ص21.

(2) المبسوط، السرخسي، ج30، ص46.

(3) قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص61.

فيمكن أن يقال بأن الاحتياط هو القيام بالفعل لأجل احتمال الوجوب أو الترك؛ لأصل احتمال الترك[1].

والاحتياط دليل، والدليل كما يصلح للاستدلال يصلح للترجيح، والاحتياط لا يخرج عن هذه القاعدة، إذ يستعمله الفقهاء أحياناً لاستنباط الحكم الشرعي والاستدلال على المذهب، ويستعملونه أحياناً لترجيح رأي على آخر[2]، يؤيد هذا المعنى ما قاله الآمدي في حالة ما إذا تعارض دليلان: "أن يكون أحدهما أقرب إلى الاحتياط وبراءة الذمة، بخلاف الآخر، والأقرب إلى الاحتياط يكون مقدماً، بكونه أقرب إلى تحصيل المصلحة ودفع المضرة[3]، وهذا إذا كان سياق الكلام يدل على الاحتياط في إعمال الدليل الشرعي، فكذلك الاحتياط في إعمال الدليل القضائي عند التعارض من باب أولى، وباعتبار أن الاحتياط أصل من أصول الشرع ودليل من أدلته فإنه يكون مرجحا عند التعارض بين الأدلة القضائية، وباعتباره مرجحًا فقد أثر في تطبيقات فقهية كثيرة.

الأمر الثاني: الترجيح بالاحتياط في أحكام المفقود

المفقود هو: الغائب الذي لم يُدرَ موضعه، ولم يدر أحي هو أم ميت[4]، فإذا حصل تنازع على المفقود في الميراث وغيره، وتعارضت البينات المقدمة سوءٌ في عمره، أو وقت مغيبه، فكيف يكون الترجيح بين هذا التعارض؟

الترجيح بالأحوط عند تعارض البينات في عمر المفقود، فيحكم بموت المفقود عند بلوغه عمرًا معينًا على اختلاف بين الفقهاء في تحديده، ويحتسب عمر المفقود من يوم ولادته، هذا إذا كان تأريخ ولادته معروفًا ومثبتًا في وثيقةٍ رسميةٍ، أو عرفية موثوقة، أو أتفق الشهود على

(1) الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، إلياس بلكا، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1424هـ- 2003م، ص353.

(2) المرجع السابق، 354.

(3) الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: 631هـ)، تحقيق، عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بدون ط، بدون ت، ج4، ص267.

(4) التعريفات، الجرجاني، ص224.

تأريخ واحد[1]، فإذا لم يتم تحديد ميلاده بناءً على شهادة الشهود وتعارضت شهاداتهم، أو إذا لم يكن مثبتا في وثيقة رسمية، أو تعارضت الوثائق الرسمية في تحديد ميلاده فكيف يتم الترجيح في ذلك؟

يأخذ المذهب المالكي بالأقل احتياطًا، وقرر المالكية: أنه إذا اختلف الشهود في عمره، أو وقت مغيبه فيأخذ بالأقل من شهادة الشهود احتياطًا، وحكم بناءً عليه، وعللّوا ذلك بأنه الأحوط لجهة المفقود[2]، فلو شهد البعض بأنه فُقِدَ وهو ابن عشرين عامًا، وشهد آخرون بأنه فقد وهو في الخامسة والعشرين من العمر، أخذ بالأول؛ لأنه أحوط، وكذلك يؤخذ بالأحوط في حال اختلافهم في وقت مغيبه، كما لو قال بعضهم: فقد منذ ثلاث سنوات، وشهد آخرون على فقدانه منذ خمس سنين، أخذ بالأول احتياطاً[3]. فتبين أن الترجيح في سن المفقود ووقت مغيبه بني على الأقل عند تعارض الأدلة القضائية من شهود، أو وثائق رسمية أو عرفية.

- الترجيح بأصل براءة الذمة

إذا تعارضت الأدلة بانشغال الذمة بالدين فإحدى البينتين شهدت بالدين والأخرى بالبراءة، فأدلة البراءة من الدين ترجح لاعتضادها بالأصل المشهور، وهو براءة الذمة وهذا كأصل عام، وهناك أصل آخر، وهو الأصل عدم تعدد الديون، فلو شهدت إحداهما بدينٍ، وَالْأُخْرَى بِالْإِبْرَاءِ مِنْ قَدْرِهِ رَجَحَتْ هَذِهِ؛ لِأَنَّهُ إنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ الْوُجُوبِ، والأصل عدم تعدد الديون[4]، فتبين أن الأصل يعتبر مزية للترجيح بين الظاهرين- البينات- عند التعارض.

الفقرة الثانية: الترجيح بالظاهر

القاعدة: ترجيح الظاهر على الأصل عند التعارض.

---

(1) أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، عبد المنعم فارس سقا، دار النوادر، ط2، سوريا، 1432هـ، -2011م، رسالة دكتوراه، ص551، 552.

(2) شرح مختصر خليل، الخرشي، ج4، ص153، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، العدوي، ج2، ص95، وحاشية الدسوقي، ج2، ص482.

(3) أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، السقا، ص552.

(4) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص332.

الظاهر خلاف الأصل المستصحب فالشهادة ظاهر، والقرائن ظاهر، والوسائل العلمية الحديثة في الإثبات ظاهر، والأحكام القضائية تبنى على الظاهر، وللحديث في هذا الفرع سوف يكون على النحو الآتي:

أ- ماهية الظاهر

لمعرفة التعارض والترجيح بين الأصل والظاهر لا بد من بيان ماهية الظاهر وذلك في النحو الاتي:

- تعريف الظاهر

الظاهر لغة: المنكشف والبارز، ويدل على قوة وبروز[1].

اصطلاحا: هو ما يحصل بمشاهدة أو عبارة عما يترجح وقوعه[2]، ويسمى دلالة الحال، وهي الأمارة القائمة التي تدل على شيء، فالحالة التي تسمى الظاهر هي في نظر الفقهاء نوعان[3]: النوع الأول: ظاهر ضعيف لم يطرح معه احتمال خلافه من أصل، أو دلالة حال، وهو المراد هنا بالمرجحات الابتدائية.

النوع الثاني: ظاهر قوي، فالظاهر هو الحال الطارئة الراجحة[4]، فهو عكس الأصل الذي هو الحالة المستمرة.

ب -شروط العمل بالظاهر

إعمال الظاهر ليس على إطلاقه بل مرهون ذلك بتوافر شروط حتى يترجح على الأصل وهي كما يلي[5]:

الشرط الأول: ألا يعارض الظاهرَ أصلٌ أرجحَ منه،

---

(1) معجم مقايس اللغة، الرازي، بَابُ الظَّاءِ وَالْهَاءِ وَمَا يَثْلُثُهُمَا، ج3، ص471.

(2) المنثور في القواعد، الزركشي، ج1، ص312.

(3) المدخل الفقهي العام، الزرقا، ج2، ص1062.

(4) القول الباهر في الترجيح بين الأصل والظاهر، خالد سليم الشراري، مجلة الجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، العدد: (155) لسنة 44 – 1432هـ، ص410.

(5) الأصل والظاهر في القواعد الفقهيَّة، الرشيد، ص332.

الشرط الثاني: ألا يعارض الظاهرَ ظاهرٌ آخر أرجحُ منه.

الشرط الثالث: ألّا يكون الظاهر مخالفاً للحقيقة، ولا في المسألة دليل يلغي العمل بالظاهر.

فعند توافر هذه الشروط فإنه يستلزم معه ترجيح الظاهر على الأصل، فعند التعارض بين الأصل والظاهر فيقدم الظاهر على الأصل[1].

ج- مدى حجيَّة الظاهر في إثبات الأحكام ابتداء

تعددت نصوص الفقهاء في حجيَّة الظاهر على النحو الآتي: الظاهر يصلح للتقرير لا للتغيِّر[2]. الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق[3]، الظاهر حجة لدفع الاستحقاق، لا لإثبات الاستحقاق[4]. الظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى[5]. الظاهر لا يكون حجة على الغير[6]. الظاهر لا يستحق به على الغير ولا يستحق الظاهر إلا بحجة[7]. القول لمن يشهد له ظاهر الحال[8]. الأصل في الدعوى أن يكون القول فيها قولَ مَنْ يشهد له الظاهر مع يمينه[9]. ويتضح من نصوص الفقهاء أنَّ الظاهر حجةٌ، وما كان حجة في الابتداء فإنَّه يكون مرجحًا عند التعارض.

---

(1) السيل الجرار، الشوكاني، 748.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص257.

(3) البحر الرائق، الزيلعي، ج8، ص453.

(4) المبسوط، السرخسي، ج6، ص26.

(5) الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي (المتوفى: 763هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1424هـ- 2003م، ج6، ص517.

(6) بدائع الصنائع، الكاساني، ج2، ص306.

(7) الفروق، أسعد بن محمد بن الحسين، الكرابيسي (المتوفى: 570هـ)، تحقيق، محمد طموم، راجعه، عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1، 1402هـ - 1982م، ج، 1، ص289.

(8) درر الحكام، علي حيدر، ج4، ص492.

(9) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين البابرتي (المتوفى: 786هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، بدون ت، ج8، ص230.

د- حالات ترجيح الظاهر على الأصل

يرجح الظاهر على الأصل إذا تعارضا وذلك في النحو الآتي:

الحالة الأولى: إذا كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعاً.

ويكون الظاهر حجة يستدل بها عند النزاع في أمرين:

الأمر الأول: إذا كان الظاهر بينة شرعيَّة وذلك كشهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه، فإن هذا الظاهر مقدم على أصل براءة الذمة بالإجماع، وكذا لو عارضه ما يخدش فيه، ككون الشاهدين أصلين للمشهود له أعمل أصل براءة الذمة[1].

وكشاهد يعارض اليد، كأن يدعي زيدٌ على عمرو كتابًا في يده، وأقام المدعي بينة أي رجلين أو رجلين أو شاهد ويمين، فالأصل كون الكتاب لصاحب اليد، والظاهر كونه للمدعي، بإقامته البينة، والشارع قد أناط بهذا الظاهر، فيجب على الحاكم أن يحكم للمدعي بهذا الكتاب[2].

فالبينة الشرعية ظاهر عارضت الأصل فترجح الظاهر على الأصل، لأن الظاهر في مقام النقل، والأصل في مقام الاستصحاب.

الأمر الثاني: الروايات.

فالروايات من قبيل الظاهر[3]، وهذا في مجال الآثار من سنة النبي -ﷺ- وأقوال الصحابة والتابعين، وليس هو محل الدراسة.

الحالة الثانية: إذا كان الظاهر قرائن.

---

(1) المجموع المذهب في قواعد المذهب، العلائي، ج1، ص87، والقواعد لابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (المتوفى: 795هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، بدون ت، 339.

(2) الفوائد الجنيَّة، الفاداني، ص223.

(3) القواعد، ابن رجب، 339، والفوائد الجنيَّة، الفاداني، ص223.

وهذا يعد أصلًا نافعًا، وهو أنَّ القرائن التي تحتف بالأحكام قد تقوى، فإذا قويت القرائن قدمت على الأصل، كتنازع الزوجين في متاع البيت، فما يصلح للرجل فهو للرجل، وما يصلح للنساء فهو للمرأة تقديمًا لهذا الظاهر، والقرينة على غيرهما[1].

وهذه المسألة ليست محل اتفاق، وإنما هي محل خلاف، ولكن أصل التنازع فيها على الظاهر باعتبار اليد قرينة وهي بيد كل منهما.

الحالة الثالثة: إذا كان الظاهر مستنداً لسبب معروف عادة

فالظاهر المعتضد بعادة مستقرة ينزل منزلة القطع، أو منزلة السبب المنصوب شرعاً[2].

ومر سلفا أن العرف من ضمن المرجحات بين الدليل الواحد، ولكن قد يتعارض العرف –حالة كونه من قبيل الظاهر–مع الأصل، فإذا تزوج شخص بعاجل أو آجل، وأشهد في رسم الصداق أنه لا براءة له في الدفع إلا ببينة، ثم دخل وادعى الدفع، فيكون القول قوله فيما جرت العادة بدفعه من النقد قبل الدخول.

فشهادة العادة عارضت البينة هنا، وهذا هو القياس في مثل هذا؛ لأن العادة إذا عارضت استصحاب الأصل الذي هو استمرار تعمير الذمة تقدم، لأنها كالشاهد بالقضاء[3].

فهنا تعارض العرف الذي يعد ظاهرا مع استصحاب الأصل فرجح العرف.

الحالة الرابعة: إذا كان مع الظاهر ما يقويه

إذا كان مع الظاهر عاضد يقوى به فيرجح الظاهر حينئذ على الأصل[4].

---

(1) القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، اعتنى به أبو عبد الرحمن سمير الماضي، رمادي للنشر، ط1، المملكة العربية السعودية، 1417هـ –1996م، ص108.

(2) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص19.

(3)البهجة في شرح التحفة، علي عبدالسلام التسولي (المتوفى: 1258هـ)، ومعه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، لأبي عبدالله محمد التاودي (المتوفى: 1209هـ)، المكتبة العصرية، بدون ط، بيروت، 1433هـ، ج1، ص521.

(4) الفوائد الجنيَّة، الفاداني، ص224.

وما تعادل فيه الأصل والظاهر فالترجيح يقع تارة بقوة اعتبار الأصل، وتارة بقوة الظاهر عليه، وأخرى لأمر خارجي يعتضد به أحدهما[1].

هـ- الفرق بين الأصل والظاهر

هناك فرق بين الأصل والظاهر وتوضيح ذلك فيما يلي[2]:

الفرق الأول: أن الأصل غالباً ما يستمد من الأدلة الشرعيَّة وما يوافقها من الأدلة العقليَّة.

أما الظاهر فكثيرا ما يستمد من الأمور المشاهدة والمحسوسة، وهي الأمور التي يعبر عنها العلماء بالعادات الثابتة، والأعراف السائدة، أو القرائن الدالة على شيء.

الفرق الثاني: أن الخلاف يقع في أصالة بعض الأمور، لأن الأصول تستمد من النصوص، والنصوص قد تخفى على بعض العلماء، وقد لا يتفق على صحتها أو على دلالتها على بعض المقصود، وغير ذلك من الأمور التي تعرض للنصوص.

أما الظاهر فالخلاف فيه نادر لأنه مبنيٌ على الملاحظة والمشاهدة وهي من الأمور الواضحة التي لا تحتمل الخلاف.

الفرق الثالث: أن الحكم على الشيء بأنه من الأصول الشرعيَّة عملية صعبة وشاقة، بخلاف الظاهر؛ فإن الحكم بظهور أمر ما لا يحتاج إلى مثل هذا.

الفرق الرابع: أن كثيرا من الأصول لها صفة العموم والشمول فنجد كثيرا من الأصول يندرج تحتها أصول عديدة، أما الظاهر فإنه غالبا يكون مختصاً بمسألة معينة أو حادثة محددة.

الفرق الخامس: الأصول ثابتة، لا تتغير ولا تتبدل، بل هي باقية على أصالتها، وأما الظاهر فإنه قابل للتغيير والتبديل.

---

(1) المجمع المذهب، العلائي، ج1، ص84.

(2) الأصل والظاهر في القواعد الفقهيَّة، الرشيد، ص107.

الفرق السادس: الأصل صالح لبناء الأحكام عليه مطلقاً، سواء كان ذلك البناء ابتداء أم استمراراً، أما الظاهر فإنه عند طائفة من العلماء صالح لاستمرار الأحكام ولا ينهض لبناء الأحكام عليه.

وهذه الفروق يظهر أثرها وتستبين فائدتها عند التعارض بين الأصلين، أو الظاهرين، أو الأصل والظاهر، وعند تردد النازلة القضائية بين أصلٍ وغالب، أو ظاهرٍ وغالب أو نادر، وعند التعارض يتعين إعمال القواعد المذكورة آنفا مراعيًا في ذلك الأقوى فالأقوى، وما يؤيده العرف، وتشهد له العوائد، وقرائن الأحوال، والمرجحات بين الأدلة القضائية دائرة ما بين أصل، أو ظاهر، فإذا عضد أحدى الدليلين ظاهر رجح، فاليد مرجحة لإحدى البينتين باعتبارها ظاهرًا. وتعارض أدلة نفي الواقعة الإجرامية وأدلة الإدانة فترجح أدلة البراءة لاعتضادها بأصل البراءة مع تفصيل سيأتي في موضعه، وليس المقصود استيعاب جميع مسائل الأصل والظاهر وإنما الغرض من ذلك وضع معالم للقاضي ليستبين له وجه الصواب عند الترجيح بين الأدلة القضائية؛ لأن تعارض الأدلة القضائية واعتضادهما بأحد الأصلين مشكل جدا خصوصا إذا انضم مع ذلك الغالب والنادر والشائع، والمرجحات دائرة ما بين دليل يستند إلى أصل أو يعتضد بظاهر.

الفقرة الثالثة: قواعد الترجيح الابتدائية في القانونين اليمني والمغربي

لم يخرج القانونان اليمني والمغربي عن الفقه الإسلامي في إعمال قواعد الترجيح الابتدائية وبيان ذلك فيما يلي:

أ- قواعد الترجيح الابتدائية في القانون اليمني:

نص القانون المدني اليمني على قواعد الترجيح الابتدائية في نصوص كثيرة منها ماورد في المادة: (11)، والتي نصت على أنَّ" الأصل الظاهر العدم فمن تمسك به فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فالبينة عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، والأصل في الأشياء

الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها"[1]، فورد في نص المادة أكثر من أصل فيعمل بهذه الأصول عند تجرد الدعاوى من الأدلة، وإعمال هذه الأصول في الدعاوى نوع من ترجيح إحدى الدعويين على الأخرى.

ونص في المادة: (13) الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها[2]، فإذا تنازع المتعاقدين حول صحة العقد أو فسادة، أو صحة شروط العقد أو فسادها وانعدمت الأدلة، فإن القاضي يرجح صحة العقود والشروط لكونها الأصل.

وإذا تعارض العقد بين الصورية والحقيقة فإنَّ الإعمال يكون للحقيقة باعتبارها الأصل، ومن ذلك ما نص عليه القانون المدني المادة: (183) بأنه "كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي فالعبرة بالعقد الحقيقي صحة وبطلانًا"، فالصورية توافق إرادتين على إخفاء ما اتفق عليه سرًا تحت ستار عقد ظاهر[3]، فعند تعارض العقد بين الصورية والحقيقة فيتم ترجيح الحقيقة لأنها الأصل في إبرام العقود.

ب- قواعد الترجيح الابتدائية في القانون المغربي

نصوص القانون المغربي صريحة على الترجيح بالقواعد الابتدائية ومن ذلك ما نصت عليه المدونة في المادة: (3) تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها[4]، فنص المادة صريح في تقديم الأصالة التي هي الصحة والكمال، والملائة على غيرها، وهذا تطبيقٌ لقاعدة الاستصحاب التي تعد من ضمن المرجحات، وتطبيقًا لذلك: فقد قررت محكمة النقض المغربية ما يلي: تستوجب قاعدة الاستصحاب بقاء ما كان على ما كان حتى يظهر ما يخالفه بناقل إذا وقع الاستدلال بحجج متعارضة كانت إحداها مبنية على اليسر، والأخرى على العسر، فإن

(1) القانون المدني اليمني، المادة: (11).

(2) المصدر السابق نفسه المادة: (13).

(3) قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة، الزيدي، ص232.

(4) مدونة الحقوق العينية المادة: (3).

الحجة المثبتة مقدمة على حجة العدم؛ لأن الأصل في الإنسان الملاءة[1]، فالقرار القضائي رجح بين أدلة النفي والإثبات في العسر واليسر بالأصل، فساند بينة الإثبات أصل الملاءة فكان مرجحا له، ومن المعلوم أن المرجحات بين الأدلة، إما أصل، أو ظاهر وهو ما تحقق في النص المذكور.

وبهذا العرض الموجز في الترجيح من حيث الأصل، سواء مرجحات دلالية، أو ابتدائية، فإن ما تم النص عليه في القانونين محل الدراسة لا يخرج عما ذكره الفقهاء، وأما من حيث المقارنة بين القانونين فإنهما يصبان في مصب واحد إلا أن القانون المغربي كان أكثر تفصيلا ودقة، من حيث الترجيح والدلالة، ومن حيث المرجحات الابتدائية.

الفرع الثاني: الترجيح بالعلم اليقيني في الفقة الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

لفظ القاعدة: ترجيح الدليل المستند الى العلم اليقيني على الدليل المستند إلى العلم الظني.

العلم اليقيني هو: ثبوت الواقعة المعروضة على القاضي –محل النزاع– بدليل لا يتطرق إليه احتمال أوشك.

ولا خلاف في أن العلم أقوى من الظن، وأن الاستناد إليه مقدم على الاستناد إلى الظن، بل لا يبقى للظن تأثير مع وجود العلم أصلا[2]، والذي يفيد العلم هو علم القاضي بالحوادث، وقد يحصل العلم بطرق أخرى غير المشاهدة، ونحوها، وذلك الخبر المتواتر الذي يخلق الله عنده العلم للحاكم[3].

أدلة الإثبات تتفاوت قوة وضعفا فبعضها يقيني وبعضها ظني، ودرجات الظنون متفاوتة بحسب دلالتها، ولبيان ذلك فإن طرق الإثبات تنقسم من حيث قوتها إلى قسمين[4]:

---

(1) القرار عدد: 67 المؤرخ في: 2003/2/26، ملف شرعي، عدد: (2002/1/2/205م)، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، عمر أزوكار، ص54.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص827.

(3) رفع الخصام في الحكم بعلم الحكام، محمد بن علي الشوكاني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق، أحمد علي الوادعي، مكتبة الإرشاد، ط1، صنعاء، 1417هـ– 1997م، ص57، 58.

(4) وسائل الاثبات، محمد الزحيلي، ج2، ص740، 741.

القسم الأول: يفيد العلم اليقيني، ويقطع بصحة الواقعة أو الحق المثبت به، وهو علم القاضي والإثبات بالتواتر، لأن علم القاضي يعتمد على يقين ويكون القاضي متأكد بنفسه، وقد أطلع على الواقعة بدون نقل ولا واسطة.

القسم الثاني: والقسم الثاني من وسائل الإثبات يفيد الظن الغالب، فالشهادة مثلاً تفيد الظن، وترجيح فيها جانب الصدق على جانب الكذب لأنها تصور من غير صاحب الدعوى مع توفر العدالة.

والإقرار يفيد الظن، وذلك بترجيح جانب الصدق في الإقرار على جانب الكذب، لأن الإنسان العاقل لا يقر غالباً على نفسه بحق لغيره كاذباً؛ لأنه مخالف لطبيعة الإنسان، ولكن يحتمل أن يقر كاذباً لدافع آخر، ومثل ذلك اليمين والقرائن والخبرة وغيرها.

ويلحق بهذا القسم نوع ثالث من وسائل الإثبات وهو التحالف، فإنه لا يفيد ظنًا ولا قطعًا ولكنه يلجأ إليه للضرورة في فصل النزاع، وعدم وجود مرجح في الدعوى.

فائدة التقسيم: فائدة هذا التقسيم أن الوسائل التي تفيد علم اليقين تقدم وترجح على غيرها وأنه لا يقام ضدها بينة أخرى، لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر وعلم القاضي[1].

والقدرة على ترجيح إحدى الوسائل على الأخرى عند التعارض[2]، فعلى القاضي عند تقديم الأدلة القضائية أمامه أن يأخذ بعين الاعتبار ما يتمتع به كل دليل من القوة، وهذه القوة إما أتثبت بنصوص شرعية، أو اجتهادات فقهية، وإما أن ينص عليها القانون ويعطي لها درجة معينة من القوة، وعلى هذا سيكون الحديث عن الترجيح بالعلم اليقيني على العلم الظني عند التعارض.

---

(1) الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، محمود بن حمزة (مفتي الشام)، المكتبة السلفية في الشام، بدون ط، وبدون ت، ص236، ووسائل الاثبات، محمد الزحيلي، ج2، ص744.

(2) وسائل الاثبات، محمد الزحيلي، ج2، ص753، والتعارض والترجيح في وسائل الاثبات دراسة فقهية مقارنة، محمد سليم رزيق، أطروحة دكتوراة، نوقشت في جامعة الأزهر، للعام الجامعي 1432هـ- 2011م، ص259.

العلم يدرك بأمور أربعة[1]:

الأمر الأول: العقل وتدرك بعض العلوم بالعقل منفردًا، وهي ضرورية، مثل الواحد نصف الاثنين.

الأمر الثاني: العقل مع الحواس الخمس، وذلك في الفصل في كل ما تستخدم فيه الحواس فيتم بذلك العلم بها.

الأمر الثالث: بالأخبار المتواترة: ومن هذا النوع العلم بالبلدان النائية، وأخبار القرون الماضية.

الأمر الرابع: بالنظر والاستدلال: ومن هذا النوع شهادة الحكماء في قدم العيوب وحدوثها، وشهادة أهل المعرفة في قدم الضرر وحدوثه.

فلإدراك المعلوم من الأدلة القضائية مراتب متفاوتة في الدرجة فمنها ما يفيد اليقين، ومنه ما يفيد الظن، فالذي يفيد اليقين يكون العلم به وقبوله من باب الضروري الذي لا يحتاج إلى نظر، أو استدلال عليه، أو الوثوق بصحته، وإنما يفيد العلم.

وللعلم اليقيني في مجال طرق الإثبات ثلاث طرق: التواتر، وعلم القاضي سواء بعلمه الشخصي أم بالعلم في مجلس الحكم، وهو ما يسمى بالمعاينة، ويشتمل على ثلاث مطالب ونذكرها فيما يلي:

أولا: الترجيح بالتواتر في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

لفظ القاعدة: ترجيح شهادة التواتر على غيرها من الشهادات.

الشهادات أنواع متعددة وضروب مختلفة، فمن الشهادة ما تعتبر شهادة على البت، ومنها ما تعتبر شهادة سماع، ومن الشهادة ما تكون بلغت النصاب الشرعي من شاهدين في الجنايات والحدود والحقوق، أو شهادة رجل ومرأتين، أو رجل ويمين في الحقوق والأموال، إلا أن الشهادة

(1) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي الطرابلسي (المتوفى: 844هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت، ص68، بتصرف.

قد تجاوز نصابها الشرعي، فتبلغ حد التواتر فتفيد العلم الضروري لدى القاضي في حصول الواقعة –محل الدعوى– فينتهي العلم لدى القاضي في ثبوت الواقعة إلى العلم اليقيني في ثبوت أدلة النزاع، فإذا تنازع خصمان وأثبت أحدهما الواقعة المادية، أو التصرف القانوني بشهود بلغوا حد التواتر، وقدم الخصم الآخر شهادة لم تبلغ حد التواتر، أو قدم مستندًا كتابيًا، أو غير ذلك من الأدلة المتعارضة مع شهادة التواتر. فما حكم شهادة التواتر هل تترجح على غيرها من الأدلة من شهادات أو إقرار، وذلك في حالة ما إذا قدم أحد المدعيين دليلًا من أدلة الإثبات وقدم الطرف الآخر دليل التواتر؟ فهل دليل التواتر يقدم؟ هذا ما سيكون الحديث عنه في هذا المطلب وذلك على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: ماهية التواتر ودلالته

يعد التواتر من المسائل المشتركة في أكثر من فن فعلماء الحديث أطلقوا هذا المصطلح على نوع من الأحاديث، والفقهاء استخدموه في جانب البينات والأدلة وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

أ- ماهية التواتر:

التواتر له دلالته اللغوية والاصطلاحية، وله دلالته في إفادة العلم وهو ما سيتم بيانه.

- تعريف التواتر

لغة: التتابع يقال تواترت الخيل إذا جاءت يتبع بعضها بعضًا ومنه: جاؤوا تترًا: أي متتابعين وتر بعد وتر[1].

وقال ابن الأثير: التواتر أن يجيء الشيء بعد الشيء بزمان[2].

اصطلاحا: إخبار جمع يمتنع عادة تواطئهم على الكذب عن محسوس[3].

(1) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي (المتوفى: 770هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، وبدون ت، ج2، ص647.

(2) النهاية، ابن الأثير، 1ج، ص181.

(3) فتح العليم الخلاق، ميارة الفاسي، ص280.

وعرف كذلك بأنه خبر جمع يمتنع تواطؤهم على الكذب من حيث كثرتهم عن محسوس[1].

- شروط التواتر

لابد من توافر شروط حتى تكون الشهادة قد بلغت حد التواتر وهي كالآتي:

الشرط الأول: أن يكون المخبرون عالمين بما أخبروا به غير مجازفين، فلو كانوا ظانين ذلك لم يفد القطع.

الشرط الثاني: أن يعلموا ذلك عن ضرورة إما بعلم الحس من مشاهدة، أو سماع، وإما أخبار متواترة؛ لأن ما لا يكون كذلك يحتمل دخول الغلط فيه، فلا يحصل به العلم.

الشرط الثالث: أن تكون مشاهدة الشاهدين للمخبر عنه حقيقة وصحيحة فلا تكون على سبيل غلط الحسن.

الشرط الرابع: أن يكون بصفة يوثق معها بقولهم فلو أخبروا مثلا عبيدًا أو مكرهين على ذلك الخبر لم يلتفت إليه.

الشرط الخامس: أن يبلغ عدد المخبرين إلى مبلغ يمتنع تواطؤهم على الكذب.

الشرط السادس: الإسلام معتبر في التواتر بالنسبة للشهادة وليس معتبرًا بالنسبة للرواية، والفرق بينهما أنَّ باب الرواية واسعٌ، وباب الشهود ضيقٌ[2].

ب- دلالة التواتر والعدد المشترط فيه

- دلالة التواتر: يفيد التواتر عدة أمور:

الأمر الأول: أن التواتر يدل على الصدق.

الأمر الثاني: التواتر يفيد العلم اليقيني وذلك من خلال كثرة العدد الذي لا يمكن معه التواطؤ على الكذب[3]، وأن ما عداه لا يعتد به ولا عبرة بما يعارضه، وذلك لأن الواقعة [محل

(1) البحر المحيط، الزركشي، ج6، ص69.

(2) فتاوى الرملي، أحمد بن حمزة الرملي، جمع، محمد بن أبي العباس أحمد الرملي (المتوفى: 1004هـ)، المكتبة الإسلامية، بدون ط1، بدون ت، ج4، ص160، مصطلح الحديث ورجاله، حسن محمد مقبولي الأهدل، مكتبة الجيل الجديد، ط10، صنعاء-اليمن، 1428هـ-2008م، ص95.

(3) البحر المحيط، الزركشي، ج6، ص103.

الدعوى] إذا ثبتت بالتواتر وأقام الخصم بينة أخرى من شهادة أو محرر رسمي أو عرفي أو يمين أو ما عداهم من أدلة الإثبات لا تقبل ولا يعتد بها، فإذا تعارضت شهادة بلغت النصاب مع شهادة وصلت إلى حد التواتر فإن كلا الشهادتين قد بلغتا النصاب، وتحقق في شهادة التواتر مزية وهي زيادة العدد فيها حتى بلغت التواتر ونصوص العلماء في هذا المعنى كثيرة:

قال القرافي: "التواتر أبلغ من البينة ولا تبقى التهمة بكثرة النقل"[1]، وذلك لإفادة التواتر العلم[2].

وقال ابن حجر الهيتمي: ولو بلغت تلك الزيادة –أي زيادة العدد– عدد التواتر رجحت، وهو واضح لإفادتها العلم الضروري[3].

وقال العنسي –من الفقهاء الزيدية–: إذا بلغ عدد الشهود حد التواتر الذي يوجب العلم فإنه يعمل في كل شيء بشرط أن يستند إلى المشاهدة[4].

وفي الطريقة الواضحة: التواتر يفيد علم اليقين، فلا تقام بينة على خلافه؛ لأن البينات ظنية يدخلها الشك، بخلاف التواتر سواء كان المستند إلى التواتر مدعيا أم مدعى عليه، وسواء كان مثبتا أو نافيًا، وسواء كان في الأموال أو في الحدود والقصاص، وسواء كان قبل الحكم أو بعده؛ لأن التواتر حجة في النفي والإثبات[5].

ونصوص العلماء صريحة في تقسيم العلم إلى قطعي، وظني، وأنَّ دلالة التواتر قطعيةٌ، ودلالة البينات ظنية، مع أن البينات شهادة، والتواتر شهادة، لكن ما أفاده التواتر من العلم

(1) الذخيرة، القرافي، ج10، ص97.

(2) الشرح الكبير، للدرير، ج4، ص220، والبهجة شرح التحفة، التسولي، 1ج، ص259، ومواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص209.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد الهيتمي، تصحيح لجنة من العلماء، المكتبة التجارية، بدون ط، مصر، 1357هـ – 1983م، وعليه حاشية عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي (المتوفى: 992هـ)، ج8، ص364.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج6، ص214.

(5) الطريقة الواضحة الى بيان الحجة الراجحة، محمود بن حمزة، ص236.

اليقيني رجحه على البينات الظنية، فقوة العلم ميزة التواتر ورجحته على العلم الظني المستفاد من الشهادة.

– العدد الذي يفيد التواتر:

تعددت أقوال العلماء في العدد الذي يشترط حتى تكون الشهادة من قبيل التواتر.

قال الزركشي: والمشترطون للعدد اختلفوا واضطربوا كثيرًا.

قال القاضي أبو الطيب: يجب أن يكونوا أكثر من أربعة، وبعضهم ذهب إلى أنه لا يجوز أن يتواتر الخبر بأقل من خمسة فما زاد، وبعضهم اشترط عشرة وبعضهم عشرين[1]، فالتواتر الذي يفيد العلم إنما هو إخبار كل واحد منهم عن علم نفسه لا مستندًا لغيره[2].

الفقرة الثانية: التعارض والترجيح بين شهادة التواتر وغيرها من الأدلة

تتعارض شهادة التواتر مع غيرها من الأدلة، قد تكون من نفس الفصيل كشهادة بلغت النصاب مع التواتر، أو شهادة الاستفاضة مع التواتر، وقد تكون من غير جنس الفصيل كتعارض شهادة التواتر مع الإقرار وهذا ما سيكون الحديث عنه في الآتي:

أ– الترجيح عند تعارض التواتر والبينات (الشهادة)

ولما كان التواتر يفيد العلم اليقيني فلا تقام بينه على خلافه؛ لأن البينات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر[3]، فالبينات من الظنيات لا من اليقينيات[4].

وقال ابن القيم –رحمه الله–: الطريق العشرون: الحكم بالتواتر وإن لم يكن المخبرون عدولًا ولا مسلمين وهذا من أظهر البينات فإذا تواتر الشيء عنده، وتضافرت به الأخبار، بحيث اشترك في العلم به هو وغيره، حكم بموجب ما تواتر عنده، كما إذا تواتر عنده فسق رجل أو صلاحه ودينه، أو عداوته لغيره، أو فقر رجل وحاجته، أو موته أو سفره ونحو ذلك

(1) البحر المحيط، الزركشي، ج6، ص96.

(2) فتح العليم الخلاق، ميارة الفاسي، ص281.

(3) طرق الإثبات الشرعية، أحمد بك، ص77.

(4) فتح القدير، محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، ومعه تكملة فتح القدير المسمى نتائج الأفكار لقاضي زادة، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت، ج8، ص249.

حكم بموجبه ولم يحتج إلى شاهدين عدلين بل بينة التواتر أقوى من الشاهدين بكثير فإنه يفيد العلم والشاهدان غايتهما أن يفيدا ظنا غالبًا[1].

والبعض ذهب إلى أنَّ شرط بلوغ عدد الشهود حد التواتر لا يعني الترجيح أو الزيادة في الشهادة ذاتها؛ لأنَّ النصاب محددٌ من قبل الشارع، وما حدده الشارع، فإنَّه لا سبيل للاجتهاد فيه، ولكن ذكر هذا الشرط يعني أنَّ نصاب الشهادة قد تعارض مع ما هو مقطوع بصحته في الواقع، فمن شروط صحة الشهادة أن لا تتعارض مع ما هو مقطوع بصحته، ومعلوم لدى الكافة أنَّها إذا خالفت الشهادة الحس أو العقل أو ما هو متواتر فإنَّها تكون غير صحيحة[2]، ولكن هذا القول يضمحل عند تعارض التواتر مع التواتر وهو ما سنوضحه فيما يلي:

ب- ترجيح التواتر على غيره من الأدلة

قد تتعارض شهادة التواتر مع تواتر شهادةٍ أخرى، وقد تتعارض مع الأدلة الكتابية والقرائن، وغيرها من الأدلة فمالحكم؟ هذا ما سنوضحه فيما يلي:

- الترجيح عند تعارض التواتر مع التواتر

إذا استند الفريقان إلى التواتر وجلب كل منهما جماعة، فالقاضي ينعم النظر، فيقبل جماعة الفريق الذي يلحظ أنهم مستجمعون لشروط التواتر، مفيدون بأخبارهم علم اليقين، ولا يكون الخبر الثاني إلا كذبًا محضًا[3].

ففي الطريقة الواضحة: إذا استند كل من المدعي والمدعى عليه إلى التواتر، وأتى كل منهما بجماعة يخبرون طبق دعواه، فعلى الحاكم أن يدقق النظر في ذلك، فإن رأى أن الجماعتين لا يقال فيهما جم غفير فيكون حكمهما حكم البينة العادلة، فيستشهد ويزكي ويحكم، وإن رأى أحدهما تواتر يأخذ بخبرهم ويرد الجماعة الأخرى حيث تكون بينة، والبينة لا تقام

(1) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج2، ص533.

(2) عمدة السير في بيان سلطة القاضي في تقدير الدليل، حسين الهدى، ج3، ص332.

(3) أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، محمد شفيق العاني، مطبعة الإرشاد، ط2، بغداد، 1966م، ص160.

خلاف المتواتر، وإن رأى كلٌ من الجماعتين يقال: إنه تواتر بحسب الظاهر، وأشكل عليه الأمر، فيتأمل في الجماعتين تأملًا صادقًا خاليًا عن الغرض والمرض، فأيُّ الجماعتين وافق خبره شروط التواتر واطمأن إليه قلبه حكم به، ورد الجماعة الأخرى؛ لأنَّ التواتر دليل قطعي، والحجة القطعية لا تتعارض[1].

فعند التعارض بين التواترين فيما يظهر للقاضي فعلى القاضي أن يستعمل سلطته التقديرية في ترجيح أحدهما على الآخر؛ لأنَّ تعارض التواتر يكثر في مسألة الملكية، والحيازة، وغير ذلك، فيجلب كل طرف شهود تواتر يستدل بهم على الملكية والحيازة، وهذا يتطلب من القاضي التحقق من شروط التواتر في كل منهما مستعملًا في ذلك سلطته التقديرية.

- الترجيح عند تعارض شهادة التواتر مع الأوراق

إذا وجدت شهادة تواتر تثبت عكس ما تثبته الأوراق ولو كانت رسمية، فإنه يؤخذ بها حتمًا؛ لأنَّ الأوراق يمكن أن يطعن فيها بالتزوير، ومن أدلة التزوير الشهادة العادية، فما بالك لو بلغت الشهادة إلى حد التواتر؟ ولا شك أن يؤخذ بها لكونها أحرى وأولى[2]، وكذا لو تعارض التواتر مع بقية طرق الإثبات فإنه يقدم؛ لإفادته اليقين.

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالتواتر

لم ينص القانون –اليمني والمغربي– على الترجيح بالتواتر عند تعارضها مع الأدلة القضائية، ولكن نصوص القانونين لا تمانع من ترجيح شهادة التواتر على غيرها من الأدلة؛ لإفادتها العلم اليقيني.

ثانيا: الترجيح بعلم القاضي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

لفظ القاعدة: ترجيح علم القاضي على غيره من الأدلة.

اشترطَ فقهاءُ الشريعة الإسلامية في من يتولى منصب القضاء عدةُ شروطٍ، وهذه الشروط أمَّا منصوص عليها بنصوص شرعية صريحة أو استنباطًا، وتشدد الفقهاء في هذه الشروط،

(1) الطريقة الواضحة الى البينة الراجحة، محمود حمزة، ص240، 241.

(2) طرق الإثبات الشرعية، أحمد بك، ص84.

وذلك حرصًا منهم في أن يكون المتولي لهذا المنصب الشرعي في كامل الأهلية، وفي غاية الورع، وقلة الطمع، حتى يقوم القاضي بمهمته الموكلة إليه في أتم وجهٍ، من إحقاق الحق، وحفظ الدماء، وصون الأعراض، فإذا توافرت هذه الشروط الشرعية في القاضي فإنَّه يكون بلغ قمة الورع في دينه، ومنتهى الثقة بأحكامه القضائية.

فإذا كان القاضي بهذه الصفة وحصل لديه علمٌ بواقعة مادية، أو تصرف قانوني، خارج مجلس القضاء وذلك في نزاع معروض عليه، أو عرض عليه بعد علمه فما مدى حجية هذا العلم هل للقاضي أن يحكم به ؟ وإذا تعارض هذا العلم مع شهادة شهود أدلوا بشهادتهم أمامه، أو قدّم أحد الأطراف دليلًا كتابيًا، أو مستندًا يتعارض مع علم القاضي، فهل يُرجح علم القاضي في وقت التعارض، أم يحكم فيما قدم إليه من أدلة بناءً على ظاهر الحال من الأدلة المقدمة إليه؟ هذا ما سيتم توضيحه فيما يلي.

الفقر الأولى: ماهية علم القاضي.

يعتبر علم القاضي بالواقعة المعروضة عليه من الأمور المهمة التي حظيت بكثير من الاهتمام من قبل الفقهاء، واعتبروه طريقا من طرق الإثبات، لذا لزم بيان المراد بحقيقة علم القاضي وبيان ذلك فيما يلي:

أ- حقيقة علم القاضي

- تعريف علم القاضي

علم القاضي هو: هو ظنه المؤكد الذي يُجَوِّز له الشهادة مستندًا إليه[1].

ومراد العلماء بقولهم قضاء القاضي بعلمه ليس المراد حقيقة العلم بل غالب الظن[2]. فعلم القاضي الذي نتكلم عنة باعتباره دليلًا من أدلة الإثبات علمه المتحصل عنده خارج

(1) تحفة المحتاج شرح المنهاج، ابن حجر، ج10، ص148.

(2) الذخيرة، القرافي ج2، ص31.

مجلس القضاء، بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها، أو علمه بحادثة، تستوجب حكمًا فيها بحق مالي أو غير مالي على شخص ما[1].

- حكم القاضي بخلاف علمه

أجمع العلماء أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه بالإجماع[2].

وذلك كما لو شهدت عنده بينة برق، أو نكاح، أو ملك من يعلم حريته، أو بينونتها، أو عدم ملكه؛ لأنه قاطع ببطلان الحكم حينئذ، والحكم بالباطل محرم، ولا يجوز له القضاء في هذه الصورة بعلمه لمعارضتها بالبينة مع عدالتها ظاهرا[3]، وكذا بأن يدعى عنده بمال وقد رأه أقرضه إياه قبل، أو سمعه قبل أقر له به، مع احتمال الإبراء[4].

وما دام أن أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه فهل يسمى علمه حجة؟

علم القاضي لا يسمى حجة في قضائه، بل بدل حجة؛ لأن المقصود إثارة الظن عند الحاكم، فإذا حصل ذلك، أو أقوى منه قام مقامه[5].

ب- أقوال العلماء في مسألة قضاء القاضي بعلمه

تحرير محل النزاع في اختلاف الفقهاء في جواز حكم القاضي بعلمه، هو العلم الشخصي المستفاد من خارج مجلس القضاء في نزاع معروض عليه، فخرج بذلك علمه المتحصل أثناء نظر النزاع، وعلمه بحال شهود الواقعة جرحًا وتعديلًا.

---

(1)ا لمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1413هـ، ج5، ص115.

(2) منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحي بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار المنهاج، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005م، ص561.

(3) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس الرملي (المتوفى: 1004هـ)، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي الأقهري (1087هـ)، وحاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي (1096هـ)، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، بيروت، 1404هـ-1984م، ج، 8، ص359، وتحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص148.

(4) نهاية المحتاج، الرملي، ج8، ص359.

(5) الذخيرة، القرافي، ج10، ص87.

فعندما تعرض القضية على القاضي ولديه فيها علم مسبق، وذلك بأن رأى شخصًا يقتل شخصًا، أو رأى من أبان زوجته يعاشرها معاشرة الأزواج، فهل يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه؟ اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهبت الحنفية والشافعية، والزيدية إلى جواز قضاء القاضي بعلمه، واختلفوا في بعض التفاصيل، وسوف نوضحها فيما يلي:

مذهب الحنفية: للحنفية في المسألة رأيان[1]:

الرأي الأول: يجوز قضاء القاضي بعلمه، وهذ قول الإمام أبي حنيفة، وذلك أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله، من قرض، أو بيع، أو غصب، أو تكليف، أو قتل عمد، أو حد قذف، فلو علم قبل القضاء في حقوق العباد، ثم وليّ، فرفعت إليه تلك الحادثة، أو علمها في حال قضائه في غير مصره، ثم دخله فرفعت إليه لا يقضي عنده.

الرأي الثاني: المعتمد عند المتأخرين من فقهاء الحنفية أنه لفساد قضاة الزمان، الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا، وإن علم القاضي في طلاق، وعتاق، وغصب أمر من باب الحسبة بأن يحال بين المطلق وزوجه، والمعتق وأمته أو عبده، والغاصب وما غصبه، بأن يجعله تحت يد أمين إلى أن يثبت ما علمه القاضي بوجه شرعي.

وعلل الإمام أبو حنيفة أَنَّهُ لَا يَقْضِي بِهِ فِي الْحُدُودِ الْخَالِصَةِ؛ لِأَنَّ الْحُدُودَ يُحْتَاطُ فِي دَرْئِهَا، وَلَيْسَ مِنْ الِاحْتِيَاطِ فِيهَا الِاكْتِفَاءُ بِعِلْمِ نَفْسِهِ؛ وَلِأَنَّ الْحُجَّةَ فِي وَضْعِ الشَّيْءِ، هِيَ الْبَيِّنَةُ الَّتِي تَتَكَلَّمُ بِهَا، وَمَعْنَى الْبَيِّنَةِ وَإِنْ وُجِدَ، فَقَدْ فَاتَتْ صُورَتُهَا، وَفَوَاتُ الصُّورَةِ يُورِثُ شُبْهَةً، وَالْحُدُودُ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ، ولأنها حقوق مبنية على المساهلة والمسامحة، وأما حقوق الآدميين مما علمه

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص7، وحاشية ابن عابدين ج5، ص439.

قبل ولايته لم يحكم به، وما علمه بعد ولايته حكم به؛ لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، وما علمه في ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته[1].

مذهب الشافعية: ذهبت الشافعية على أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بلا خلاف علمه، وفي جواز قضاء القاضي بعلمه فقد قال النووي: والأظهر أنه يقضي بعلمه إلا في حدود الله تعالى[2].

شروط قضاء القاضي بعلمه عند الشافعية:

الشرط الأول: أن يصرح بمستنده في الحكم فيقول: علمت أن له عليك ما ادعاه، وقضيت أو حكمت عليك بعلمي فإن ترك أحد هذين اللفظين لم ينفذ حكمه.

الشرط الثاني: ألا يكون القضاء لنفسه ولا لبعض من أصله وفرعه ولا لشريكه في المشترك[3].

الشرط الثالث: إذا شهد رجلان تعرف عدالتهما فله أن يقضي ويغنيه علمه بها عن تزكيتهما[4]، وأنه للقاضي يقضي بعلمه في عدالة الشهود وجرحهم.

فإذا شهد عند القاضي شهود فعرف عدالة أو فسقا عمل بعلمه فيهم فيقبل من عرف عدالته ولم يجنح إلى تعديل وإن طلبه الخصم ويرد من عرف فسقه ولا يحتاج إلى بحث[5].

مذهب الزيدية: يجوز أن يحكم الحاكم بعلمه[6].

---

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص7، ودرر الحكام، ملا خسرو، ج2، ص415، والبحر الرائق، ابن نجيم، ج6، ص234، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص439.

(2) منهاج الطالبين، النووي، ص561.

(3) فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين للشيخ زين الدين أحمد بن عبد العزيز المليباري (المتوفى: 987هـ)، دار بن حزم، ط1، بيروت، 1424م، 2004هـ، ص634.

(4) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ج11، ص156.

(5) مغنى المحتاج، الشربيني، ج2، ص303.

(6) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص309.

لذا قال الإمام الشوكاني –عند شرحه لعبارة وله القضاء بما علم–: "أقول أعلم أنَّ غاية ما يحصل للحاكم بشهادة الشهود، أو يمين المنكر، أو إقرار المقر، هو مجرد الظنّ المختلف قوة وضعفًا؛ لأنَّ الصدوق قد يكذب، والمقر على نفسه قد يقر بالباطن لغرض، ولكن هذه لما كانت أسبابًا شرعية وردت في الكتاب والسنة وأجمع عليه أهل الإسلام كان للقضاء بها حقًا في ظاهر الشرع، وجاز للقاضي الاستناد في حكمه إلى الظن؛ لأنَّ هذه الأدلة الواردة في أسباب الحكم هي من جملة مخصصات الأدلة الواردة في النهي عن العمل بالظن والوعيد عليه، كما قيل في أخبار الآحاد ونحوها من الظنيات، ومعلوم لكل عاقل أنه إذا كان الحاكم بعلمه بالقضاء ويدري بالشيء على جليته وحقيقته، فهذا مستند فوق ما يحصل له من تلك الأسباب؛ لأنه علم، والحاصل بتلك الأسباب ظن، ولا خلاف في أن العلم أقوى من الظن، وأن الاستناد إليه مقدم على الاستناد على الظن بل لا يبقي للظن تأثير مع وجود العلم أصلا، فالحاكم الذي حكم بما يعلمه فقد حكم بالعدل والحق والقسط بلا شك ولا شبهة، ولم يكن من علمه مجوزًا أن يكون حكمه باطلًا، وليس ذكر تلك الأسباب إلا لبيان ما هو ممكن في الواقع من التواصل إلى معرفة الحق مع عدم القطع وليس لمطابقة الحكم للواقع، ولهذا يقول الصادق المصدوق –ﷺ–: «إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَقْضِي لَهُ بِنحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّار»[1].

هذا لفظ الحديث في الصحيحين وغيرهما فلا شك ولا ريب أن قضاء الحاكم بعلمه أسكن لخاطره، وأقوى لقلبه، وأقر لعينه، من الحكم بالظن والعمل بما هو أولى هو مقبول لا يخالف فيه إلا من لا يتعقل الحقائق كما ينبغي كما تقرر في الأصول في الكلام على الفحوى.

(1) صحيح البخاري، كِتَاب المَظَالِمِ وَالغَصْبِ، باب اثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، حديث:(2455)، ورواه مسلم في كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم: (1713).

هذا لو قدرنا أن تلك الأسباب لم يرد ما يدل على سببية غيرها، ومعلوم أنَّ التنصيص على بعض الأسباب لا ينفي سببية غيرها، وأما ما قيل من أنه قد ورد ما يدل على انحصار الأسباب فيها هو قوله –ﷺ–: وليس لك الا ذاك"، بعد قوله: «شاهداك أو يمينه»[1].

فيجاب عنه بأنَّ هذا إنَّما يكون دليلًا لو علمنا أن النبي –ﷺ– قد علم بالواقع في تلك القضية وترك العمل بعلمه وعدل إلى طلب البينة واليمين، ولم يثبت ذلك، على أنه يرد على هذا الحصر إقرار من عليه الحق، فإنه أقوى سببية للحكم من البينة واليمين.

فالحاصل أنَّ الحاكم بعلمه حاكم بالعدل، والحق، والتعليل بالتهمة لا وجه له ولا التفات إليه فإن التهمة عن الحكام، العادلين العارفين بما شرعه الله المتعلقين لحجج الله سبحانه منتفية، ولا يعود عليهم من ذلك غرض يصلح لجعله علة أصلًا، وليس محل النزاع هو الحاكم المتهم، بل محل النزاع هو الحاكم الجامع، لما قدمنا ذكره في شروط القضاء وهو أبعد عن الريب وأنزه من أن يزن بعيب.

وأما استثناء الحدود فوجهه أنه إذا لم يحصل النصاب المعتبر فيها كان ذلك شبهة، وهو يدرأ بالشبهات، وأما ما استدل به على هذا الاستثناء من قوله النبي –ﷺ–: «لَوْ رَجَمْتُ أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، رَجَمْتُ هَذِهِ»[2]، كما تقدم في قصة الملاعنة فليس فيه أن النبي –ﷺ– قد علم بوقوع الفاحشة منها، ولكنه استدل على ذلك بما ظهر من القرائن كما تضمنته القصة، وليس ذلك من باب العلم، ومع هذا فالبينة هي ما يبين به الشيء وتظهر عنده حقيقته، والعلم عند الحاكم من هذه الحيثية بينة بل هو أقوى بينة"[3].

---

(1) صحيح البخاري، كِتَاب الرَّهْنِ، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، حديث: (2515)، وصحيح مسلم، كِتَابُ الْإِيمَانَ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين، حديث: (221).

(2) صحيح البخاري، كِتَابُ الطَّلَاقِ، باب قول النبي –ﷺ– لو كنت راجما بغير بينة، حديث: (5310)، وصحيح مسلم، كِتَابُ الطَّلَاقِ، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، حديث: (1497).

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص826، 827، 829.

القول الثاني: ذهبت المالكية والحنابلة إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه ولهم في ذلك تفصيل سنوضحه فيما يلي:

مذهب المالكية: عند المالكية لا يقضي القاضي بعلمه قبل أن يلي أو بعد، ولو أقر أحد الخصمين عند القاضي بشيءٍ وليس عنده أحد ثم يعود المقر إليه فيجحد ذلك الإقرار، فإنه لا يقضي عليه إلا ببينة سواه، فإن لم يكن عنده ببينة شهد هو بذلك عند من فوقه، وكذلك ما أطلع عليه من حد الله عز وجل، أو رأى من غضب، أو سمع من قذف، فليرفعه إلى من فوقه ويكون شاهدًا[1]، وَأنه لَا يَسْتَنِدُ لِعِلْمِهِ إلَّا فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرْحِ[2].

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا علم خلاف ما شهدت به البينة لم يحكم بشهادتها، ولا يجوز له ردها لعدالتها، ويرفع ذلك إلى الأمير الذي فوقه فيشهد بما علم، والبينة بما علمت، ويرى ذلك الآخر رأيه، فإن كانت البينة غير عادلة شهدت بما يعلمه لا يقضي بشهادتها لعدم العدالة، وفي الموازية إذا شهدت العادلة بما يعلم خلافه نفّذ شهادتهم بعد الاستظهار، والأحسن لو خلا بهم فأعلمهم بعلمه فلعلّمهم ينكشف لهم أو له ما وراء ذلك[3].

وأن عدم القضاء بالعلم سواء قبل التولية أو بعدها في غير مجلس قضائه أو فيه، قبل الشروع في المحاكمة أو بعد، وقال عبد الملك وسحنون: يحكم بما علم بعد الشروع[4]، وأنه لا خلاف عندهم في اعتماد القاضي على علمه في الجرح والتعديل[5].

(1) التهذيب في اختصار المدونة للإمام خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني (المتوفى: 373هـ)، تحقيق، محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ الحاج، دار البحوث للدراسات الإسلامية، ط1، دبي، 1423هـ- 2002م، ج3، ص579، وحاشية الدسوقي، ج4، ص158.

(2) مختصر خليل، 221، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص286.

(3) الذخيرة، القرفي، ج10، ص960.

(4) المصدر نفسه، ج10، ص389.

(5) المصدر نفسه، ج10، ص90.

وعلل فقهاء المالكية في جواز اعتماد القاضي على علمه في التعديل بكون علمه به أقوى من البينة المعدلة، فيستند لعلمه به، ولو شهدت ببينة فالتعديل لا يحتاج لطلب التزكية[1]. وأنه لو لم يحكم بعلمه في العدالة، لافتقر إلى معدلين آخرين، وهكذا فيتسلسل وانقطاعه بأن يكون الشاهد ظاهر العدالة[2]. وللقاضي تأديب من أساء عليه في مجلسه، أو على مفتٍ، أو شاهد، أو على خصمه ومن تبين لدده أو كذبه بين يديه[3].

مذهب الحنابلة: لا يحكم الحاكم بعلمه لا في حدٍ، ولا في غيره، قبل الولاية ولا بعدها، وهو قول شريح والشعبي وإسحاق وأبي عبيد، وأن تجويز القضاء يفضي إلى تهمته والحكم بما يشتهي ويحيله على علمه، وأما الجرح والتعديل فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف؛ لأنه لو لم يحكم منه بعلمه لتسلسل، فإن المزكيين يحتاج إلى معرفة عدالتها وجرحها، فإن لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزكيين، ثم كل واحد منهما يحتاج إلى مزكين فيتسلسل، وما نحن فيه بخلافه لِأَنَّ التُّهْمَةَ لَا تَلْحَقُهُ فِي ذَلِكَ لِأَنَّ صِفَاتِ الشُّهُودِ مَعْنًى ظَاهِر[4].

– أدلة القائلين للقاضي أن يقضي بعلمه:

الدليل الأول: إن القاضي مستيقن قاطع لصحة ما يقضي به إذا علمه علم اليقين، وليست الشهادة عنده كذلك، فعِلْمَهُ أَقْوَى مِنَ الشَّهَادَةِ لِأَنَّهُ يتيقن مَا عَلِمَهُ وَالشهادة قد تكون كاذبة أو واهمة، وعلمه بالشيء أوكد، لأنه ينتفي عنه في علمه الشك والارتياب، وقد أجمعوا أن له أن يعدل ويسقط العدول بعلمه، فكذلك ما علم صحته. وأجمعوا أيضا على أنه إذا علم

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص158.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص158، وتحبير المختصر، وهو الشرح الوسط على مختصر خليل للشيخ تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري (المتوفى: 803 هـ)، تحقيق، أحمد بن عبد الكريم نجيب، حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمحطوطات وخدمة التراث، ط1، 1434هـ- 2013م، ج5، ص56.

(3) حاشية الدسوقي،ج4، ص158.

(4) المغنى، ابن قدامة، ج10، ص50، وكشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي (المتوفى: 1051هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، بدون ت، ج6، ص335.

أن ما شهد به الشهود على غير ما شهدوا به أنَّه ينفذ علمه في رد شهادتهم، ولا يقضي لشهادتهم ويردها بعلمه[1].

ويناقش هذا الاستدلال بأن علم القاضي بالواقعة يؤدي إلى علم اليقين، ولكن القاضي يكون محل تهمة، وذلك أنه يدعي ثبوت الشيء بعلمه، وهذا العلم لا يعلم إلا من جهته، والأصل في ثبوت الوقائع أن تكون بدليل وهذا الدليل لا بد أن يكون محايدًا.

الدليل الثاني: قول الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ﴾[2]، و حديث عبادة بن الصامت–رضي الله عنه قال: «بَايَعْنَا رَسُولَ اللَّهِ –ﷺ– عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي المَنْشَطِ وَالمَكْرَهِ، وَأَنْ لاَ نُنَازِعَ الأَمْرَ أَهْلَهُ، وَأَنْ نَقُومَ أَوْ نَقُولَ بِالحَقِّ حَيْثُمَا كُنَّا، لاَ نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لاَئِمٍ»[3].

دلالة الآية والحديث ظاهرة هي قول الحق، ومن ذلك قضاء القاضي بعلمه هو القيام بالقسط وقول الحق.

الدليل الثالث: حديث عائشة في قصة هند بنت عتبة مع زوجها أبي سفيان بن حرب في قول النبي –ﷺ– فيه: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[4]، فقضى لها بوجوب النفقة على زوجها ولم يكلفها ببينة؛ لأنه علم صدق قولها من قبل زوجها وحاله التي عرف منه وأنه

(1) الاستذكار، يوسف بن عبد الله بن ممد بن عبد البر (المتوفى: 463هـ)، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ج94/7، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1421هـ– 2000م، ج7، ص93، وفتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر (المتوفى: 852هـ)، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، تخريج محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بدون ط، بيروت، 1379هـ، ج13، 139.

(2) سورة النساء، الآية: 135.

(3) صحيح البخاري، كتاب الفتن، باب، كيف يبايع الناس الإمام، رقم: (7199)، وصحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، حديث: (1709).

(4) صحيح البخاري، كِتَابُ الأَحْكَامِ، بَابُ من رأى للقاضي أَنْ يَحْكُمَ بِعِلْمِهِ فِي أَمْرِ النَّاسِ، إِذَا لَمْ يَخَفِ الظُّنُونَ وَالتُّهَمَةَ، حديث: (7161).

إنما يقضي بما يسمع فيما طريقة السمع من الإقرار والبينة، وأما ما كان طريقة علمه فإنه يقضي فيه بعلمه[1].

الدليل الرابع: إن الحاكم يحكم بالشاهدين لأنهما يغلبان على الظن، فما تحقه وقطع به فكان أولى، ولأنه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم فكذلك في ثبوت الحق قياسًا عليه[2].

ويناقش ذلك: بأن حكمه بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم لأنه لو يحكم بعلمه في ذلك لأدى إلى تسلسل الشهود وهكذا إلى مالا ينتهي، والمطلوب من القاضي سلوك أقرب الطرق للوصول إلى الحق.

– أدلة المانعين لقضاء القاضي بعلمه:

استدل المانعون لقضاء القاضي بعلمه بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روته أم سلمة زوج النبي –ﷺ– قال: «إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ؛ فأَقْضِي لَهُ بِنحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بحَقِّ أَخِيهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّار»[3].

وجه الدلالة من الحديث: أنه لم يقل على نحو ما علمت منه، أومن قصته، وإنما قال على نحو ما أسمع[4].

ويناقش هذا بأن ما قاله –ﷺ–: هل هو فتيا أم قضاء، فإذا كان قضاء، فكيف يقضي –ﷺ– على غائب.

الدليل الثاني: ما روته عَائِشَةُ–رضي الله عنها–، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ –ﷺ– بَعَثَ أَبَا جَهْمِ بْنَ حُذَيْفَةَ مُصَدِّقًا فَلَاجَّهُ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهُ، فَأَتَوُا النَّبِيَّ –ﷺ– فَقَالُوا: الْقَوَدَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ –ﷺ–: «لَكُمْ كَذَا وَكَذَا»، فَلَمْ يَرْضَوْا، فَقَالَ: «لَكُمْ كَذَا وَكَذَا» فَرَضُوا،

(1) الاستذكار، ابن عبد البر، ج7، ص94، وفتح الباري، ابن حجر، ج13، ص193.

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص49.

(3) سبق تخريجه.

(4) الاستذكار، بن عبد البر، 7، ص93.

فَقَالَ النَّبِيُّ -ﷺ-: «إِنِّي خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ؟» قَالُوا: نَعَمْ، فَخَطَبَ النَّبِيُّ -ﷺ- فَقَالَ: «إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيِّينَ أَتَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوَدَ، فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا، أَرَضِيتُمْ؟» قَالُوا: لَا، فَهَمَّ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ -ﷺ- أَنْ يَكُفُّوا، فَكَفُّوا، ثُمَّ دَعَاهُمْ فَزَادَهُمْ، فَقَالَ: «أَرَضِيتُمْ؟» قَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: «إِنِّي خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ» قَالُوا: نَعَمْ. فَخَطَبَ النَّبِيُّ -ﷺ- ثُمَّ قَالَ: «أَرَضِيتُمْ؟» قَالُوا: نَعَمْ[1].

وجهه الاستدلال: قال ابن عبد البر: وهذا بين لأنه لم يأخذ منهم، مما علم منهم ولا قضى بذلك عليهم وقد علم رضاهم[2]، لأنهم لما رضوا بما أعطاهم النبي -ﷺ- ثم رجعوا عنه فلم يلزمهم برضاهم الأول حتى كان ما رضوا به ظاهرًا[3].

الدليل الثالث: وَاحْتَجَّ مَنْ فَصَّلَ بِأَنَّ الَّذِي عَلِمَهُ الْحَاكِمُ قَبْلَ الْقَضَاءِ كَانَ عَلَى طَرِيقِ الشَّهَادَةِ فَلَوْ حَكَمَ بِهِ لَحَكَمَ بِشَهَادَةِ نَفْسِهِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ قَضَى بِدَعْوَاهُ عَلَى غَيْرِهِ وَأَيْضًا فَيَكُونُ كَالْحَاكِمِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ[4].

وأجاب المجيزون: عما احتج به المانعون من التهمة أن القاضي لو قال ثبت عندي وصح عندي كذا لزمه قبوله بلا خوف، ولم يبحث عما ثبت به وصح، والتهمة قائمة، وسواء على القوليين ما علمه في زمن ولايته وما علمه في غيرهما، وأجازوا ذلك في المال قطعًا، وكذا القصاص وحد القذف على التطهر، ولا يجوز في حدٍّ غيره[5].

---

(1) سنن ابن ماجه، -ابن ماجة - وماجة اسم أبيه يزيد أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ) تحقيق، شعيب الأرنؤوط، وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م، كِتَابُ الدِّيَاتِ، باب الجارح يفتدي بالقود، حديث: (2638)، وسنن أبي داود، كِتَاب الدِّيَاتِ، باب العامل يصاب على يديه خطأ، حديث: (4534).

(2) الاستذكار، ابن عبد البر، ج7، ص93.

(3) معالم السنن، شرح سنن أبي داود، أحمد بن محمد المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1351هـ، ج4، ص20.

(4) فتح الباري، ابن حجر، ج13، ص139.

(5) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ج11، ص156.

الرأي الراجح: جواز قضاء القاضي بعلمه ما عدا الحدود والقصاص، فإذا كان يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في التعديل والجرح باتفاق الفقهاء فإنه يجوز له القضاء بعلمه في غير الجرح والتعديل، ولكنْ جواز القاضي بعلمه هو القاضي الصالح التقي الذي لا تثور حوله الشكوك وتنتفي عنه الريب، وأما من كان بعكس ذلك فليس هو محل النزاع، ويظهر أثر هذا الترجيح عند تعارض علم القاضي مع بقية الأدلة القضائية ويكون النظام القضائي الذي يسير عليه القاضي يُجِيز له الحكم بعلمه.

الفقرة الثانية: التعارض بين علم القاضي والأدلة القضائية.

علم القاضي باعتباره دليلا من أدلة الإثبات فقد يتعارض مع غير من الأدلة، وهذا التعارض يستدعي الترجيح وهذا ما سنبينه فيما يأتي.

أ- تعارض الشهادة مع علم القاضي

- تعارض علم القاضي مع شهادة شهود الواقعة

عند التعارض الشهادات وعلم القاضي فإنه يرجح علم القاضي، ولا يجوز للقاضي أن يقضي بخلاف علمه.

قال الطّوفي في شرحه: ولو علم يقيناً خلاف ما شهدت به البينة؛ فينبغي أن يتعين عليه الحكم بما علمه، ويصير بمثابة منكر اختص بعلمه، قادر على إزالته، بل هذا هو عينه، وصورة من صوره[1].

وقال النووي في فتاويه: "أجمع المسلمون على أنه لا يقضي على خلاف علمه، وإن شهد به عدولٌ كثيرون"[2].

(1) الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، أحمد بن محمد بن أحمد بن حمد المنقور (المتوفى: 1125هـ)، شركة الطباعة، ط5، المملكة العربية السعودية، 1407هـ- 1987م، ج2، 219.

(2) فتاوى الإمام النووي المسماة "بالمسائل المنثورة"، يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، ترتيب، علاء الدين ابن العطار، تحقيق، محمد الحجار، دار البشائر الإسلامية، ط6، بيروت- لبنان، 1417هـ- 1917م، ص228.

وعلى هذا إذا تعارض علم القاضي مع شهادة الشهود أو مع الإقرار، فإنه يقضي بعلمه، وذلك بناء على القائلين بالجواز، وَذلك لِأَنَّ الْعِلْمَ الْمُسْتفاد له في زمن القضاء فوق الإقرار، لكونه حجة متعدية إلى الناس كافة بِمَنْزِلَةِ الْبَيِّنَةِ، وَكَوْنِ الْإِقْرَارِ حُجَّةً مُقْتَصِرَةً عَلَى الْمُقِرِّ خاصة، ثُمَّ لَمَّا انْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ بِإِقْرَارِ الْمُدَّعِي فَبِعِلْمِ الْقَاضِي أَوْلَى[1].

- تعارض علم القاضي في التعديل والتجريح مع الشهادة.

اتفق الفقهاء على جواز أن يحكم القاضي بعلمه في تعديل وتجريح شهود الواقعة، وهذا قد تم توضيحه سلفًا، ولكن ما الحكم إذا تعارض علم القاضي مع شهود الجرج والتعديل أو مع إقرار الخصم بعدالة الشهود؟

إذا تعارض علم القاضي في الجرح مع البينة المعدلة، فإنه يقضي بعلمه؛ وذلك لأنَّ علمه بالجرج أقوى من البينة، ويستند في التعديل لإقرار الخصم بعدالة الشهود حتى ولو خالف علم القاضي، أو علمت البينة خلافه[2].

ب- تعارض القرائن مع علم القاضي

إذا تعارضت القرينة مع علم القاضي فإن القاضي يرجح علمه الشخصي، فإذا علم القاضي أنَّ الحق المتنازع عليه هو للمدعي، وكانت اليد فيه للمدعى عليه، وعجز المدعي عن إحضار حججه وأسانيده، فلا يجوز للقاضي أن يحكم ببقاء الحال على ما هو عليه، وترك العين بيد المدعى عليه، لأنه لا يجوز له أن يقضي بخلاف علمه.

ج- الحكم بعلم القاضي في الترجيح بين الأدلة القضائية

يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في الترجيح بين الأدلة القضائية، وتمييز القوي من الضعيف، قال ابن رشد: "أجمعوا على أنّ القاضي يحكم بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن هناك خلاف"[3]، فحكم القاضي بعلمه في الترجيح بين الأدلة

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص232.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص159.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد الحفيد، خرج أحاديثه أحمد أبو المجد، دار العقيدة، ط1، القاهرة- مصر، 2004م، ج2، ص555.

يكون مبنيًا على علمه المستند إلى قاعدة فقهيةٍ، أو قرينة حالية، أو غير ذلك، فللقاضي بعلمه أن يبدي من الطعون في الأدلة القضائية ما لم يظهره أطراف الدعوى، أو لم يطرح في بساط البحث والمناقشة، فيستبعد من الأدلة ما كان ناقصًا لشرطه، ضعيفًا في دلالته، واهيًا في حجته، فيكون القاضي قد سلك الطريق الشرعي الأقرب إلى السلامة والنجاة، وعلى هذا فإن القاضي لا يُعْلم أطراف النزاع بوجود تعارض بين الأدلة القضائية لغرض أنْ يقدموا أدلة أخرى تعزز حججهم، وتقوي مستنداتهم، وإنما عليه عند بيان أسباب وحيثيات الحكم وهو يناقش الأدلة أن بين أوجه الرجحان في أدلة الخصوم، والميزة التي تعدّ مرجحًا، ولأطراف النزاع الاستئناف الجزئي في تقدير قوة الدليل واعتباره مرجحًا؛ كونه من مسائل الموضوع.

الفقرة الثالثة: الاستثناءات الواردة على الترجيح بالعلم اليقيني

إذا كان الأصل أن العلم اليقيني يرجح على العلم الظني إلا أن هناك استثناءات قد وردت على هذا المبدأ، وهو ترجيح بعض الأدلة الظنية على الأدلة اليقينية ومن ذلك صور:

الصورة الأولى: إذا تعارض علم القاضي مع إقرار المدعى عليه.

إذا علم القاضي إبراء الدائن المدين له من الدين، ثم أقر المدين عند القاضي أن دين الدائن باق عليه وهو –أي المدين– يعلم بصدور الإبراء من الدائن فقد تعارض علم القاضي مع الاقرار[1].

قال البلقيني: يقضي على المقر بما أقر به وإن كان على خلاف علمه؛ لأن الخصم قد أقر بما يدفع علم القاضي، واستثناه البلقيني من القضاء بالعلم، ورد الخطيب الشربيني كلام البلقيني بأنه ليس قضاء على خلاف العلم، لأن الإقرار المتأخر من الخصم رفع حكم الإبراء فصار العمل بالإقرار[2].

الصورة الثانية: ترجيح الشهادة إذا كانت معها زيادة على علم القاضي.

(1) حسن الفهم لمسألة القضاء بالعلم (قضاء القاضي بعلمه)، محمد أبو الهدى اليعقوبي، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، 1421هـ– 2000م، ص124.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص366.

إذا تعارض علم القاضي بعدالة شاهد مع ما أثبته المدعى عليه من جرح للشهود إذا كان الجرح مفسرًا وثابتاً ببينة، فلا يعمل القاضي بعلمه، وإنما العمل على ما أثبته المجرّح، لأنَّ لديه زيادة علم لم تبلغ القاضي[1]، لذا فإنَّ الفقهاء يشترطون في حكم القاضي بعلمه في التجريح والتعديل ألَّا يطول ما بين علمه بجرحته، وما بين الشهادة بتعديله، فإذا طالت فإن الشهادة تقدم[2].

فكلما تضمنت الأدلة الأخرى زيادة في العلم عن علم القاضي كلَّما ترجحت عليه، ويظهر ذلك إذا تعارض علم القاضي مع تقرير الخبير وتضمن تقرير الخبير زيادة علم، فإنَّه يترجح على علم القاضي.

الفقرة الرابعة: موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه والتعارض بين علم القاضي وبين الأدلة القضائية:

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بعلم القاضي

يتطلب الحديث عن موقف القانون من الترجيح بعلم القاضي بيان الحكم القانوني للقضاء بعلم القاضي، والترجيح عند التعارض وذلك فيما يلي:

- موقف القانون اليمني من قضاء القاضي بعلمه.

منع القانون اليمني الحكم بعلم القاضي، فقد نص على ما يلي: أنه "لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه إلا ما وصل إليه عن طريق مجلس قضائه، فيجب عليه أن يقضي على أساسه"[3]، ونص على ما يلي "لا يجوز إثبات أي واقعه ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانونا وبالإجراءات المقررة قانونا"[4]، ونص كذلك على ما يلي: "يحكم القاضي في الدعوة بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه، ومع ذلك لا يجوز أن يبني حكمه

(1) حسن الفهم لمسألة القضاء بالعلم، اليعقوبي، ص125.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص158.

(3) القانون رقم: (40) لسنة 2002م وتعديله بالقانون رقم: (2) لسنة 2010م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، وزارة الشؤن القانونية، مطابع التوجيه، ط6، اليمن، المادة: (10).

(4) قانون الإجراءات الجزائية المادة: (322).

على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة"[1]، إلا أن هذا المنع قد يشكل عليه ورود بعض المسائل مثل الإخلال بآداب الجلسات، والمنصوص عليه في المادة: (174) من قانون المرافعات والتي تنص على ما يلي: "لرئيس الجلسة أن يخرج من قاعتها من يخل بنظامها، فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة 500 ريال، أو حبسه 24 ساعة"

وكذا يُشكل مسألة الجرائم الواقعة اثناء انعقاد جلسات المحاكمة الواردة في المادة: (176) من قانون المرافعات، والتي تنص على ما يلي: "إذا وقع تعد على هيئة المحكمة أو أحد أعضائها أو أحد العاملين بها اثناء انعقاد الجلسة حاكمت المحكمة المعتدي، وحكمت عليه في الحال بالعقوبة المقررة قانونًا، ولها أن تحاكم شاهد الزور، وتحكم عليه بالعقوبة المقررة قانونا" إلى غير ذلك من المسائل.

فهمنا لم يحكم القاضي بعلمه الشخصي الذي تكوّن لديه من خارج مجلس القضاء، وإنما حكم عليه اثناء انعقاد مجلس القضاء، ووجود خصومة قضائية، مع ما اشترط القانون أن يتم تثبيت ذلك في محاضر جلسات المحاكمة، وتسبيب الحكم الصادر في الجرائم الواقعة أثناء الجلسات، فهذه المسائل وقعت في مجلس القضاء وخارج محل النزاع الوارد عند الفقهاء.

- التعارض والترجيح بين علم القاضي وبين الأدلة القضائية

لم ينظم القانون اليمني مسألة التعارض بين علم القاضي وبين بقية الأدلة، ولكن نص على حالات يجب عليه أن يتنحى وجوبيًا عن نظر القضية، ومنها إذا كان لديه علم خاص بالدعوى المنظورة أمامه[2]، ورتب بطلان إجراءات التحقيق بالنسبة لقاضي التحقيق، وبطلان الحكم القضائي بالنسبة لقاضي الحكم، ورتب انعدام العمل القضائي، واعتباره كأن لم يكن[3]، ويتضح من ذلك أن القاضي يتنحى عن نظر الخصومة، ومن ثّم فإن مسألة التعارض بين

(1) المصدر السابق، المادة: (367).

(2) قانون المرافعات، المادة: (128)، فقرة: (6).

(3) المصدر السابق، المادة: (129).

علمه وبين الأدلة القضائية قد عالجها القانون بتنحيه عن نظر القضية، وهو موقف المالكية الذين نصوا أن على القاضي أن يحيل القضية إلى قاض آخر، ويكون هو شاهدًا فيها.

ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بعلم القاضي

لم نعثر على نص قانوني يعالج مسألة قضاء القاضي بعلمه فضلا عن تعارض علم القاضي مع بقية الأدلة، إلا أن القانون المغربي قد نص على طرق الإثبات وأوردها على سبيل الحصر في المادة: (406) من قانون الالتزامات والعقود، ونص عليها على سبيل الحصر، وهذا يدلُ على عدم جواز أن يحكم القاضي بغيرها من الأدلة، سواء بعلمه، أو غيره، والحكم بعلم القاضي ينافي مبدأ الحياد الذي أرسته القوانين، واعتبرته من المبادئ العامة للمحاكمة العادلة.

- تعارض علم القاضي مع غيره من الأدلة القضائية

لم نجد نصًا في القانون المغربي يعالج هذا الفرض من التعارض، ولكن قاعدة عدم جواز قضاء القاضي بعلمه تعتبر من المبادئ القضائية المتفق عليها في القوانيين، وهذا يدل على أن القاضي لا يقضي بعلمه، فضلًا أن يقضي به إذا تعارض مع الأدلة المعروضة أمامه.

ثالثا: الترجيح بالمعاينة لمحل النزاع

المعاينة تعتبر من الأدلة التي تفيد العلم اليقيني لدى القاضي أثناء نظره للنزاع المعروض عليه، فيحصل العلم اليقيني بطريق المشاهدة لمحل النزاع، فهي أقوى دلالة من الإقرار والشهادة – المبنيين على مجرد الظن المحتمل للحقيقة وعدمها –لبنائه على الجزم واليقين وهو ما سنبينه فيما يلي:

الفقرة الأولى: ماهية المعاينة

لبيان ماهية المعاينة لا بد من الحديث عن تعريفها وحجيتها في الإثبات.

أ- تعريف المعاينة

-المعاينة لغة: النظر وقد عاينه معاينة وعيانا ورآه عيانا: لم يشك في رؤيته إياه، ورأيت فلانا عيانا أي مواجهة، وتعينت الشيء: أبصرته[1].

-اصطلاحا: عرفها التسولي: بقوله: المعاينة تحصل بالوقوف على الأملاك والتطوّف عليها[2]، وعرف المعاينة أثناء الشهادة بمعاينة حوز الصدقة، وهذا تعريف للمعاينة بشكل عام.

أما تعريف المعاينة باعتبارها طريقا من طرق الإثبات فهي: انتقال القاضي في قضية منظورة لديه إلى محل الواقعة محل الدعوى المعروضة عليه لمشاهدة محل النزاع على حقيقته.

ب- حجية المعاينة

المعاينة لها حجيتها في النصوص الشرعية من ذلك.

قول الله تعالى حاكيا عن يوسف:﴿ **وَٱسْتَبَقَا ٱلْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلْبَابِ** ﴾[3]، قال الزمخشري: "فَلَمَّا رَأَى يعنى قطفير وعلم براءة يوسف وصدقه وكذبها قالَ: إِنَّهُ إن قولك ما جَزاءُ مَنْ أَرادَ بِأَهْلِكَ سُوءاً، أو إنّ الأمر وهو طمعها في يوسف مِنْ كَيْدِكُنَّ الخطاب لها ولأمتها[4].

وجه الدلالة معاينته لدلائل الحال وقرائن الواقعة، وهي قد القميص، ولم ينازعه في ذلك الملك.

عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَال: بَيْنَا أَنَا وَاقِفٌ فِي الصَّفِّ يَوْمَ بَدْرٍ، فَنَظَرْتُ عَنْ يَمِينِي وَعَنْ شِمَالِي، فَإِذَا أَنَا بِغُلاَمَيْنِ مِنَ الأَنْصَارِ -حَدِيثَةٍ أَسْنَانُهُمَا، تَمَنَّيْتُ أَنْ

(1) لسان العرب، ابن منظور، باب العين ج10، ص357.

(2) البهجة، التسولي، ج1، ص264.

(3) سورة يوسف، الآية: 25.

(4) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، دار الكتاب العربي، ط3، بيروت، 1407 هـ، ج2، ص219.

أَكُونَ بَيْنَ أَضْلَعَ مِنْهُمَا- فَغَمَزَنِي أَحَدُهُمَا فَقَالَ: يَا عَمِّ هَلْ تَعْرِفُ أَبَا جَهْلٍ؟ قُلْتُ: نَعَمْ، مَا حَاجَتُكَ إِلَيْهِ يَا ابْنَ أَخِي؟ قَالَ: أُخْبِرْتُ أَنَّهُ يَسُبُّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَئِنْ رَأَيْتُهُ لاَ يُفَارِقُ سَوَادِي سَوَادَهُ حَتَّى يَمُوتَ الأَعْجَلُ مِنَّا، فَتَعَجَّبْتُ لِذَلِكَ، فَغَمَزَنِي الآخَرُ، فَقَالَ لِي مِثْلَهَا، فَلَمْ أَنْشَبْ أَنْ نَظَرْتُ إِلَى أَبِي جَهْلٍ يَجُولُ فِي النَّاسِ، قُلْتُ: أَلاَ إِنَّ هَذَا صَاحِبُكُمَا الَّذِي سَأَلْتُمَانِي، فَابْتَدَرَاهُ بِسَيْفَيْهِمَا، فَضَرَبَاهُ حَتَّى قَتَلاَهُ، ثُمَّ انْصَرَفَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -ﷺ- فَأَخْبَرَاهُ فَقَالَ: «أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟»، قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا قَتَلْتُهُ، فَقَالَ: «هَلْ مَسَحْتُمَا سَيْفَيْكُمَا؟»، قَالاَ: لاَ، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ، فَقَالَ: «كِلاَكُمَا قَتَلَهُ، سَلَبُهُ لِمُعَاذِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الجَمُوحِ»، وَكَانَا مُعَاذَ ابْنَ عَفْرَاءَ، وَمُعَاذَ بْنَ عَمْرِو بْنِ الجَمُوحِ، " قَالَ مُحَمَّدٌ: سَمِعَ يُوسُفُ صَالِحًا، وَإِبْرَاهِيمَ أَبَاهُ"[1].

وجه الدلالة من الحديث قوله -ﷺ-: «هَلْ مَسَحْتُمَا سَيْفَيْكُمَا؟»، قَالاَ: لاَ، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ " فنظره للسيفين هو معاينته لهما وبناء الحكم على المعاينة.

ومن ذلك: أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مَخْزُومٍ اسْتَعْدَى عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ عَلَى أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حَرْبٍ، أَنَّهُ ظَلَمَهُ حَدًّا فِي مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا. قَالَ عُمَرُ: إِنِّي لَأَعْلَمُ النَّاسِ بِذَلِكَ، وَرُبَّمَا لَعِبْت أَنَا وَأَنْتَ فِيهِ، وَنَحْنُ غِلْمَانٌ، فَأْتِنِي بِأَبِي سُفْيَانَ. فَأَتَاهُ بِهِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: يَا أَبَا سُفْيَانَ، انْهَضْ بِنَا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا. فَنَهَضُوا، وَنَظَرَ عُمَرُ، فَقَالَ: يَا أَبَا سُفْيَانَ، خُذْ هَذَا الْحَجَرَ مِنْ هَاهُنَا فَضَعْهُ هَاهُنَا. فَقَالَ: وَاَللَّهِ لَا أَفْعَلُ. فَقَالَ: وَاَللَّهِ لَتَفْعَلَنَّ. فَقَالَ: وَاَللَّهِ لَا أَفْعَلُ. فَعَلَاهُ بِالدِّرَّةِ، وَقَالَ: خُذْهُ لَا أُمَّ لَك، فَضَعْهُ هَاهُنَا، فَإِنَّك مَا عَلِمْت قَدِيمَ الظُّلْمِ. فَأَخَذَ أَبُو سُفْيَانَ الْحَجَرَ، وَوَضَعَهُ حَيْثُ قَالَ عُمَرُ، ثُمَّ إنَّ عُمَرَ اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ لَك الْحَمْدُ حَيْثُ لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى غَلَبْت أَبَا سُفْيَانَ عَلَى رَأْيِهِ، وَأَذْلَلْته لِي بِالْإِسْلَامِ. قَالَ: فَاسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ أَبُو سُفْيَانَ، وَقَالَ: اللَّهُمَّ لَك الْحَمْدُ، إذْ لَمْ تُمِتْنِي حَتَّى جَعَلْت فِي قَلْبِي مِنْ الْإِسْلَامِ مَا أَذِلُّ بِهِ لِعُمَرَ[2].

(1) صحيح البخاري، كتاب فرض الخمس، باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلا فله، حديث: (3141)، وصحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، حديث: (1752).

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص49.

قال ابن فرحون: "فَإِنَّهُ لَا بَأْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْكَبَ لِيَنْظُرَ إلَى الشَّيْءِ مَعَ غَيْرِهِ مِنْ النَّاسِ فِيمَا قَدْ تُشُوجِرَ فِيهِ عِنْدَهُ وَاخْتَلَطَ فِيهِ الْأَمْرُ وَطَالَتْ فِيهِ الْخُصُومَةُ وَلَا يَجِدُ سَبِيلًا إلَى مَعْرِفَتِهِ إلَّا بِمُعَايَنَةٍ. وَقَدْ يَكْثُرُ هَذَا فِي بَابِ دَعْوَى الضَّرَرِ وَقَدْ رَكِبَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ –رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ– فِي أَمْرٍ لِيَنْظُرَ إلَيْهِ، فَذُكِرَ لَهُ فِي الطَّرِيقِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ –رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ– وَقَفَ عَلَيْهِ وَحَكَمَ فِيهِ، فَانْصَرَفَ وَلَمْ يَنْظُرْ فِيهِ[1].

ج– موقف الفقه من المعاينة

لم يعقد الفقهاء للمعاينة باباً مع وسائل الإثبات، ولكنهم ذكروا بعض الحالات التي تحتاج إلى المعاينة في أبواب الفقه المتفرقة، ويجب على القاضي أن ينتقل إلى معاينتها، أو أن يرسل نائباً عنه للنظر فيه ونقل الصفة إليه ليحكم[2]، ومن ذلك ما جاء في أسنى المطالب "وَيَعْتَمِدُ الْقَاضِي لَوْثًا عَايَنَهُ"[3]، وما قاله في النهاية كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضاً القضاء به، حتى أن القاضي لو عاين يده في حال قضائه؛ يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد[4].

الفقرة الثانية: تعارض المعاينة مع غيرها من الأدلة

لمعاينة القاضي ومشاهدته: مجلس القضاء هو الشرط للاعتداد بالبينات، والقاضي إذا عاين البضاعة في مجلس القضاء فوجدها تالفة، أو فاسدة وقضى بناءً على ذلك، فإن قضاءه صحيح، ولا يكون من قبيل القضاء بالعلم الشخصي الناشئ عن طريق لم يحدد الشارع للقضاء، بل هو من قبيل القضاء بالبينة لتبين له فساد البضاعة وتلفها[5].

---

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص37، ومعين الحكام، علاء الدين الطرابلسي، ص17.

(2) وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج2، ص951، والقضاء والإثبات الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، صالح عبد الله الظبياني، منشورات دار الجامعة اليمنية، ط1، صنعاء، 1418هـ، ص401.

(3) اسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص99.

(4) علم القضاء، أحمد الحصري، مكتبة الكليات الأزهرية، بدون ط، مصر، 1397هـ– 1977م، ص24، 25.

(5) المصدر السابق نفسه، ص24، 25.

أ- التعارض والترجيح بين المعاينة وبين الإقرار والشهادة.

المعاينة باعتبارها دليلا من أدلة الإثبات قد تتعارض مع بقية الأدلة من إقرار، وشهادة وغيرها، وهذا التعارض له حكمه وهذا ما سنبينه فيما يلي:

- ترجيح المعاينة على إقرار الخصوم.

عندما تتعارض المعاينة مع إقرارات الخصوم فإن المعاينة تقدم على الإقرار؛ لأن المقر قد يكون صادقاً في إقراره، وقد يكون كاذباً، وانتقال القاضي إلى محل النزاع يصل القاضي إلى العلم اليقيني في معرفته لمحل الواقعة، فرؤيته لمحل النزاع يفيد علم اليقين لدى القاضي، وإقرار المقر يفيد العلم الظني، فتقدم المعاينة لوجود مزية فيها، وهو العلم اليقيني في مقابل العلم الظني.

- ترجيح المعاينة على شهادة الشهود.

الْمَقْصُودَ مِنْ الْبَيِّنَةِ لَيْسَ عَيْنَهَا، بَلْ حُصُولُ الْعِلْمِ بِحُكْمِ الْحَادِثَةِ، وعلم القاضي الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة؛ لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأي، وأكبر الظن، والحاصل بالحسي والمشاهدة علم القطع واليقين، فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى[1].

فالمعاينة في تثبيت حدود عقار، أو تجاوز أرض على أخرى، أو في نزاع متعلق بحق ارتفاق كالمجرى والمسيل، أو أضرار في عقار مأجور، أو تقدير أضرار حصل في عقار جراء حريق، أو الإخلال بتنفيذ مقاولة، أو اتلاف مزروعات فإن المعاينة فيها أقوى من الخبر ومن البينة؛ لأن المعاينة دليل مباشر[2].

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص7، وطرق الاثبات الشرعية، أحمد بك، ص69.

(2) القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي، عبد الغفور محمد البياتي وأحمد عبد الغفور البياتي، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، بدون ت، ص217.

فالثابت بالعيان أقوى من حيث الوضوح، لأنَّه محسوس ومشاهد، كما إذا ادعى آخر أنه قتل مؤرثه وهو حي، أو أنه قطع يده وهي قائمة مشاهدة، فالعيان أقوى في الدلالة على ذلك من البرهان، وهذا مما لا خلاف فيه من حيث أن بعض البينات أقوى من بعض[1].

ولأن الشهادة قد يعتورها حين أدائها شيء من التعديل، أو التبديل في تصور المرئيات، أو رواية الوقائع، أو المؤثرات النفسية والشخصية، وأن الشاهد يشهد على ما يتذكر مما شاهده ليس كما حدث فعلاً، بخلاف المعاينة، فإنَّ القاضي يقف على حقيقة الأمر، وكنه النزاع فيكون حكم القاضي يتوافق مع حقيقة الواقع، فتتوافق الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية؛ لابتناءِ الحكم على العلم اليقيني، والجزم والمطابقة.

ب- التعارض والترجيح بين أنواع المعاينة:

فإذا كانت المعاينة اجراءً استدلاليًا يقوم به مأمور الضبط القضائي، وإجراءً من إجراءات التحقيق يقوم بها قاضي التحقيق، ووسيلة من وسائل الإثبات أمام القاضي، وتبين للقاضي أثناء نظره للدعوى وسبره لأغوارها، ومواجهة الأطراف بما حواه ملف القضية أنَّ المعاينة التي أجرتها المحكمة تتعارض مع المعاينة التي أجرتها سلطة التحقيق، أو مأمور والضبط القضائي، أو أن تكون المعاينة التي أجرتها المحكمة تتعارض مع معاينة أخرى أجرتها المحكمة في هيئة أخرى، أو تكون المعاينة التي أجرتها المحكمة الاستئنافية تتعارض مع معاينة قامت بها المحكمة الابتدائية، أو تتعارض مع وسائل الإثبات الأخرى فكيف يتم الترجيح؟

تعتبر المعاينة التي يقوم بها مأمور الضبط اجراءً استدلاليًا، والمعاينة التي يقوم بها الادعاء العام إجراءً تحقيقيًا، والمعاينة التي تقوم بها المحكمة دليلًا من أدلة الإثبات، ووسيلة لإثبات الحقوق، فعند التعارض يكون الترجيح على النحو الآتي:

(1) القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، إبراهيم محمد الحريري، دار عمار، ط1، عمان، 1420هـ-1999م، ص164.

الحالة الأولى: ترجيح المعاينة التي تجريها المحكمة على المعاينة المدونة بالتحقيقات الأولية.

تقوم سلطات الضبط القضائي والنيابة العامة بإجراء التحقيقات في القضايا المعروضة عليها بناء على شكاوى أو تبليغات – فتقوم بالانتقال والمعاينة إلى مكان وقوع الجريمة، فيتم تدوين ممارسات الجريمة، وتحرير محضر المعاينة وإرفاقه بملف القضية، إلا أنه قد يثور شك لدى قاضي الموضوع في المعاينة المدونة في التحقيقات الأولية، والدليل المستمد منها، فإذا انتقل إلى محل الواقعة، وتبين أنَّ ما دون في المحاضر الأولية تتعارض مع ما أثبته في محضره فهنا يكون الترجيح للمعاينة التي تجريها المحكمة؟ وذلك لأن المعاينة تعطي فكرة مادية محسوسة عن الواقعة لا توفرها أوراق الدعوى، ولا أقوال الشهود، ولا تقارير الخبراء التي مهما بلغت من الدقة فإنها لن تستطيع أن تعطي للمحكمة الصورة الصادقة للواقع، كما هو الحال في المعاينة المباشرة حيث إنَّ عدم المشاهدة من قبل المحكمة لمحل النزاع سيجعلها تعتمد على ما يرويه الغير بتكوين عقيدتها، وهذا الغير قد يكون مخطئًا، أو محابيًا، أو غير دقيق[1]، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المعاينة تقل درجة أهميتها –في الجانب الجنائي– كلما طال الوقت بين وقوع الجريمة وإجراء المعاينة، فقد تُفقد معالم الجريمة في مسرح الجريمة، لذا يتعين على القاضي مراعاة ذلك؛ خصوصًا أن حكمه سيكون معيبًا إذا لم يوضح أسباب العدول في حيثيات حكمه.

الحالة الثانية: ترجيح المعاينة التي تجريها الهيئة الخلف على معاينة الهيئة السلف.

قد يقرر قاضي الموضوع الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته، ويثبت ذلك في أوراق ملف القضية، ثم يُقّرر نقل القاضي إلى محكمة أخرى، ويأتي قاضٍ آخر يقرر الانتقال للمعاينة

(1) الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني دراسة مقارنة، مراد محمود الشنيكات، دار الثقافة، ط1، بيروت، 2008م، أحال على عدة مراجع منها أحكام الإثبات، عباس عبودي وغيره، ص65.

وتتعارض المعاينتان، وهنا تقدم معاينة الهيئة الخلف، لأن معاينته مباشرة، ومعاينة الهيئة السلف مثبتة بملف القضية، فهي أشبه بالدليل الكتابي.

الحالة الثالثة: ترجيح المعاينة المفصلة على المعاينة المجملة:

إذا تعاقب نظر الدعوى –في درجة من درجات التقاضي– قاضيان عرض ملف النازلة على هيئة أعلى، فإن الهيئة الأعلى إذا كانت درجة من درجات التقاضي فعليها أن ترجح المعاينة المفصلة على المجملة، أو أن تقرر الانتقال إلى محل الواقعة للترجيح بين المعاينتين.

تبين من خلال ما تم عرضه من حالات للعلم اليقيني، أن الواجب هو العلم ما أمكن، وإلا طلب الأقوى فالأقوى من الظن إلى أضعف ظن وهو خبر العدل الواحد[1].

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالمعاينة

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بالمعاينة

تعتبر المعاينة دليلًا من أدلة الإثبات في القانون اليمني، فقد نصت المادة: (13) من قانون الإثبات على طرق الإثبات ومنها المعاينة، إلَّا أنَّ القانون لم يعالج تعارض المعاينة، والترجيح بينها، وترك ذلك للقضاء.

وتطبيقًا لذلك: نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (65) طعن رقم: (27338) لسنة 1427هـ مدني على ما يلي: "كل ما يثبت بالمعاينة يعتبر دليلًا قائمًا في الدعوى، لا يجوز دحضه إلا بدليل أقوى منه"[2]، وقررت في القاعدة رقم: (12) طعن رقم: (26614) لسنة 1427هـ على ما يلي: "قضاء الحكم بما يخالف ما هو ثابت في محضر المعاينة محل النزاع، أو عدم الأخذ بمحضر المعاينة، يجعل الحكم مشوبًا بالقصور"، وجاء في حيثيات الحكم يتضح ما يلي: "أنَّ محكمة الاستئناف لم تلتفت فيما قضت به إلى محضر المعاينة على أهميته، كدليل في الإثبات الذي قام به عدلا الطرفين، وحيث إن الحكم المطعون فيه قد قضى بإلغاء

(1) المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، صالح بن مهدي المقبلي (المتوفي: 1108هـ)، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1408هـ، ج2، ص294.

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، العدد: (10)، ص199.

الحكم الابتدائي، وكان بناؤه على أدلة تخالف ما هو ثابت في محضر المعاينة، ولم تبين المحكمة أسباب عدم أخذها بقرار المعاينة مما يجعل حكمها معيبًا بالقصور في التسبب بما يوجب نقضته بموجب المادة: (231) مرافعات[1].

واتضح أنَّ الحكم الاستئنافي قد بني على أدلة تخالف دليل المعاينة، ولم تبين محكمة الاستئناف أسباب عدم أخذها بقرار المعاينة، وهذه الأسباب عبارة عن المرجحات التي جعلت المحكمة تعدل عن المعاينة، واعتبرت المحكمة أنَّ العدول عن محضر المعاينة لا بدّ أنْ يكون هناك دليل أقوى من المعاينة.

ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بالمعاينة

نص الفصل: (404) من ظهير قانون الالتزامات على أن وسائل الإثبات التي يقرها القانون هي: إقرار الخصم، والحجة الكتابية، وشهادة الشهود، والقرينة، واليمين والنكول عنها، ولم يذكر منها المعاينة.

ونص الفصل: (67) من قانون المسطرة المدنية على اعتبار المعاينة إجراء من إجراءات التحقيق يقوم به القاضي بنفسه بناء على طلب الأطراف أو طلب المحكمة[2].

ولم توضح نصوص القانونين التعارض بين إجراءات المعاينة، ولكن يمكن للقاضي أن يستعين ما تم ذكره من معايير عند التعارض، والترجيح بناء على ضوئها.

يتبين من خلال ذكر حالات العلم اليقيني حصرها فيما ذُكر، وأنَّ هذه الحالات تفيد العلم الجازم، واليقين القاطع، وهو الأصل في إثبات الحقوق أن تبنى على الدليل القاطع إلا أن هذا اليقين القاطع قد يتعذر، فيتم إثبات الحقوق بالظنون، وعند التعارض بين القطعي مع الظني، فإن العلم اليقيني القطعي يرجح لقوة دلالته.

---

(1) المرجع السابق، ص37.

(2)قانون المسطرة المدنية، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط3، الرباط-المملكة المغربية، 2021م-2022م، المادة:(67).

المطلب الثاني: الترجيح بوصف الأعدلية والأكثرية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

المزية في إحدى الأدلة القضائية من المسائل التي حظيت باهتمامٍ كبيرٍ لدى الفقهاء، وخصوصًا المزية في الشهود، وهو زيادة وصف فيها لم يكن في الآخر، ومن أهمها الزيادة في العدالة، وكثرة العدد، وزيادة العلم والشرف، وكون الشاهد من الخلفاء الراشدين، وغيرها من المزايا.

وذلك لأن زيادة الوصف مظنة الصدق والثقة بها، الذي يولد لدى القاضي طمأنينة ورجحان لكفتي من زادت فيه الوصفية، ولأهمية هذا المرجح سيكون الحديث عنه في فرعين:

الفرع الأول: الترجيح بزيادة العدالة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

العدالة شرط أساسي في قبول الشهادة، وبدونها تصبح الشهادة غير مقبولة، لانعدام الثقة فيها؛ لأنَّ توفر العدالة مظنة صدق الشهادة، فإذا تحقق أصل العدالة المعتبرة شرعًا في كلا البينتين المقدمتين من طرفي الخصومة؛ إلَّا أن إحدى البنتين أعدل من الأخرى، فهل هذه الزيادة في العدالة مرجحة عند التعارض؟

في الحديث عن هذا المرجح يكون من خلال تعريف العدالة، ومن القائلين بهذا المرجح، وأدلتهم، وأدلة المخالفين، وما هي شروط القائلين بهذا المرجح، وما موقف العمل القضائي في اليمن والمغرب من هذا المرجح؟ وسنوضح ذلك على النحو الآتي:

أولًا: العدالة والترجيح بزيادتها

العدالة وصف شرعي، لم يرد في بيان شروطه نص، وإنما ربطت العدالة بناءً على العرف الشرعي الذي كان موجودًا عند نزول النص الشرعي باشتراطها، واجتهد العلماء في إيجاد حدّ لهذا الوصف، وهو ما سنبينه فيما يلي:

الفقرة الأولى: ماهية العدالة

أ- تعريف العدالة

- العدالة لغة: مأخوذة من العدل وهو التسوية والاستقامة، وقد عدَّل الرجلَ عدالة صار عدلاً[1]، ورجل عدل بيّن العدالة[2]، ورجل عدل أي رضى ومقنع في الشهادة[3].

- تعريف العدالة اصطلاحاً: اختلفت أنظار العلماء اختلافًا كبيرًا في تعريف العدالة: فقال الكاساني في تعريفها: "وقال بعضهم: من لم يطعن عليه في بطن، ولا فرج، فهو عدلٌ، وقال بعضهم: من يجتنب الكبائر، وأدى الفرائض، وغلبت حسناته سيئاته فو عدل"[4].

وقال القرافي العدالة: "اجتناب الكبائر وبعض الصغائر والإصرار عليها والمباحات القادحة في المروءة"[5]، وقال أبو الوليد الباجي: "وقد اختلف في حد العدالة والرضا الذي تجوز به الشهادة اختلافاً كثيرًا وأحسن ما قيل في ذلك عندي: أن الشاهد الذي يجتنب الكبائر، ويتوقى الصغائر"[6].

واشتراط العدالة في الشهود ضروري صونًا للنفس والأموال، وتثبت العدالة في الشهود، إما بالاختبار أو بالتزكية[7].

وعدالة الشهود هي الشرط الذي تُبنى عليه القناطر، ويترتب عليه القبول، وهي الشرط الذي لم يشترط الله سبحانه وتعالى في كتابه غيره ولا نبيه على سواه، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا

(1) تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تحقيق مجموعة من المحقيقين، دار الهداية، بدون ط، وبدون ت، ج29، ص448.

(2) المُنَجَّد في اللغة، علي بن الحسن الهُنائي الأزدي (المتوفى: 309هـ)، تحقيق: أحمد مختار عمر، وضاحي عبدالباقي، عالم الكتب، ط3، القاهرة، 1988م، ص262.

(3) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: 393هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط4، بيروت، 1407هـ، ج5، ص1760.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص268.

(5) الذخيرة، القرافي، ج1، ص157.

(6) المقدمات الممهدات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت- لبنان، 1408هـ- 1988م، ج2، ص285.

(7) الذخيرة، القرافي، ج1، ص221 و228.

﴿ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1]، وقوله ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[2]، والمراد بهذه العدالة أن يعلم الحاكم أو يخبره من له اطلاع على حال الشهود، وأنهم حال تأدية الشهادة قائمين بما أوجبه الله عليهم تاركين لما نهاهم عنه، ليسوا ممن يجترئ على الكذب، ولا كانوا ممن شمله حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله -ﷺ-: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا مَحْدُودٍ فِي الْإِسْلَامِ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ»[3].

فالحاصل أن أعظم أركان العدالة تحري الصدق، وعدم التسامح في الكلام والتزيد فيه، فمن كان هكذا فهو الشاهد العدل[4].

ب- حالات العدالة مع غيرها

إن الكلام في الترجيح بزيادة العدالة يفترض ثلاثة أمور:

الأمر الأول: أن تكون إحدى البينتين عادلةً والأخرى فاسقةً، ففي هذه الحالة لا يُقضى بالعين بينهما بالإجماع[5]، وتكون البينة العادلة هي المعتبرة، ولا مجال لمناقشة التعارض والترجيح في الحكم القضائي عند ذكر أسباب وحيثيات الحكم، لأن التعارض يكون عند التساوي، وهنا بونٌ شاسع، ومجرد إهمال دليل، وإعمال الدليل الآخر نوع من الترجيح.

الأمر الثاني: أن تستوي العدالة في البينتين، ففي هذه الحالة تتساقط البينتان[6]؛ لأنَّ البينتين تعارضتا، ولم يوجد مرجح، وللتعارض أثره في إسقاط البينتين[7]، وتكون من قبيل التعارض الذي تعذر معه الترجيح، والحكم في هذه الحالة التساقط، وإهدار كلا الدليلين.

---

(1) سورة الطلاق، الآية: 2.

(2) سورة البقرة، الآية: 282.

(3) سنن ابن ماجه، كِتَابُ الْأَحْكَامِ، بَابُ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ، حديث: (2266)، وسنن أبي داود، كِتَاب الْأَقْضِيَةِ، باب من ترد شهادته، حديث: (3601).

(4) السيل الجرار، الشوكاني، ص773.

(5) طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: محمد عبد الحميد الأسمندي (552هـ)، تحقيق، محمد زكي عبد البر، مكتبة دار التراث، ط2، القاهرة- مصر، 1428هـ، ص401.

(6) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص65.

(7) المغني، ابن قدامة، ج10، ص236.

الأمر الثالث: أن تكون كلا البينتين عادلة، وفي أحدهما زيادة عدالة، ففي هذه الحالة اختلف أهل العلم، لأن متى صحت الأدلة القضائية، ووجد في أحدها ميزة تعدّ وصفًا لذلك الدليل.

وبهذا يكون تحرير محل النزاع بين أهل العلم في الحالة الثالثة عند تحقق العدالة في كلا الدليلين، ومع أحدهما مزية زيادة العدالة، فهل هذا المزية مرجحة؟ سيكون الجواب عنه في الآتي:

الفقرة الثانية: أقوال العلماء في الترجيح بزيادة العدالة

اختلف أهل العلم في الترجيح بزيادة العدالة إلى ما يلي:

القول الأول: ذهبت المالكية والشافعي في القديم وبعض أصحابه كالاصطخري، وبعض الحنابلة كابن أبي موسى وأبي الخطاب وأبي محمد الجوزي وقول مخرّج من قول الخرقي والإمام الشوكاني إلى الترجيح بزيادة العدالة.[1]

أدلة القائلين بالترجيح بزيادة العدالة، استدل القائلون بالترجيح بزيادة العدالة بالآتي:

– أنَّ النفس بقوة العدالة أوثق، ولذلك رُجِّحت بها أخبار الرسول –ﷺ– إذا تعارضت فوجب أن ترجح بها الشهادات إذا تعارضت[2].

ويناقش هذا الاستدلال: أنه فرق بين الرواية والشهادة، فالرواية يتوسع فيها، ولا تراعى فيها ما يشترط في الشهادة.

(1) المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت– لبنان، 1415هـ– 1994م، ج4، ص46، ونهاية المطلب، الجويني، ج17، ص306، والبيان في مذهب الامام الشافعي، يحيى بن أبي الخير العمراني (المتوفى: 558هـ)، تحقيق، قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط1، جدة، 1421هـ، ج13، ص166، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص387، والسيل الجرار، الشوكاني، ص779، 770.

(2) الحاوي، الماوردي، ج17، ص306.

– إن العدالة تثير الظن في الأعدل أقوى فيقدم بها، كأخبار الآحاد إذا رُجح أحدهما بلا عدد فيكون هو المعتبر؛ لقوله –ﷺ–: «أمرنا أن نحكم بالظاهر»[1]، ولأن في الشهادة أكثر من المرويات بدليل جواز العبد والمرأة المنفردة في الرواية دون الشهادة، ولمَّا كان الاحتياط أكثر في الشهادة وجب ألا يعدل من الأعدل والظنِّ الأقوى فيها قياساً في هذا الوجه الأول الجامع هو الظنّ وإذا اختلفت الجوامع في القياس تعددت[2].

وفي الشهادة إنَّما اعتبرت لغلبة الظنِّ في المشهود به فإذا قوية العدالة كان الظنُّ أقوى[3].

ويناقش هذا الاستدلال: بأن زيادة العدالة وإن كانت تثير الظن القوي إلا أنها غير منضبطة، فتكون سلطة تحكمية لدى القاضي خالية من الضوابط.

– ارتفاع إحدى الشهادتين المتعارضتين بأيّ مزية من المزايا تعتبرها راجحةً، فتكون الأخرى مرجوحة، والظن لصحة الراجحة أقوى، كما أنه بصحة المرجوحة أنقص، وقد تبلغ إلى مرتبة لا يبقى للمرجوحة تأثير في حصول الظن المعتبر، وليس اعتبار مجرد وجود النصاب مقتضيًا إلا مع عدم المانع، ووجود الشهادة الراجحة من جملة ما يصدق عليه وصف المانعية[4].

ويناقش هذا الاستدلال: أن محل الخلاف عند تساوي الظنون في العدالة، أما إذا بلغت زيادة العدالة مرتبة الرجحان، وكانت الشهادة الأخرى مرجوحة؛ فإن هذا يدل على أن الشهادة المرجوحة افتقدت شرطًا سَلَبَها العدالة.

---

(1) قال ابن الملقن: هَذَا الحَدِيث لم أره كَذَلِك، وَأَنْكرهُ الْحَافِظ جمال الدَّين الْمزي، تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المعروف بابن الملقن (المتوفى: 804هـ)، تحقيق، حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994م، ص80، وقال الشوكاني عنه: وَهُوَ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ مِنْ وَجْهٍ مُعْتَبَرٍ فَلَهُ شَوَاهِدُ مُتَّفَقٌ، نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، ط1، مصر، 1413هـ، ج1، ص360.

(2) الذخيرة، القرافي، ج10، ص196.

(3) الشرح الكبير على المقنع، عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، دار الكتاب العربي (المتوفى: 682هـ)، أشرف على طباعته محمد رشيد رضا، القاهرة، بدون ط، بدون ت، ج12، ص192، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص388.

(4) السيل الجرار، الشوكاني، ص779، 780.

القول الثاني: ذهبت الحنفية والشافعية في المعتمد عندهم والحنابلة والزيدية إلى عدم الترجيح بزيادة العدالة، وأنه إذا أقام كل واحد من المتداعيين على ما تنازعاه من العين، ولم يكن لكل واحدٌ منهما يد، وترجحت بينة أحدهما بزيادة العدالة على بينة الآخر، فهما في التعارض سواء، ولا يغلب الحكم بالبينة الزائدة بالعدالة، وأنه متى صحت شهادة لم تؤثر مزية الزيادة على الأخرى فيما يرجع على الشهود، لا بكثرة العدد ولا بزيادة العدالة، مع حصول نصابها في الأصول[1].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

-إن المعتبر أصل العدالة، والعدالة ليست بذي حد، ولا يقع الترجيح بها[2].

ويناقش هذا الاستدلال: إن الشارع علق قبول الشهادة بالعدالة والرضا، والعدالة وصف، ولم يرد في الشرع تعريف وصف العدالة، وكل مالا يضبطه الشرع ولا اللغة فإن العرف يضبطه، والعدالة تختلف باختلاف الأشخاص، لذا فإن العرف القضائي هو الذي يميز ما بين العدل والأعدل، خصوصا أن العدالة والتجريح يحكم فيها القاضي بعلمه الشخصي.

تم الرد على القائلين بجواز الترجيح بالآتي:

- إنه لما جاز الاقتصار على قبول العدل مع مَن هو أعدل دلَّ على ألَّا تأثير لزيادة العدالة[3].

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج6، 271، والبحر الرائق، ابن نجيم، ج7، ص246، وملتقى الأبحر، إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي (المتوفى: 956هـ)، تحقيق، خليل بن عمران المنصور، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1419هـ- 1998م، ج2، ص280، وحاشية ابن عابدين، ج5، ص576، والحاوي، الماوردي، ج17، ص306، وروضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ج12، ص52، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص251، والإنصاف، المرداوي، ج11، 387، والتاج المذهب، العنسي، ج6، ص239.

(2) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص246، حاشية ابن عابدين، ج5، ص576.

(3) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307.

– إن الشهادة متفق فيها على خبر الاثنين، فصار الحكم متعلقًا بهما دون اعتبار الظن. ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهنَّ، وإن كثرنَ حتى صار الظن بشهادتهنَّ أغلب من شهادة الذكرين[1].

– إنَّ الزيادة إذا كانت من جنس الحجة لا يقع الترجيح بها[2].

رد القائلون بالترجيح على من منع عدم الترجيح بزيادة العدالة:

– إنَّ وصف العدالة مطلوب في الشهادة وهو موكول إلى اجتهادنا، وهو متزايد في نفسه، فما رجحنا إلا في موضع اجتهاد لا في موضع التقرير.

– أنّا لا ندعي أنَّ الظن كيفما كان يعتبر، بل ندعي أنَّ مزيد الظن بعد حصول أصله معتبر، كما أنَّ قرائن الأحوال لا تثبت بها الأحكام والفتاوى وإن حصّلت ظناً أكثر من البينات والأقيسة وأخبار الآحاد؛ لأن الشرع لم يجعلها مداركًا للفتيا والقضاء، ولمَّا جعل الأخبار والأقيسة مدارك للفتيا، والقضاء دخلها الترجيح إجماعًا، فكذلك هاهنا أصل البينة معتبر العدالة، والشروط المخصوصة فاعتبرنا فيه الترجيح.

– إنَّ الترجيح بالعدد يفضي إلى كثرة النزاع، وطول الخصومات، فكلَّما رجَّح أحدهما بمزيد عدد سعى الآخر، وطلب الإمهال ليحصل زيادة ببينته، فيطول النزاع، وليس في قدرته أن يجعل بينته أعدل فلا يطول النزاع، ولأنَّ العدد مقرر بعين ما تقدم فامتنع الاجتهاد فيه، بخلاف وصف العدالة، وكذلك يختلف باختلاف الأمصار والأعصار، فعدول زماننا لم يكونوا يقبلون في زمن الصحابة وأما العدد فلم يختلف البتة[3].

قال أحمد إبراهيم بك: –من أصحابنا رحمهم الله–: "لا يرجحون بزيادة العدالة، ولا بكثرة العدد لكن النفس تكاد لا تطمئنُّ إلى التسوية بين بينتين اشتركتا في أصل العدالة، ثم ترجحت إحداهما على الأخرى بزيادة في العدد، أو في قوة في العدالة، ولو كانت تلك الزيادة في جانب

(1) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، 192.

(2) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص287.

(3) الذخيرة، القرافي، ج10، ص197.

شهود النفي، ويكاد العلم الضروري يكون حاصلاً بالفرق بين الطائفتين، على أن آخرين من غير أصحابنا من الأئمة الكبار كمالك والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم أجمعين رأوا الترجيح بزيادة العدالة أو كثرة العدد أو تعضيد الظاهر، فلمَ لا تتبع أراء هؤلاء، ويعمل بها إذا ثبت أن جانبها هو الراجح، والمسألة اجتهادية محضة، وإنَّ من العدل أن يوكل أمر الترجيح في مثل هذا إلى القاضي بما يستنتجه من القرائن المحتفة بالدعوى والجواب عنها وشهادة الشهود وحال كلٍ من المدعي والمدعى عليه وعلاقة أحدهما بالآخر وما يتصل بذلك"[1].

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه المالكية وغيرهم من فقهاء بعض المذاهب هو الراجح، وذلك لأن وجود مزية في الشهادة تجعلها راجحةً، لأنَّها توقع في قلب القاضي الثقة بصحة الشهادة وتولد الاطمئنان لدى القاضي، وأيُّ مزية أدت إلى اطمئنان القاضي بصحة الدليل تكون مرجحة، فزيادة الوثوق في الدليل تتولد من زيادة الأوصاف التي اشتملت عليه، وهذه من الأمور تخضع لسلطة القاضي التقديرية، وهو المعني بترجيح الدليل.

الفقرة الثالثة: شروط إعمال زيادة العدالة

للقضاء بزيادة العادلة لابد من توافر شروط، وأكثر من تبنى الترجيح بزيادة العدالة هم المالكية، إلا إنَّ فقهاء المالكية اختلفوا في إعمال الزيادة هل تكون في الحقوق والأموال؟ أم تكون في الأموال فقط؟ وهل هي بمنزلة شاهدين أم شاهد؟ وهل يعتبر في زيادة العدالة اليمين؟ وهل الترجيح بزيادة العدالة خاصة؟ أم بزيادة العدالة وبما يغلب به على الظنِّ صحة الشهادة؟

الشرط الأول: أن تكون في الأموال

يشترط للترجيح بزيادة العدالة أن تكون في الأموال، وما تؤول إليه مما يثب بشاهد ويمين، فلا مجال للترجيح بزيادة العدالة في موجبات الحدود وغيرها.

(1) طرق الاثبات الشرعية، أحمد إبراهيم بك، ص55.

المشهور من مذهب المالكية والمعتمد عندهم أنَّ الترجيح بزيادة العدالة تكون في الأموال، قال القاضي عبد الوهاب: "فإن أقام كل واحد منهما بينة، فإن كان مالاً حكم بأعدل البينتين"[1].

وقال القرافي: "الترجيح بالعدالة يكون في الأموال خاصة"[2]، ولمزيد بسط لكلام الإمام القرافي فبيانه بما يلي:

قال القرافي في الإحكام: وإذا تعارضت البينتان وجسر أحد الفقهاء وقال: مالك أعدل وكذلك موافقه، فيقال له: هل هذه المسألة مما يحكم فيها بأعدل البينتين؟ مع أن مذهب المالكية أنه لا يحكم بأعدل البينتين إلا في الأموال خاصة[3].

وقال الحطاب تعقيبًا على كلام القرافي: وهو مخالف لما ذكرناه من سماع يحيى، ونقله بن عرفه فتأمله والله أعلم[4].

نص ما قاله ابن عرفة ثم قال ابن عرفة: ولابن رشد في سماع يحيى من الشهادات إن شهدت إحدى البينتين بخلاف ما شهدت به الأخرى، مثل أن تشهد إحداهما عتق، والثانية بطلاق، أو احداهما بطلاق امرأة، والثانية بطلاق امرأة أخرى، وشبه هذا، فلم يختلف قول ابن القاسم بهما معا، ورواية المصريين فإنه تهاتر من البينتين، وتكاذب يحكم فيه بأعدل البينتين، فإن تكافأتا سقطتا، وروى المدنيون يقضى بهما معًا، استويتا في العدالة، أو أحدهما أعدل انتهى[5].

وتكون في الأموال وما يؤول إلى المال مما يثبت بشاهد ويمين، دون غيرهما مما لا يثبت إلَّا بعدلين كعتق ونكاح وطلاق وموجب حد، فلا يرجح بشيء فيها بزيادة العدالة، إلا

(1) التلقين في الفقه المالكي، عبد الوهاب بن علي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق، محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1424هـ- 2004م، ج2، ص215.

(2) الفروق: القرافي، ج1، 90، ج3، ص939.

(3) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، أحمد بن إدريس القرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق، عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، ط2، بيروت- لبنان، 1416هـ، ص204.

(4) مواهب الحليل، الحطاب، ج6، ص209.

(5) المصدر السابق، ج6، ص208.

بما هو بمنزلة شاهد واحد على المشهور[1] ومنه إن قام المكري والمكتري بينتين، ببينة شهدت للمكري وبينة شهدت للمكتري، قضي بأعدل البينتين[2].

فالأعدل من البينتين مقدم على غيره ولو أكثر عدداً، وأنه يُقضى بالأعدلية، وإن كان المتنازع فيه تحت يدي الآخر، وأنَّ الأعدلية تراعى وإن لم تبلغ حدَّ التبريز، وأنها تعتبر ولو كانت في أحد الشاهدين فقط، وهوه كذلك في الجميع[3].

فلا تكون في النكاح ولو أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّ نِكَاحَهُ سَابِقٌ وَنِكَاحَ غَيْرِهِ لَاحِقٌ وَأَقَامَ غَيْرُهُ بَيِّنَةً عَلَى عَكْسِهِ وَكَانَتْ إحْدَاهُمَا أَعْدَلَ مِنْ الْأُخْرَى فَإِنَّ زِيَادَةَ الْعَدَالَةِ كَغَيْرِهَا مِنْ الْمُرَجِّحَاتِ الْآتِيَةِ فِي بَابِ الشَّهَادَةِ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ هُنَا[4].

الشرط الثاني: أن تعد زيادة العدالة كشاهد واحد.

العدالة أصل معتبرٌ في الشهادة، ولكن زيادتها تثير إشكالية مفادها ما القيمة الشرعية لزيادة العدالة، هل تعدُّ زيادتها كشاهد واحدٍ أم كشاهدين، وما الجوانب التي تعتبر فيها؟

اختلف فقهاء المالكية في ذلك فبعضهم ذهب إلى أنَّ زيادة العدالة كشاهد، وبعضهم ذهب إلى أنها كشاهدين، وثمرة هذا الخلاف:

-أنه إذا كانت زيادة العدالة كشاهدين، فتكون في الحقوق والأموال، وإن كانت كشاهد فإنها لا تكون إلَّا في الأموال فقط.

والمشهور من مذهب المالكية أنَّ زيادة العدالة كشاهد واحد[5].

فعلى هذا يحلف صاحبها اليمين، وفي الموازية لا يحتاج إلى اليمين بناء على أن مزيد العدالة كشاهدين[6].

---

(1) منح الجليل، عليش، ج8، ص537.

(2) المرجع السابق، ج8، ص54.

(3) البهجة شرح التحفة، التسولي، ج1، ص158.

(4) حاشية الدسوقي، ج2، ص236.

(5) البهجة شرح التحفة، التسولي، ج1، ص258.

(6) شرح مختصر خليل، الخرشي، ج7، ص230.

الشرط الثالث: أن تكون زيادة العدالة في الشاهدين لا في المزكيين.

زيادة العدالة تكون في الشاهدين، وليس في المزكيين[1]، وسأل ابن دينار عن الرجلين يدعيان الشيء فيأتي كل واحد منهما ببينة لا يعرفها الإمام إلا بالتعديل فيعدل، هل يقضى بذلك الشيء لمن هو أعدل معدلين بمنزلة الشهداء إذا كان بعضهم أعدل من بعض، فقال: "ما علمت ذلك إلا في الشهداء ولا أرى ذلك في المعدلين"[2].

قال محمد بن رشد: "هذا قول ابن الماجشون في الواضحة، وهذا الاختلاف مبني على الترجيح بين البينتين، هل يكون بزيادة العدالة خاصة، أم بزيادة العدالة وبما يغلب به على الظن صحة الشهادة من كثرة الشهود، وما أشبه ذلك، فمن ذهب إلى أنَّ الترجيح لا يكون إلَّا بزيادة العدالة خاصة، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، يقول: إنه يقضي بأعدل المعدلين؛ لأنَّ زيادة عدالة أحد المعدلين لا يفيد زيادة عدالة المعدلين، وإنما يفيد زيادة غلبة الظن بصحة عدالة المعدلين، وهو قول ابن الماجشون وابن دينار، ومن ذهب إلى أن الترجيح يكون بزيادة العدالة وبما يغلب به على الظنِّ صحة الشهادة يقول إنه يقضي بأعدل المعدلين؛ لأن زيادة عدالتهم، وإن لم تفد زيادة عدالة المعدلين فإنها تفيد زيادة غلبة الظن بصحة عدالتهم الذي يفيد زيادة غلبة الظن بقيمة الشهادة، وهو قول مالك في رواية مطرِّف عنه في هذه المسالة"[3]، أي مسألة الترجيح بالعدالة.

الرأي الراجح: أن الترجيح مسألة اجتهادية فأيُّ شيء يغلب به على الظن صحة الشهادة المطروحة على القاضي وتؤدي إلى الاطمئنان تكون مزية في البينة، وذلك بعد تكافئ البينتين في العدد، وأن تكون في الأموال، ولا تكون في الحدود لأنَّ الحدود تسقط بالشبهات، وتكافأ البينتين في إثبات الحد ونفيه شبهة.

(1) شرح مختصر خليل، الخرشي، ج، ص230.

(2) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص171.

(3) المصدر السابق، ج10، ص71.

وأن المعتبر في زيادة العدالة كاشتهاره بها، أو وصفه بها وهي مسألة تقديرية للقاضي معرفتها بنفسه، أو من خلال المزكيين.

الفقرة الرابعة: ترجيح البينة المزكاة مطلقاً على التزكية المقيدة

تندرج في إطار الترجيح بزيادة العدالة البينة المزكاة، وذلك باعتبار أن فيها مزية مرجحة متفرعة من العدالة.

ويندرج ضمن الترجيح بزيادة العدالة البينة المزكاة مطلقًا في مقابل البينة المزكاة تزكية مقيدة، إذا رفعت الخصومة أمام القضاء، وأقام كل من المتداعين البينة والمزكين، وكانت التزكية لبينة أحد المتداعين مطلقة، وتزكية البينة الأخرى مقيدة، فهل تقدم البينة التي تم تزكيتها مطلقاً على المقيدة؟

قال ابن أبي الدم: قلت: ومما يدور في خلدي: إنه لو كانت بينة أحدهما يعرفه القاضي بالعدالة، أو زكيت عنده تزكية مطلقة، وزكيت بينة الأخر تزكية مقيدة، فيما شهدت به، وقبلنا التزكية المقيدة، هل يكون هذا من قبيل زيادة العدالة؟ أو يكون من قبيل الشاهدين في مقابلتهما شاهدًا ويمينًا؟ من حيث إنَّ الشاهدين إنما ترجحا على الأصح؛ لأنها بينة مجمع على قبولها، بخلاف الشاهد واليمين وفي مسألة التزكية المقيدة كذلك من باب أولى؛ لأنها مختلف فيها عندنا، فهو أقرب إلى الضعف من خلاف أبي حنيفة وأصحابه في الشاهد واليمين، فينبغي أنْ يكون فيها خلاف، والأصح ترجيح البينة المزكاة مطلقًا، ويتجه خلافه[1].

وبهذا تكون البينة المزكاة تزكية مطلقة مرجحة على البينة المزكاة تزكية مقيدة، "والتزكية مع ذكر أسباب العدالة أرجح من التزكية المجردة"[2].

(1) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص171، أدب القضاء، إبراهيم عبدالله الحموي المعروف بابن أبي الدم (المتوفى: 642هـ)، تحقيق، يحيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، ط1، بغداد،1404هـ- 1984م ج1، ص631..

(2) البحر المحيط، الزركشي، ج8، ص176.

ثانيًا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بزيادة العدالة

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بزيادة العدالة

نجد أنَّ القوانين القضائية اليمنية قد اشترطت شرط العدالة في الشاهد والخبير وأنَّ هذا الشرط قد تكرر في أكثر من موضع، ففي قانون الإثبات نصت المادة: (27) فقرة: (أ) اشترطت في الشاهد أن يكون عدلاً، وفي الفقرة: (ج) ألَّا يكون مجروحاً في عدالة، وأنَّ العدالة هي الصلاح الظاهر في الشاهد، وفي المادة: (37) يجوز في غير الحد والقصاص أن يرعى الشاهد عدلين، وفي المادة: (40) يجب على الفرعين تعيين الأصل باسمه ونسبه ولهما تعديله، والمادة: (47) يجوز للخصم أن يدفع شهادة خصمه ببينة يثبت بطلانها كما يجوز له أن يأتي بشهود لجرح شهود خصمه وفي المادة: (52) (هـ) أنه لا ضمان على المزكي والجارح، وفي المادة: (53) يشترط في الجرح والتعديل الإثبات بلفظ الشهادة وفي الجارح والمعدل ما يشترط في الشاهد، وفي المادة: (55) قبول الخصم لشهادة الشاهد قبل أدائه تعديل للشاهد، وفي المادة: (165) على المحكمة في المسائل الفنية كمسائل الطب والهندسة والحساب، وغيرهما مما يدق فهمه أن تعين خبيرًا عدلاً، كما يجوز أن يختار كل من الخصمين خبيرًا عدلاً؛ على أن تختار المحكمة خبيرًا عدلاً مرجحًا.

فهذه النصوص سالفة الذكر اشترطت العدالة في الشاهد والخبير، واعتبرته شرطًا لأداء الشهادة، إلا أنه في المادة: (106) قانون الإثبات نصت على أنه "إذا كان كاتب المحرر العرفي معروفاً بالعدالة، وحسن السيرة، وكان خطه معروفاً للقاضي، أو كان قد أقرَّ أمامه أنه كاتب المحرر وشهد بصحة ما جاء فيه، فإنه يجوز الأخذ بما جاء في المحرر كشاهد بصحته مع التتميم"، فهذا النص يحكي حجية المحرر العرفي بخط من اتصف بالعدالة وحسن السيرة ولم يحدد مدى القيمة القانونية للمحرر المبرم بخط المعروف بالعدالة وحسن السيرة عند تعارضه مع غيره من المحررات العرفية المتساوية معه في القيمة بل جعلت من اتصف بهذه الصفة بحاجة إلى تتميم شهادته باليمين المتممة من المدعي.

وفي المادة: (1115) من القانون المدني نصت على أنه "عند التعارض بين المستند الكتابي المقدم من مدعي الملك وبين قرينة الثبوت أعطت للمستند الكتابي أولوية في الترجيح إذا كان الكاتب معروفاً بالعدالة ومشهود عليه من عدول"، فما ورد في نص هذه المادة؛ يحكي ترجيح المستند على قرينة الثبوت.

وبهذا يتبين أن القانون اليمني لم يأخذ بمبدأ الترجيح بزيادة العدالة بالنص الصريح، ولكن يستشف من النص أن عند تعارض محرر بخط كاتب مشهور بالعدالة مع مستور العدالة؛ فإن من اشتُهرت عدالته يرجح، خصوصا أن الترجيح بالمزية سكت عنه القانون، في حين المذهب الزيدي المأخوذ من نصوص المواد المتعلقة بالترجيح نصت على عدم اعتبار المزية، فيكون الترجيح بزيادة العدالة؛ يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بزيادة العدالة

القانون المغربي قد جاء صريحًا في مدونة الحقوق العينية المادة الثالثة من القانون (80-39) بأنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة، ومن بينها زيادة العدالة، والعبرة ليست بالعدد؛ أي أن مدونة الحقوق العينية قد أخذت بالمعتمد عند المالكية بالترجيح بزيادة العدالة، فعند التعارض ما بين شهادة العدل والأعدل، فإن القاضي يرجح الأعدل من شهود المتداعيين، ومن باب أولى عند الترجيح بين شهادة العدل واللفيف، فتعدُّ الزيادة في شرط العدالة ميزة مرجحة للشهادة، وصفة معتبرة فيها.

الفرع الثاني: الترجيح بكثرة الدليل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

قد يلجأ أحد أطراف النزاع عند تقديم دليله بتكثير الدليل من زيادة عدد الشهود، أو كثرة الأدلة القولية والتقارير الفنية التي تثّبت حجته، وتقوي جانبه، وتدعم مقاله في مقابل خصمه الذي اكتفى بالنصاب الشرعي لأثبات دعواه، وقد يستدل أحد المتداعيين بملكيته للحق العيني بكثرة الاستعمال، وقوة التصرف، فهل تكثير الأدلة يؤدي إلى رجاحة الدعوى القضائية؟ هذا ما سيكون الجواب عنه في الترجيح بكثرة الدليل فيما يلي:

أولا: الترجيح بكثرة عدد الشهود في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

يعد الترجيح بكثرة عدد الشهود من المرجحات التي حصل فيها جدل فقهي ما بين مؤيد ومعارض وذلك نظر للثقة التي توّلدها الكثرة لدي القاضي من الطمأنينة بصحة الدليل، وزيادة في الوثوق به.

الفقرة الأولى: ماهية كثرة عدد الشهود

أ- تعريف كثرة عدد الشهود

الترجيح بكثرة عدد الشهود يعني: إذا كَانَتْ بَيِّنَةُ أَحَدِهِمَا شَاهِدَيْنِ، وَبَيِّنَةُ الْآخَرِ عَشَرَةٌ[1]، فهو ترجيح إحدى البينتين المتعارضتين بزيادة عدد شهود إحداهما عن الأخرى، كما إذا أقام أحد الخصمين شاهدين والآخر أربعة، أو أقام أحدهم أربعة والآخر خمسة[2]، وتكون زيادة العدد بواحد، أو اثنين، أو ثلاثة، أو أكثر[3]، معنى ذلك أن يتداعى اثنان أو أكثر عيناً في يديهما أو في يد أخرين، ويقيم كل واحد منهم البينة على ذلك، وإحدى لبينتين بلغت النصاب شرعي، إلا أن الأخرى تجاوزت النصاب الشرعي للدليل، وبلغت كثرة لا تصل إلى حد التواتر.

ب- تحرير محل النزاع عند الفقهاء

قبل بيان أقوال أهل العلم في مسألة الترجيح بكثرة عدد الشهود؛ لا بد أن نبين محل النزاع بين الفقهاء في هذه المسألة، وتوضيح ذلك من خلال الآتي:

-يخرج من محل النزاع الكثرة التي بلغت حد التواتر لإفادتها العلم اليقيني، فتترجح على غيرها كم تم توضيح ذلك سلفا.

- يخرج من محل النزاع الترجيح بتمحض الذكورة؛ كما سنبينه لاحقًا.
- يخرج من محل النزاع شهادة الاثنين في مقابل الشاهد الواحد؛ لعدم اكتمال الحجة.

---

(1) الحاوي، الماوردي، ج17، ص306.

(2) تعارض البينات القضائية، شرفي، ص390.

(3) عمدة المسير، المهدي، ج3، ص331.

وبهذا ينحصر محل النزاع في الثلاثة والأربعة والخمسة في مقابل الاثنين، فهل القاضي يحكم لمن ثبت دعواه لشهود أكثر عدد من الآخرين؟ -باعتبار أن زيادة العدد تفيد غلبة الظن- أم أن الزيادة لا تؤثر؟

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الترجيح بكثرة عدد الشهود

اختلفت أقوال أهل العلم في الترجيح بكثرة عدد الشهود؛ على قولين:

القول الأول: الترجيح بكثرة عدد الشهود، وهو قول الإمام الأوزاعي، وأحد القولين للإمام مالك ومطرف وابن الماجشون -من فقهاء المالكية- والإمام الشافعي في القديم، والاصطخري والزركشي من فقهاء الشافعية، وقول مخرج عند الحنابلة، والشوكاني[1].

قال الإمام القرافي: مع أنّا نلتزم الترجيح بالعدد على أحد القولين عندنا[2].

وقال ابن فرحون: وروى مطرف وابن الماجشون أن يرجح بكثرة العدد عند التكافئ في العدالة، قال ابن عبدالسلام من رجح بزيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق، وإنما اعتبره مع قيد العدالة[3].

وقال ابن رشد: إن كثرة العدد هو قول مالك في رواية مطرف عنه في هذه المسألة[4].

وقال شيخ زادة -من فقهاء الأحناف- وقيل يقضى لأكثرهما عددًا[5].

---

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص379، والذخيرة، القرافي، ج 10، ص197، والبيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص73، و بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف، بدون ط، وبدون ت، ج4، ص306، وحاشية الدسوقي، ج4، ص220، والديباج توضيح المنهاج، الزركشي، ج2، ص1174، والبيان في مذهب الامام الشافعي، العمراني، ج13، ص165، والحاوي، الماوردي، ج17، ص 307، وروضة الحكام، الروياني، ص309، والإشراف على غوامض الحكومات، الهروي، ص276، والشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، ج12، ص192، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص387، 388، والسيل الجرار، الشوكاني، 778، لم يقل ذلك صراحة ولكن عارض من يقول بعدم الترجيح بالمزية في إحدى البينتين.

(2) الذخيرة، القرافي، ج10، ص197.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص379.

(4) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص73.

(5) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، شيخي زادة، ج2، ص180.

أدلة القائلين بجواز الترجيح بزيادة العدد، استدلوا بالآتي:

-استدل الإمام الأوزاعي بأن المشهود فيه مستحق بقولهم فاقتضى أن يكون مقسط على عددهم.

ونوقش قول الأوزاعي: بأن قول الأوزاعي أوهى، لأنَّه لو ثبت الحق بشهادة عشرة ثم ثبت قضاؤه بشاهدين فقضى بهما على شهادة العشرة، ولم يقسط القضاء على العدد، كذلك في إثبات الحق وهو حجة على مالك [1].

استدل الإمام مالك بما روي عن النبي -ﷺ- أنه قال: «عليكم بالجماعة فإن الشيطان مع الواحد وهو من الجماعة أبعد»[2].

يناقش هذا الحديث: بأن الرواية المعروفة في كتب الحديث: عَلَيْكُمْ بِالجَمَاعَةِ وَإِيَّاكُمْ وَالفُرْقَةَ فَإِنَّ الشَّيْطَانَ مَعَ الوَاحِدِ وَهُوَ مِنَ الِاثْنَيْنِ أَبْعَدُ[3]، ولم ترد بهذا اللفظ محل الاستدلال، كذلك فإن الحديث وضح السياق دلالته، فورد في لزوم جماعة المسلمين عند الفتن وعدم الخروج عنهم، وليس المراد به تكثير الشهود وترجيحهم على القلة عند التعارض.

- وروي أيضا عن علي بن أبي طالب تغليب أكثر البينتين عددًا[4].

-إن النفس إلى زيادة العدد أسكن ولقوة العدالة أوثق، ولذلك رجحت بها أخبار الرسول -ﷺ- إذا تعارضت، فوجب أن ترجح بها الشهادات إذا تعارضت[5].

---

(1) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307.

(2) ذكره في الحاوي، الماوردي، ج17، 307. ولم نعثر عليه بهذا النص في كتب الحديث.

(3) سنن الترمذي، أبواب الفتن، بَابُ مَا جَاءَ فِي لُزُومِ الجَمَاعَةِ، حديث: (2165)، وسنن النسائي، كِتَابُ عِشْرَةِ النِّسَاءِ ذِكْرُ اخْتِلَافِ أَلْفَاظِ النَّاقِلِينَ لِخَبَرِ عُمَرَ فِيهِ، حديث: (918)، والكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، تحقيق، كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1409هـ، ومصنف ابن أبي شيبة، بلفظ عليكم بالجماعة، كِتَابُ الْفِتَنِ، مَا ذُكِرَ فِي فِتْنَةِ الدَّجَّالِ، حديث: (37615).

(4) المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، بدون تاريخ، ج8، ص539.

(5) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307.

ونوقش هذا الاستدلال: لا تقارن الشهادة بالأخبار، لأن الشهادة يعتبر فيها اللفظ والعدد والحرية، ولا تفتقر إلى معنى آخر، والأخبار فإنما المقصود منها أن يقوى في النفس أن هذا حكم من النبي -ﷺ-[1].

- إن الترجيح يكون بما يغلب به على الظن صحة الشهادة، من كثرة العدد وما أشبه ذلك، فكثرة العدد يفيد غلبة الظن، والقلب أميل إلى قول الأكثر، وإذا كثر العدد كان الظن أقوى[2].

- احتج الإمام لشافعي في القديم أن الأصل الذي عليه التعويل الثقة، وأنه كما يعتبر ذلك في الروايات ثم الترجيح يقع بكثرة الرواة في الرأي الظاهر، فيقع بها في الشهادات، ولتكن الشهادة في ترجيح الثقة كالرواية في أصل الثقة، ويجب على القاضي أن ينظر بينهما نظر المجتهد بين خبرين يرويان من هذا الوجه[3].

ونوقش هذا: أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية، بخلاف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة[4].

وبهذا يتبين أن اختلاف الفقهاء في التَّرْجِيحِ بِكَثْرَةِ الْعَدَدِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يَزِيدُ عَلَى غَلَبَةِ الظَّنِّ كَزِيَادَةِ العدالة[5]، وأن أساس الترجيح بكثرة الشهود مبني على الترجيح بكثرة الرواة عند الأصوليين.

(1) إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي (المتوفى: 474هـ)، تحقيق، عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت، 1417هـ، ج1، ص739.

(2) مجمع الأنهر، شيخي زادة، ج2، ص280، والبيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص73، والشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، ج12، ص192، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص388.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص107، 108.

(4) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307، بتصرف.

(5) الخيرة، القرافي، ج10، ص179.

القول الثاني: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية في المعتمد والحنابلة والزيدية إلى عدم الترجيح بكثرة عدد الشهود[1].

واستدلوا بالآتي:

- أن الله تعالى نص على عدد الشهادة بقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[3]، فمنع النص من الاجتهاد في الزيادة والنقصان، فالعدد مقدر بالنص في الشهادة فقدر بالنص فيتبع[4].

ويناقش هذا بأن ما ورد في الآية هو الاستيثاق بحفظ الحقوق لا المراد منها منع الترجيح بالكثرة عند التعارض.

- إن الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس آخر ولا بحديث آخر، وشهادة كل شاهدين علة تامة موجبة للحكم فالكثرة لا تصلح للترجيح[5].

- إن الترجيح يقع بقوة العلل بأن يكون أحدهما متواترا والآخر آحادًا، أو يكون أحدهما مفسرًا والأخر مجملاً، فيترجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد[6].

ويناقش هذا: بأن المرجح هو عبارة عن مزية قد تكون من جنس الدليل، وقد تكون من خارج الدليل.

---

(1) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص246، ورد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص576، والمدونة، الإمام مالك، ج4، ص46، ومواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص28، وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، العدوي، ج2، ص351، والفروق، القرافي، ج1، ص90، ج3، 939، والحاوي الكبير، الماوردي، ج17، ص387، ونهاية المطلب، الجويني، ج19، ص107، 108، وروضة الطالبين، النووي، ج12، ص58، وروضة الحكام، الروياني، 309، والمغني، ابن قدامة، ج1، ص251، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص387، والأزهار، المرتضى، ص265، والبحر الزخار، المرتضى، ج5، ص398.

(2) سورة البقرة، الآية: 282.

(3) سورة الطلاق، الآية: 2.

(4) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307، وروضة الطالبين، النووي، ج12، ص58.

(5) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص246.

(6) حاشية ابن عابدين، ج5، ص576.

وأنكم قد رجحتم بالكثرة وذلك إذا تنازع اثنان في مقدار الشرب فقسمتم بينهما على قدر الأراضي[1]، فمن كثرت أراضيه كان حصته من الشرب أكثر، فإن قلتم أن الشرب يحتاج إليه الأراضي دون الأرباب فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إلى الشرب فيستدل به على كثرة حق فيه[2]، كان الجواب أنكم جعلتم المعيار للاستحقاق الكثرة.

– إن الشهادات لا تترجح بالسن، ولا بالقرب، ولا بالعلم؛ كونها مقدرة في الشرع بخلاف الأخبار تترجح بذلك كله فدل على الفرق بينهما[3].

– إنه لما جاز الاقتصار على الشاهدين مع وجود من هو أكثر دل على أن لا تأثير لزيادة العدد، وأن التقدير بالشرع لم يختلف كله بالزيادة والنقصان، كقيمة العبد، وبهما فرقتا في الأخبار المتعارضة بين زيادة العدد ونقصانه؛ لعدم النص في عدده وسوينا في الشهادات المتعارضة بين الزيادة والنقصان؛ لورود النص في عدده، وفيما ذكرناه انفصال فيما استدلوا به[4].

– إن الحكومات إنما شرعت لدرء الخصومات، ورفع التظالم والمنازعات، فلو رجحنا بكثرة العدد لأمكن للخصم أن يقول: أنا أزيد في عدد بينتي فنمهله حتى يأتي بعدد آخر، فإذا أتى به قال خصمه: أنا أزيد في العدد الأول فنمهله حتى يأتي بعدد آخر أيضًا، فيطول النزاع وينتشر الشغب ويبطل مقصود الحكم، وأن العدد ليس بابه منسدٌ، فيقدر أن يأتي بمن يشهد به ولو بالزور، والحاكم لا يعلم ذلك[5].

ويناقش هذا: أَنَّ الْوَصْفَ مَتَى كَانَ أَدْخَلَ تَحْتَ الِانْضِبَاطِ وَأَبْعَدَ عَنْ النَّقْضِ وَالْعَكْسِ كَانَ أَرْجَحَ، وَزِيَادَةُ الْعَدَدِ منضبط مَحْسُوسٌ لَا يَتَخَلَّفُ، وَالْعَدَالَةُ مركبة مِنْ قيود، فَضَبْطُ زِيَادَتِهَا،

(1) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص290.

(2) المصدر السابق نفسه، ج8، ص290.

(3) التبصرة في ترتيب التمييز بين الاحتياط والوسوسة، عبدالله يوسف الجويني (المتوفي: 438هـ)، تحقيق، محمد عبدالعزيز السديس، مؤسسة قرطبة، ط1، 1413هـ- 1993م، ص378.

(4) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307.

(5) الفروق، القرافي، ج1، ص9، ج3، ص939.

متعذرٌ، أَوْ مُتَعَسِّرٌ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُعْتَبَرَ فِي التَّرْجِيحِ[1]، وذلك أن المالكية رجحوا بزيادة العدالة، وهي عبارة عن وصف متعدد غير منضبط، يختلف اختلاف الأزمان والأماكن، فهي تفضي إلى النزاع أكثر من كثرة الشهود، فهم عدد مضبوط منحصر.

وتم الرد بأن التَّرْجِيحُ فِي الأعدلية هُوَ وَصْفٌ حاصل فِيمَا وَجَبَ الْحُكْمُ بِهِ، وَهُمَا الشاهدان اللَّذَانِ يَجِبُ الْإِعْذَارُ فِيهِمَا لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ وَالكثرة وَصْفٌ خَارِجٌ عَمَّا وَجَبَ الْحُكْمُ بِهِ[2].

– أن الكثرة قد تضر إذا استند الحكم عليها؛ لأن المعتبر شاهدين فإذا زادوا بقي محتملا[3].

– إنه لو جاز الترجيح بالأعدل لجاز الحكم بشهادة الواحد؛ حيث حصل لها مثل قوة الاثنين ولا قائل به[4].

الفقرة الثالثة: شروط المجيزين للترجيح بزيادة العدد

القائلون بالترجيح بكثرة عدد الشهود لم يقولوا به كيفما كان، بل لابد من توافر شروط يجب مراعاتها، وهي كالآتي:

الشرط الأول: التكافؤ في العدالة

استواء شهود المتداعيين في العدالة شرط للترجيح بها، فإذا انعدمت العدالة في شهود أحد المتداعيين فإنه يعمل بشهادة العدول، وتكون تلك الشهادة غير مقبولة، وإذا زادت شهادة أحد طرفي الخصومة في العدالة بعد الاستواء في أصلها رجحت زيادة العدالة على الكثرة، وسبب ترجيح زيادة العدالة على الكثرة، أن الاختلاف في زيادة العدالة أقل من الاختلاف في الكثرة، وكذا أَنه إذا كثروا كَثْرَةً يُكْتَفَى بِهِمْ فِيمَا يُرَادُ مِنْ الِاسْتِظْهَارِ وَالْآخَرُونَ كَثِيرُونَ جِدًّا، فَلَا تُرَاعَى الْكَثْرَةُ حِينَئِذٍ، وَإِنَّمَا يَقَعُ التَّرْجِيحُ بِمَزِيَّةِ الْعَدَالَةِ دُونَ مَزِيَّةِ الْعَدَدِ[5].

(1) منح الجليل، عليش، ج8، ص538.

(2) المصدر السابق نفسه، ج8، ص538.

(3) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص147.

(4) البحر الزخار، المرتضى، ج5، ص399.

(5) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص379.

الشرط الثاني: عدم بلوغ الكثرة حدّ التواتر

يشترط في الترجيح بالكثرة ألا تبلغ حدّ التواتر[1]، فإن بلغت كثرة عدد الشهود حد التواتر؛ ويرجح التواتر عليها كما ذكرناه سابقاً.

الشرط الثالث: ألاّ يكون الشيء المتنازع فيه بيد أحد المتداعيين

يشترط للترجيح بالكثرة ألّا تكون العين في يد أحدهما[2]، فإن كانت العين محل النزاع بيد أحدهما أو في يديهما، فلا مجال للترجيح بالكثرة، لأنه لو كانت العين في يد أحدهما فإن اليد ترجح؛ لأنه عند تزاحم المرجحات نرجح الأقوى على غيره، ولو كانت في أيديهما فإنهما تقسم بينهما.

الرأي الراجح: الذي يظهر ترجيح الرأي القائل بزيادة العدد عند التكافؤ في العدالة لعدة أسباب:

السبب الأول: ما روى سعيد ابن المسيب –رحمه الله– «أن قوما اختصموا إلى النبي –ﷺ– وتساوت بيناتهم في العدالة والعدد، فأسهم النبي –ﷺ– بينهم وقضى للذي خرج له السهم»[3].

وجه الدلالة من هذا الأثر: تساوي البينات في العدالة والعدد، فدل على أنه لو كانت هناك مزية بكثرة العدد لكان لها محل اعتبار إذا ذكرت.

السبب الثاني: معلوم أن ارتفاع إحدى الشهادتين المتعارضتين بأي مزية من المزايا تصيرها راجحة فتكون الأخرى مرجوحة، والظن بصحة الراجحة أقوى، كما أنه بصحة المرجوحة أنقص، وقد تبلغ مرتبة لا يبقى للمرجوحة تأثير في تحصيل الظن المعتبر، وليس اعتبار مجرد

(1) البهجة شرح التحفة، التسولي، ج1، ص259، ومواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص209.

(2) الحاوي، الماوردي، ج17، ص307.

(3) ذكره صاحب البيان ورد عليه أنه مرسل، وعلى أنه لم يذكر على أي شيء، ويحتمل أنه كان في العتق، البيان، العمراني، ج13، ص164.

وجود النصاب مقتضياً إلا عدم المانع، ووجود الشهادة الراجحة من جملة ما يصدق عليه وصف المانعيَّة[1].

السبب الثالث: إن أسباب الترجيح غايتها مزيد تغليب الظن، وأنَّ أي سبب يؤدي إلى الظن بصحة الشهادة فيجب على القاضي أن يراعيه، وأن يعتمده في الترجيح بين البينات، وذلك يخضع لسلطته التقديريَّة.

السبب الرابع: إنه إذا كان الترجيح في السنة النبوية يقع بكثرة الرواة؛ فمن باب أولى الترجيح بكثرة العدد في الحقوق.

السبب الخامس: إن نصاب الشهادة وإن كان مقدرًا فإن ذلك لا يمنع من الاعتماد على الزيادة، فالنصوص الواردة في تحديد مقدار الشهود لا تمنع من الزيادة التي تؤدي إلى غلبة الظن بصحة الشهادة عند التكافئ والتساوي في العدالة، والقاضي له سلطة واسعة في تقدير قيمة الدليل الذي يؤدي إلى الرجحان من خلال مزيَّة كثرة العدد، أما تحديد النصاب للدليل فهو مقدر.

الفقرة الرابعة: الأثر المترتب على اختلاف الفقهاء

يظهر هذا الأثر في أنه عند تساوي الأدلة ولا مرجح معتبر تتساقط هذه الأدلة، فإذا تعارضت الكثرة مع القلة، فإن البينات تتساقط، ولكن عند من يقول بالكثرة فإنها تكون مرجحة، فمثلا في عقد الشراء إذا أضافتا البينتان الشراء إلى وقت واحد تهاترتا إلا أن تكون إحداهما أقوى في نفسهما كأربعة عدول في مقابلة اثنين عند من أثبت الترجيح بذلك[2].

الفقرة الخامسة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بكثرة عدد الشهود

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بكثرة عدد الشهود

نجد أن قانون الإثبات اليمني قد نص في المادة: (45)، على نصاب الشهادة حسب ما يلي:

(1) السيل الجرار، الشوكاني، ص778، 779، بتصرف.

(2) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2045.

في الزنا أربعة رجال، وفي سائر الحدود والقصاص رجلان، وفي الأموال والحقوق ونحوهما رجلان أو رجل وامرأتان، ويجوز أن يقبل غير ذلك فيما استثني بنص كشهادة المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال، وشهادة الصبيان بعضهم على بعض.

ونص في المادة: (58) على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها، وعدد الشهود الذين يريد سماع شهادتهم عليها إجمالاً.

ونص في المادة: (27)، أنه يجوز إثبات النسب والموت والزوجية وأصل الوقف بالشهرة.

ونصت المادة: (353)، من قانون الإجراءات الجزائية أنه إذا أنكر المتهم، أو رفض الإجابة، أو لم تقتنع المحكمة بإقراره تشرع المحكمة في التحقيق لسماع شهود الإثبات والنفي.

كما نصت المادة: (354)، من ذات القانون تستمع المحكمة إلى شهود الإثبات" يتضح من النصوص الواردة في القانون اليمني بأنه حدد نصاب الشهادة، ولم ينص على زيادة العدد باعتباره مرجحاً أو لا، وهذا يدل أن القانون لم يعتبر الكثرة مرجحًا.

ب- القانون المغربي من الترجيح بكثرة عدد الشهود

نصت المادة الثالثة في الفقرة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على ما يلي:

أن الترجيح يكون بزيادة العدالة والعبرة، ليست بالعدد، مما يعني أن مدونة الحقوق العينيَّة قد نصت صراحة أن العبرة ليست بالعدد، هذا من حيث كثرة الشهادة في مواجهة شهادة بلغت النصاب، أما من حيث ترجيح العدد في الشهادة على الواحد فقد نصت مدونة الحقوق العينية، في المادة الثالثة على: تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد، فنص المادة صريح في عدم الترجيح بالكثرة.

ثانيًا: الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية وبكثرة استعمال الحق العيني

الترجيح بكثرة الدليل لم يكن محصورًا في زيادة عدد الشهود، وإنما أصبح قاعدة عامة يشمل غيره من الأدلة التي تندرج تحته، فيشمل ذلك كثرة الأدلة القولية والفنية في مقابل أدلة قولية فقط، وكذا كثرة استعمال الحقوق العينية بالانتفاع أو الاستغلال، أو غيرهما؛ من أوجه الاستعمال.

الفقرة الأولى: الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية معًا على الأدلة القولية

المجال العلمي الصرف، هو أقل المجالات خضوعًا للكثرة والأكثرية؛ لأنَّ الكلمة فيه إنما للدليل والبرهان، ولأن العبرة فيه بأصحاب الاختصاص والمبرزين في كل اختصاص، ولأن هذا المجال ينبغي أن يتمتع بأقصى درجات الاستقلال والتحرر، ومن ذلك تحرره من هيمنة الأغلبية وضغطها، واستقلاله عن رأيها وميلها[1]، إلا أن الدليل الفني قد ينضم إلى غيره من الأدلة القولية، فله تكثيره لغيره من الأدلة مرجحة.

هذا وإن مدرك الترجيح بزيادة عدد البينة الذي صاغه فقهاء المذاهب الفقهية؛ كان خاصاً بالترجيح بزيادة عدد الشهود، لكن لم يبين الفقهاء منهجهم القضائي في مسألة ما إذا كانت الزيادة في أعداد الأدلة القولية من محررات، أو أدلة فنية كتقارير الخبراء التي يقدمها المدعي تعارضها زيادة في أعداد الأدلة القولية، أو الأدلة الفنية التي يقدمها الخصم المدعى عليه، وكذلك ما إذا كانت الزيادة التي قدمها المدعي في الدعوى كانت في أعداد الأدلة القولية والفنية معاً، في مقابل زيادة من المدعى عليه قدمها في الأدلة الفنية، ومن ثم فإننا نرى أنَّ الترجيح بمدرك زيادة أعداد الشهود يمكن أن ينطبق على كثرة أعداد الأدلة القولية كالمحررات، أو الأدلة الفنية كالتقارير، أو زيادة أعداد الأدلة القولية والفنية واجتماعهما معاً، التي يعرضها المدعي بين يدي محكمة الموضوع، في مقابل زيادة أعداد الفنية التي يقدمها الخصم في الواقعة –محل الدعوى– ونأخذ بالنظرية الفقهية التي تقرر الترجيح بزيادة عدد الدليل من الشهود، ونجيز الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية معاً على الأدلة القولية التي قدمها الخصم المدعى عليه[2]، وكذا إذا تعارضت تقارير الخبراء في المسائل الطبية فالقول قول الأكثرين، فإذا تساووا بحث القاضي عن مرجح آخر، وعلى القاضي مراعاة الترجيح بكثرة الأدلة؛ خصوصًا مع ظهور أدلة فنية مختلفة أفرزتها التكنولوجيا المعاصرة، مع استعمال السلطة التقديرية في ذلك كله، وهذه

(1) نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية، أحمد الريسوني، دار الكلمة، ط1، القاهرة، مصر، 1431هـ، ص447.

(2) نظرية تعارض الأدلة القضائية، الحمادي، ص213.

السلطة تتطلب من القاضي أن يكون لديه خبرة فنية لمعرفة المواءمة، أو الترجيح بها مع غيرها لزيادة مزية الكثرة.

الفقرة ثانية: الترجيح بكثرة استعمال الحق العيني

الترجيح بكثرة استعمال الحق العيني من المسائل التي تناولها الفقهاء باعتبارها مرجحًا بين كثرة الاستعمال وقلته، وجعلوا كثرة استعمال الحق العيني مرجحًا عند التنازع.

ومن ذلك لو ادَّعيا حائطًا بين دارين، وكانت لكل واحد منهما على هذا الحائط جذوع، فهما فيه سواء، فلو كان لاحدهما ثلاثة جذوع وللآخر جذع أو جذعان، فإنَّ صاحب الثلاثة ترجح بينته على صاحب الجذع أو الجذعين، وعلة ذلك هو كثرة الاستعمال بوضع ثلاثة جذوع، واستدل على ذلك فقهاء الأحناف بما يلي[1]:

– إنَّ ما دون الثلاثة حجة ناقصة، إذ لا يبنى الحائط فيما دونه والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الحجة الكاملة.

– إن الاستعمال يدٌ، والظاهر شاهد له، ولأن وضعه الجذوع دليل على أنه بنى الحائط لحاجته إذا وضع حمله عليه، ومثل هذه العلامة تثبت الترجيح، ولكن اختلفوا في قسمة الحائط إذا كان كلتا المتنازعين له أكثر من ثلاثة.

ففي تبيين الحقائق قال: أنه ذكر في كتاب الدعوى أن الحائط بينهما على قدر الاجذاع، لأنَّ موضع الجذع مشغول بجذعه، فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال، فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق فيه[2].

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص257، والمبسوط، السرخسي، ج17، ص88، ومجمع الأنهر، شيخي زادة، ج2، ص282.

(2) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص327.

وهل زيادة عدد الجذوع زيادة من جنس الحجة ففي بدائع الصنائع: أن زيادة الاستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة، والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح، فالمعتبر أصل الاستعمال لا قدره[1].

– ومن ذلك إذا تنازعا دابة عليهما حمل لأحدهما، وللآخر كوز، فالأول أولى من كونه ذا يد لأنه أكثر تصرفًا فيه[2].

فاتضح من كلام الفقهاء: أن كثرة استعمال الشيء من أحد المتداعيين يرجح دعوى المستعمل الأكثر عند التنازع، وأن هذه الكثرة في أصلها مع القلة راجحة عليها، ومن ذلك لو تنازعا على سيارة أحدهما صاحب حمل عليها وآخر شيء خفيف، وتنازعا فيها ولا بينة، فإن صاحب الحمل الكثير؛ يرجح في دعوى الاستحقاق على صاحب الحمل الخفيف، فإذا كانت الصلاحية تعدّ قرينة مرجحةً، فكثرة استعمال الحق العيني؛ يعدُّ قرينة على الاستحقاق.

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية وكثرة استعمال الحق العيني

بعد التأمل لنصوص القوانين القضائية– في البلدين–محل الدراسة تبين أنها لم تنص على الترجيح بذلك، ولكن مع عدم حصر قواعد الترجيح في كلا القانونين، فإنهما لا يمنعان من إعمالهما بناء على السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي خصوصًا في المجال الجنائي الذي يعتمد في أغلبه على قرائن ودلائل احتفت بالواقعة أو أحاطت بالدليل؛ لقيام القضاء الجنائي على مبدأ الاقتناع القضائي المبني على تكامل وتعاضد وتساند الأدلة القضائية.

المطلب الثالث: الترجيح بزيادة التأريخ في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

عند التداعي أمام القضاء، وتقديم الحجج والبينات، وعرض الأدلة والمستندات، يبرز الدور الجوهري للتأريخ في إزالة الإشكال بين الأدلة، وترجيح بعضها على بعض عند التعارض

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص257.

(2) مجمع الأنهر، شيخي زادة، ج2، ص282.

والتنافر، فما المقصود بالترجيح بالتأريخ؟ وماهي حالاته التي يرجح فيها، وما هي الضوابط التي يفترض توفرها فيه؟ هذا ما ستتم الإجابة عنه.

التَّارِيخُ لغة: تعريف الوقت، يقال أَرَّخْتُ الكتاب وَوَرَّخْته لغة، تاريخ كل شيء غايته، ووقته الذي ينتهي إليه، ومنه قيل: فُلَانٌ تَارِيخُ قومه أَيْ إليه انتهى شَرَفُهُمْ[1].

التاريخ اصطلاحا هو: تعين يوم ظهر فيه أمرُ تعريف الوقت، وقيل: تأريخ كل شيء غايته ووقته الذي ينتهي اليه[2].

المقصود بالترجيح بالتأريخ: أن يكون في أحد الأدلة القضائية تاريخ يدل على تقدم والآخر على تأخر، أو إطلاق أحد الدليلين على الآخر.

وسبب الترجيح بالتاريخ؛ لوجود زيادة في المؤرخة على الأخرى، لأن كلا الدعويين تشتمل على ما اشتملت عليه الأخرى مع مزيد في التأريخ[3]، وهو سبب مرجح عند جميع الفقهاء محل الدراسة على جهة الإجمال، وإن كان هناك خلاف في بعض التفاصيل والجزئيات التي لا تؤثر على الأصل المتفق عليه كما سنوضحه في موضعه.

والترجيح بالتأريخ العبرة فيه، بتأريخ نفس الحق المتنازع عليه، لا تأريخ تحرير الوثيقة، إذ يجوز تأخير الكتابة عنهما[4]، فإذا قدم دليلاً كتابياً على الحق لكن هذا الدليل لا يؤرخ لهذا الحق، فيكون الدليل مطلقاً غير مؤرخ، ولو أرخ المستند، إذ العبرة هو تاريخ الحق، وليس تأريخ تحرير المستند، وإن كان تاريخ المستند قرينة على تأريخ الحق في حين أن الخصم المدعى عليه؛ يدفع هذا الدليل ببينة كتابية مؤرخة[5].

---

(1) المغرب، ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على، برهان الدين الخوارزمي (المتوفى: 610هـ)، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ، باب أ، ر، خ، ص23.

(2) التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1424هـ- 2003م، ص50.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص145 بتصرف.

(4) قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، محمد قدوري باشا، ص272.

(5) نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي، الحمادي، ص243.

وللترجيح بالتأريخ حالات متعددة فقد يكون دليلًا مؤرخًا وآخر مطلق، وقد يكون الدليلان مطلقين، وقد يكونا مؤرخين، وقد يكون أحداهما أسبق تاريخاً، وقد يتحد تاريخهما، والحديث عن ذلك سوف يكون في الفروع الآتية:

الفرع الأول: ترجيح الدليل القضائي الأسبق تأريخًا على الدليل المتأخر تاريخًا

إذا كان الدليلان المقدمان من قبل المتداعيين في الخصومة القضائية مؤرخين تأريخا مختلفا، وكلاهما يحكي إثبات الواقعة المتنازع فيها محل التداعي وتعذر الجمع بينهما، فإنَّ الدليل الأسبق تأريخًا يكون له دوره في فض النزاع، وفصل الخصومات؛ وذلك لأنَّ من القواعد العامة في حقل الإثبات: تقديم البينة المؤرخة على غير المؤرخة، والمتقدمة في التأريخ على المتأخرة. فالتأريخ عنصر أساس في الإثبات على كل حال، وقرينة تترتب عليها أثار في الفصل بين المتنازعين[1]، والوقت من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك، بل يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الآخر[2].

وأسبقية التأريخ له مجاله الرحب في كثير من الوقائع من أملاك وعقود، وغيرهما من التصرفات القانونية، والوقائع المادية، وله دور في كثير من الأدلة، وهذا ما سيتم الحديث عنه في الآتي:

أولا: الترجيح بقدم التأريخ في الأملاك في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

قدم التأريخ وحداثته مدرك مؤثر في الترجيح ويختلف من الأملاك، إلى العقود، وذلك لخاصية كل واحد منهما عن الآخر، فهل الدليل الأسبق تأريخًا يرجح على المتأخر، ويتحتم على القاضي الحكم به لكونه أثبتت أحقية أحد الخصمين في الحق المتنازع فيه؟ أم أنَّ القاضي يهدر التأريخ كون البينتين متساويين في القوة والدلالة؟ نبين ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في الترجيح بقدم التاريخ في الأملاك

---

(1) أحكام المجلس الاستئناف الشرعي الأعلى وقرارات محكمة النقض في قواعد الترجيح بين البينات، عبد الرحمن بلعكيد ص345.

(2) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص261.

اختلف أهل العلم في الترجيح بقدم التأريخ، وفصلوا ذلك في الأملاك، وتعددت أقوال الفقهاء في الترجيح به، وذلك على النحو الآتي:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية الشافعية وراية عن الإمام أحمد والزيدية إلى تقديم البينة الأسبق تأريخاً على البينة اللاحقة في التأريخ[1].

حجتهم في ذلك:

– أنَّ السابقة أثبتت الملك في وقت لا تعارضها البينة الأخرى فيه، وفي وقت تعارضها الأخرى، فيتساقطان في محل التعارض، ويثبت موجبهما فيما قبل محل التعارض، فتكون السابقة أثبتت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد[2].

– إن اليد إذا كان يرجح بها، فكذلك وجب الترجيح بتقدم التاريخ، واحتج أيضاً بأن قال: إذا كانت البينتان في بهيمة، وشهدت إحداهما لمقيمها بأولية النتاج في الملك، فتلك البينة مقدمة، وسبب تقدمها اختصاصها بتقدم التاريخ[3].

وسواءٌ شهدت إحدى البينتين بالملك من سنة والأخرى من سنتين، أو أرخت بينة أحدهما من سنة والآخر بأكثر من سنة، وإن لم يقدر الأكثر[4]، وذلك بأن قالت بأن العين ملكه أكثر من سنة.

القول الثاني: للشافعية ولهم تفصيل في ذلك:

---

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص236، ومجلة الأحكام العدلية، ج1، ص358، الْمَادَّةُ: (1760)، والفروق، القرافي، ج4، ص1194، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص536، ونهاية المطلب، الجويني، ج19، ص114، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص430، والانصاف، المرداوي، ج11، ص384، والأزهار، المرتضى، ص266.

(2) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص319، وتبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص380، وبداية المحتاج في شرح المنهاج، محمد بن أبي بكر بن احمد المعروف بابن قاضي شهبة (المتوفي: 874هـ)، تحقيق لجنة من المحققين في دار النوادر، ط1، لبنان، 1433هـ- 2012م، ج7، ص486، والانصاف، المرداوي، ج11، ص384 والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص444، وعلم القضاء، الحصري، ص486.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص114.

(4) إخلاص الناوي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، إسماعيل بن أبي بكر المعروف بابن المقري (المتوفى: 837هـ)، تحقيق، عادل عبدالجواد، وعلي معوض، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004م- 1424هـ، ج3، ص468.

– ذهبت الشافعية في غير المعتمد إلى أنه لَا تَرْجِيحَ بِالأسبق تأريخًا؛ لِأَنَّ مَنَاطَ الشَّهَادَةِ الْمِلْكُ فِي الْحَالِ وَقَدْ اسْتَوَيَا فِيهِ[1].

– وذهبت الشافعية في المعتمد إلى ترجيح البينة الأسبق تأريخًا ما لم يكن مع البينة الأحدث تأريخ يد، أي ترجيح البينة الأحدث تأريخ إذا صاحبها يد.

قال الزركشي: "فلو كانت في يد أحدهما وقامت بينتان مختلفا التأريخ، فإن كانت بينة الداخل أسبق قدمت، أو متأخرة وبينة الآخر أسبق فالأصح ترجيح اليد، لتساويهما في إثبات الملك، والبينة أقوى من الشهادة بالملك السابق، ولهذا لا يزال بها"[2].

رد فقهاء الشافعية على الذين يرجحون بتقدم التاريخ مطلقا بما يلي:

ليس التاريخ كاليد؛ فإن اليد علامةٌ محسوسة ناجزة تدل لو تفردت، وأما النتاج الذي استشهد به، فقد قال الأصحاب أجمعون: القولان جاريان في البينتين، وإن اختصت إحداهما بذكر النتاج، فلا فرق[3].

فمذهب الشافعية الترجيح بالأسبق تأريخا مالم يعضدها يد، فإن كان مع البينة الأحدث تأريخا يد قدمت، ومؤدى قول الشافعية هو ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء، وأنَّ قولهم من باب المحترزات لقول الجمهور فقط، وأنه إذا كانت البينة من خارجين ترجح الأسبق تأريخًا.

ومحل الخلاف بينهما في قوة المرجح عند تعارض المرجحات، فأصحاب القول الأول يرون ترجيح التأريخ الأسبق، وأنه لا فرق بين الترجيح بالتأريخ والترجيح باليد، والشافعية يرون قوة الترجيح باليد على الترجيح بالتأريخ، والقاعدة عند فقهاء الشافعية: أن اليد أقوى من سبق التأريخ[4]، وبناء على هذا فإنه يتم ترجيح اليد على التأريخ السابق عندهم.

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص430.

(2) الديباج، الزركشي، ج2، ص1175، وبداية المحتاج، ابن قاضي شهبة، ج7، ص487، 488.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص114.

(4) فتاوى الإمام النووي، ص229.

القول الثالث: ذهبت الحنابلة في الراجح عندهم إلى تساوي البينتين، وأن قدم التأريخ لا يعتبر مرجحًا[1].

قال ابن قدامة: فإنْ شهدت إحداهما أنَّها له منذ سنة، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما، ووجه قول الخرقي أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح؛ لجوز أن يعلم به دون الأول، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر، أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقًا، فإذا لم ترجح بهذا فلا أقل من التساوي[2].

رد الحنابلة على من خالفهم:

ورد الحنابلة على أصحاب القول الأول الذين قالوا: إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة: بأنه ممنوع لثبوته في الحال، ولو أنفرد بأن ادعى الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته[3].

فتضح من نصوص الحنابلة: التسوية بين التاريخين، وحجتهم أن الشاهدة بالملك الحادث هي أحق بالترجيح، وذلك لجواز أن يعلم به دون الأول اتفاقا.

القول الرابع: ذهب أحمد بن المرتضى من فقهاء الزيدية إلى ترجيح المتأخرة.

قال –رحمه الله–: "فرع قلت: فإن أرختا، عمل بالمتأخرة، ولو أقامها ذو اليد، إذ هي ناقلة، فهي أبلغ تحقيقًا، ولتحصيل استعمال البينتين"[4].

ويمكن أن يناقش هذا القول: بأنه لا يقال في الترجيح بالتأريخ كان أولى تقديم حديثه التأريخ، لأنها ناقلة، لأنا نقول شرط الترجيح بالنقل: أن تكون شهادته مشتملة على ذكر سبب

(1) الإنصاف، المرداوي، ج11، ص358، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي،(المتوفى: 968هـ)، تحقيق، عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بدون ط، بيروت – لبنان، بدون ت،ج3، ص351.

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص251.

(3) كشاف القناع على متن الإقناع، البهوتي، ج6، ص393، والانصاف، المرداوي، ج11، ص385.

(4) البحر الزخار، المرتضى، ج5، ص401.

النقل، وهنا إنما شهدتا بالملك غير أن إحداهما قالت: ملكه منذ عامين، والأخرى قالت: ملكه منذ عام، والأصل الاستصحاب[1].

فلو تبين أن المتأخرة في الأملاك والعقود ناقلة، فإنَّنا نرجح الناقلة، وهذا بلا خلاف، أما إن شهدتا بالملك لكل منهما فنقدم الأسبق تأريخا، وهذا ملحظ لا بد من مراعاته أثناء تقديم الأدلة الكتابية، والحجج والمستندات الخطية، فإذا تبين أن إحدى الوثيقتين ناقلة للملكية، والأخرى مستصحبة، فإنا نرجح الناقلة، وذلك كتمسك الوارث بفصول ووثائق مؤرثه، وتمسك المدعي بالشراء من المؤرث؛ فتقدم وثيقة المشترة لكونها ناقلة.

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور العلماء من اعتبار التاريخ المتقدم مرجحًا بالشروط المذكورة، وذلك لعدة أسباب:

السبب الأول: إن الترجيح هو زيادة في أحد الدليلين، والتاريخ المتقدم فيها زيادة، وهو قدم التأريخ في أحد الدليلين سواء كانا شاهدين، أم محررين أم غيرهما.

السبب الثاني: أن التأريخ المتقدم يدل على السبق، وأن الدليل المتأخر تاريخًا يثبت حقا على عين تم التصرف فيها.

السبب الثالث: إن تقدم التأريخ مع عدم اليد؛ يولد لدى القاضي طمأنينة، ووثوقا بدليل متقدمة التأريخ.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح بالدليل الأسبق تأريخا

يعتبر التأريخ الأسبق مرجحا عند القائلين به إذا توافرت فيه الشروط الآتية، وهي:

الشرط الأول: أن يكون محل الدعوى في يد ثالث

يشترط أن تكون العين المدعاة بها في يد ثالث، فلو كانت في يد أحدهما وقامت بينتان مختلفتا التاريخ فيقدم صاحب اليد، قال صاحب ملتقى الأبحر: "وإن برهن خارجان عن ملك مؤرخ، أو شراء مؤرخ واحد غير ذي اليد، فالسابق أولى[2].

(1) حاشية الدسوقي ج4، ص220، وحاشية البناني على شرح الزرقاني، ج7، ص384.

(2) ملتقى الأبحر، إبراهيم شيخي زادة، ج2، ص275.

وقال ميارة –في شرحه للتحفة–: " فإن كان تاريخ إحدى البينتين أقدم فهي مقدمة على حديثه التاريخ إلا أن يكون القائم بحديثه التاريخ حائز يتصرف تصرف المالك في ملكه بمحضر المدعي ولا عذر له في سكوته عنه؛ فتقدم ببينته، وإن كانت أحدث تاريخاً؛ لأن تركه بيده يتصرف فيه وهو ينظر إليه قاطع لحجته[1].

فإذا كان صاحب متأخرة التأريخ واضعًا يده على العين محل الدعوى، ويتصرف فيها تصرف المالك من غير نزاع من صاحب متأخرة التأريخ، وكان في ظروف يسود فيه الأمن، وينصف المظلوم من الظالم، ولم يكن هناك مانع يمنع المدعي من غياب، أو نقص في أهليته، فإن صاحب متأخرة التأريخ ترجح بينته؛ لأن كلا الملكين ثابتان ومع أحدهما يد، والآخر معه تأريخ متقدم فتترجح اليد، فإذا كان المدعيان خارجين؛ فيكون صاحب التأريخ الأسبق هو المرجح.

الشرط الثاني: أن يكون تاريخ الدليل صريحًا في الزيادة

يشترط أن يكون التاريخ صريحًا في الزيادة[2]، وهذا الشرط يتضح من خلال نصوص الفقهاء؛ عند قولهم: فلو شهدت إحداهما بملك من سنة وشهدت الأخرى من سنتين، وذلك لأن الترجيح هو زيادة في أحد الدليلين، فإذا وجدت زيادة في تأريخ دليل أحد المتداعيين فإن صاحب الزيادة ترجح بينته.

الشرط الثالث: عدم المنافي للمتقدم

إذا أضافتا البينتان إلى وقتين عمل بالمتقدم، إلَّا أن ينافيه المتأخر كوهبه لي أمس، وقال الآخر: باعه مني اليوم؛ لأنَّ البيع رجوع إنْ صح الرجوع[3].

(1) الاتقان والأحكام في شرح تحفة الحكام، محمد أحمد الفاسي المشهور بشرح ميارة، دار المعرفة، بدون ت، بدون ط، ج1، ص92.

(2) الديباج، الزركشي، ج2، ص1175

(3) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2045، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص94.

فإذا تصرف المالك بتصرفين ناقلين للملكية، وكان يجوز له الرجوع في أحدهما، ورجع في الأسبق –الجائز فيه الرجوع– فإن سبق التأريخ لا يكون مرجحًا، وذلك كهبة لأحدهما، ثم بيع على الآخر، فإن الموهوب له بينته متقدمة إلا أنها غير مرجحة، لوجود المنافي لها وهو البيع، فإن أضافتا إلى وقت واحد مع عدم المنافي تهاترتان البينتان.

الشرط الرابع: ألا تثبت البينة التي لم تؤرخ تاريخاً قبل تأريخ الأخرى

قال الونشريسي: "إن البينة التي لم تؤرخ تقدم عليها البينة المؤرخة إلا إذا سئل الشهود الذين لم يؤرخوا وأثبتوا تاريخاً قبل الأخرى فتقدم[1].

الشرط الخامس: أن يكون في الترجيح بقدم التأريخ تكاذب

قال ابن رحال: فإذا شهدت بينة بأن هذه الدابة في ملك فلان عام عشرة وأحد عشر ولم تخرج عن ملكه حتى سرقت في أول الثاني عشر، وشهدت بينة أخرى أنه ملكها السنة الثانية عشرة بتمامها وهي إلى الآن لم تخرج عن ملكه، وهذه ليس فيه الترجيح بأقدم التاريخين، كما تعرفه بالنظر إليهما وإلى ما قدمنا في الترجيح بقدم التأريخ، لأن الترجيح بقدم التأريخ لابد من التكاذب[2]، والتكاذب هو، اشتراك الملكين في وقتٍ واحدٍ فيتساقطان، ويبقى الشيء بيد الأسبق منهما، وهو الأقدم تأريخًا[3].

فتعارض التاريخين لا بد أن يتضمن تكاذبهما، بأن يدل دليل كل منهما بخلاف دليل الآخر فيتقابلان ويتساقطان ويبقى الشيء بيد الحائز، فإذا لم يحصل تكاذب فتكون الواقعة من قبيل التعارض الذي يمكن معه الجمع لا من قبيل التعارض الذي يكون معه ترجيح.

---

(1) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي (المتوفى: 914هـ)، تحقيق جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1401هـ- 1981م، ج9، ص606، 607.

(2) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال، ص285.

(3) محقق كتاب الارتفاق، محمد سليمان المنيعي، ص285.

الفقرة الثالثة: أثر خلاف الفقهاء في ترجيح الدليل المتقدم التأريخ

للترجيح بتقدم التاريخ أثر في محل الدعوى المنظور أمام القضاء والمنعقد بصدده الخصومة ويظهر هذا الأثر في الآتي:

الأثر الأول: حكم زوائد العين محل الدعوى؛ أن لصاحب العين متقدمة التأريخ أجرة العين والزوائد الحادثة، فإن أقام اثنان بينتين بعين وهي بيد غيرهما، واختلفا تأريخاً، رجح أسبقهما تأريخاً فله أجرة العين وزوائدهما الحادثة من تأريخه[1].

ويستثنى من ذلك: لو كانت العين بيد الزوج، أو البائع لم تلزمه أجرة، وذلك أن تدعي عليه إحدى زوجتيه بأن أصدقها أباها من سنتين، وتقيم كل بينة يحكم بها للثانية ولا أجرة لها على الزوج[2].

الأثر الثاني: حكم الترجيح بين المرجحات عند التعارض؛ حصل خلاف بين الفقهاء عند تعارض التاريخ واليد فأيهما أرجح؟ ففي منح الجليل: التأريخ الأقدم يقضى به وإن كانت الأخرى أعدل، سواء كانت تحت يد أحدهما، أو تحت أيديهما، أو تحت يد ثالث، أو لا يد عليه[3].

وبهذا يتضح المالكية يرجحون أسبقية التأريخ على الأعدلية، وعلى اليد عند التعارض، بخلاف الشافعية، فإنهم يرجحون اليد على التأريخ عند التعارض[4]، وبقية الفقهاء لم يقولوا بترجيح الأعدلية على أسقية التأريخ؛ لأنّهم لا يرجحوا بين الأدلة بزيادة الأعدلية.

وبهذا يتضح أنَّه عند التعارض بين مرجح التاريخ واليد، بأنَّ الترجيح باليد يرجح على تقدم التاريخ، وذلك لأنَّ اليد أقوى من التارخ.

---

(1) العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، أحمد بن عمر المذحجي الزبيدي، الشهير بالمزجّد (المتوفى: 930هـ)، اعتنى به مهند تيسير خذها، دار المنهاج، ط1، جدة– السعودية، 1434هـ، 2011م، ج6، ص2163.

(2) صوب الركام، السقاف، ج2، ص292، 293.

(3) منح الجليل، عليش، ج8، ص533.

(4) بداية المحتاج في شرح المنهاج، ابن قاضي شهبة، ج7، ص486.

ثانيا: ترجيح الدليل السابق تأريخًا على المتأخر تأريخًا في العقود

تعتبر العقود من المسائل التي يدخلها التعارض، إلا أن هذه العقود ليست على درجة واحدة في كثير من الأحكام وبعضها يكثر فيها التعارض تبعا لكثرة المحاكمات فيه، وبعض العقود يقل فيها التعارض لندرة المحاكمات فيها، ونظرًا لأهمية بعض العقود سوف نورد أقوال أهل العلم في عقد البيع، وعقد النكاح عند التعارض بين التأريخ فيهما فيما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الدليل السابق تأريخًا على المتأخر تأريخًا في عقد البيع

البيع هو: عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين، أو منفعة على التأبيد[1]، وهناك أحكام أخرى تتعلق بالبيع مثل: الأركان، والشروط، والأنواع ليست محل الدراسة، والذي يعنينا تعارض طرق الإثبات من حيث التأريخ في عقد البيع.

قد تتعارض الأدلة القضائية في عقد البيع ويتعذر الجمع فعلى القاضي أن يلجأ إلى الترجيح بالتأريخ باعتباره مرجحًا له أثره في تقوية إحدى البينتين، ولكن لم يكن الترجيح بالتأريخ محل اتفاق فكما اختلف الفقهاء في الترجيح بالتأريخ في الأملاك

اختلفوا كذلك في ترجيح البينة السابقة على اللاحقة في العقود ومنها عقد البيع–عقد الشراء وفرقوا بين الأملاك والشراء_ وبيان ذلك فيما يلي:

أ – أن يكون البائع واحدًا

اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى تقديم البينة السابقة في التأريخ على المتأخرة في الشراء إذا كان البائع واحدًا[2].

وحجتهم في ذلك ما يلي:

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج2، ص323.

(2) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص319، واللباب في شرح الكتاب، عبدالغني بن طالب الميداني (المتوفى: 1298هـ)، تحقيق، محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت– لبنان، بدون ت، ج5، ص73، والفروع، ابن مفلح، ج6، ص466، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص93.

– إنَّ المتداعيين اتفقا على أنَّ البائع مالك للمبيع، وما دام أنَّهما اتفقا، فالسابق أولى، وإنَّ عقد الشراء يجوز تعدده، وعند التعدد فهو لمن سبق تاريخ عقده.

– أنَّهما اتفقا على الحدوث، فتضاف إلى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ، فإذا أرخ دل على سبق ملكه فترجح به على الآخر. وأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به[1].

ب– أن يكون البائع متعددًا

حصل خلاف بين الفقهاء إذا كان البائع متعددًا وكان تاريخ أحد المتعاقدين أسبق تاريخًا واختلفت أقوال الفقهاء في ذلك:

القول الأول: ذهبت الحنفية إلى أنه إذا ادعى كل منهما الشراء من رجل آخر غير الذي منه الشراء الآخر لا يترجح فيه صاحب التأريخ الأسبق، وأنهما يستويان، وأن توقيت أحدهما لا يدل على الملك[2].

وحجتهم في ذلك:

– أنَّ كلَ واحدٍ منهما فيه خصم عن بائعه في إثبات الملك له، وملك بائعهما لا تأريخ فيه، فصار كالبائعين حضرا وأثبتا الملك لأنفسهما مطلقاً من غير تاريخ.

– وأن ملك بائعهما ثبتت بإقرارهما فلا يتصور التملك إلا من جهته، فإذا ملكه لأحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز[3].

القول الثاني: وذهبت الزيدية إلى أن البينتين إذا أضافت الشراء من شخصين يعني أن إحداهما أضافت الشراء من زيد والأخرى من عمرو فإنه يكون الشيء بينهما ولا فضل هنا للخارج ولا للداخل، لأن الشراء من زيد لا يمنع الشراء من عمرو[4].

---

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص319، واللباب في شرح الكتاب، الميداني، ج5، ص73، والفروع، ابن مفلح، ج6، ص466، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص93.

(2) حاشية ابن عابدين، ج5، ص575.

(3) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص317، 319.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص23.

الرأي الراجح أنه ينظر إلى دليل المتصرفين–سند البائعين–للمشتريين فإن كان أحد المتصرفين حائزًا لمحل الدعوى وقت البيع حيازة هادئة مستقرة فإن دليل المشتري منه يرجح ولو كان متأخر التاريخ لكونه ذا يدٍ، وإن كانا كلا البائعين غير حائزين ولا أحدهما، فإنه تترجح بينة صاحب اليد.

الفقرة الثانية: ترجيح الدليل السابق تأريخا على المتأخر تأريخا في عقد النكاح

النكاح هو: الْتِمَاسُ الخاطب النِّكَاحَ من جهة الْمَخْطُوبَةِ[1].

التنازع على المرأة من حيث الزوجية حصل فيها خلاف بين العلماء عند تعارض الأدلة سواء كانت الأدلة القضائية شهادة شهودٍ أو محررات رسمية وبيان ذلك فيما يلي:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه إذا حصل تنازع في مرأة وأقاما البينة، فإن أرخا وكان تأريخ أحدهم أقدم كان هو أولى، لأنه الأسبق بالعقد عليها[2].

فإن لم يوجد تأريخ، فعند الجمهور لا ترجيح بسوى التأريخ وأما الحنفية فلهم تفصيل في التنازع على المرأة إن لم يوجد تأريخ متقدم فيكون الترجيح بما يلي:

أ– الترجيح بالقبض: فَإِنْ كَانَ مَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ كَالدُّخُولِ بِهَا أَوْ نَقْلِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ كَانَ هُوَ أَوْلَى.

ب– الترجيح بالتصديق: أي تصديق المرأة لأحد المتنازعين بأنها زوجته[3]، وأنه عند تنازع المرجحات يكون الترجيح على الترتيب سَبْقَ التَّارِيخِ أَرْجَحُ مِنْ الْكُلِّ، ثُمَّ الْيَدُ، ثُمَّ الدُّخُولُ، ثُمَّ الْإِقْرَارُ، ثُمَّ تَارِيخُ أحدهما[4].

---

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص219.

(2) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص316، وحاشية الدسوقي، ج2، ص331، والتمشية بشرح إرشاد الغاوي في مسالك الحاوي، إسماعيل بن أبي بكر المشهور ابن المقري (المتوفى: 837هـ)، تحقيق، محمود عبد المتجلى خليفة، دار الهدى، بدون ط، وبدون ت، ج3، ص674.

(3) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص316.

(4) حاشية ابن عابدين، ج5، ص572.

القول الثاني: ذهبت الحنابلة إلى أنه إذا أقام المتنازعان على المرأة بينتين تعارضتا وسقطتا، وحيل بينهما، وبينها، ولا يرجع أحد المتداعيين بإقرار المرأة، ولا بكونها في بيتة ويده، لأن اليد لا تثبت على حرة، ولا سبيل إلى القسمة هاهنا، ولا القرعة، لأنه لابد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها في النكاح[1].

الرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من اعتبار أسبقية التأريخ مرجحًا، وأنَّ الاسبقية دليل التقدم، فإذا تنازع شخصان على امرأة، وأحضر كل منهما شاهدين، أو وثيقتين يتضمنا إبرام عقد النكاح، وكان شاهدا أحد المتداعيين، أو وثيقة عقد النكاح أسبق، فإننا نرجح الأسبق، والعبرة بأسبقية التأريخ في عقد النكاح لا في تأريخ تحريره، وأن القبض أو التصديق واليد لا تعد مرجحًا، لأن تصديق المرأة متهمة فيه، ويشترط في الدليل خلوه من التهمة، وأما القبض فقد تكون اليد عادية، وأما اليد فإن الحر لا يدخل تحت اليد، وأنه في هذه الحالة يكون التساقط والتفاسخ.

الفقرة الثالثة: ترجيح الدليل السابق تأريخًا على المتأخر تأريخًا في الخلع

الخلع هو: فُرْقَةٌ بين الزوجين بعوض مَقْصُودٍ رَاجِعٍ لجهة الزَّوْجِ بلفظ طلاق أو خلع[2].

إذا اختلف الزوجان في جنس عوض الخلع، أدراهم أو دنانير أو في قدره كألف، فقالت هي: بل بخمسمائة، وكان لكل منهما بينة، فإن استويتا تأريخًا سقطتا، وإن اختلف تأريخهما قدمت البينة السابقة[3].

وبهذا يتضح أن أسبقية أحد الأدلة القضائية يعد مرجحا بصورة عامة عند الفقهاء، وأنَّ خلاف الفقهاء في بعض الجزئيات لا يؤثر على الأصل العام، وتكون هذه الجزئيات من قَبِيلِ المستثنيات على الأصل العام.

(1) المغني، ابن قدامة، ج10، ص261.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص430.

(3) المصدر السابق، ج4، ص453.

الفرع الثاني: ترجيح البينة المؤرخة على البينة المطلقة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

القاعدة: البينة ذات التأريخ مقدمة على من لا تأريخ لها

قد يتعارض الدليل المؤرخ والدليل غير المؤرخ –المطلق– في الواقعة المنظورة أمام القاضي أثناء التداعي، ويطلب كلا الخصمين الحكم له بموجب دليله بعد مرافعة طالت، ومنازعة استمرت، وجدال برز، حول قوة كل من الدليلين، لذا فإن فقهاء المذاهب اختلفت أنظارهم في هذا المسألة، منهم من رجح البينة المؤرخة على البينة المطلقة، ومنهم من عكس، على تفصيل عندهم بين الأملاك والعقود.

القول الأول: ذهب أبو يوسف من الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية– في غير المعتمد– والزيدية إلى ترجيح البينة المؤرخة على المطلقة[1].

وحجتهم في ذلك:

–إنّ المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت، ولم يتقن ملك الآخر، وكان المتقين أولى من المحتمل.

–إن البينة المؤرخة تثبت الملك في وقت معين، والأخرى لا تقتضي إلا إثبات الملك في الحال.

–إن التاريخ دليل التقدم للملك من المالك الأول.

القول الثاني: ترجيح البينة المطلقة على البينة المؤرخة

وهذا قول محمد بن الحسن من الحنفية، وأبي الخطاب من الحنابلة، والمؤيد ومحمد من الزيدية[2].

---

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص319، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص533، وبداية المحتاج في شرح المنهاج، ابن قاضي شهبة، ج7، ص487، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص94، وعلم القضاء، الحصري، ص487.

(2) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص319، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص251، وضوء النهار، الجلال، ج4، ص2114، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص94.

وحجتهم في ذلك:

-إن البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الأصل، وأنه يستحق به الأولاد والاكتساب، وملك الأصل أولى من التأريخ.

- إن التاريخ دليل التقدم للملك من المالك الأول.

- إن الوقت الذي يحكم فيه للمطلقة، يحكم لها بأقرب وقت فتكون هي المتأخرة والمؤرخة هي المتقدمة[1].

القول الثالث: ذهب أبو حنيفة والمعتمد عند الشافعية والحنابلة، أن البينة المؤرخة والمطلقة سواء[2].

وحجتهم في ذلك:

-إن المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال.

- إن المطلقة كالعامة بالنسبة إلى الأزمان، لو فسرناها ربما أرخت بأكثر مما أرخت المؤرخة.

- إنه ليس في أحدهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره، فوجب استواؤهما كما لو أطلقتا، أو استوى تأريخهما.

القول الرابع: ذهب الإمام يحيى من الزيدية إلى أنه يقسم لعدم المرجح[3].

وقال المقبلي: هذا هو الحق إذا المطلقة يحتمل التقدم على المؤرخة والتأخر عنها، واتحاد الوقت ولا أولوية لأحد الأوقات فيجب التوقف، فيبطل فائدة تأريخ المؤرخة،والحاصل: الأصل العدم ما لم يؤرخ بالنظر إلى الوقت الذي بعد التأريخ، ولذلك إذا نظرت إلى ما قبل التأريخ

(1) المنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص443.

(2) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص319، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص533، وبداية المحتاج في شرح المنهاج، ابن قاضي شهبة، ج7، ص487، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص94، وعلم القضاء، الحصري، ص487.

(3) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2114.

جاز فيه الأمران، والأصل العدم فالعدول إلى أحد الوقتين ترجيح بلا مرجح مظهر لك على وهم[1].

القول الخامس: ذهب الشوكاني إلى النظر إلى إمكان تعدد الواقعة أم لا.

قال الشوكاني: فلا أرى لترجيح المؤرخة على المطلقة وجهًا، لأنَّ المطلقة يمكن أن تكون قبلها، ويمكن أن تكون بعدها، فينبغي أن ينظر: هل يمكن تعدد الواقعة أم لا؟ فإن لم يمكن فالقسمة كما حكم به رسول الله ﷺ[2].

الرأي الراجح: الراجح من أقوال الفقهاء هو القائل بترجيح الدليل- البينة- المؤرخ على الدليل -البينة- المطلق لعدة أسباب:

السبب الأول: إن الزيادة في إحدى الدليلين يكون مرجحا له، وتأريخ أحدهما زيادة فيه تورث طمأنينة، وغلبة ظن لدى القاضي.

السبب الثاني: إن التأريخ دليل السبق والتقدم، والتقدم أحد الدليلين زيادة، ودلالة على السبق.

السبب الثالث: إن القاعدة اللغوية والأصولية المشهورة تنص على أن المقيد يعمل به في مقابل المطلق، والعمل بالمقيد دليل الرجحان، والدليل القضائي المؤرخ من قبيل المقيد، فيكون المؤرخ هو الراجح ما لم تظهر قرائن أخرى يؤيد رجحان المطلق.

الفرع الثالث: أن تكون الأدلة القضائية متحدة التأريخ أو مطلقتين

قد يحصل في الواقع العملي أن تكون الأدلة القضائية متحدة التأريخ أو مطلقه في إثبات التصرف الناقل للملكية أو غيرها، فما الحكم إذا اتحد التأريخ، أو كان مطلقًا؟ هل يتم إعمال طرق الإثبات من شهود وغيرهم أم يتعين إسقاط الأدلة القضائية؟ هذا ما سيكون الحديث فيه.

(1) المنار في المختار، المقبلي، ج2، ص299.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص782.

أولا: أن تكون الأدلة القضائية متحدة التأريخ

اتحاد الأدلة القضائية في تاريخها يتعين فيها بيان المقصود من اتحاد التاريخ، وبيان أقوال الفقهاء في هذه المسألة.

الفقرة الأولى: ماهية اتحاد التأريخ

يعد ماهية اتحاد التأريخ من المسائل الدقيقة في مسألة الترجيح لذا اضطربت أقوال الفقهاء في بيان ماهية اتحاد تأريخ، ومما قيل في ذلك سنذكره فيما يلي:

أ-إضافة العقد إلى وقت مضيق يسع فيه العقود المتنازع فيها.

التأريخان المتحدان هو: قول الشهود مثلا: كان العقد في أول الظهر من اليوم الفلاني، وظاهر أنه يسع فيه العقود المتعددة على التقدم والتأخر إذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان[1].

وهذا التعريف ضبط وقت التأريخ المتحد بأنه يسع العقود المتعددة في ذلك الوقت بعينه.

ب-إضافة العقد إلى وقت يكون التقدم منعدما في العقود المتنازع عليها.

اتحاد التأريخ: أن تؤرخ كل واحدة منهما الى وقت واحد لا يتقدم إحداهما على الأخرى فيكون بيان التقدم معدوما[2].

وهذا التعريف ضبط اتحاد الوقت بعدم تمييز البينتين في الوقت، فيكون التقدم منعدمًا.

ج- إضافة العقد إلى وقت يضيق فيه إبرام العقود محل التنازع.

قال الجويني: وتكلف أصحابنا تصوير وقوع البينتين على وجه التناقض فصوروا وقوع مخبر البينتين متعلقا بوقت واحد، بحيث نعلم أن ذلك التعين يضيق عن وقوع واقعتين فإذا تأرخت البينتان بتأريخ واحد على أقصى ما يمكن فرضه من تحقيق التضيق، فالبينتان متكافئتان، مثل أن تتعرض كل واحدة لتأقيت لفظ الشراء عند بدوِّ أول قرص الشمس[3].

---

(1) فتح القدير، ابن الهمام، ج7، ص825.

(2) الحاوي، للماوردي، ج17، ص351.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص158.

وهذا التعريف ضبط اتحاد التأريخ في وقت يضيق عن حصول واقعتين، لذا فإنّ الراجح هو أن يبرم العقدان في وقت يتعذر فيه تميز أحدهما على الآخر؛ وذلك لأن الوقت إذا كان في السابق يتعذر فيه معرفة تفاوت الأوقات، فإن في زمننا الحاضر ومع وجود الآلات التي تضبط الوقت بدقةٍ متناهيةٍ أصبح من الممكن معرفة ذلك، وعند التعذر يكون الترجيح بالوسائل المذكورة وتكون مرجحًا.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الأدلة القضائية المتحدة التأريخ.

القول الأول: ذهبت الحنفية والشافعية والمالكية والزيدية إلى أنه إذا تداعى اثنان عينًا في يد ثالثٍ وأقام كل منهما بينة متفقتي التأريخ أو مطلقتين إلى أنّ البينتين تتساقطان[1].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

-أنّهما تناقض موجبيهما، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح، فعلى هذا كأنْ لا بينة.

-إنّه ليس في أحدهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره، وأنهما استويا في الدعوى والحجة فوجب استواؤهما، ولكن اشترطوا في ذلك شروطًا.

القول الثاني: ذهبت المالكية إلى أنه إذا أطلقت إحداهما وقيدت الأخر بوقت معين فلا تعارض، ومهما قيدتا بوقتٍ واحدٍ جاء الخلاف، ووجهه في الحيازة[2].

الرأي الراجح: ما اتفق عليه الفقهاء من أن استواء الدعويين والبينتين يؤدي إلى التساقط، وذلك لأنّه لم يكن في إحدى البينتين بيانٌ على تَقدُّم إحداهما على الأخرى، وعدم البيان يعني عدم الترجيح، فيكون من قبيل التعارض المؤدي إلى التساقط، ولكن إذا وجدت وسيلة حديثة تبين سبق زمان عقد أحدهما فإنّ الوسيلة الحديثة تعد مرجحًا، ويكون التعارض المؤدي إلى التساقط عند الفقهاء يُرَجَح بالوسيلة الحديثة.

---

(1) المبسوط، السرخسي، ج8، ص258، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص،251، وضوء النهار، الجلال، ج4، ص2045.

(2) البهجة، التسولي، ج1، ص262.

الفقرة الثالثة: شروط القائلين بالتساقط عند اتحاد أدلة الأدلة القضائية في التاريخ

الشرط الأول: أن تكون البينتان مؤرختين بتأريخ واحدٍ مصرحتين بالتنصيص على وقت واحدٍ، وهذا يتطلب أن يكون الوقت مضيقًا فيهما.

الشرط الثاني: ألّا تكون إحداهما أقوى في نفسهما كأربعة عدول مقابل اثنين عند من أثبت الترجيح بذلك[1]، فإذا وجدت مزيةٌ في نفس الدليل فإنّه يترجح، فإذا كان الدليل القضائي عبارة عن محررين أحدهما رسمي والآخر عرفي واتحد الوقتان، فإنّ المحرر الرسمي يُرَجَح على العرفي؛ لوجود مزية فيه.

الشرط الثالث: أن يتحد المتعاقدان

يشترط أن يكون البائع واحدًا[2]، فلو اختلف المتعاقدان فإنه يتعذر إعمال التساقط، وبهذا يتبين أنه لو كانت البينتان متفاوتتان في الوقت فإن المتقدم من الدليلين يترجح على المتأخر، أو كانت إحداهما أقوى من الأخرى في نفسها لوجود مزية فيها فإنها ترجح، وكذا لو اختلف البائع بأن اشتريا من متعدد فإن الحكم يتغير.

ثانيا: أن تكون الأدلة القضائية مطلقة

لا يخرج الحكم فيما إذا كانت البينتان مطلقتين عما إذا كانتا متحدتي التأريخ، وأنهما مستويان وتتساقط الأدلة، ولذا فلا داعي لإعادة أقوال الفقهاء في هذه الحالة[3]، إلّا أنَّ الزيديةَ لهم تفصيلٌ في ذلك.

فعند الزيدية: إذا أطلقت البينتان فلمن هي في يده، لأنّ اليد دلالة التقدم، ولكن بشرط أنْ يضيفا الشراء إلى شخصٍ واحدٍ فإن أضافتاه إلى شخصين فهما سواء، فيقسم بينهما سواء أطلقتا أو أرختا فلا حكم لتقدم أحدهما[4].

(1) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص153، وضوء النهار، الجلال، ج4، ص2045.

(2) المبسوط، السرخسي، ج8، ص285.

(3) روضة الطالبين، النووي، ج12، ص70.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص93.

الفرع الرابع: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالتأريخ

سار القانونان –اليمني والمغربي– على ما سار عليه جمهور الفقهاء من الترجيح بالتأريخ ونبين ذلك فيما يلي:

أولًا: موقف القانون اليمني من الترجيح بالتأريخ

نص القانون اليمني على الترجيح بالتأريخ في الأملاك والعقود، وعَدَّه من ضمن القرائن المرجحة لدعوى المتداعيين، وبيان ذلك في الآتي:

الفقرة الأولى: الترجيح بالتأريخ في الأملاك

عند تنظيم القانون لإحكام لحيازة وتبينه لحالاتها منها ترجيح بينة الخارج على الداخل والعكس، ذكر الترجيح بالتأريخ المتقدم على التأريخ المتأخر، فنصت المادة: (1115) من القانون المدني على ما يلي:

عند الترجيح بين أدلة مدعي الملك وبين أدلة مدعي الثبوت–اليد– بالقرائن يتبع ما يلي:

–ينظر إلى مدة ثبوت ذي اليد، ومتى بدأت، فإن كانت متأخرة عن التأريخ الذي كتب فيه المرقوم، فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

وبيان ذلك أنه عند تعارض الدليل الكتابي–باعتباره قرينة ضعيفة تتساوى مع الثبوت، وقرينة اليد، ينظر إلى التأريخ، فإن كان تأريخ صاحب المرقوم –الدليل الكتابي– متقدمًا على تأريخ ثبوت صاحب اليد، فالمرقوم يرجح، ويعتبر قرينة ترجح دعواه.

فالتأريخ رجح ما قرينتين مختلفتين، قرينة اليد وقرينة الدليل الكتابي –الذي لم يصرح فيه الكاتب والشهود في المستند بأن المتصرف مالك لما تصرف فيه[1]– فإذا كان تأريخ الدليل الكتابي متقدم على تأريخ ثبوت صاحب اليد، كانت ملكية محل النزاع لصاحب الدليل الكتابي.

وإن كان تأريخ مدة الثبوت أقدم من تأريخ الدليل الكتابي، رفضت الدعوى، ويبقى صاحب اليد ثابتا على ما هو تحت يده.

---

(1) القانون المدني، المادة:(1115)، الفقرة (3).

وبهذا يتضح: أن التنازع على الحقوق العينية يتم الترجيح بالتاريخ المتقدم سواءٌ اتحد الدليلين، أو اختلفا.

الفقرة الثانية: الترجيح بالتأريخ في العقود

ورد الترجيح بالتأريخ بين عدة أنواع من العقود ومنها:

أ –الترجيح في عقد الشفعة

فنص القانون المدني في المادة: (1313) "إذا ادعى اثنان الشفعة، بأن ادعى أحدهما أن شراءه متقدم للمتأخر ليشفع المتأخر حكم للمبين منهما، فإن بينا معاً وأضافت البينة إلى وقتين مختلفين كانت الشفعة للأسبق وقتاً منهما، فإن أرخت إحدى البينتين وأطلقت الأخرى فالشفعة للمؤرخة، وإن أضافت البينتان لوقت واحدٍ، أو أطلقتا دون تاريخ تهاترتا، ويحكم لمن حلف ونكل صاحبه، فإن حلفا معًا، أو نكلا معًا بطلت الشفعة في حقهما".

وهذا النص يتطلب تحليل لما ورد فيه، وذلك أنَّه تكلم عن الترجيح بالتاريخ، واشتمل على حالات متعددة.

– تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة.

فإذا أضافت البينتان الشراء للشيء المشفوع إلى وقتين مختلفين كانت الشفعة للأسبق منهما وقتاً.

– ترجيح البينة المؤرخة على المطلقة.

إذا أرخت إحدى البينتين المتنازعتين لمحل الشفعة وأطلقت الأخرى، فتكون الشفعة للمؤرخة.

– اتحاد التاريخ أو كانت البينتان مطلقتين.

فالحكم في هذه الحالة أن البينتين تتهاتران وتتساقطان سواء في حالة اتحاد التأريخ، أو إطلاقه، وذلك لعدم وجود تقدم، أو تأخر حتى يتمكن القاضي من الترجيح.

وبهذا التفصيل يتضح أن التاريخ له أثره في العقود.

ب-الترجيح في عقد الإجارة

نص القانون المدني في المادة: (735) على ما يلي: إذا تعدد المستأجرون من شخص واحد لعين واحدة فيقدم الأسبق تأريخا.

ونص قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في المادة: (13) على ما يلي: "لا يجوز إبرام أكثر من عقد إيجار واحدٍ لنفس العين لمدة زمنية واحدة، وفي حالة المخالفة يقع باطلاً العقد، أو العقود اللاحقة للعقد الأول، وإذا التبس، أو تعذر إثباته، تكون الحجية للعقد الموثق، فإذا لم تكن هناك عقود موثقة، تعطى الأولوية لمن سبق منهم إلى وضع يده على العين، ولا يعتد بالعقد الذي تم توثيقه بعد وضع اليد"[1].

تحليل: رجح القانونان سالفا الذكر تقديم الأسبق تأريخا من المستأجرين عند التزاحم على العين المؤجرة، ونصت المادة: (13) من تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على الترجيح بأنه في حالة المخالفة يقع باطلاً العقد، أو العقود اللاحقة للعقد الأول.

ويتضح مما تم ذكره أن القانون اليمني أخذ بالترجيح بالتأريخ، وأنه يعد مرجحًا عامًا في المنازعات المشتمل أدلتها على تقدم وتأخر في التأريخ، أو إطلاق أو تقيد.

فإذا تزاحم شخصان على شيء واحدٍ، وكان عقد أحدهما ثابت التأريخ دون الآخر، فيعمل بالعقد ذي التاريخ الثابت، وإذا كان عقد كل منهما ثابت التأريخ، فيعمل بالعقد الذي أثبت تأريخه أولاً، أما إذا لم يثبت كل منهما تأريخ عقده فمن يثبت أنه حصل له التعاقد أولاً يعمل بعقده، لأن من تصرف في حق من الحقوق لا يملك التصرف فيه مرة أخرى، ويصح الإثبات في هذه الحالة بشهادة الشهود، لأنَّ التصرف الثاني بالنسبة للتعاقد الأول واقعة مادية لا يمكن الحصول على كتابة بها، فضلاً عما في ذلك من الغش الحاصل من التصرف في الشيء المتصرف فيه مرة أخرى، بل إن إثبات التأريخ لا ينفع عن سوء النية، ولا يخفى أنه في حالة عدم وجود تأريخ ثابت على كل من العقدين، يكون مركز المدعى عليه أحسن من

(1) القانون رقم: (22) السنة (2006م) بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر في المادة: (13).

مركز المدعي، لأن هذا هو الذي يكلف بالإثبات، ولذلك يجتهد كل منهما في أن يكون مدعى عليه لا مدعيًا[1].

ولكن إذا فرضنا أنه صدر عقدان من شخص واحدٍ ثم توفي، فكل من العقدين أصبح ثابت التأريخ يوم الوفاة، فأيُّ العقدين يفضل على الآخر؟ فمثلاً إذا باع زيد منقولاً لعمرو ولم يسلمه له، ثم باعه لبكرٍ ولم يسلمه له أيضًا ثم توفي، فقد ثبت تأريخ كل من العقدين في وقت واحد لوفاة زيدٍ فمن منهما –عمرو أو بكر– يكون له الأولوية في الاستيلاء على ذلك المنقول؟

إنه إذا سلمه الوارث لأحدهما وكان هذا حسن النية لا يعلم بسبق البيع لغيره صح التسليم، لأن الحيازة في المنقول سند الملكية، أما إذا لم يحصل التسليم لأيّهما فإن من أثبت أنه حصل له البيع أولاً كان صاحب الحق فيه، لأن البائع بعد هذا البيع أصبح غير مالك للمنقول، فبيعه ثانياً باطل ويمكن الإثبات بالشهود والقرائن[2].

ثانيا: موقف القانون المغربي من الترجيح بالتاريخ

اعتبر القانون المغربي التأريخ مرجحا من المرجحات بصريح النص، فنصت مدونة الحقوق العينية في المادة (3) على ما يلي: تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة، وتقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تأريخاً.

فاعتد القانون بالترجيح في التأريخ في حالة تقدم أحدهما وتأخر الآخر، فالسابق أرجح، وفي حالة الإطلاق والتقيد، فالمقيد أرجح، وهو بهذا أخذ بمذهب المالكية.

وتطبيقًا لذلك: فقد قضى مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى بالمغرب بجلسة 12 محرم عام 1333هـ في قضية ادعى المدعون، أنَّ المدعى عليهم استولوا على أرضهم، فحكم القاضي برفض دعوى المدعيين، والقضاء بالأرض للمدعي عليهم، على أن تأريخ الملكية أقدم من ملكية المدعيين، بنقض هذا الحكم، على أساس أن القاعدة الفقهية في الفقه المالكي التي

(1) رسالة الإثبات، أحمد نشأت، مصر،2008م، ج1، ص361.

(2) المرجع السابق، ج2، ص424، 425.

توجب ترجيح الدليل الذي يؤرخ الملكية بتاريخ أحدث بل تكون حينما تكون الأدلة متعارضة فإن كانت هذه الأدلة ساقطة ملغاة لا يعتد بها لاختلال هذه الشهادات فقالت :"من المقرر أن الترجيح بقدم التأريخ لا يكون إلا بين البينتين المتعارضين اللتين لا يمكن الجمع بينهما، وقد تبين أنَّ البينتين معاً ملغاتان وغير معتبرتين"[1].

كما تصت محكمة النقض في القرار عدد: (3155)، المؤرخ في 2005/11/30م، ملف مدني عدد: 2003/7/1/678 القاعدة: يثبت الملك لمن أقام البينة الشرعية الصحيحة.

إن تعارضت البينتان أمكن الجمع بينهما.

إن لم يمكن الجمع رجح بأشياء منها قدم التأريخ.

يقصد بقدم التأريخ تأريخ الشيء المشهود به لا تاريخ البينة[2].

وكذا قضت محكمة النقض في القرار عدد: 583 المؤرخ في: 2005/2/23 ملف مدني عدد: (33– 3) /2003/1/1 إن الترجيح بقدم التأريخ بين البينتين باحتساب مدة الحيازة المشهود بها محله، أن تكون إحداهما تشهد لمدة أطول بالملك لطرف الأخرى تشهد به لمدة أقل لطرف آخر[3].

ولذا قضت محكمة النقض في القرار عدد: (1380) المؤرخ في 2004/4/28م ملف مدني عدد: (2004/1/1/307م) ونصت على القاعدة الآتية: "إذا ما أقام كل من الخصمين بينة على أنّه اشترى الدار من فلان وذكر بائعًا واحدًا، أو جاء كل واحد منهما بشرائه من ذلك البائع، فإن أرختا معًا فالشيء لمن كان شراؤه أقدم"[4].

وبهذا القرا أوضحت محكمة النقض أنَّ الترجيح بقدم التأريخ لا بد أن يكون البائع واحدًا.

---

(1) الحكم عدد: (10) في قضية ادريس بن العزي الحضاري، مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، جلسة 12 محرم 1333هـ، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية الجزء الأول (مكرر) ج5، ص41.

(2) قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، أوزوكار، ص119.

(3) قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات، أوزوكار، ص 175.

(4) المرجع السابق، ص186.

وأصدر المجلس الأعلى قراراً بعدد: (1802) بتاريخ: 14ماي 2008م، الملف المدني عدد: (12006/1/1167) الترجيح يقدم التأريخ على مدة الحوز.

جاء فيه: "... وأنه عند تعارض الحجتين فإنه يتعين اللجوء إلى المرجحات بينهما وأن الملكية عدد 526 أقدم تأريخًا من الملكية عدد: (648) ومستوفية لجميع شروط الملك المنصوص عليها في لأمية الزقاق وهي يد نسبة طول إلى آخر الشروط إضافة إلى أن الملكية المذكورة تبين سب بالملك أما الملكية عدد: (648) فجاءت مطلقة وهذا كافٍ للترجيح، ومن ثمَّ فالملكية المذكورة قاطعةُ لأيّ ملك آخر في حين أنه لا يلجأ إلى الترجيح بين ملكيتين بقدم التأريخ إلا عندما تردان معاً على نفس المدة وتزيد أحدهما على الأخرى بمدة.

فالملكية عدد: (526) المرجحة في القرار إنما شهد شهودها بالملك لمدة عشر سنوات لما قبل سنة 1930م بينما الملكية عدد: (648) المستبعدة من طرفه تشهد بالملك والتصرف لأصحابها لمدة عشرين سنة لما قبل سنة 1953م، الأمر الذي يكون معه القرار سيء التعليل الموازي لانعدامه مما عرضه للنقض والإبطال"[1].

كما قررت في القرار عدد: (3470)، المؤرخ في: 2002/11/13م، ملف مدني عدد: 1/1/1581/ 2002م، على القاعدة والتي تنص على ما يلي: لا مجال للترجيح بين البينتين بقدم التأريخ ما دامت المدة المشهود بها في كل بينة غير المدة المشهود بها في الأخرى[2].

والخلاصة مما تم ذكره: أنَّ النظر إلى قواعد الترجيح بزيادة التأريخ كغيرها من المرجحات، ينبغي ألَّا ينظر إليها إلَّا مع شواهد الحال، والمقال، فإذا جمع القاضي علم حقيقة الواقعة بملابساتها وشواهدها إلى علم حقيقة الدليل ودقائقه، فذاك غاية الفهم المنشود، فإذا بنى قضاءه على هذا الفهم بتجرد لم يكن قضاؤه إلَّا عين الحق[3]، وأنَّ الترجيح بالتاريخ محل اتفاق بين الفقهاء، وكذا بين القانونين محل الدراسة سواء فيما بينهما، أو ما بينهما وبين المذاهب الفقهية،

(1) قضاء المجلس الأعلى عدد: 71، ص83.

(2) قضاء محكمة النقض، أزوكار، ص129.

(3) تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي، شرفي، ص349.

وهذا الاتفاق على جهة الإجمال، ووجود خلاف في بعض التفاصيل والجزئيات لا يؤثر على الأصل العام.

المبحث الثاني: الترجيح بالزيادة في الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

عند تكافؤ الأدلة القضائية بعد جدال بين الخصمين، ودفوع قدمت، وطلبات عرضت، قد يظهر في أحد الأدلة القضائية زيادة لا توجد في الآخر، وهذه الزيادة قد تكون من جنس الدليل، وقد تكون من خارج الدليل، فوجود الزيادة في الدليل له أثره في الرجحان، والترجيح بالزيادة يعتبر من أهم المرجحات التي تناولها الفقهاء بالتقعيد، والتأصيل، والتنظير، والتأطير، وتناولها القضاء بالتنزيل على الوقائع، والتطبيق على الدعاوى، وذلك لأنَّ الزيادة في أحد الدليلين تضفي عليه وصفًا وتعطيه معنىً انعدم في الدليل المقابل، فولّدت هذه الزيادة غلبة ظن عند القاضي في إعمال الدليل وترجيحه، فإذا كانت الزيادة تعتبر مرجحًا عند الفقهاء فما ضابط هذه الزيادة؟

الزيادة المرجحة هي: المشعرة بمزيد علم ووضوح حال أحد جانبي ما فيه التنافي، كإسناد إلى سبب وانتقال عن استصحاب[1]، فالزيادة بذكر سبب الانتقال، أو الإسنادِ إلى سبب يعدان مرجحا من المرجحات.

فاتضح أن الزيادة على قسمين: زيادة في العلم، وزيادة في الإثبات، لذا سيكون الحديث في مطلبين:

المطلب الأول: الترجيح بالزيادة في العلم في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

الزيادة في علم الشهود بالمشهود به، أو بقية الأدلة القضائية لها أهمية كبرى في ميدان الإثبات، وفي ترجيح أحد الدليلين وإهمال الآخر عند التقابل والتعارض، فالزيادة في العلم يعتبر من جملة المدارك التي تؤثر في الدليل فتعطيه وصفًا زائدًا عن الدليل المقابل، وهو بحاجة إلى زيادة بسطٍ وتحريرٍ مع اتفاق الفقهاء في جملته واختلافهم في بعض الجزئيات.

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص434.

فالزيادة في العلم هو، دلالة الدليل القضائي على حصول تصرف قانوني، أو واقعة مادية، أوجدت هذه الزيادة وصفًا يدل على صدق مثبته، في حين قصرت عن هذه الزيادة بينة الطرف الآخر.

والزيادة لها أنواع متعددة، فقد تكون الزيادة في العلم، بذكر سبب الملك، وانتقال الملك بجهة العقد[1]، وقد تكون الزيادة حصول الملك، وقد تكون الزيادة في تجديد الملك، وقد تكون في نمائه[2]، وقد تكون بنقل عن أصلٍ، ثم الزيادة قد تكون ظاهرةٌ، وقد تكون أمرًا زائدًا خفيًا[3]، يعلم من دليل أحد المتعاقدين، لذا سيتم تناوله في الفروع التالية.

الفرع الأول: الترجيح بذكر سبب الملك

يعتبر ذكر سبب الملك عند التداعي من الأمور المهمة التي يتعين على القاضي مراعاته عند استماعه لحجج أطراف النزاع، لأن فيه نوعا من التفصيل في مقابل إجمال دليل الملك المطلق، وفيه زيادة علم قصرت عنه بينة الملك المطلق، وصورة ذلك أن يدعي أحد الخصمين أنه اشترى هذه الدار أو السيارة من زيد وهو يملكها ويقيم الدليل على ذلك، ويدعي الآخر –المدعى عليه– في صورة دفع أنَّ هذه الدار أو السيارة محل الدعوى هي ملكه، ولا يبين سبب ملكه لهذه السيارة هل بشراءٍ أم هبةٍ، فمبينة السبب لديها زيادة علم لم يوجد في بينة الملك المطلق، وهذه الزيادة أفادت قاضي الموضوع زيادة وثوق فيها وطمأنينة لمَّا ذكرته، لذا سوف يكون الحديث عن هذا المرجح في الآتي:

(1) الجمع والفرق، عبد الله بن يوسف الجويني (المتوفى: 438)، تحقيق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، دار الجيل، ط1، بيروت، 1424هـ، ج3، ص655.

(2) أدب القضاء، الغزي، ص204، 207، 213.

(3) المغني، ابن قدامة، ج10، ص373.

أولا: ماهية الملك وسببه

الملك، وسببه، يعتبران من المرجحات عند تعارض طرق الإثبات، فإظهار سبب الملك يعطي الدليل نوعًا من التفصيل، والتفضيل، ولأهمية ذلك لابد من بيان ماهية الملك وسببه، وذلك في الآتي:

الفقرة الأولى: ماهية الملك

في الحديث عن ماهية الملك يتضمن تعريفه وبيان أقسامه.

أ – تعريف الملك

الملك هو: حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعوض عنه من حيث هو كذلك[1]، فتبين أن الملك عبارة عن حكم شرعي في عين، يخول الشرع للمالك التصرف والانتفاع به.

ب–أقسام الأملاك

الأملاك تنقسم إلى: أملاك قهرية، واختيارية. والأملاك القهرية تخالف الأملاك الاختيارية، من جهة أسبابها، وشروطها، وأحكامها[2]، فالملكية قد تكون اختيارية بمحض إرادة الإنسان، وقد قهرية تخرج عن إرادته، ولا شأن له بها.

ج– الملك في القانونين اليمني والمغربي

نظم القانون المدني اليمني وقانون الحقوق العينية المغربي الملكية وأسبابها وأحكامها، والحديث عن الترجيح بسبب الملك يقتضي توضيح ذلك في الآتي:

– معنى الملك في القانون اليمني

فقد نصت المادة: (1154) من القانون المدني على أن "لمالك الشيء وحده في حدود القانون الشرعي حق الانتفاع به، واستعماله، واستغلاله، والتصرف فيه".

---

(1) الأشباه والنظائر، السيوطي، ص316.

(2) القواعد، ابن رجب، ص73.

-معنى الملك في القانون المغربي

نصت المادة: (14) من مدونة الحقوق العينية بأنَّ "حق الملكية: حق يخول مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

فاتضح من ذلك أنَّ نطاق الملكية يتسع، ليشمل الانتفاع، والاستعمال، والاستغلال والتصرف، وأن قواعد الترجيح كما تسري على الملكية تسري على الحقوق العينية المتفرعة عنها، من استعمال، واستغلال، وهذا ما نصت عليه المدونة صراحة في حين القانون اليمني أشار إلى ذلك إشارة[1].

الفقرة الثانية: حقيقة سبب الملك

باعتبار أن سبب الملك مرجح من المرجحات يتطلب بيان السبب، وأنواعه، ويعد سبب الملك ضد الملك المطلق، أو الأملاك المرسلة، و الأملاك المرسلة: أن يشهد رجلان في شيءٍ، ولم يذكرا سبب الملك[2].

أ- معنى سبب الملك

سبب الملك هو: كل سبب يعتبر مدخلًا لتملك العقار، ومجسدًا في شكل وثيقة محررة وفق الضوابط القانونية، والذي يجوز من خلاله تداول ملكية العقار ابتداءً من المالك الأصلي، وصولًا إلى يد الحائز الأخير[3]، فسبب الملك هو بيان كيفية نشوء الملك، وكيف وصلت العين محل الملكية إلى صاحب اليد، هل هي بسبب قهري، أو سبب عادي، وأن الدليل القضائي يبين الكيفية التي آلت بها العين إلى أحد المتداعيين.

ب-أسباب الملك

سبب الملك مختلف فيه بين أهل العلم، ومن ذلك أنهم اشترطوا في الشهادة بالنقل تعين سببه -سبب النقل -من شراءٍ أو هبةٍ، فلو قال: ملكي انتقلت إلي منك بسبب صحيح لم يسمع

(1) القانون المدني، المادة: (1111)، ومدونة الحقوق العينية، المادة: (3).

(2) التعريفات، الجرجاني، ص37.

(3) حجية رسوم الأشرية في إثبات الملكية العقارية، رضوان الريشي، ص23.

على الأصح لاختلاف العلماء في سبب الملك، واختلافهم في أسباب الانتقال[1]، إلا أن الفقهاء ذكروا أسباب الملكية، وأوضحوا حالاتها.

فقد ذكر ابن الرفعة من فقهاء الشافعية أنَّ الأسباب المملّكة للمال ثمانية: الميراث، والمعاوضات، والهبات، والوصايا، والوقف، والغنيمة، والإحياء، والصدقات[2]، وأضاف ابن السبكي تملك اللقطة بشرطه، ودية القتيل، وخلط الغاصب المغصوب بماله أو بمال أخر لا يتميز – موجب بملكه إياه، والضيف بملك ما يأكله وهو يملك بالوضع بين يديه، والسابي إذا وطئ المسبية كان متملكًا لها، والوضع بين يدي الزوج المخالع على الإعطاء[3].

فالأسباب إمَّا أن تتحقق نتيجة عمل يقوم به الفرد، مثل الالتقاط وإحياء الموات وغيرهما، وإمَّا أن تكون أسبابًا قوليةً تتحقق نتيجة قول يتلفظ به المكلف مثل العقود[4]، وفي جميع هذه الحالات يعد السبب مرجحًا للدليل القضائي، إلَّا أنَّ تزاحم الأسباب على العين الواحدة يثير إشكالية من حيث السبب الأقوى وهذا سيتم الحديث عنه في الترجيح بقوة العقود.

ج- أسباب الملكية في القانون

نص القانون المدني اليمني في المادة: (1224) على أسباب كسب الملكية وهي: التصرف الشرعي، والميراث الشرعي، والاستيلاء على منقول لا مالك له، وإحياء الأرض الموات المباحة، والشفعة.

ونص القانون في المادة: (1225) أن التصرفات الشرعية كالبيع والهبة وما إليها يرجع في أحكامها إلى أبواب الخاصة بها في الكتاب الثالث من هذا القانون[5].

---

(1) التمشية، ابن المقري، ج3، ص745، 746، 747، وروضة الطالبين، النووي، ج12، ص67.

(2) كفاية النبيه، ابن الرفعة، ج11، ص376.

(3) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص363.

(4) اليد في الفقه الإسلامي سببا للملكية ودليلا عليها، فاضل محمد جواد السهلاني، دار الزهراء، ط1، بيروت، 1410هـ، ص76.

(5) القانون المدني اليمني، المادة: (1225).

ونصت مدونة الحقوق العينية على أسباب كسب الملكية وقد حصرتها في الأسباب التالية: "إحياء الأراضي الموات، والحريم، والالتصاق، والحيازة، والميراث، والوصية، والمغارسة، والهبة، والصدقة، والشفعة"[1].

ويتضح مما سبق: أنَّ أسباب المكية في القانونين لا تخرج عما أورده الفقهاء، وأن منها أسباب فعلية، ومنها أسباب قولية، وكلاهما إما ملكية إجبارية، وإما اختيارية.

د- الفرق بين أصل الملك وأصل المدخل

درج الفقهاء على تسمية أسباب الملك بأصل المدخل، وخشية من اللبس الذي قد يحصل بينه وبين بعض المصطلحات فإنَّنا سنقوم بتوضيح لذلك فيما يلي:

إن أصل الْملك وأصل الْمدْخل شَيْئَانِ متغايران، وهما وَإِن كَانَ كل مِنْهُمَا يشْتَرط جَهله، لَكِن الأول-أصل الملك- شَرط فِي قبُول بَيِّنَة الْقَائِم، إذ هي لا تقبل إلَّا إذا لم يعلم أنَّ أصل ذلك الملك لغيره. وَالثَّانِي-أصل المدخل- شَرط فِي إِعْمَال حِيَازَة الْمُقَوّم عَلَيْهِ إذ لا يعمل بحيازته إِلَّا إِذا جهل أصل مدخله، أما إِذا علم بِإِسْكَان وَنَحْوه فَإِنَّهَا لَا تَنْقَطِع حجَّة الأول بل هِيَ حِينَئِذٍ كَالْعدمِ[2]، وبهذا يتضح أنَّ أصل المدخل هو بيان سبب الملك لمن ادعى ملكية الشيء خصوصًا على رأي من يرى أنَّ الحيازة سببٌ للملك كالمالكية.

ثانيا: صور الترجيح بسبب الملك

عند تعارض طرق الإثبات في الدعوى المنظورة أمام القاضي ويستدعي المقام الترجيح بسبب الملك فإن الحال لا يخلو من ثلاث صور بالنسبة لذكر سبب الملك أو عدم ذكره:

الصورة الأولى: أن يذكر أحد الأدلة القضائية سبب الملك ويطلق الأخرى

القاعدة: ترجيح الدليل المبين لسبب الملك على الدليل المطلق للملك.

صورة ذلك أن يتداعى اثنان أمام القضاء ويدعي أحدهما ملك دارٍ، وأنها آلت إليه بأي سبب من أسباب الملك، ويدفع الآخر دعواه بدعوى أخرى أنها ملكه، ويثبت المدعي الأول

(1) مدونة الحقوق العينية، المادة: (222) وما بعدها.

(2) البهجة، التسولي، ج2، ص463.

دعواه على الملكية وسببها، ويثبت الآخر على الملكية فقط، فقد اختلف فقهاء المذاهب في ذلك وبيان ذلك فيما يلي:

أ- أقوال الفقهاء في الترجيح بذكر سبب الملك

لم تتفق كلمة الفقهاء على الترجيح بذكر سبب الملك في إحدى الدليلين وإطلاق الآخر، بل حصل نزاعٌ في هذا المرجح، ما بين مجوزٍ ومانعٍ وتفصيل ذلك في الآتي:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية ووجه عند الحنابلة -ذهب إليه القاضي- والزيدية إلى ترجيح البينة التي ذكرت السبب على التي أطلقت، أي الترجيح بسبب ذكر سبب الملك.

قال ابن عابدين: "إذا ادعى اثنان عيناً في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما أنها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه، قضي بالعين بينهما لعدم الأولوية"[1].

قال الشيخ خليل في مختصره: "وإن أمكن جمع بين البينتين: جُمع وإلا رجح بسبب ملك كنسج ونتاج إلا بملك من المقاسم"[2].

وقال ميّارة الفاسي: "والترجيح يكون بأشياء أولها: ذكر سبب الملك كالنسج للثوب والنتاج: أي الولادة للأمة أو الدابة مثلاً، فتقدم التي ذكرت ذلك على التي شهدت بالملك ولم تبين سببه"[3]، وقال الشربيني: "وأطلقت أحدهما الملك وبينت الأخرى سببه، أو أن الثمرة من شجره، أو الحنطة من بذره، قدمت على المطلقة"[4].

وقال الحجاوي: وإن كان لأحدهما بينة بالعين حكم له بها، وإن كان لكل واحد منهما بينة لم يقدم أسبقهما تاريخا بل سواء، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى والعين بيدهما، أو

(1) حاشية بن عابدين، ج5، ص571.

(2) مختصر خليل، خليل، ص227.

(3) فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، ميارة، ص305.

(4) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص420.

شهدت بينة بالملك وسببه كنتاج أو سبب غيره، وبينة بالملك وحده، أو بينة أحدهما بالملك له منذ سنة وبينة الآخر بالملك منذ شهر ولم تقل: اشتراه من فهما سواء[1].

وقال المرداوي: "والوجه الثاني: تقدم بذلك، وهو قول القاضي وجماعة من أصحابه إذا كانت العين في يد غيرهما"[2]، وقال ابن قدامة: وعنه – أي الإمام أحمد– رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه، أو اشتراها، أو نسجها، أو كانت بينته أقدم تاريخًا قدمت، وإلا قدمت بينة المدعي[3].

وفي الأزهار: أن الترجيح يكون بالتحقيق والنقل[4].

فاتضح من ذلك أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى الترجيح بالسبب، وإن اختلفوا في بعض الجزيئات إلا أن القائلين بالترجيح بسبب الملك اشترطوا في ذلك شروطاً، وأنَّ ترجيح إحدى البينتين على الأخرى سبب لكون الأخرى ذكرت سبب الملك[5].

-أدلة القائلين بالترجيح

حجة القائلين بترجيح البينة التي ذكرت سبب الملك على البينة التي لم تذكر السبب – أن البينة التي ذكرت السبب معها زيادة علم وهو الانتقال[6]، فهي تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف، فتقدم الأولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل[7].

(1) الإقناع، الحجاوي، ج4، ص424.
(2) الانصاف، المرداوي، ج11، ص387.
(3) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج13، ص182.
(4) الأزهار، المرتضى، ص255.
(5) الشرح الكبير، للدردير، ج4، ص219.
(6) الديباج توضيح المنهاج، الزركشي، ج2، ص1175.
(7) روضة الطالبين، النووي، ج12، ص66، والمغني، ابن قدامة، ج10، 250.

القول الثاني: ذهبت الحنابلة إلى عدم ترجيح البينة التي شهدت بسبب الملك على التي شهدت بالملك فقط بل هما سواء، قال ابن قدامة: فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر نتجت في ملكه، فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين؟

إحداهما: لا يرجح به. وهو اختيار الخرقي، لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه، وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم.

والثانية: تقدم بينة النتاج وما في معناه.

قال المرداوي: لا تقدم بذلك وهو المذهب، صححه في التصحيح[1].

وحجتهم في ذلك:

أنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه، وهو ملك العين الآن، فتساويا في الحكم[2].

ويناقش ذلك: بأن كلا من البينتين قد شهدتا بالملك وزادت إحداهما بذكر سبب الملك[3]، ويكون هذا من قبيل المجمل والمفصل، فذاكرت السبب فصلت ما أجملته البينة الأخرى، والقاعة تقضي بترجيح المفصل على المجمل.

ب- شروط ترجيح البينة التي ذكرت سبب الملك

اشترط القائلون بترجيح البينة التي ذكرت سبب الملك على التي أطلقت عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن يذكر المدعي سبب الملك متأخراً عن الدعوى.

قال النووي: "فلو أراد تقديم بينته بذكر السبب بناءً على أن ذكر السبب مرجح لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً، لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد، بل يدعي الملك، وسببه، ثم يعيدون الشهادة فحينئذ ترجح بينته"[4]، فعند الاحتجاج بالسبب بكونه مرجحا لابدَّ أن يُذكر في

(1) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج11، ص386.

(2) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص563، وكشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج6، ص393.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (المتوفى: 1099هـ)، ومعه الفَتح الربَّاني فِيما ذهل عَنه الزّرقاني وَهُو حَاشيَة العَلامَة محمَّد بن الحَسَن بن مَسعُود البناني (المتوفى: 1194هـ)، دار الكتب العلمية بيروت ط1، 1422هـ 2007م، ج7، ص382.

(4) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ج12، ص66.

وقائع الدعوى، وبعد ذكره لسبب ملكه يدعم مقاله بالأدلة، سواء كانت شهادة شهود، أو محررات ومستندات ويرد في هذه الأدلة سبب الملك، أما إذا ذكرت الأدلة السبب ولم يرد في الدعوى فإن شهادة الشهود غير صحيحة؛ لأن من شروط الدليل أن تتقدمه دعوى شاملة له.

الشرط الثاني: ألا تعرض ذاكرة السبب الشراء من المقاسم.

استثنى المالكية من الترجيح بالسبب، إذا كان سبب الملك أنه اشتراها أو وقعت في سهمه من المقاسم، فإذا أقام أحدهما بينة أنها ملكه، ولدت عنده، أو نتجت أو نحو ذلك، وأقام الآخر بينة أنها ملكه اشتراها، أو قعت في سهمه من المقاسم، فإن صاحب المقاسم أحق[1].

الشرط الثالث: ألَّا يكون أحد المتداعيين صاحب يد.

اشترط فقهاء الشافعية ألا يكون أحد المتنازعين صاحب فإن كانت إحداهما صاحب يد، فتقدم بينته[2]، وهذا الشرط لم يقل به فقهاء المالكية، ويظهر أثر ذلك عند الترجيح بين المرجحات، فعند المالكية ذاكرة سبب الملك تقدم مطلقا[3]، وعند الشافعية تقدم البينة التي قارنتها اليد.

الرأي الراجح: ترجيح أحد الدليلين الذين ذكرا سبب الملك على الذي لم يذكر، وذلك لأن مع الدليل ذاكر السبب زيادة علم، وهذه الزيادة قَوَّتْ الدليل وفضلته على الدليل الآخر، ففيه تفصيل أجمله الدليل الذي أطلق، وفيه زيادة قصرت عنها دليل المطلق، فالتفصيل في مقابل الإجمال، والزيادة في مقابل النقصان تُولّد لّدى القاضي طمأنينة في قوة الدليل ورجحانه، وأنه عند تعارض مرجح السبب مع اليد، فإن ذلك يخضع لسلطة القاضي التقديرية؛ ليرجح بين المرجحات من خلال ما يظهر له من القرائن والدلائل التي احتفت بالنازلة القضائية.

(1) شرح مختصر خليل للخرشي، ج7، ص230، والشرح الكبير للدردير، ج4، ص219.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص430.

(3) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج7، ص230.

الصورة الثانية: أنْ تذكر إحدى البينتين الملك والأخرى السبب.

تقدم بينة سبب الملك على الشاهدة بالملك المطلق وهذه لا تقيد فيها، بخلاف ما لو شهدت بينة بملك لزيد وأخرى بنسخ عمرو، أو نتجت عنده من غير ذكر ملك، فتقدم بينة السبب بقيدين[1]:

القيد الأول: أنْ يكون الناسج أو الناسخ لكتاب ينسج وينسخ لنفسه، وأما من انتصب للناس فلا ينفع بالشهادة له بالنسخ، وإنما يقضي له على من شهد له بالملك بقيمة عمله بعد حلفه أنَّ ما عمله باطلاً.

القيد الثاني: في النسج ألا يمكن إعادته أن ينسج مرتين فإن أمكن كثياب الصوف فتقدم بينة الملك؛ لأنه لم يتحقق أن هذا النسج بعينه هو نسج من شهدت له به.

وبهذا يتضح أن يكون السبب مما لا يتكرر فعله مرة أخرى، وأن يكون الناسخ أو الناسج لنفسه.

الصورة الثالثة: ترجيح بينة مدعي النتاج على بينة مدعي الملك المطلق.

تعتبر مسألة النتاج من المسائل المهمة التي حظيت باعتناء الفقهاء بها عند حديثهم عن الترجيح بين البينات. إلا أن فقهاء المذاهب لم يفردوها بالحديث عنها باعتبارها مرجحاً مستقلاً بل تجاذبها في ذلك مسلكان للفقهاء، منهم- الحنفية، المالكية، الزيدية_ من ألحقها بمرجح السبب[2]، وفقهاء الشافعية ألحقوها بمرجح التأريخ قال ابن حجر: "ثم – أي من المرجحات– سبق تأريخ ملك أحدهما بذكر زمان، أو بيان أنه ولد في ملكه مثلاً"[3].

والمقصود بالنتاج: هو ولادة الحيوان والمراد ولادته في ملكه، أو في ملك بائعه، أو مورثه[4]؛ أي ولادة الحيوان متنازع فيه شهدت بينة أنه ملك لفلان ولد عنده، والآخرى أنه ملك

(1) شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج7، ص383.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص235، والشرح الكبير، الدردير، ج4، ص219، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص25.

(3) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص327.

(4) حاشية ابن عابدين، ج5، ص575.

لفلان آخر ولم تزد على هذا[1]، فإذا تنازع المتداعيان في ذلك؛ فأيهما تُقدم بينة النتاج أم الملك المطلق؟

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ما يلي:

أ- أقوال الفقهاء ترجيح بينة مدعي النتاج على بينة مدعي الملك المطلق

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية إلى ترجيح بينة مدعي النتاج على بينة مدعي الملك وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

-مذهب الأحناف: فصل الأحناف مسألة النتاج فقالوا: إن قامت البينتان على النتاج مطلقتين عن الوقت، يقضي لصاحب اليد[2].

وإن قامت من الخارجين على ثالث: يقضي بينهما نصفين ولا يترك في يد صاحب اليد، ولو أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج أولى[3].

وإن وقتت البينتان: فإن اتفق الوقتان بذلك السقوط اعتبارهما للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق، وإن اختلفا بحكم سن الدابة فيقضي لصاحب الوقت الذي وافقه السن، لأنه ظهر أن البينة الأخرى كاذبة بيقين هذا إذا علم سنها[4]، فأمَّا إذا أشكل سقط اعتبار التأريخ، لأنه يحتمل أن يكون سنها موافقاً لهذا الوقت ويحتمل أن يكون مخالفاً لهما جميعاً فيسقط اعتبارهما كأنهما سكتا عن التأريخ أصلاً، وإن خالف سنها الوقتين جميعاً سقط الوقت[5].

(1) منح الجليل، عليش، ج8، ص534.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص234، 235، واللباب في شرح الكتاب، الميداني، ج5، ص77.

(3) درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا -أو منلا أو المولى- خسرو (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بدون ط،بدون ت، ج2، ص345.

(4) البناية شرح الهداية، العيني، ج5، ص409. وحاشية ابن عابدين، ج5، ص575.

(5) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص324، وحاشية ابن عابدين، ج5، ص575.

وألحقوا بمسألة النتاج إذا وقعت المنازعة في سبب لا يحتمل التكرار فيقضي لصاحب اليد، فإذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرار لا يكون معنى النتاج ويقضي للخارج، وإذا أشكل الأمر في الملك أنه يحتمل التكرار أو لا يقضي للخارج أيضاً[1].

إن اجتمع مع النتاج يد رجحت على بينة النتاج بدون يدٍ، وأنه عند التعارض بين النتاج والملك المطلق فترجح بينة النتاج، وذلك إذا ادعى أحدهما أن العين ملكه نتجت عنده والآخر أطلق الملكية ولم يذكر النتاج فترجح بينة النتاج في مقابل الملك المطلق، واعتبر الأحناف مسألة النتاج أخص من مسألة ذكر سبب الملك، وربطوا ما بين سن الدابة، والتأريخ المدعى به، والحقوا بالنتاج أسباب الملك التي لا تتكرر.

-عند الشافعية: لو أقام أحدهما بينة بأرض مزروعة أنها أرضه وزرعها، أو بدابة أنها دابته نتجت في ملكه، أو بثمرة أنها ثمرته من شجرته، وأقام الآخر بينة أنها ملكه مطلقاً قدم الأول في الأظهر[2].

ويظهر من قول الشافعية أنهم لم يخصوا مسألة النتاج بالحكم فقط، بل النتاج وما شابهها، من زرع أو ثمر.

-وعند المالكية: قال الشيخ خليل: وإن أمكن جمع بين البينتين: جمع وإلا رجح بسبب ملك كنسج ونتاج إلا بملك من المقاسم[3].

ولم يفرق المالكية بين سبب الملك، والنتاج، وعدوا النتاج من ضمن أنواع سبب الملك، ويدل على ذلك ما ذكره خليل سلفاً وما نص عليه في المدونة: قلت: أريت النسج، أهو مثل النتاج عند مالك؟ قال: نعم[4]، فالمالكية جعلوا مسألة النسج والنتاج متفرعة من سبب الملك.

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص234، 235، واللباب في شرح الكتاب، الميداني، ج5، ص77.
(2) شرح عماد الرضا في أدب القضاء، المناوي، ج2، ص259.
(3) مختصر خليل، خليل، ص227.
(4) المدونة، الإمام مالك، ج4، ص47.

-وعند الزيدية: عدّ فقهاء الزيدية التحقيق من ضمن أنواع الترجيح وقالوا مثال ذلك: "إن الدابة أو الولد إذا تنازعه اثنان وهو في يد غيرهما مقر لهما، وأقام أحدهما البينة أنها ملكه، وأقام الآخر البينة أنها ملكه نتجت عنده، فبينة الولادة في الأمة والنتاج في البهيمة أولى"[1]، والنتاج نوع من أنواع التحقيق.

اتضح من نصوص فقهاء المذاهب على نصهم الصريح على أن الدليل القضائي الذي يتضمن نتاج الدابة، وأنه نتجت عند أحد طرفي النزاع، سببًا من أسباب الترجيح، وسواء كان الدليل شهادة شهودٍ، أم كان محررًا ورقيًا، فإنَّ ذلك مرجحًا.

استدل جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه بما يلي:

-إن البينة القائمة على النتاج قائمة على أولية الملك، وقد استوت البينتان في إظهار الأولية، فتترجح بينة صاحب اليد، فيقضي ببينته[2].

-استدلوا بما روي عن جابر -رضي الله عنه- «أن رجلاً ادعى بين يدي رسول الله ﷺ نتاج ناقة في يد رجل وأقام البينة عليه، وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك، فقضى رسول الله ﷺ بالناقة لصاحب اليد»[3]، فصاحب النتاج أولى أيهما كان، لأن البينة قامت على أولية الملك فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي من جهته[4].

-أن البينة التي شهدت بالزرع أو النتاج أو الثمرة أثبتت الملك وقتهما، فهي متقدمة التأريخ على الأخرى[5].

-أنها تتضمن المعاينة والمشاهدة لسبب الملك وهو النتاج[6].

---

(1) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص25، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص28.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص234.

(3) سبق تخريجه.

(4) اللباب في شرح الكتاب، الميداني، ج5، ص77.

(5) شرح عماد الرضا، المناوي، ج2، ص259.

(6) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص25.

-إن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد فيقضي له[1].

القول الثاني: ذهب الحنابلة في المعتمد عندهم إلى عدم الترجيح بالنتاج، قال الحجاوي: وإن كان لأحدهما بينة بالعين حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة... أو شهدت بينة بالملك وسببه كنتاج، أو سبب غيره، وبينة بالملك وحده، فهما سواء[2].

وذلك أن من ادعى شيئاً في يده غيره، فأنكره، ولكل واحد منهما بينة فإن بينة المدعي تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل، والمشهور عن الإمام أحمد، تقديم بينة المدعي، ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال.

وحجتهم في ذلك:

- استدلوا بقول النبي -ﷺ-: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[3].

وجه الدلالة: أن النبي -ﷺ- جعل جنس البينة في جنبة المدعي، فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة، ولأن بينة المدعي أكثر فائدة، فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل، ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل عليه، فلم تكن مفيدة، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة، فتقدم عليها بينة المدعي، كما تقدم على اليد، كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبينين على شاهدي الأصل؛ لم تكن لهما مزية عليهما[4].

- إن بينة الملك المطلق وبينة الملك والنتاج تساوتا فيما يرجع إلى المختلف فيه، وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم.

القول الثالث: وهناك وجه ثاني في مذهب الحنابلة تقدم بينة النتاج، وما في معناه.

---

(1) اللباب، الميداني، ج5، ص77.

(2) الإقناع، الحجاوي، ج3، ص351.

(3) سبق تخريجه.

(4) المغني، ابن قدامة، ج10، ص246.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أنها تتضمن زيادة علم، وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك، فيحتمل أن تكون شهادتها مستندة إلى مجرد اليد والتصرف، فتقدم الأولى عليها كتقديم بينة الجرح على التعديل، وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما[1].

ب- شروط ترجيح بينة النتاج على الملك المطلق

يشترط لترجيح بينة النتاج على بينة الملك المطلق عند تعارض أدلة الإثبات شروط وهي:

الشرط الأول: ألا يكون أحد المتداعيين صاحب يد.

فإن كان أحدهما صاحب يد قدمت بينته[2]، وذلك لأن اليد مرجح، والنتاج مرجح، وعند تعارض المرجحات، فيكون الترجيح بالمرجح القوي، بينة الملك المطلق اعتضدت باليد، لأن اليد دليل على الملك خصوصا إذا كان معها طول مدة، وتصرف صاحب مدعي الملك المطلق تصرف الملاك، بخلاف النتاج فقد يكون نتجت عنده، وهي ملك لغيره فيدخل النتاج عدة احتمالات.

الشرط الثاني: ألا يدعي الخارج فعلاً على ذي اليد.

فلو ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والإجارة والعارية فبينة الخارج أولى، لأنها أكثر إثباتًا لإثباتها الفعل على ذي اليد[3]، ولكن دعوى الفعل تحتاج الى إثبات، وهذا يتطلب من الخارج بيان أصل الملك، وإثبات الفعل الغير المملك.

الشرط الثالث: ألا يذكر المتداعيان سناً مستحيلاً للنتاج.

أولية الملك يستوعب كل تأريخ فلا يقيده ذكره من أحدهما أو منهما، اتحد التأريخان أو اختلفا، ما لم يذكر تأريخاً مستحيلاً[4]، فإذا ذكر أحدهما سنًا مستحيلًا فإنه يكون قد أكذب

(1) الشرح الكبير، ابن قدامة، ج12، ص191، والانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج11، ص386، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص563.

(2) شرح عماد الرضا، المناوي، ج2، ص259.

(3) حاشية ابن عابدين، ج5، ص577.

(4) مجمع الأنهر، شيخي زادة، ج2، ص277.

بينته، وحصل تناقض ما بين دعواه وبينته، وما بين واقع الحال، فلا يكون هناك توافق ما بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية لو جود تنافر بينهما.

الرأي الراجح: هو الرأي القائل بترجيح دليل النتاج لدلالة على أولوية الملك؛ لزيادته علما، وهو التفصيل في مقابل إجمال الدليل الآخر.

ثالثا: الترجيح بذكر سبب الملك في القانونين اليمني، والمغربي

تناول القانونان اليمني والمغربي الترجيح بسبب الملك وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: الترجيح بذكر سبب الملك في القانون اليمني

نص القانون المدني اليمني في المادة: (1114) على أن من ضمن المرجحات الترجيح بالتحقيق، إلا أن القانون المدني لم يفسر المراد بالتحقيق، وعند الرجوع إلى الفقه الزيدي المأخوذ منه هذا المرجح تبين أن فقهاء الزيدية فسروا الترجيح بالتحقيق بأنه، الدابة، أو الولد، إذا تنازعه اثنان وهو في يد غيرهما مقر لهما، وأقام أحدهما البينة أنها ملكه، وأقام الآخر البينة أنها ملكه نتجت عنده، فبينة الولادة في الأمة والنتاج في البهيمة أولى وذلك؛ لأنها تتضمن المعاينة والمشاهدة بسبب الملك وهو النتاج[1]، والترجيح بالتحقيق هو ما عناه الفقهاء بسبب الملك، ويستوعب النص القانوني ذكر سبب الملك من نتاج أو غيره.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بذكر سبب الملك على دعوى الملك المطلق

أ-النص القانوني

نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون الجديد رقم: (80- 39) المتعلق بمدونة الحقوق العينية على ما يلي: "إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني مكان الجمع بينهما غير ممكن فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: ذكر سبب الملك فقدم على عدم بيانه، بمعنى أنه يرجح سبب الملك على البينة المطلقة عند التعارض، وهو ما ذهب إليه المالكية، وأنّ سبب الملك يعد عاما سواء كان من نتاج، أو نسج.

(1) التاج المذهب لأحكام المذهب، العنسي، ج4، ص21.

ب- التطبيق القضائي

تطبيقا لمرجح سبب الملك فقد أصدر مجلس الاستئناف الشرعي حكماً يقضي بترجيح ذكر سبب الملك وذلك في واقعة تتلخص أنه بتأريخ: 24/جمادى الثانية/1337هـ، تقدم المدعي محمد بن عبدالله العزاوي بدعواه، ضد المدعى عليه علي أحمد بلحسن المقتاري بأن القطعة من الأرض المسماة التشكاخين الكائنة بإزاء داره ملك له كانت مواتاً فأحياها وتصرف فيها هذه مدة نحو ثلاث عشر سنة من غير منازع ولا معارض طول المدة المذكورة إلى أن ترامى المدعى عليه على البعض منها وحرثه تعدياً من غير موجب. فأجاب المدعى عليه: بأن القطعة المذكورة من جملة أرضه المجاورة لها التي كانت بيد المدعي على وجه الرهينة فافتكها منه وليست من الموات. وأدلى المدعي بنسخة شهادة اللفيف بمعرفته وأن له وبيده وعلى ملكه وفي حوزه وتصرفه جميع القطعة المذكورة كانت من جملة الموات لا مالك لها فأحياها وتصرف فيها المدة المذكورة من غير منازع ولا معارض مدة تصرفه، فعارضها المدعى عليه بلفيف شاهد بأن القطعة المذكورة ملك له. فحكم القاضي أحفير بترجيح بينة المدعي على بينة المدعى عليه، لأنها بينت سبب الملكية وهو الإحياء.

قال الشيخ خليل: إن أمكن الجمع بين البينتين جمع وإلا رجح سبب ملك كنسج ونتاج وفي المجموع، وإن أمكن جمع بين البينتين جمع، وإلا رجح لسبب الملك.

ولما تصفح قاضي وجدة الحكم المذكور تبين له أن صحيح الترجيح البينة المبينة لسبب الملك على التي شهدت مطلقاً، ثم طلب المحكوم عليه استئناف الحكم لدى المجلس الأعلى، وبعد استدعاء الأطراف للحضور وحضورهم وإحضار كل من الفريقين ما لديه من الحجج المتعلقة بالنازلة وإمعان النظر فيها والحكم المبني عليها، تبين أن حكم قاضي وجدة المستأنف عنده الحكم الأول بتسليمه لم يبت في النسخة المذكورة لعدم خطابه على شاهدي الحكم بالتسليم المذكور الصادر من سلفه وردها للمجلس لإتمام النظر.

وبعد الكتابة له أجاب: بأنه وجد النسخة الموجهة للمجلس مسجلة بكناش محكمة وجدة، وأنها أخذت منها نسخة سجلت عليه ووجهها، وتبين أن ما حكم به قاضي أحفير وسلمه قاضي

وجدة من ترجيح بينة المدعي على بينة المدعى عليه؛ لكونها بينت سبب الملك دون الآخرى، اعتمادًا على النصوص التي جلباها صواب يتعين تنفيذه[1].

ج- مناقشة الحكم القضائي

اتضح أن المدعي ادعى ملكية الأرض محل النزاع وبين أنَّ سبب ملكيته لها، هو أنَّها كانت مواتًا فأحياها، ورد المدعى عليه بأنَّ الأرض ملكه. وتقدم المدعي والمدعى عليه – الدافع– بشهادة لفيف، تثبت دعواهما.

والمحكمة رجحت بينة مدعي الملك بسببه –الذي هو إحياء الموات– على الدافع المدعى عليه الذي استدل بالملكية فقط، وأنها كانت رهينة فافتكها.

ويعتبر إحياء الموات سببًا من أسباب الملكية عند الفقهاء وفي القانونين اليمني والمغربي، وبهذا يتضح أنَّ الدليل القضائي المتمّن لبيان سبب الملك يُرجح على الدليل القاضي الذي اقتصر على بيان الملك فقط.

وبهذا يتضح: أن جمهور الفقهاء يرجحون بزيادة ذكر سبب الملك على الدليل الذي لم يذكر سبب الملك، وأن القانونين محل الدراسة قد نحيا منحى جمهور الفقهاء.

الفرع الثاني: ترجيح البينة الناقلة عن الأصل على المستصحبة له

يعتبر الترجيح بالبينة الناقلة عن الأصل من المرجحات التي تداولها الأصوليون والفقهاء، فاستخدمها الأصوليون في مجال الأدلة الشرعية، واستخدموها الفقهاء في الجانب النظري التقعيدي لتطبيقها في النوازل القضائية.

النَّقْلُ: تحويلُ الشَّيْءِ مِنْ مَوْضِعٍ إلى مَوْضِعٍ، نَقَله يَنْقُلُه نَقْلًا فانْتَقَلَ[2]، فهو نقل لملكية شيء من شخص إلى آخر، بأي نوع من أنواع نقل الملكية، بطريق المعاوضة أو غيرها.

(1) الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي عدد 65 بتأريخ 23 شوال 1341هـ في القضية رقم 283، ص287.
(2) لسان العرب، ابن منظور، ج11، ص674.

واعتبار الناقلة أولى من المستصحبة أصلًا يُستعمل في ترجيح البينات، كما تقدم بينة الجرح على التعديل[1].

وبيان معنى الأصل والاستصحاب قد مر الحديث عنه عند الكلام على الترجيحات الأولية والحديث في هذا الفرع معرف يكون حول الآتي:

أولا: أقوال الفقهاء في ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة

الحديث عن أقوال الفقهاء يستلزم بينان أقوالهم وما اشترطوا في ذلك على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: اختلاف الفقهاء في ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة

من المدارك الفقهية القضائية التي صاغها فقهاء الشرع الإسلامي أجمعين تعين قاضي الموضوع في الترجيح عند تعارض الأدلة بين يديه في الدعوى مدارك الترجيح بالبينة الناقلة على البينة المستصحبة، فإذا ادعى الخصم على خصمه بين يدي محكمة الموضوع في الواقعة محل الدعوى، أنه اشترى منه عقارًا زراعيًا بمبلغ معين، وأقام المدعي على صدق دعواه دليلاً كتابياً، ببينة مكتوبة هي محرر عرفي يثبت أن المالك باع له هذا العقار، فعارض المدعى عليه هذا العقار ملكه، ومسجل باسمه، ولم يتصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية، ولم يخرج عن ملكه بأي حال من الأحوال؟ فإن هذين الدليلين القضائيين المقدمين في الواقعة محل خصومة الدعوى، قد تعارضا بإثبات الملك المشروع في العقار لشخصين في وقت واحد[2]، أو أن يكون أحد المتخاصمين ادعى على خصمه بالملكية لوجود ناقل لها ووقع الخصم الآخر بعدم التصرف في ملكيته وأقاما على ذلك بينتين.

القول الأول: اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى ترجيح البينة الناقلة عن الأصل على البينة المستصحبة لها.

ففي مجلة الأحكام العدلية الْمَادَّةُ: (1777) إذا اختلف في طريق الماء الذي يجري إلى دار أحد بأنه حادث أو قديم، وادعى صاحب الدار بكون المسيل حادثا وطلب رفعه ولم تكن

(1) مغنى المحتاج، الشربيني، ج6، ص435.

(2) نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي، الحمادي، ص239.

لكلا الطرفين بينة ينظر: فإن كان في وقت الخصومة يجري الماء من المسيل أو يعلم جريانه قبيل ذلك يبقى على حاله، ويكون القول لصاحب المسيل مع اليمين يعني يحلف على عدم كون المسيل حادثا، وإن كان لم يجر الماء من المسيل في وقت الخصومة، ولم يعلم جريانه قبل ذلك فالقول لصاحب الدار مع اليمين[1].

وقال ابن فرحون: "فرع: وتقدم البينة الناقلة على المستصحبة، ومثالها: أن تشهد بينة أن هذه الدار لزيد بناها منذ مدة، ولا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن، وتشهد البينة الأخرى أن هذا اشتراها منه بعد ذلك، فالبينة الناقلة علمت، والمستصحبة لم تعلم"[2].

وقال ابن حجر: وتقدم أيضاً ناقلة عن الأصل على مستصحبة له[3].

-وقال ابن قدامة: "ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة، وادعى آخر أنه باعها منه، أو وهبها إياه، أو وقفها عليه، أو ادعت المرأة أنه أصدقها إياها، أو اعتقها، وأقام لذلك بينة، قضى له بها، بغير خلاف نعلمه وذلك، لأنها شهدت على أمر خفي على البينة الأخرى[4].

-وعند الزيدية الترجيح يكون بالنقل والتحقيق وإذا كانت إحداهما ناقلة والأخرى غير ناقلة فالناقلة أولى[5].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

-إن لدى البينة الناقلة زيادة علم فعلمت مالم تعمله الأخرى[6].

(1) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق، نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، بدون ط، كراتشي، وبدون ت، ج1، ص362.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص381.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر، ج10، ص310.

(4) المغني لابن قدامة، ج10، ص273.

(5) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص20، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص28.

(6) حاشية العدوي، العدوي ج2، ص351، وشرح عماد الرضا، المناوي، ج2، ص261.

-إن بينة -من ادعى الانتقال- شهدت بأمرٍ خفي على البينة الأخرى، والبينة الأخرى شهدت بالأصل[1].

-إن الأدلة القضائية شرعت لإثبات الحق في الدعوى، وذلك خلاف الأصل والظاهر في الواقعة محل الخصومة، ومن ثم كان الدليل القضائي المقدم من الخصم الناقل عن هذا الأصل هو أكثر علماً وإثباتاً من الدليل المستصحب.

القول الثاني: ذهب بعض المالكية إلى أن تقديم البينة الناقلة على المستصحبة ليس من باب الترجيح وإنما من باب الجمع.

قال الزرقاني: ويرجح بنقل أي البينة الناقلة عن أصل بينة مستصحبة له، حتى ولو شهدت بالملك وسببه، كأن تشهد أنه أنشأها ولا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن، وتشهد الناقلة لآخر أنه اشتراها منه فتقدم؛ لأنها علمت ما لم تعلمه المستصحبة والظاهر عدم التعارض بين هاتين البينتين فليس هذا من باب الترجيح قاله الشارح[2].

قال التسولي: "وليس من المرجحات النقل على الاستصحاب، فبينة الاستصحاب لا تعارض الناقلة؛ لأن المستصحبة شهدت بنفي العلم بالرجوع عن ملكه، وذلك لا يقتضي عدم الخروج فلم يحصل تعارض فيعمل ببينة النقل لعدم معارضة الأخرى لها"[3].

وأن البينة الناقلة تكون معرضة للمستصحبة في حالة ما إذا شهدت البينة المستصحبة بأن العين محل الدعوى باقية في ملكه إلَى الْآنَ، أَوْ أَنَّهَا لَمْ تنتقل عَنْ مِلْكِهِ إلَى الْآنَ فالمعارضة بينها وبين الناقلة ظاهرة[4].

فاتضح: أن ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة محل اتفاق بين الفقهاء، وأنه لم يظهر خلاف في بين الفقهاء في ذلك، إلا ما حكي عن بعض المالكية أنهم يعدون تقديم الناقلة على

(1) المغني لابن قدامة، ج10، ص373.
(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج7، ص386.
(3) البهجة، التسولي، ج1، ص261.
(4) حاشية الدسوقي، ج4، ص221.

المستصحبة من قبيل الجمع، وأن القول الراجح أن تقديم البينة الناقلة على المستصحبة من قبيل الترجيح لا من قبيل الجمع.

الفقرة الثانية: شروط ترجيح بينة النقل على الاستصحاب

اشترط الفقهاء القائلون بترجيح بينة النقل على الاستصحاب شروطا وهي كما يلي:

الشرط الأول: تعين الناقل.

أسباب نقل الملكية متعددة ومختلفة، فعند الإدلاء بالشهادة، أو تقديم الدليل الكتابي يشترط تعين الناقل للاختلاف في سبب الملك فشرط الترجيح بالنقل أن تكون شهادته مشتملة على ذكر سبب النقل[1]، ويكفي: انتقلت إليه بسبب صحيح، وقيل: إن كان الشاهد فقيهاً موافقاً لم يشترط، وإلا فلا بد من بيان السبب[2]، فعدم بيان السبب يجعلها من قبيل المجمل، فلا بد من ذكر السبب الناقل للملكية، وبيانه أنه بعقد من العقود الناقلة للملكية، وأن بعوض أو بغير عوض وغير ذلك.

وتقدم البينة الناقلة ولو كانت شهدت بالسماع حتى ولو كانت المستصحبة شهدت بالملك وسببه. مع أن بينة الملك أقوى من بينة السماع إلا هنا عاضد بينة السماع النقل فترجحت على المستصحبة.

ويعمل بالناقلة ولو كانت رجلاً وامرأتين أو رجلاً ويميناً[3]، وبهذا يتضح أنه عند ازدحام المرجحات من ملك وسببه مع الناقلة فإن مرجح الدليل الناقل يرجح على ذكر سبب الملك.

الشرط الثاني: ثبوت مشروعية الأصل والناقل.

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص220.

(2) شرح عماد الرضا، المناوي، ج2، ص261.

(3) حاشية الدسوقي، ج4، ص221.

فالأصل الذي شهدت به بينة الاستصحاب لا يعتد به ما لم يكن مشروعاً، ويتعلق هذا بالتصرفات دون الصفات، فالمسيل القديم إذا كان يسبب ضرراً فاحشاً للجار أو للطريق العام بأنْ كان قذرًا فلا يترك على حاله[1].

ولهذا نصت المادة: (1224) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "يعتبر القدم في حق المرور، وحق المجرى، وحق المسيل، يعني تترك هذه الأشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه؛ لأن الشيء القديم يبقى على حاله... أما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له، يعني إذا كان الشيء المعمول غير مشروع الأصل، فلا اعتبار له وإن كان قديماً"[2].

ويتبين من خلال ما اشترطه الفقهاء: أن النقل إذا كان بطريقة غير مشروعة فإنه لا عبرة به ويكون من قبيل التعدي.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الدليل الناقل على الدليل المستصحب

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من ترجيح الدليل الناقل على الدليل المستصحب

ساير القانون اليمني الفقه الشرعي أخذاً بمذهب جمهور العلماء فقد نص القانون المدني في المادة: (1113) على أنه "إذا بين خارجان كان الترجيح بينهما بالتحقيق أو النقل... والنقل هو أن يثبت أن الشيء انتقل إليه إما بالشراء أو نحوه أو بإبقاء كإرث ونحوه"، فاعتبر القانون المدني اليمني أن النقل سبب من أسباب الترجيح عند تعارض بينتي الخارجين، وترجيح بينة النقل على بينة الاستصحاب، وأنه يرجح ضمان الشراء على ضمان الإبقاء، وهذا عند التعارض فضمان الشراء ناقل، وضمان الإبقاء باقٍ على الأصل.

الفقرة الثانية: موقف القانون والمغربي من ترجيح الدليل الناقل على الدليل المستصحب

نصت مدونة الحقوق العينية في الفقرة الثالثة من المادة الثانية على أنه "إذا تعارضت البينات المدلي بها لإثبات ملكية عقار، أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير

(1) تعارض البينات القضائية، الشرفي، ص293.

(2) مجلة الأحكام العدلية، مجموعة من الفقهاء في الدولة العثمانية، ج1، ص236.

ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب".

وهو بهذا يكون قد أخذ بمذهب جمهور العلماء وخصوصاً ما نص عليه المالكية.

وتبين من خلال أقوال الفقهاء والقانونين اليمني والمغربي: أنهم متفقون على ترجيح بينة النقل على الاستصحاب.

ثالثا: الصور التي تندرج تحت ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة

هناك صور عدة تندرج تحت ترجيح بينة النقل على بينة الاستصحاب، متفق عليها من حيث الجملة ومختلف في بعضها، وسوف نورد أقوال الفقهاء في ذلك.

الصورة الأولى: ترجيح بينة الإكراه على بينة الطواعية

إذا تقدم المدعي بدعواه وأدلى بحججه، ورد المدعى عليه بأنَّ الأدلة التي أيدى بها المدعي دعواه قد صدرت منه تحت الإكراه وعدم الرضا والاختيار، وأوضح ذلك في دفع مشتمل على تفصيل لواقعة الإكراه الذي نتج عنه ذلك الدليل، وأيد ذلك بأدلة دفعه التي تثبت الإكراه، ورد المدعي على هذا الدفع بالإنكار، وأن التصرفات التي أبرمها نتجت عنه برضاه واختياره وأثبت رده بأدلة الطواعية والاختيار، فهنا تعارضت بينة الإكراه والطواعية، فكيف يتم الترجيح بين أدلتي الطوع والكراهية؟ لمعرفة ذلك لا بد من بيان ماهية الإكراه وما يتعلق به.

ويستلزم الحديث عن الإكراه بيان تعريفه، وشروطه وأنواعه وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أ- ماهية الإكراه

- الإكراه هو: اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره، أو يسقط عنه الخطاب[1].

(1) المبسوط، السرخسي، ج24، ص38.

– وعرفه القانون اليمني بأن الإكراه هو: حمل القادر غيره على مالا يرضاه قولاً أو فعلاً بحيث لو خلي ونفسه لما باشره ويكون بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو أو بعض عضو أو بإيذاء جسم، أو بالتهديد بما يمس العرض أو الشرف أو بإتلاف المال[1].

– وعرفه القانون المغربي على أنه: إجبار لشخص من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخصًا آخر على أن يعمل عملاً من دون رضاه[2].

ويتضح أن الإكراه سواء في الفقه أو القانون لا يخرج عن إطار مباشرة فعل بغير رضا، بدافع الإكراه.

ب– شروط الإكراه[3]:

دعوى الإكراه ليست بدون قيود بل لا بد لها من توافر شروط، حتى يصح الدفع بها في مواجهة شهود الطواعية.

– أن يكون المُكره قادراً على إيقاع ما هدد به.

فإذا كان غير قادر فإن الإكراه لا يتحقق، وتترتب الآثار الشرعية الناتجة عن الفعل محل دعوى الإكراه، وذلك، لأن المكره غير قادر على تنفيذ ما هدد به فإن الإكراه ينتفي.

– أن يغلب على ظن المكره أن يوقع به ذلك إن لم يفعل.

فإذا غلب على ظن المكره أن المكره لا يستطيع أن يوقع به ذلك الفعل، فإن الإكراه لا يتحقق.

– أن يقيم المكره بينة بالإكراه مفصلة.

أيْ أن تتضمن شهود الإكراه تفصلًا لوقائع الإكراه، أما الإجمال، أو شهادة الشهود بأن المكرَه أخبرهم بأنهم أكرهوه، فهذا إخبار وليس تفصيلًا، كل ذلك يجعل من شهادة شهود الإكراه غير مستوفية، فالتفصيل شرط لقبولها، والإطلاق سبب لردها.

---

(1) القانون المدني اليمني، المادة: (175).

(2) قانون الالتزامات والعقود المادة: (46).

(3) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج5، ص1181.

– أن تشتمل الشهادة على الإقرار والشهادة على الإخبار على تأريخ واحد[1].

وهذا يعني لابد أن يفصل المكره في دعوى الإكراه لأنَّ الإكراه قد يكون دعوى مبتدأة، بأن يرفع المكره دعوى لإبطال جميع التصرفات التي صدرت منه تحت وطأة الإكراه وهذه الدعوى لابد أن تكون مفصلة متوفرة الأركان والشروط[2]، أو أن يكون الإكراه عبارة عن دفع تقدم به المدعى عليه والدفع بالإكراه وأسبابه وأسانيده وأدلته.

يضاف إلى ذلك اتحاد الوقت والتاريخين بأن يكون الإقرار والإكراه في تاريخ واحدٍ. وهذا يعني أنه عند توافر شروط الإكراه، وشروط دعوى الإكراه، وتعارضت البينتان أن بينة الإكراه تقدم لزيادة العلم المتضمن للنقل من حالة الرضا والاختيار إلى حالة الإكراه.

ومسألة الإكراه ليست هي موضوعية، وإنما هي مسألة شخصية، تختلف من شخص إلى آخر بحسب مكانته الاجتماعية ومركزه العلمي، فما يكون في حق شخص إكراهًا لا يكون في حق الآخر إكراهًا، من ذلك مثلًا: الاستخفاف بالأماثل وإهانتهم على ملأ من الناس[3]، يعتبر إكراهًا في حقهم ولا يعتبر إكراهًا في حق غيرهم.

فعلى القاضي المنظور لديه الواقعة محل الدفع بالإكراه أن يراعي ذلك، لعدم وجود شروط موضوعية تنطبق على الأشخاص على السواء، وهذا ما نص عيه الفقهاء، والقانونان محل الدراسة لا تخرج عن هذا الإطار؛ فمثلًا نص القانون اليمني على ما يلي: "يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه"[4]، وما وهذا كله يدل على أن الإكراه يختلف من شخص إلى أخر، ومن جنس إلى أخر، إلا أن هذه المؤثرات في دعوى الإكراه بحد ذاتها قد تحتاج إلى إثبات، وإلَّا يكون القاضي قد حكم بعلمه.

---

(1) كفاية النبيه، ابن الرفعة، ج19، ص323.

(2) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج12، ص133.

(3) المجموع المذهب في قواعد المذهب، العلائي، ج1، ص406.

(4) القانون المدني اليمني، المادة: (175).

ج- أنواع الإكراه:

الإكراه ليس على ضرب واحد، بل يأتي على نوعين[1]:

النوع الأول: الإكراه الملجئ؛ وهو أن يكره بما يخاف على نفسه، أو على تلف عضو من أعضائه، فإنه ينعدم الرضا، ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار.

النوع الثاني: الإكراه غير الملجئ وهو: أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه، ولا على تلف عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس، فإنه يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار، وفي كلا الحالتين للإكراه تأثير في الإقرارات الصادرة من المكلف وفي إبرامه للتصرفات، بل عده القانون محل الدراسة عيبًا من عيوب الرضا، يوقف التصرف، أو يبطله إن كان قد أبرم.

د- أقوال الفقهاء في ترجيح بينة الإكراه على الطواعية وشروطهم

ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا تعارضت بينة الإكراه والطوعية إلى تقديم بينة الإكراه على الطواعية وذلك إذا أثبت إقرار إنسان بشيء طائعا فأقام المدعى عليه البينة أنه كان مكرهاً، أو ادعى المقر له الإقرار عن طوع والآخر عن كره.

وعللوا سبب تقديم بينة الإكراه على الطواعية، لأنّها أثبتت خلاف الظاهر وأن مع بينة الإكراه زيادة علم[2]، واستدلوا بالآتي:

- أنها تثبت خلاف الظاهر[3]، والبينات شرعت لخلاف ظاهر، ومن أثبت خلاف الظاهر قدمت بينته، لأن من يتمسك بالظاهر متمسك بالأصل والذي يثبت خلاف الأصل يرجح إثباته.

---

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج5، ص1181.

(2) حاشية بن عابدين، ج5، ص490، ودرر الحكام، علي حيدر، ج2، ص384، وحاشية الزرقاني على مختصر خليل، ج4، ص386، حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين، أحمد سلامة القليوني (المتوفى: 1069هـ)، وأحمد البرلسي عميرة (المتوفى:957هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1415هـ- 1995م، ج3، ص6، وكفاية النبيه، ابن الرفعة، ج9، ص3330، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص618، وملجأ القضاة عند تعارض البينات، غانم بن محمد البغدادي، تحقيق، عبد العزيز مصطفى الخالد، رسالة ماجستير بجامعة أم القرى، مكة، 1403هـ- 1982م، ص162.

(3) درر الحكام، علي حيدر، ج2، ص384.

– أن مع بينة الإكراه زيادة علم[1].

فالأصل في أفعال الناس الطواعية، والذي يدعي الإكراه ويثت فقد خالف الأصل بزيادة الإكراه. واشترط القائلون بترجيح بينة الإكراه على الطواعية شروطا، وقبل الحديث عن بيان شروط الإكراه يتعين بيان طرق إثبات الإكراه، وهي البينة[2]، ويراد بها الإثبات بشهادة الشهود على حصول الإكراه، والقرينة وقد اتفق الفقهاء على أنه تقبل دعوى الإكراه بقرينة كتوكيل به، أو أخذ مال، أو تهديد قادر أو حبس[3]، والقرينة لها دورها في إثبات الإكراه، بل ولها دور في الترجيح عند التعارض ما بين شهود الطواعية وقرائن الإكراه.

– لذا فإن الفقهاء اشترطوا ترجيح بينة الإكراه.

اشترط الفقهاء لترجيح بينة الإكراه على الطواعية شروطا:

الشرط الأول: أن يتحد تأريخ البينتين

فإذا اختلف التاريخان أولم يؤرخا، فإن بينة الطوع تقدم[4]، وذلك لأنه من شروط التعارض اتحاد المحل، والوقت فاختلاف الوقتين يجعل بينة الإكراه مدحوضة.

الشرط الثاني: أن يكون الإكراه في الإقرار، وفي إبرام العقود.

وتعد مسألة إثبات الإكراه من الأمور الواقعية التي يختص بها قاضي الموضوع؛ لأنه قد يترجح لدى القاضي قرينة الإكراه على بينة الطوع وهكذا.

هـ- أثر الترجيح لبينة الإكراه على بينة الطوع

إذا رجح القاضي بينة الإكراه على بينة الاختيار فإن جميع التصرفات التي بنيت على الإكراه تعتبر باطلة.

---

(1) شرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص618، وكفاية النبيه، ابن الرفعة، ج19، ص335.

(2) كفاية النبيه، ابن الرفعة، ج19، ص335.

(3) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج12، ص133.

(4) حاشية ابن عابدين مع الدر المحتار، ج5، ص490، ووظائف القضاة وترجيح أحد البينات، صدقي الرومي، ص104.

وذلك لأن بينة الإكراه قدمت؛ لأنها ناقلة عن الأصل، ولأنَّ الأصل في أفعال الناس الطواعية، فمن شهد به فقد شهد بالأصل والشهادة بالإكراه ناقلة عنه[1].

-الأثر المترتب على الإكراه:

عبء إثبات الإكراه على من يدعيه؛ لأن الأصل أن العقود مبنية على الرضا ويكون أثر الإكراه عدم صحة العقد، نصت المادة: (177) من القانون المدني على " أنه لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه". ونصت المادة: (49) من قانون الالتزامات والعقود أن "الإكراه يخول إبطال الالتزام وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته".

وهذا يعني أن ما ينتج من تصرفات عن الإكراه تعتبر باطلة، ولا يعول عليها، وذلك لانتفاء الرضا فتصح الإرادة معيبة، وعبء إثبات الإكراه على من يدعيه.

وإذا كان الفقهاء قد رجحوا بينة الإكراه على بينة الطواعية، فإن هذا الأمر ليس على إطلاقه، فإذا كان ذلك يصلح في العقود فإنه في القضاء الجزائي يتخلف، وذلك عند مواجهة المتهم بإقراراته المدونة في محاضر مأمور الضبط القضائي، أو المدعي العام أو عند مواجهته بشهادة شهود الإقرار فإنه يدفع بعدم الطواعية في الإدلاء باعترافاته، ويقدم بذلك قرائن تنفي الطواعية من آثار ضرب أو غير ذلك، أو يقوم بإحضار شاهدين على الإكراه في الإقرار، وهنا يجب على القاضي أن يوازن بين البينتين، ويقدرهما حق قدرهما، وأن يستعمل سلطته التقديرية في الترجيح بين البينتين؛ لأنه قد تعضد بينة الطواعية قرائن تؤدي الى ترجيحها، ومن هذه القرائن:

- تطابق إقراراته مع الحقيقة الواقعية

فقد يقر متهم بواقعة قتل ويفصل إقراره، ويصف مسرح الجريمة وأداة الفعل، وكيف تمت الواقعة ويفصل تصرفه اللاحق على ارتكاب الجريمة، وتَتَطابق هذه الإقرارات مع الواقع، فيكون ذلك مرجحًا لبينة الطواعية.

(1) البهجة، التسولي، ج1، ص262.

– تفصيل الإقرار المكتوب المتتابع المدون في الأوراق الرسمية التي تجعل من المستحيل أن تقوم الجهة التي قامت بتحريره من نسجه من خيالها أو تزويره.

– إعادة شرح الفعل الجنائي على أرض الواقع

أحيانًا يقوم مأمور الضبط القضائي والنيابة العامة بتكليف المتهم بتمثيل الواقعة في مسرح الجريمة فيقوم المتهم بتمثيل واقعة القتل، أو السرقة أو غيرها، بما يتوافق مع إقراراته، فيكون ذلك قرينة تؤيد بينة الطواعية، وترجح بينة الطواعية على بينة الإكراه.

– تطبيق مبدأ المواجهة

يعد مبدأ الواجهة من المبادئ التي يجب على القاضي مراعاتها أثناء المحاكمة، وهو بحد ذاته دليلًا من أدلة الإثبات في القضاء الجنائي[1]، ومبدأ المواجهة يشمل مواجهة المتهم بشهود الواقعة، أو المواجهة بينه وبين بقية المتهمين، إلا أن مبدأ المواجهة مع الشاهد يمكن القاضي في النهاية من وزن الأدلة، وترجيح أي دليل على الآخر[2].

فهذه أمور يتعين على القاضي الجزائي مراعاتها، على أنَّ هناك أمرًا في غاية الأهمية، وهو أنَّ دعوى الإكراه في جرائم الحدود تُسْقِطُها إذا تعارضت بينة الإكراه مع الطواعية، بل إن القانون اليمني اعتبر دعوى الإكراه المحتملة مسقطة لحد الزنى[3]، وسقوط الحد لا يعني عدم المعاقبة، فقد تبقى العقوبة التعزيرية عند تكافؤ بينتي الإكراه والطواعية.

و– ترجيح قرائن الإكراه على شهادة الطواعية

مر سلفًا أنّ الإكراه يثبت بالبينة والقرائن، وأنه تُرَجَح بينة الإكراه على بينة الطواعية في جانب المعاملات، ولكن المسألة تبدو صعبة في المسائل الجنائية فقد تتعارض بينة الطواعية مع قرائن الإكراه، وذلك بأن يتم أخذ الدليل الذي يدان به المتهم بناءً على إجراءات باطلة، فيدلي المتهم باعترافه الصريح –المشوب بعيب في الإرادة أو الإجراء– أمام شاهدين يشهدان

(1) قانون الإثبات اليمني، رقم: (21) سنة 1992م، المادة: (13)

(2) أدلة الإثبات، الفراج، ص54.

(3) قانون الجرائم والعقوبات، لعام 1994م، وزارة الشؤون القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء– المادة: (266).

على الإقرار والطواعية فيه، فيدفع المتهم بقرائن الإكراه من حبس تجاوز المدة القانونية في الحبس، أو أخذ الأقوال بدون حضور محامٍ أو غير ذلك، لذا يجب على القاضي الموازنة الدقيقة، والعميقة، والمتفحصة بين شهادة الطواعية وقرائن الإكراه، وذلك من خلال القرائن والأمارات والدلالات التي احتفت بالواقعة الجنائية، وهنا يبرز دور القاضي باستعمال سلطته التقديرية في المفاضلة بينهما، ولا يشترط هنا اتحاد التأريخين والوقتين، بل الإكراه قد يسبق الطواعية وقد يقارنه.

الصورة الثانية: ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم

إذا تنازع اثنان على ملكية عين، وأدعى أحدهما ملكيتها، وادعى الآخر صيرورتها إليه من المالك بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية، وأثبت ذلك ببينة، فهل ترجح بينة الحدوث أم القدم؟ هذا ما سيكون الحديث عنه.

أ- أقوال الفقهاء في ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم

اختلف الفقهاء في ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم وتفصيل أقوالهم في الآتي:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن بينة مدعي انتقال العين إليه ترجح على مدعي ملكيتها، وذلك لأن بينة مدعي الانتقال بينه على الحدوث، وبينة الآخر على القدم، فينة الحدوث ناقلة وبينة القدم مستصحبة، فتقدم الناقلة على المستصحبة.

وأوضح ذلك الفقهاء بقولهم: وإنْ ادعى زيدٌ ملكَ عين في يد رجل، وأقام بينة أنها ملكه منذ سنة، وادعى آخر أنه ابتاعها من هذا المدعي منذ خمس سنين وكان مالكا لها وقت البيع.. فإنه يحكم ببينة الابتياع؛ لأن البائع قد أقام بينة أنه يملكها منذ سنة، وثبوت الملك لها منذ سنة لا ينفي الملك قبل ذلك، فإذا أقام المدعي للابتياع بينة بالابتياع فقد ثبت أنه ابتاعها هذا من المدعي من مالك، فقدمت على بينة البائع؛ لأن بينة البيع شهدت بأمر حادث خفي على البينة التي شهدت للبائع بأصل الملك فقدمت، كما تقدم بينة الجرح على بينة التعديل،

وأنه إذَا كَانَ فِي مِلْكِ أَحَدٍ مَسِيلُ الْآخَرِ، وَوَقَعَ بَيْنَهُمَا اخْتِلَافٌ فِي الْحُدُوثِ والْقِدَمِ، وَادَّعَى صَاحِبُ الدَّارِ حُدُوثَهُ وَطَلَبَ رَفْعَهُ، وَادَّعَى صَاحِبُ الْمَسِيلِ قِدَمَهُ تُرَجَّحُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الدَّارِ إذَا اجْتَمَعَتْ بَيِّنَةُ الْحُدُوثِ مَعَ بَيِّنَةِ الْقِدَمِ فِي حَالِ عَدَمِ ذِكْرِ تَارِيخٍ فَتُرَجَّحُ بَيِّنَةُ الْحُدُوثِ أَمَّا إذَا ذَكَرَ كِلَاهُمَا تَارِيخًا فَتُرَجَّحُ بَيِّنَةُ التَّارِيخِ الْأَسْبَقِ هذا باتفاق جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة[1].

وعند المالكية أن الأصل في الضرر أنه على الحدوث حتى يثب القدم[2].

القول الثاني: بينة القدم أولى من بينة الحدوث.

ذهب بعض الفقهاء إلى أنه عند تعارض بينة الحدوث مع القدم ترجح بينة القدم وهو قول لبعض الأحناف، قال ابن عابدين: إذَا تَعَارَضَتْ بَيِّنَةُ الْقِدَمِ وَالْحُدُوثِ. فَفِي البزازية والخلاصة: بَيِّنَةُ الْقِدَمِ أَوْلَى. وَفِي تَرجيح البينات للبغدادي عَنْ الْقُنْيَةِ: بَيِّنَةُ الْحُدُوثِ أَوْلَى. وذكر العلائي في شرح الْمُلْتَقَى أَنَّ بَيِّنَةَ القِدَمِ أَوْلَى فِي الْبِنَاء، وَبَيِّنَةَ الْحُدُوثِ أَوْلَى فِي الْكَنِيفِ[3]، وهذا القول عار عن الدليل أو التعليل، لذا فإن بينة الحدوث ترجح على بينة القدم عند التعارض، وعند عدم التعارض فإن القديم يبقى على قدمه.

ب- شروط ترجيح بينة الحدوث

اشترط الفقهاء لترجيح بينة الحدوث على القدم ألَّا تذكر البينتان تأريخًا، فإن ذكرت تاريخًا قدمت صاحبة التأريخ السابق[4]، وهنا يظهر أثر الترجيح بين المرجحات وهو عند تعارض

(1) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، على حيدر، ج4، ص539، والبيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني، ج13، ص183، وتكملة المجموع شرح المهذب، المطيعي، ج26، 503، والشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، ج12، ص187.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، 2، ص349.

(3) الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص489، 490، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار المعرفة، بدون ط، ودون ت، ج1، ص330.

(4) درر الحكام، علي حيدر، ج4، ص539.

النقل، والتأريخ، فإذا قَدم أحد طرفي النزاع دليلًا على الحدوث، وقدم الطرف الآخر دليلًا على القِدَمِ الأسبق تأريخًا، فإن الدليل الأسبق تأريخًا يرجح على الأحداث.

الرأي الراجح: ترجيح بينة الحدوث على بينة القدم؛ وذلك لأن بينة الحدوث ناقلة، والناقلة ترجح على المستصحبة لزيادة علمها مع مراعاة تأريخ الدليلين، فالأسبق تأريخًا يقدم.

ج- موقف القانون من ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم

لم يتعرض القانونان محل الدراسة لمسألة ترجيح الحادث على القدم أو عكسه، وإنما تندرج تحت ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة.

الصورة الثالثة: ترجيح بينة السفه على بينة الرشد

فإذا تنازع اثنان أحدهما يدعي التصرف وهو سفيه، والآخر يدفع بأن وقت التصرف كان المدعي رشيدًا فأيُّ البينتين تقدم؟

أ- حقيقة السفه والرشد

- السفه هو: خِفَّةٌ تعتري الْإِنْسَانَ فتحمله عَلَى الْعَمَلِ بِخِلَافِ مُوجَبِ الشَّرْعِ، وَالْعَقْلِ مَعَ قِيَامِ الْعَقْلِ[1].

- بيان ماهية الرشد: هو صَلَاحُ الْمَالِ وَهُوَ حُسْنُ التَّصَرُّفِ[2]، وبالجملة فهو: صلاح الدين والمال، فلا يفعل محرمًا يبطل العدالة، ولا يبذر بأنْ يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة، أو رميه في بحر، أو إنفاقه في محرم[3].

وبهذا يتضح أن السفه مخالفة الحالة السوية للإنسان، وإتيانه أفعالًا تخالف أفعال العقلاء.

ب- أقوال الفقهاء في تعارض بينة السفه والرشد

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(1) تكملة البحر الرائق، الطوري، ج8، ص91.

(2) البحر الرائق، ابن نجيم، ج5، 251.

(3) منهاج الطالبين، النووي، ص256.

القول الأول: ذهبت المالكية والشافعية إلى ترجيح بينة السفه على الرشد وتفصيل ذلك فيما يلي:

فعند المالكية إذَا تَعَارَضَتْ الْأَصَالَةُ وَالْفَرْعِيَّةُ قُدِّمَتْ الْأَصَالَةُ كبينة السفه وَالرُّشْدِ فَإِنَّ بَيِّنَةَ السَّفَهِ تُقَدَّمُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ هِيَ الْأَصْلُ وَأَضْدَادُهَا فُرُوعٌ[1]، إلَّا أنَّ فقهاء المالكية لهم تفصيل في ذلك هو أن بينة السفه أعمل بالنسبة لإطلاقه من الحجر، وأما بالنسبة للمبيع ونحوه من المعاملات فتقدم بينة الترشيد؛ لأنها أوجبت صحة العقد[2].

–وعند الشافعية تقدم بينة السفه إذا جهل حاله من قبل، وإذا علم حاله فالناقلة مقدمة، وإذا علمنا سفهه قدمت بينة الرشد، أو علمنا رشده قدمت بينة السفه، وضابط ذلك عندهم في بَيِّنَةُ السَّفَهِ وَالرُّشْدِ إنْ عُلِمَ أَحَدُهُمَا قُدِّمَتْ النَّاقِلَةُ عَنْهُ[3].

القول الثاني: ترجيح بينة الرشد على بينة السفه

للحنفية في مسألة الرشد والسفه تفصيل، فعند أبي حنيفة: اليتيم إذا بلغ رشيدا وماله في يد وصيه أو وليه فإنه يدفع إليه ماله، فإن بلغ غير رشيد لا يدفع إليه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة.

وإذا بلغ اليتيم سفيهًا فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تنفذ تصرفاته؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر البالغ، وخالفه في ذلك الصاحبان– أبو يوسف، ومحمد بن الحسن–[4]، فلو أن رجلًا كان صالحًا، ثم فسد بعد ذلك، فحجر عليه القاضي، وقد كان إنسان اشترى منه شيئًا فاختلف المحجور عليه، والمشترى منه، فقال المشترى: اشتريته منك في حال صلاحك قبل الحجر عليك، وقال المحجور عليه: بل اشتريته مني في حالة الحجر، فالقول قول المحجور

(1) مواهب الجليل، الحطاب، ج8، ص539، وحاشية الصاوي، ج4، ص308.

(2) البهجة، التسولي، ج1، ص263.

(3) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص346، وأدب القضاء، الغزي، ص210.

(4) فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الحسن بن المنصور المعروف بقاضيخان (المتوفى: 592هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2009م، ج3، ص593.

عليه، لأن الشراء حادث، والحوادث تحال بحدوثها إلى أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات في الشراء حالة الحجر.

فإن أقاما جميعًا البينة، فالبينة بينة الذي يدعي الصحة؛ لأنه يدعي الصحة، والآخر يدعي الفساد، فكانت بينة مدعي الصحة أولى؛ لأنه أثبت بالبينة، فكانت بينته أولى[1]، وكذا لو ادعى عليه أرضا، وأقام بينة، فقال المدعى عليه: أنا اشتريتها منك. فقال المدعي: نعم ولكن كنت صبيا. وقال المدعى عليه: بل كنت بالغا، وأقاما البينة، فبينة مدعي الصبا أولى[2].

الرأي الراجح: ترجيح بينة السفه على الرشد؛ لأنَّ الأصل السفه، والأصل الصغر مع بقاء السلطة التقديرية للقاضي في الترجيح من خلال ما يظهر له من قرائن أو أمارات أو شواهد الحال وهذا يتطلب من القاضي بذل جهد وتأني قبل الترجيح.

ج- موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض بينة السفه والرشد والترجيح بينهما

- موقف القانون اليمني من تعارض بينة السفه والرشد والترجيح بينها

نظم القانون اليمني أحكام الرشد والسفه في القانون المدني، إلا أن القانون لم ينظم تعارض طرق الإثبات في مسألة الرشد والسفه، والصغر والبلوغ، ولذا فقد نصت المادة: (59) من القانون المدني على ما يلي: "الرشد حسن التصرف ولا يحتاج الرشد إلى حكمٍ به إلَّا عند الخلاف عليه بين الصغير مدعي الرشد وبين وليه أو وصيه".

فلم توضح المادة سالفت الذكر تعارض طرق الإثبات عند التداعي، وكيف يتم الترجيح، مثل ما نص على الترجيح في بعض المسائل الجزئية، كتعارض بينة الإعسار والإيسار، ولكن وفقًا للقاعدة على أنَّ القاضي يرجح بين الإثبات على النفي في الإيسار والإعسار، فإنَّ القاضي يوازن بين النفي والإثبات في مسألة السفه والرشد، ويرجح الإثبات على النفي.

---

(1) شرح «أدب القاضي للخصاف (المتوفى: 261 هـ)»، عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (المتوفى شهيدا: 536هـ)، محيي هلال السرحان، (ج1 – 3) مطبعة الارشاد، بغداد –العراق، ج4 الدار العربية للطباعة، بغداد –العراق، ط1، (ج1، 2) 1397هـ- 1977م (ج3، 4) 1398هـ- 1978م، ج2، ص414.

(2) ملجأ القضاة عند تعارض البينات، البغدادي، ص102، 103.

- موقف القانون المغربي من تعارض بينة السفه والرشد والترجيح بينها

نصت المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على أن من المرجحات، تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها. فالسفه يقدم على الرشد وذلك بناء على الراجح عند المالكية، ونظم القانون المغربي السفه والرشد في قانون الالتزامات والعقود، واعتبر القانون مسألة الرشد والسفه من المسائل المتعلقة بالأهلية فنص قانون الالتزامات والعقود في الفصل: (6) والتي نصت على ما يلي:" يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو القاصر بعد بلوغه الرشد، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده، أو بموافقة وصيه، أو بكونه تاجرا"[1]، فنص المادة قرر الحق للقاصر في رفع دعوى تتضمن الطعن في الالتزام؛ لأن أثر الترجيح بين التعارض يكمن في مسألة غاية في الخطورة وهو أن القاضي إذا رجح بينة السفه أو الصغر على بينة الرشد أو البلوغ فإن التصرفات الصادرة من السفيه أو القاصر تكون تصرفات غير صحيحة وينعكس أثر ذلك على المتعاقد الآخر، فضلًا عن ذلك أنَّه يحق لولي القاصر، أو المنصوب عن السفيه أن يرفع دعوى وقف نفاذ التصرفات. فعلى هذا فترجيح القانون المغربي لبينة السفة ينصرف إلى بطلان التصرفات السابقة، ووقف التصرفات التي يبرمها.

وبهذا يتضح: أن القانونين محل الدارسة لم يخرجا عن إطار القول الراجح عند الفقهاء في تقديم بينة السفه على الرشد إلَّا أن القانون المغربي يختلف عن القانون اليمني في أنّه كان صريحًا في نصوصه، واضحًا في ترجيحه، لكونه عالج مسألة التعارض والترجيح في الملكية والحقوق العينية الناتجة عنها، بخلاف القانون اليمني فإنَّ معالجته للترجيح في الملكية انصب على الترجيح بين الخارجين، والداخل والخارج، ولم يرم صياغة نظرية واضحة المعالم تعالج جوانب التعارض في المسائل الناتجة عن التصرفات المتعلقة بالملكية، وإن كانت قواعده تصلح للترجيح، إلّا أنَّ هناك نوع من التكلف في ليّ نصوص القانون وتعديتها إلى غير محالها.

(1) قانون الالتزامات والعقود، المادة:(6).

الصورة الرابعة: تعارض دليل الجنون والعقل والترجيح بينهما

الجنون: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرًا[1].

أ- أقوال الفقهاء في تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية إلى ترجيح بينة العقل على بينة الجنون.

فعند الحنفية: إِذَا ادَّعَى شِرَاءَ الدَّارِ فَشَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ كَانَ مَجْنُونًا عِنْدَمَا بَاعَهُ وَآخَرَانِ أَنَّهُ كَانَ عَاقِلًا فَبَيِّنَةُ الْعَقْلِ وَصِحَّةِ الْبَيْعِ أَوْلَى، بَيِّنَةُ الْإِفَاقَةِ أَوْلَى مِنْ بَيِّنَةِ الْجُنُونِ[2]، كَذَلِكَ إِذَا بَاعَ أَحَدُهُمَا عَرْصَتَهُ لِآخَرَ فَأَقَامَ أَخُوهُ الدَّعْوَى عَلَى الْمُشْتَرِي بِكَوْنِهِ وَصِيًّا عَلَى أَخِيهِ الْمَعْتُوهِ وَبِأَنَّ الْبَائِعَ مَعْتُوهٌ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ، وَأَقَامَ الْمُشْتَرِي أَيْضًا الْبَيِّنَةَ عَلَى كَوْنِ الْبَائِعِ عَاقِلًا فَتُرَجَّحُ بَيِّنَةُ الْعَقْلِ[3].

-وعند المالكية: إِذَا شَهِدَتْ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ أَنَّهُ أَوْصَى وَهُوَ صَحِيحُ الْعَقْلِ، وَالْأُخْرَى أَنَّهُ أَوْصَى وَهُوَ مُشَوَّشُ الْعَقْلِ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ فِي الْعُتْبِيَّةِ تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ، وَالْغَالِبُ فِي الْفَائِقِ[4].

-وعند الشافعية قال الحبيشي في فتاويه: " إذا تعارضت بينة الجنون والعقل، قدمت بينة العقل كما يفيده قول القفال في فتاويه:"لو أقام بينة أن فلانًا باعه داره وهو صحيح العقل، فأقام البائع بينة بأنه كان يوم البيع مجنونًا، ولم ينص على حاله وقت البيع، فبينة المشتري أولى فلو عينا وقتًا للبيع بأن قال الشهود: كان مجنونا وقت البيع قدمت بينة الجنون، لأنَّ معها زيادة علم[5].

(1) التعريفات، الجرجاني، ص79.

(2) حاشية ابن عابدين، ج5، ص490، والطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، محمود حمزة، ص51.

(3) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج4، ص539.

(4) مواهب الجليل، الحطاب، ج8، ص539.

(5) فتاوى البغوي، حسين بن مسعود البغوي (المتوفى:516هـ)، تحقيق محمود الأزهري، دار ابن القيم، ط1، المملكة العربية السعودية، ودار ابن عفان، مصر، 1435هـ، ص422، وعمدة المفتي والمستفتي، محمد عبدالرحمن حسين

القول الثاني: ذهب بعض الشافعية والمالكية تقديم بينة الجنون –الذهول –على العقل وتفصيل ذلك فيما يلي:

أنه ينظر في شهادة الذين شهدوا بذهوله فإن قالوا هم أو غيرهم ممن يقبل: أنه كان به الذهول في الوقت الذين شهدوا عليه الأولون في صحة عقله فهي أعمل؛ لأن الذهول يخفى على قوم ويظهر لآخرين فمن قطع بعلمه فهو أحق بالقبول، وإذا لم يشهدوا على ذهوله في ذلك الوقت فشهادة الصحة أعمل لأنهم قطعوا بعقله[1]، وفقهاء الشافعية قدموا بينة العقل على الجنون مالم ينصوا على أنه كان وقت البيع مجنونا فبينة الجنون أولى لأنَّ معها زيادة علم[2]، وإذا قامت بينة بجنون القاتل عند قتله، والأخرى شهدت بعقله، ويرى الشافعية أنَّ البينتين تكون متعارضتان[3]، وهذا التعارض يعني التساقط، إلاَّ أنّ هذا التعارض قد يكون له مرجحٌ في عصرنا، وذلك بناء على تقرير الخبير عند عرض المتهم عليه لتحديد مستوى إدراكه عند قيامه بالفعل الإجرامي، ويكون تقرير الخبير مرجحًا عند التعارض باعتباره وسيلة علمية ترجيحية.

القول الثالث: ذهبت الزيدية إلى أنه إذا تعارضت البينتان الكاملتان في دوام العقل وزواله فبينة الطارئ كالخارجة مالم يتكاذبا بالإضافة إلى وقت واحد فيعمل بالأصل، فإن التبس فالصحة[4].

الرأي الراجح: ترجيح بينة العقل على الجنون؛ لأنَّها الأصل مع استعمال القاضي لسلطته التقديرية في ذلك مع كل حالة على حدة؛ لأن قضاء القاضي جزئي في صوره، قال ابن فرحون: "وَسَبَبُ ذلك أَنَّ حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات دون الكليات، لأن معظم ما ينظر القاضي فيه يحتاج إلى بينة، والبينة إنما تشهد بما رأته أو شافهته، وذلك أمر جزئي هذا

الأهدل (المتوفى: 1352هـ)، دار المنهاج، ط1، جدة–المملكة العربية السعودية، 1429هـ–2008م، ج2، ص542، وأدب القضاء، الغزي، ص211.

(1) البهجة، التسولي، ج1، ص263.

(2) أدب القضاء، الغزي، ص211.

(3) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص341.

(4) البحر الزخار، المرتضى، ج6، ص43.

هو الغالب ما تشهد به البينة ويحكم القضاة به[1]، فترجيح دليل الجنون على العقل، أو العقل على الجنون ليست قاعدة مطردة سواء بسواء في العقود والفسوخ وجميع التصرفات فضلًا عن إعمالها في القضاء الجنائي، وهذه مسألة في غاية الخطورة؛ لأنَّ العقل هو مناط إيقاع العقوبات فترجيح بينة العقل، أو بينة الجنون، بناء على أقوال الفقهاء بدون استخدام السلطة التقديرية يؤدي الى إهدار مقصد التشريع من القضاء، وهو إقامة العدل، فلابد في ذلك كله من الاستعانة بالخبراء، والترجيح بتقاريرهم إحدى البينات، أو الترجيح بين التقارير بناء على خبرة أخرى مع إعمال السلطة التقديرية في الإعمال والإهمال؛ لأنَّ القضاء جزئي لا كلي، وذلك لأنَّ ما حكى فيه فقهاء المذاهب من ترجيح إحدى البينتين بناء على اجتهاد بإعمال الأصول والظواهر، وبناء على العرف السائد، أما في عصرنا؛ فإن الوسائل العلمية والخبرات الحديثة لديها القدرة في ترجيح ما حكوا فيه أنه مرجوح، والعقل والجنون من هذا القبيل.

ب- موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما

- موقف القانون اليمني من تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما

لم ينص القانون المدني اليمني على الترجيح بين تعارض دليل العقل والجنون، وإنَّما نص على أنَّ بينة الإثبات تقدم على النفي، كما أنَّ المادة: (364) من القانون المدني حيث ورد فيها ما يلي: "إذا التبس الأمر بين إيسار الشخص وإعساره تسمع البينة على إيساره أو إعساره، ويرجح الحاكم، وتقدم البينة المثبتة على النافية"، فإذا تعارض دليل العقل مع دليل الجنون، فإن بينة المثبت تقدم على النافي، وهذا في مجال التصرفات المدنية، وأما في المجال الجنائي فإن القانون نص على ما يلي: يكون طلب الخبير وجوبيًا لتحديد الحالة النفسية للمتهم عندما يثور شك أثناء القضية حول قدرته على إدراك ماهية أفعاله وإدارتها[2]، وبهذا يتضح أن الخبير له دور في الترجيح عند التعارض ما بين بينة العقل وبينة الجنون.

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص103.

(2) قانون الإجراءات الجزائية المادة: (218).

-موقف القانون المغربي في تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما

نصت المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على أن من المرجحات، "تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها"[1]. فالعقل هو الأصل والجنون ضده؛ أو خلاف الأصل، فإذا تعارض دليل العقل ودليل الجنون فإن دليل العقل يقدم؛ لأنه الأصل، وما سار عليه القانون المغربي هو المذهب المالكي.

الفرع الثالث: ترجيح من شهد بباطن الأمر على من شهد بظاهره

الترجيح بالزيادة قد تكون بناء على أمر ظاهر معلوم، وقد تكون بناء على أمر خفي باطن، ويعني الأمر الظاهر أنّه، المشاهد للكافة المُطلع على الظاهر، فهو في غاية الظهور والبروز والمشاهدة للعيان، وباطن الأمر يعني، ما عسر ظهوره للكافة، وتعذر الاطلاع عليه من قبل العامة، فإذا شهد شاهدان بباطن الأمر، وشهد شاهدان آخران بظاهر الأمر، فإن من شهد بباطن الأمر يقدم على من شهد بظاهره[2]، ويندرج تحت هذا المرجح ما يلي:

أولا: ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل

الجرح والتعديل من المسائل التي تناولها علماء الشريعة بعناية فائقة، فأهل الحديث اشترطوا العدالة في الراوي واعتبروا جرح الشاهد سببًا لردِّ حديثه، وعدم قبول مروياته، وأهل الفقه اشترطوا العدالة في الشاهد والوالي وغير ذلك حتى يكون مظنة الصدق والثقة، ولمّا كانت الشهادة شرطًا في الشاهد، وعرضت قضية على القاضي واستند المدعي في دعواه إلى شهادة الشاهدين، وزكى المدعي الشاهدين بعدلين، وتقدم المدعى عليه بجرح للشاهدين أو أحدهما، وتقابل الجرح والتعديل، فهل التعديل مقدم أو الجرح؟ لمعرفة ذلك لابد من بيان ماهية العدالة والجرح، والأحكام المتعلقة بهما، ويتضمن الحديث عن التعديل والتجريح بيان ماهيتهما، وأقوال الفقهاء في تعارضهما.

(1) مدون الحقوق العينية، المادة:(3).

(2) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال، ص319.

فتعرف العدالة بأنها الِاسْتِقَامَةُ[1]، والْعَدَالَةِ [المتصف بها الْمُعَدَّلُ]، وَضَابِطُهَا إِجْمَالًا أَنَّهَا مَلَكَةٌ تَحْمِلُ عَلَى مُلَازَمَةِ التَّقْوَى وَالْمُرُوءَةِ، وَالْمُرَادُ بِالتَّقْوَى اجْتِنَابُ الْأَعْمَالِ السَّيِّئَةِ مِنْ شِرْكٍ أَوْ فِسْقٍ أَوْ بِدْعَةٍ[2]، والمجروح هو ضد المعدّل.

الفقرة الأولى: تعارض الجرح والتعديل

القول الأول: اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية على أن الجرح مقدم على التعديل[3]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

– إنَّ الشهادة بالتعديل على الظاهر، وبالجرح على الباطن، والحكم بالباطن أقوى من الحكم بالظاهر، وصار كمن شهد له شاهدان بالإسلام، وشهد عليه شاهدان بالردة، كانت الشهادة بالردة أولى من الشهادة بالإسلام؛ لأن الإسلام ظاهرٌ والردة باطنة.

– إنّ في الجرح إثباتاً نفياً، والإثبات أولى من النفي، كمن شهد له شاهدان بنكاح امرأة وشهد عليه اثنان بطلاقها كانت شهادة الطلاق أولى لما تضمنها من إثبات ما نفي بغيرها[4].

– أنَّ شاهد الجرح شهد على تحقيق حال الشاهد، والمعدل شهد عن ظاهر حال الشاهد، إذ أنه لم يعلم فسقه، ولا ظنه[5]، فالمعدل يبني على ما هو الأصل الظاهر من حال المسلم، والجارح أطلع على ما نسخ ذلك الأصل ونقل عنه[6].

---

(1) المبسوط، السرخسي، ج16، ص113.

(2) فتح المغيث بشرح الفية الحديث، محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (المتوفى: 902هـ)، تحقيق، علي حسين علي، مكتبة السنة، ط1، مصر، 1424هـ، 2003م، ج2، ص5.

(3) المبسوط، السرخسي ج10، ص165، ومنح الجليل، عليش، 8، ص410، وحاشية الدسوقي، ج4، ص158، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج4، ص260، وروضة الطالبين، النووي، ج11، ص174، والمغني، لابن قدامة، ج10، ص60، وشرح منتهى الإيرادات، البهوتي، ج3، ص530، والتاج المذهب، العنسي ج4، ص84.

(4) أدب القاضي، الماوردي ج2، ص38، والسيل الجرار، الشوكاني، ص777.

(5) التاج المذهب، العنسي، ج1، ص84.

(6) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص444.

– إنَّ الجارح معه زيادة علم خفي على المعدل فوجب تقديمه؛ لأن التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم، والجارح مثبت لوجود ذلك، والإثبات مقدم على النفي[1].

– بينة التعديل تحكي عن ظاهر الحال والمجرحة تخبر عما خفي فهي أزيد علمًا[2].

القول الثاني: رأي عند المالكية أنه يعمل بأعدل البينتين، وسمع القرينان مالكًا– رضي الله تعالى عنهم – في الشاهد يعدله الرجلان ويأتي المطلوب بالرجلين يحرمانه قال: ينظر في ذلك إلى الشهود أيهما أعدل[3].

القول الثالث: قول مطرف وابن وهب التعديل أولى من التجريح. وهذا الاختلاف إذا لم يُبَيّن المجرحون الجرحة وتعارضت الشهادة، فإن بين المجرحون الجرحة فلا اختلاف أنَّ شهادتهم أعمل من شهادة المعدلين وإن كانوا أقل عدالة منهم[4].

الرأي الراجح: رأي جمهور الفقهاء بأنَّ الجرح أولى من التعديل؛ وذلك لأنَّ الجرح يحكي أمرًا خفيًا زائدًا قد لا يعلمه شهود التعديل، والباطن يرجح على الظاهر، كون الحكم بالباطن أقوى.

الفقرة الثانية: شروط ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل ونصاب الشهادة في التعديل والتجريح وما يتعلق بهما من أحكام

يتعين في ترجيح شهادة الجرح على التعديل شروط، ومع هذه الشروط يستلزم توافر نصابٍ في الشهادة وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ– شروط ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل

ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل ليست على إطلاقها بل لابد من توافر شروط ترجح بها بينة الجرح وهي كما يلي[5]:

(1) المغني، ابن قدامة، ج10، ص60.

(2) حاشية الصاوي على المختصر الصغير، ج4، ص260.

(3) منح الجليل، عليش، ج8، ص410، والبهجة، التسولي، ج1، ص169.

(4) منح الجليل، عليش، ج8، ص410.

(5) البهجة، التسولي، ج1، ص169، 170.

الشرط الأول: أن تتكافأ البينتان في العدالة

فإذا تعارضت البينتان وتكافأتا في العدالة فتقدم بينة الجرح، فإذا كانت إحداهما أعدل يعمل عليها، وهو كذلك إذا قطعت كل منهما بكذب الأخرى كقول المعدلة: بات معتكفا على الصلاة ليلة كذا وقامت المجرحة بات معتكفا على شر الخمر في تلك الليلة، وأما إن لم تقطع كل منهما بكذب الأخرى بل أرسلت كل منهما للشهادة بالنسبة للزمان والمكان فليس من التعارض في شيء، فتقدم بينة الجرح، ولو كانت أقل عدالة.

وهذا الترجيح بزيادة العدالة خاص بمذهب المالكية، أما غيرهم من المذاهب فإنه عند التكافؤ في العدالة؛ يظل التعارض قائما فيؤدي إلى التساقط.

الشرط الثاني: أن تتوردا على وقت واحد.

فإذا أرسلا الشهادة لم يتوارد على زمان واحد، فالمعدلة شاهدة بعدم علم الجرحة، والمجرحة شاهدة بوجودها منه، فكل منهما صادق بحسب الظاهر بمنزلة ما إذا شهدت إحداهما بعدم علم البيع والأخرى بوقوعه، فإذا لم تتواردا على زمن واحد فلا تعارض، ولكن إن قرب تأريخ إحداهما من الأخرى قضي بالمرجحة، وإن تباعد ما بين التاريخين؛ قضي بالأحدث تاريخا، إلا أن يكون في وقت تقييد المجرح ظاهر العدالة؛ فالمجرحة أولى[1].

ب- نصاب الشهادة في التعديل والتجريح

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنَّ الجرح والتعديل لا يقبل إلَّا من اثنين[2].

واستدلوا بأنه إثبات صفة من يبني الحاكم حكمه على صفته فاعتبر فيه العدد كالحضانة[3].

(1) البهجة، التسولي، ج1، ص، 170.

(2) الإتقان والإحكام، ميارة الفاسي، ج1، ص54. والطريقة المرضية، جعيط، ص48، وروضة الطالبين، النووي، ج11، ص174، المغنى، ابن قدامة، ج10، ص60، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص530

(3) روضة الطالبين، النووي، ج11، ص174، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص60.

وذهب الحنفية: يقبل عدلٌ واحد في الجرح والتعديل[1].

وبينما يرى الزيدية أنَّه لو شهد بجرحه عدل واحدٌ، أو عدلةٌ، كانت شهادة الجارح أولى من شهادة المعدل[2].

وقال الإمام الشوكاني: " الإخبار بأن فلان عدل أو غير عدل أو يتصف بكذا أو لا يتصف بكذا فهذا من باب الرواية فلابد أن يحصل للحاكم ظن الصدق، فإن حصل بالواحد كفى ذلك، وإن لم يحصل بالواحد فلابد من الزيادة، ثم العمل بما يرجحه الحاكم الذي يقوم بمثل ترجيحه الحجة في الاكتفاء بمجرد الإجمال أو الفحص عن التفصيل، وإذا غلب في الظن الحاكم صدق الجارح أو المعدل عمل على ذلك، ولا فرق أن يكون الجرح قبل الحكم أو بعده، لأنه إذا غلب على ظن الحاكم صدق الجرح فتَّ في عضد الحكم السابق"[3].

الرأي الراجح: أنَّ الجرح لا يكون إلَّا من اثنين، فالواحد أو الواحدة غير كاف في الجرح، فما يشترط في إثبات الحقوق من نصاب فهو يشترط في التعديل.

ج- أنواع المعدلين

أنواع المعدلين الذين يشهدون لعدالة الشهود ثلاثة أضرب[4]:

الضرب الأول: الذين ولاهم الحاكم التعديل ويستحب اثنان ويكتفي بواحد.

الضرب الثاني: أن يقول الحاكم لاثنين: اذهبا وتفحصا بأنفسكما، فيذهبان ويبحثان عن الحال ويخبران الحاكم، فهذه شهادة يشهدان بها، ولابد من اثنين.

الضرب الثالث: إذا جاء اثنان إلى المعدل فشهدا بعدالة شاهد وطريق ذلك طريق الشهادة على الشهادة فلا يجوز إلا عند غيبة الأصل أمر مرضه، وهذا الحال كان سابقًا باعتبار بأن القاضي يتخذ مزكيين، ينصبهم لتزكية الشهود وتعديلهم، أما الآن فإنَّ المشهود عليه هو الذي

(1) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين، ج5، ص486.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص84.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص777.

(4) روضة الحكام، الروياني، ص234.

يقدم شهود الجرج، وهذا خلاف قائم بين أئمة المذاهب هل التعديل حق لله، أم أنه حق للمشهود عليه؟ وهذا الخلاف خارج عن نطاق الدراسة.

د- معرفة الجارح بالجرح

طريق الجارح إلى الجرح، إما أن يكون بسماع المعصية كالشتم الفاحش والغناء ونحو ذلك، أو المشاهدة لها، أو الشهرة ولو بالتواتر أو الإقرار الذي أفاد العلم[1]، ولا يقبل الجرح إلَّا إذا ذكر سبب الجرح؛ لأنَّ المذاهب والآراء مختلفة فربما يجرح بما لا يجب به الجرح[2].

فلو كان الجرح مجملاً بان يقول الجارح: هذا الشاهد غير عدل، ويقول المعدل: هذا الشاهد عدل، فينبغي أن يكون المرجح من الوصفين ما يكون عليه الشاهد في حال الشهادة، فإن كان متصفاً بما يوجب العدالة متجنباً لما يقدح فيها كان التعديل أرجح، ويحمل الجرح المجمل أن الجارح استند في جرحه إلى فعل أو ترك فعله الشاهد قبل هذه الحالة التي صار عليها الجرح مقدمًا على التعديل ويحمل قول المعدل على أنه استند في تعديله إلى ما كان عليه الشاهدين قبل هذه الحالة التي هو عليها[3]، وهذا نوع من التعارض ينبغي على القاضي أن يفصل فيه.

هـ- كيفية التعديل

طريق المعدل في التعديل من عدة وجوه[4]:

الوجه الأول: اختبار حال الشاهد سواء، قد سمع عنه معصية أم لا، في حال الصحة والسقم والحضر والسفر والغضب والرضا والعسر واليسر.

الوجه الثاني: أن يحكم حاكم بعدالته، ج-الشهرة بالعدالة.

(1) التاج المذهب، العنسي ج4، ص84.

(2) روضة الحكام، الروياني، ص230.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص778.

(4) التاج المذهب، العنسي ج4، ص85.

فهذه الحالات التي يتم بها معرفة عدالة الشاهد، إما بالمجالسة مع طول المدة، أو حكم حاكم بناء على عدالته، أو اشتهر بالعدالة؛ لأن الشهرة محل اعتبار في أداء الشهادة.

الفقرة الثالثة: الاستثناء على قاعدة الجرح مقدم على التعديل

هناك حالات يرجح فيها التعديل على الجرح منها:

الحالة الأولى: إذا قال المعدل عرفت السبب الذي ذكره الجارح لكنه تاب وحسنت حالته، فتقدم بينة التعديل؛ لأن معها زيادة علم[1].

فتوبة المجروح زيادة علم فتقبل شهادته.

الحالة الثانية: إذا جرحه اثنان في بلدٍ ثم انتقل إلى بلد آخر وزكاه اثنان، أو جرحه اثنان في سنةً ثم زكاه آخر في سنة، فيقدم التعديل لزيادة العلم[2].

فجريان النزاع في صحة البينة وفسادها لا يقتضي الحكم بالصحة والفساد؛ وإنما يوجب إعمالها أو إهمالها، لأنَّ الخوض في البينات غير مقصود لذات البينات، وإنما المقصود ما يترتب على ما تضمنته من إثبات حقٍ أو نفيه، وذلك مورد التشاجر والخصام، والمراد من إبرام الأحكام. فإذا خاض الخصوم في البينات صحة وفسادا، واستقصى القاضي ما أدلوا به، يحكم بإمضاء العقد أو فسخه، وباستحقاق القائم لما ادعاه أو عدم استحقاقه إياه استنادا لنهوض البينة أو عدم نهوضها، هذا هو الطريق اللاحب، والمنهج الواضح، وغيره تنكب عن طرق الجادة[3].

الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين بينة الجرح والتعديل

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بين بينة الجرح والتعديل

نصت المادة: (47) من قانو الإثبات بأنه "يجوز للخصم أن يدفع شهادة خصمه ببينة يثبت بطلانها كما يجوز أن يأتي بشهود لجرح شهود خصمه".

---

(1) الاشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص444.

(2) الاشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص444، وشرح منتهى الارادات، البهوتي ج3، ص530.

(3) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، ابن جعيط، ص270.

وفي المادة: (56) إذا تعارض الجرح والتعديل فالجارح أولى وإن كثر المعدل.

فتبين من نص المادتين أن الجرح مقدم على التعديل عند التعارض، ويقدم شاهد الجرح وإن كثر المعدلون، وأن صفة إجراءات الجرح في الدعوى عن طريق دفع، وهذا ما أوضحته المادة: (47) بأنه يجوز أن يأتي بشهود جرح، وإذا كان شهود الجرح عبارة عن دفع، فإنه في هذه الحالة على الدافع –المدعى عليه– أن يبين في واقعة الجرح، وأسانيده القانونية وأدلته.

ب– موقف القانون المغربي من الترجيح بين بينة الجرح والتعديل

لم ينص القانون المغربي في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية على مسألة الترجيح عند تعارض الجرح والتعديل، وإنما اكتفى بما ورد في مدونة الحقوق العينية من تقديم الإثبات على النفي، فشهود الجرح أثبتوا وجود ما يدخل الريب والشك في شهادته، فكان الجارح أولى، وكذا نص على تقديم بينة الأصالة على الفرعية، فيقدم الجرح على التعديل عند التعارض؛ لكونه الأصل.

وبهذا يتضح بأن ترجيح شهود الجرح على التعديل محل اتفاق بين الفقهاء، وأن القانونين محل الدراسة لم يخرجا عما نص عليه الفقهاء.

ثانيا: ترجيح بينة الردة على بينة الإسلام

الردة هي: قطع الإسلام بنية أو قول كفر أو فعل سواء قاله استهزاءً، أو عنادًا، أو اعتقادًا[1].

تعد جريمة الردة عن دين الإسلام من جرائم الحدود المنصوص على عقوبتها بالإعدام حدًا بعد الاستتابة، وهي لا تثبت إلا بإقرار، أو شهادة شاهدين، عند الإثبات قد تتعارض الشهادات بين الشهادة بالإسلام والشهادة بالكفر، فإذا شهد له شاهدان بالإسلام، وشهد عليه شاهدان بالردة، كانت الشهادة بالردة أولى من الشهادة بالإسلام؛ لأن الإسلام ظاهر، والردة باطنة، وكمن شهد عليه شاهدان بألف دينا، وشهد له شاهدان بالقضاء، كانت شهادة القضاء

(1) منهاج الطالبين، النووي، ص501.

أولى؛ لأنها تشهد بالباطن، والحكم بالباطن أقوى من الحكم بالظاهر[1]، فالشهادة بالردة شهدت على أمر خفي زائد ترجحت به على شهادة الظاهر، لأن الأصل في المقيم ببلاد المسلمين الإسلام وهو الظاهر من عموم أحوال المسلمين، فإذا عارض الظاهر أمر باطن خفي، فإن الأمر الباطن يرجح لقوته.

الفرع الرابع: تطبيقات فقهية للترجيح بالزيادة

ما تم ذكره سابقًا عبارة عن فروع وصور تندرج ضمن الترجيح بالزيادة في العلم، وبقيت مسائل متفرقة في أبواب متعددة ذكرها الفقهاء، وحكوا فيها تعارض الأدلة، ورُجح أحد الدليلين لزيادة العلم فيه وهي كما يلي:

أولا: الترجيح في المعاملات

هناك عدة معاملات من عقود وغيرها تعارضت فيها البينات وترجحت إحداها على الأخرى بزيادة علم فيها، وهذه المسائل كثيرة، ولكن اقتصرنا على بعضها؛ لمسيس الحاجة إليها.

الفقرة الأولى: الترجيح في باب البيع

أ- ترجيح الدليل القضائي المتضمن ملك البائع للمبيع

- عند التعارض بين الأدلة القضائية المتضمنة للملكية فإن البينة المتعرضة، لكون البائع مالكا عند البيع ترجح على من لم تتعرض لذلك[2]، فإذا تنازع اثنان على عين، وادعى كل منهما ملكه، وأقام كل منهما بينة بذلك، فإذا ذكرت إحدى البينتين أن البائع كان مالكًا للعين عند البيع، فإنها تقدم على دعوى المدعي الآخر الذي لم تتعرض بينته؛ لكون البائع مالكًا عند البيع، وذلك لأن معها زيادة العلم.

(1) أدب القضاة، للماوردي، ج2، ص38.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر، ج10، ص327، ومجموعة القضاء الشرعي، بونمي، ص176.

ب- ترجيح الدليل القضائي المتضمن لنقد ثمن المبيع

ترجيح البينة القائلة: نقد الثمن على من لم تذكر ذلك، فلو ذكرت إحدى البينتين نقد الثمن دون الأخرى، كانت مقدمة عليها سواء كانت سابقة أم مسبوقة؛ لأن التعرض للنقد يوجب التسليم، والأخرى لا توجب إبقاء حق الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبة بالتسليم، فإذا ذكرته إحداهما قدمت، ولو متأخرة؛ لأنها تعرضت لموجب التسليم[1].

ج- ترجيح الدليل القضائي المتضمن لملكية البائع للمبيع إلى وقت الخصومة القضائية

ترجيح البينة القائلة: هو مالك الآن على من لم تذكر ذلك[2]، فعند تنازع المتداعين على ملكية عقار أو منقول، فإما أن تكون بينهما بينة تشهد على الملكية المطلقة، فهنا لا بد من مرجح لأحدهما، وإما أن نشهد أحدهما بالملكية، والأخرى تشهد بذلك، وتزيد في الشهادة أن محل الدعوى ملك له الآن، فذكر ذلك يعتبر مرجحًا لزيادة العلم.

وتقدم الشهادة في هذه الحالات الثلاث، وإن كانت الأخرى سابقة؛ لأن معها زيادة علم[3].

د- ترجيح بينة مدعي خيار الشرط

فإذا اختلف المتعاقدان في خيار الشرط، وأقاما البينة فبينة مدعى خيار الشرط أولى[4]، وذلك لتضمنها زيادة في العلم.

هـ- ترجيح بينة الإقالة على بينة البيع.

بينة الإقالة مرجحة على بينة البيع، فمثلا: إذا أثبت البائع البيع، وأثبت المشتري الإقالة فترجح بينة الإقالة[5].

---

(1) روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ج12، ص69، ومجموعة القضاء الشرعي، بونمي، ص176، وتحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص339.

(2) مجموعة القضاء الشرعي لغالب كل شرط مرعي، بونمي، ص176.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص434.

(4) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص221.

(5) درر الحكام، علي حيدر، ج4، ص540.

وذلك لزيادة العلم، فبينة البيع مستصحبة، وبينة الإقالة ناقلة، والقاعدة ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة لزيادة علمها.

و- ترجيح بينة صحة البيع على فساده في الربا

إذا تعارض دليل صحة البيع وفساده في المسائل التي يشترط فيها تقابض الثمن في المجلس، فإنه ترجح بينة صحة البيع على فساده في الربا إذا اختلف المتعاقدان هل تقابضا في عقد ربوي قبل التفرق أو بعده، وأقاما بينتين قدمت بينة الصحة[1]، وذلك للزيادة في العلم.

ز- ترجيح بينة المشتري على بينة الموكل في بيع الوكيل بثمن المثل

إذا تنازع الموكل، والمشتري فقال الموكل: باع الوكيل بغبن فاحش، وقال المشتري: بل بثمن المثل، صدق الموكل، فإن أقاما بينتين قدم المشتري؛ لأن مع بينته زيادة علم بانتقال الملك[2].

ح- موقف القانونين اليمني والمغربي من المرجحات الواردة في عقد البيع

بخصوص القانونين اليمني والمغربي لم يعالجا مسألة التعارض والترجيح في هذه المسائل التي تم ذكرها؛ وذلك لأَنَّ المرجحات الواردة في القانونين جاءت عامة في أغلبها صالحة لتطبيقها على جزئيات الأبواب، لذا فإذا وقعت نازلة تجاذبها أدلة متعارضة فيطبق عليها القواعد الواردة في القانونين.

الفقرة الثانية: الترجيح في باب الشفعة

الشفعة هي: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث، فيما ملك بعوض[3].

عند اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، أو البائع مع المشتري والشفيع، وكان لكل منهما بينة، فأي البينتين تقدم؟

---

(1) آداب القضاء، الغزي، ص263.

(2) حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين، ج2، ص439.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص372.

أ- ترجيح بينة الشفيع على بينة المشتري

إذا حصل اختلاف بين الشفيع والمشتري في قدر الثمن، وأقاما بينتين، فإن بينة الشفيع تقدم، وهو قول الحنفية، وأحد الأقوال عند المالكية، والحنابلة؛ وذلك لأن بينة الشفيع ملزمة للمشتري، بخلاف بينة المشتري؛ لأن الشفيع مخير، والبينات للإلزام فالأخذ ببينته أولى، ولأن بينة المشتري زادت ما لم تعلمه الأخرى(1).

وعند المالكية لو شهدت بينة المشتري بمائة، وبينة الشفيع بخمسين، فإن كانا في مجلس واحد تكاذبا على أحد القولين، فيقضى بأعدلهما، وإن تكافأتا سقطتا(2).

وعند الشافعية يحكم بتعارض البينتين، وهو الأصح عندهم(3)، وهذا يعني أنه عند التعارض يكون التساقط عند الشافعية، ويكون القول قول المشتري مع يمينه، وللحنابلة قولان آخران، أحدهما: التعارض، قال ابن قدامة: "وإن أقام كل منهما بينة احتمل تعارضهما، لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقد، فيصيران كمن لا بينة لهما، والقول الآخر: القرعة بينهما(4).

ب- ترجيح بينة البائع على بينة المشتري والشفيع

فلو اختلف البائع والمشتري، أو هما والشفيع، فبينة البائع أحق، لأنها تثبت الزيادة(5).

ج- الشفعة في القانونين اليمني والمغربي من الترجيح في مسائل الشفعة

- موقف القانون اليمني من الترجيح في مسائل الشفعة

نص القانون المدني اليمني على أحكام الترجيح عند التنازع في أحكام الشفعة، وذلك إذا ادعى اثنان الشفعة، فإن ادعى أحدهما أن شراءه متقدم للمتأخر ليشفع المتأخر، وقدما كل منهما بينة، فإن الترجيح بينهما يكون وفقًا للمرجحات الآتية:

المرجح الأول: ترجيح بينة الأسبق تاريخا، على البينة اللاحقة في التاريخ.

---

(1) حاشية ابن عابدين، ج6، ص329، والذخيرة، للقرافي، ج7، ص336، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص304.

(2) الذخيرة، القرافي، ج7، ص336.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص388، والحاوي الكبير، الماوردي، ج7، ص246.

(4) المغني لابن قدامة، ج5، ص264، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص304.

(5) حاشية ابن عابدين، ج6، ص339.

المرجح الثاني: ترجيح البينة المؤرخة على البينة المطلقة.

المرجح الثالث: الترجيح بالحلف عند إضافة البينتين لوقتٍ واحدٍ، أو أطلقتا بدون تاريخ، فنصت المادة: (1312) من القانون المدني: "إذا ادعى اثنان الشفعة، بأن ادعى أحدهما أن شراءه متقدم للمتأخر، ليشفع المتأخر، حكم للمبين منهما، فإن بينا معا، وأضافت البينة إلى وقتين مختلفين، كانت الشفعة للأسبق وقتا منهما، فإن أرخت إحدى البينتين وأطلقت الأخرى، فالشفعة للمؤرخة، وإن أضافت البينتان لوقت واحد، أو أطلقتا دون تاريخ تهاترتا، ويحكم لمن حلف ونكل صاحبه، فإن حلفا معا، أو نكلا، بطلت الشفعة في حقهما".

فتبين من خلال النص: أنَّ القانون رجح بين المتنازعين في الشراء، ليثبت لكل منهم الاستحقاق في الشفعة، والترجيح بالتأريخ من باب الترجيح بالزيادة.

- موقف القانون المغربي من الترجيح في مسائل الشفعة

لم ينظم القانون المغربي مسألة اختلاف البينتين في الأحكام المتعلقة بالشفعة كما فعل القانون اليمني، وإنما نظم مراتب الشفعاء وأحقية كل منهم في التقديم[1]، وهذا ليس محل الدراسة، وعليه فإن تنازع المتعاقدين في مسائل الشفعة، فإنه يرجع إلى القواعد العامة في الترجيح.

الفقرة الثالثة: الترجيح في باب الإجارة

عقد الإجارة شَرْعًا عَقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل وَالْإِبَاحَةِ بِعِوَضٍ معلوم[2].

قد يتنازع المتعاقدان في عقد الإجارة، وتتعارض بيناتهم، وفي هذه الحالة فإنه يستوجب الترجيح في حال التعارض؛ لذا نص الفقهاء على مسائل يتم فيها الترجيح بين المتعاقدين، ورجحوا أدلة أحدهما على الأخرى لزيادة العلم.

(1) مدونة الحقوق العينية، المادة: (297).

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص338.

أ- ترجيح بينة المستأجر على بينة المؤجر في المدة والمسافة

عند تعار ض بينة المؤجر والمستأجر في مدة عقد الإجارة، أو في مسافة الطريق عند استئجار دابة للركوب فإنَّ بينة المستأجر ترجح على بينة المؤجر في المدة والمسافة؛ وذلك لأنه تعدُّ بينة المستأجر أقوى من بينة المؤجر في المدة والمسافة[1].

ويكون ذلك في حالة ما إذا ادعى المستأجر أنَّ مدة الإجارة لم تنته، وادعى المؤجر أنَّ مدة الإجارة انتهت، وأقاما على ذلك بينتين، فإنها ترجح بينة المستأجر، ومثل ذلك: إذا حصل تنازع بينهما في المسافة، وكانت مثلًا إجارة المستأجر من المؤجر الدابة أو السيارة لركوبها إلى مكان معين، فإنه في هذه الحالة ترجح بينة المستأجر.

ب- ترجيح بينة المستأجر على بينة المؤجر في الاشتراط

إذا اختلف المؤجر والمستأجر في الاشتراط، فالقول للمؤجر، كما لو أنكر أصل العقد، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المستأجر؛ لإثباتها الزيادة[2].

ج- ترجيح بينة التفاسخ على الوعد بالتفاسخ في عقد الإجارة

قد يختلف المتعاقدان في الوعد بفسخ عقد الإجارة، أو فسخ العقد، ويكون النزاع بينهما دائرًا حول ذلك فما الحكم؟

فقد سئل الإمام العلائي[3] في رجل أقام شاهدين على أنه وقع بينه وبين آخر تفاسخ في إجارة متقدمة كانت وقعت بينهما في تاريخ معين متقدم، وأرخا التفاسخ بتاريخ معين، وأقام الآخر بينة بشهود أن المذكورين في التاريخ المعين زمانًا ومكانًا، وقع بينهما مجرد وعد بالتفاسخ، ولم يقع فسخ البتة، وشهدوا بملازمة المذكورين من حين الاجتماع إلى حين التفرق بالسفر من غير تفاسخ، فهل تقدم إحداهما، أم تتعارض البينتان؟

(1) وظائف القضاة وترجح إحدى البينات، صدقي الرومي، ص105.

(2) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار، ج6، ص28.

(3) من فقهاء الشافعية.

الجواب: الله يهدي للحق؛ الذي يظهر تقديم البينة الأولى لما معها من زيادة العلم، حتى لو اتفقت البينتان على أن تحملهما كان في وقت واحد، فمن الممكن أن تغفل البينة الثانية وقتا يسيرًا تسمع فيه البينة الأولى التفاسخ، فإذا ضبطته وشهدت به، قدمت في العمل بها، ولا تعارض بينهما على القاعدة في أمثال ذلك، والله أعلم[1].

تبين من خلال ما أورده العلائي بأن البينتين تواردتا على مسألة التفاسخ والوعد بالتفاسخ، وأن بينة التفاسخ ترجحت لزيادة العلم الذي أفادته وهو وقوع الفسخ، وأن هذا التعارض له مرجح، وهو زيادة العلم وليس تعارضًا يؤدي إلى تساقط.

د- ترجيح بينة المكري على بينة المكتري في المدة

الكراء في الاصطلاح: المعاوضة على منافع غير الآدمي.

إذا اختلف المكري والمكتري، وأقاما بينتين فهل يعمل بهما، أم تتعارضا؟

وإذا اختلف المكري والمتكري في المدة، فإن وقع الاختلاف قبل أن يمضي شيء من المدة حلفا، وتفاسخا، ولا ينظر لشبه، لعدم فوات المنافع، فإن أقام كل منهما البينة، قدمت بينة المكري لتقدم تاريخها، وهذا الحكم عام في الكراء والبيع[2].

الفقرة الرابعة: الترجيح في باب السلم

السلم: هو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم أو السلف[3].

عند تعارض البينات في السلم، فإن التعارض قد يكون من حيث القدر أو الجنس أو الصفة أو غير ذلك، وهنا يتعين الترجيح وهناك مسائل متعددة تتعلق بالتعارض في باب السلم نذكر بعضا منها.

(1) فتاوى العلائي أو الفتاوى المستغربة، صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي (المتوفي: 761هـ)، تحقيق، عبد الجواد حمام، دار النوادر، ط2، سوريا، 1432هـ 2011م. ص355.

(2) البهجة التسولي، ج20، ص321.

(3) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج5، ص2.

أ- ترجيح بينة المسلم على بينة المسلم إليه

ترجح بينة المُسلِم على بينة المُسلَّمِ إليه في القدر، والجنس، والصفة، والزراع، ورأس المال، فإذا تعارضت بينة المسلم، وبينة المسلم إليه في القدر، والجنس، والصفة، والزراع، ورأس المال فإن بينة المسلم أولى[1]، وذلك لأنّ بينة المسلم تتضمن زيادة علم قصرت عنه بينة المسلم إليه.

ب- ترجيح بينة المسلم إليه في القبض

ترجح بينة المسلم إليه في القبض قبل التفرق على بينة المسلم، فلو وجد رأس المال في يد المسلم إليه، فقال المسلم: أقبضتك إياه بعد التفرق، فقال: بل قبله، وأقاما بينتين فبينة المسلم إليه أولى[2]؛ وذلك لزيادة علمها؛ لأن الأصل في العقود تمامها وكملها وصحته واسيفائها شروطها.

ج- ترجيح بينة المسلم إليه على بينة المسلم في مضي الأجل وعدمه

إذا تعارضت بينة المسلم إليه، وبينة رب السلم في مضي الأجل، فإن بينة المسلم إليه هي الأولى[3]، ففي هذه المسائل تم الترجيح لإحدى البينتين على الأخرى؛ لزيادة العلم فيها.

الفقرة الخامسة: الترجيح في باب الغصب

الغصب: هو أخذ مال قهرًا بلا حرابة[4]، وسيكون الحديث عن المرجحات المتعلقة بمسائل الغصب عند تعارضها مع غيرها من المسائل.

(1) وظائف القضاة وترجح إحدى البينات، صدقي الرومي، ص106.

(2) أدب القضاء، الغزي، ص264.

(3) وظائف القضاة وترجيح إحدى البينات، صدقي الرومي، ص106.

(4) مختصر خليل، خليل، ص190.

أ- ترجح بينة الغصب على بينة الإرث

فلو تنازع ناظر بيت المال مع وارث من له دار ادعى الناظر أنها له، غصبها الميت، وأقام به بينة، والوارث أن يده بحق كمورثه إلى موته، وأقام بينة فترجح بينة الغصب؛ لأن معها زيادة علم فهي ناقلة، وتلك مستصحبة[1].

ب- ترجيح بينة من ادعى الغصب على بينة من أقر بالغصب

وإذا ادعيا شخصان على ثالث، وأقام كل منهما بينة، إحداهما بأنه غصبه منه، والأخرى بأنه أقر أنه غصبه منه، قدمت الأولى؛ لأنها أثبتت الغصب بطريق المشاهدة، فكانت أقوى، ولا يغرم شيئًا للمقر له؛ لأن الملك للأول[2].

ج- بينة الغصب أولى من الإقرار

إذا أقام أحد المتداعيين بينة على الغصب، والآخر على الإقرار به، كأن أقام أحدهما بينة أن زيدًا غصبه في رمضان، وأقام الآخر بينة أن زيدًا أقر له بهذه الدار في شوال، فبينة الغصب أولى[3]، وذلك لأنها ناقلة فعندها زيادة علم.

د- ترجيح بينة المالك على بينة الغاصب

بينة المالك أولى من بينة الغاصب[4]، فلو تداعى اثنان، وأقاما بينة، أحدهما يدعي الملك، والآخر الغصب منه، فبينة الملك أولى، وبذلك يتضح أن الترجيح في هذه الصور التي تم ذكرها إنما هو لزيادة علم في الراجحة على المرجوحة.

الفقرة السادسة: الترجيح في باب الرهن

الرهن هو: جعل عين مال وثيقة بدين، يستوفى منها عند تعذر وفائه[5].

---

(1) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص328.

(2) المصدر السابق، ج10، ص338.

(3) روضة الحكام، الروياني، ص312.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص374.

(5) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص38.

أ- ترجيح بينة المرتهن على بينة الراهن في الدين

إذا اختلف الراهن والمرتهن في الدّين، فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه، ولا خلاف في ذلك، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المرتهن؛ لأنها تثبت الزيادة[1].

ب- ترجيح بينة الراهن في قيمة المرهون

إذا اختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن، فالقول قول المرتهن، وإذا أقاما بينة فبينة الراهن أولى؛ لأن بينة الراهن تثبت زيادة الضمان[2].

ولو اختلف الراهن والمرتهن، فيما إذا قال الراهن: إني كنت رهنت، وسلمت هذا الثوب، وقال المرتهن: كنت رهنت، وسلمت هذا البغل، وأقام كل منهما البينة فإن كان الثوب والبغل موجودين في يد المرتهن، ترجح بينة المرتهن، وأما إذا كانا هالكين، وكانت قيمة الثوب الذي ادعى الراهن رهنها، وتسليمها أكثر من قيمة البغل، فترجح بينة الراهن.

وكذلك إذا اختلف الراهن والمرتهن، وقال المرتهن: إنك كنت رهنت، وسلمت الثوب والبغل، وقال الراهن: إني رهنت، وسلمت الثوب فقط، وأقام كل منهما البينة ترجح بينة المرتهن[3].

ج- ترجيح البينة التي شهدت بانفكاك الرهن على التي شهدت ببقائه

إذا شهدت بينة بانفكاك الرهن، وشهدت الأخرى ببقائه، فإنَّ من شهدت بانفكاك تقدم، لأن معها زيادة علم؛ لأنها ناقلة وتلك مستصحبة[4].

وقريب منه ما قاله التسولي: فإن شهدت بينة بالحيازة، وفراغ الرهن من شواغل الرهن، وشهدت الأخرى بأن الرهن لم يزل بالدار إلى حين التفليس، ونحوه، وزعم المرتهن بأنه لا علم له برجوع الراهن بطل الحوز[5].

---

(1) روضة القضاة، السمناني، ج1، ص433.

(2) روضة الحكام، الروياني، ج1، ص434، ودرر الحكام، علي حيدر، ج2، ص178.

(3) درر الحكام، علي حيدر، ج2، ص217.

(4) عمدة المفتي والمستفتي، الأهدل، ج2، ص559.

(5) البهجة، التسولي، ج1، ص270.

الفقرة السابعة: الترجيح في باب الوقف

الوقف هو: حبس العين المملوكة على حكم الله تعالى[1]، وبالتأمل لمسائل التعارض في باب الوقف تبين بأن الأدلة القضائية يكثر تعارضها فيه لكثرة مسائله، وأغلب مسائل التعارض في باب الوقف تتعلق بمرجح زيادة العلم في عامة صوره.

أ- ترجيح الكتابة على وضع اليد في الوقف

قبل الحديث عن الترجيح في أبواب الفقه للزيادة في العلم لا بد من بيان مسائل الترجيح في إثبات الوقف.

ذكر أهل العلم طرقا عدة لثبوت وقفية الكتب، ومن ذلك الأمارات والقرائن[2]، ومنها الكتابة على ظهورها، وهوامشها فإنها أمارة قوية، ويعمل بها، لاسيما عند عدم المعارضة[3]، فإذا عارض كتابة الوقف على الكتب بينة لا تتهم، ولا تستند إلى مجرد وضع اليد، بل تذكر سبب الملك واستمراره، فإنها تقدم على هذه القرينة والأمارة، وهي الكتابة الموجودة على الكتب.

وأما إن عارضها مجرد وضع اليد، لم يلتفت إليه؛ لأن الأمارات بمنزلة الشاهد والبينة، واليد ترفع بها، فيحكم بوقفيتها عملًا بالقرينة الأقوى، وإن لم يعلم مقر الكتب، ولا من كتب عليها الوقفية[4].

ب- ترجيح بينة التقييد على بينة الإطلاق

إذا كانت غلة الوقف يتصرف فيها أولاد الواقف في البطن الأول، ثم ادعى عليهم أولاد الواقف في البطن الثاني بأن الغلة المذكورة شرطها الواقف لأولاده، وأولاد أولاده مطلقًا، وادعى

(1) البحر الرائق، الزيلعي، ج5، ص202،

(2) أحكام الكتب في الفقه الإسلامي، ياسين بن كرامة الله مخدوم، دار كنوز إشبيليا، ط1، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1431هـ- 2010م، ج1، ص284، 285.

(3) شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)،دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت، ج7، ص279، والمغني، ابن قدامة، ج8، ص189، 190.

(4) أحكام الكتب في الفقه الإسلامي، مخدوم، ج1، ص286.

أولاد الواقف في البطن الأول بأن الواقف شرطها لأولاده، وأولاد أولاده بطنا بعد بطن، وأراد كل من الطرفين أن يقيم البينة على ما ادعاه ترجح بينة الأولاد في البطن الأول، والتولية كالغلة[1].

ج- ترجيح بينة الصحة على بينة مرض الموت في الوقف

فإذا أوقف عقارًا، وسلمه للمتولي، وأجرى تسجيله الشرعي ثم مات، وترك تركة ثلثها بما وقفه، وقام ورثته وادعو على المتولي بأن مورثهم وقف العقار المذكور في مرض الموت، وادعى المتولي أنه وقفه في صحته، وأقام كل من الطرفين بينة على مدعاه، ترجح بينة المتولي[2].

د- الترجيح عند تعارض البينتين في الأرشدية

يشترط الواقف فيمن يتولى النظر على وقفه الأرشد والأفضل، فإذا أثبت أحدهم أرشديته أو أفضليته، وادعى الآخر الأرشدية والأفضلية، وأثبتها، فإن كان الحكم بها للأول تعارضت البينتان، فلا ترجح أحدهما على الأخرى، ويشتركان في النظر ولكن إذا كان بعد الحكم بها للأول فهنا اختلف الفقهاء.

القول الأول: يرى الحنفية أنّه إن ادعى الثاني بعد الحكم للأول، وكان الزمن بينهما قصيرًا ترجح الأولى بالحكم بها، وتلغى الثانية. وإذا طال الزمن بينهما بحيث يمكن أن يصير الثاني أرشد من الأول، وشهدت الثانية أن صاحبها صار الآن أرشد من الأول، تقبل بينته، ويحكم بها، وينتقل النظر لصاحبها، ويعزل الأول[3].

القول الثاني: يرى الشافعية أنه إذا كان قبل الحكم تعارضتا ويحتمل سقوطهما، ويحتمل اشتراكهما، وإن كان بعد الحكم فإن لم يطل الزمان فعلى ما سبق[4].

---

(1) إتحاف الأخلاف في أحكام الأوقاف، عمر حليمي، تحقيق، عبد الستار أبو غدة، مجموعة دلة البركة للاستثمار والتنمية، الأمانة العامة للهيئة الشرعية الموحدة، بدون ط، المملكة العربية السعودية، ص328،

(2) المصدر السابق، ص328.

(3) قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، محمد قدري باشار، اعتنى به، عبد الله نذير أحمد مزي، مؤسسة الريان، ط1، بيروت، المكتبة المكية، مكة، 1428هـ- 2007م، ص112.

(4) أدب القضاء، الغزي، ص389.

هـ- ترجيح بينة المتولي في قدر الأجرة

بينة المتولي في قدر الأجرة أولى من بينة المستأجر، وبينة المستأجر أولى في قدر المدة[1].

فبينة الناظر -المتولي- أن الأجرة كذا مقدمة؛ لأنها أثبتت الزيادة، وكذا بينة المستأجر أن مدة الإجارة كذا مقدمة على بينة الناظر أنها أقل من ذلك؛ لإثباتها الزيادة أيضًا[2].

و- ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد في الوقف

فلو تخاصم متوليا وقفين في مكان، وادعى كل واحد منهما أنه من وقفه، فبينة الخارج منهما مرجحة على بينة ذي اليد[3].

ز- ترجيح بينة الطرف المقدم تاريخًا في دعوى الوقف المؤرخ

إذا تداعى متوليا وقفين في محل أنه من وقفه، مبينا تاريخه، ترجح بينة المتولي الذي تاريخه قبل تاريخ المتولي الآخر[4].

ح- ترجيح البينة التي شهدت بأن أجرة الوقف أجرة المثل على التي شهدت بأن الإجارة أقل من أجر المثل

حصل خلاف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى ترجيح بينة أجرة المثل، فقد ذكر ابن عابدين، أنّه لو حكم حاكم بصحة إجارة وقف، وأنَّ الأجرة أجرة المثل بعد أن أقيمت البينة بذلك، ثم أقيمت بينة بأنها دون أجرة المثل، فيعمل ببينة بطلانها أم لا؟ لقد اعتمد ابن عابدين في إجابته على جواب الشيخ نور الدين الطرابلسي، والذي ذهب إلى أنَّ بينة الإثبات مقدمة، وهي التي شهدت بأن الأجرة أجرة المثل، وقد اتصل بها الفقهاء فلا تنقض[5].

---

(1) المرجع السابق، ص299.

(2) كتاب الوقف، عبد الجليل عبد الرحمن عشوب، دار الآفاق العربية، ط1، القاهرة، 1420هـ- 2000م، ص156.

(3) إتحاف الأخلاق في أحكام الأوقاف، حليمي، ص330.

(4) المصدر السابق، ص330.

(5) حاشية ابن عابدين، ج6، ص27.

القول الثاني: يرى الشافعية التفصيل في هذه المسألة ففي صوب الكرام: "لو حكم حاكم بصحة إجارة وقف، وأن الأجرة أجرة المثل، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والإجارة، وإلا فلا"[1].

الرأي الراجح: أنّ بينة أجرة المثل مقدمة على بينة أقل من أجرة المثل؛ لكون المثبتة مقدمة على النافية لتضمنها زيادة العلم، وفي هذه الصور يتبين أن هناك زيادة أوجبت الترجيح في باب الوقف.

ثانيا: الترجيح بين بينة الاستقلال والاشتراك

تعد مسألة تعارض بينة الاستقلال والاشتراك من المسائل التي يكثر فيها النزاعات، سواء في الملكية أو ما يتفرع عنها من حقوق كالتنازع على المنافع والمرافق العامة.

يرى الحنفية أنه إذا كان اثنان متصرفين في مال، أي ذا يدً عليه على وجه الاشتراك، سواء كان المال منقولًا أو عقارًا، وادعى أحدهما المال المذكور بأنه ملكه بالاستقلال، وادعى الآخر أنه ملكه بالاشتراك، فتترجح بينة الاستقلال؛ لأن من ادع الملك بالاشتراك، هو مدع القسم الذي تحت يده، ويثبت ملكية فيه، أما من يدعي الملك بالاستقلال، فهو يدعي ذلك النصف مع النصف الآخر، ويجتمع في دعواه بينة الخارج، وذو اليد، وإن بينة الخارج مرجحة.

وكذلك إذا كان أهل قريتين ذو يد على مرعى، وادعى أهل تلك القريتين بأن المدعى المذكور مرعاهما بالاستقلال، وادعى أهل القرية بأن مرعاهما بالاشتراك مع القرية الأولى، فتترجح بينة الاستقلال، وهذه عند الحنفية[2].

وذهب الشافعية إلى أنّه لو كان لقرية مرافق لرعي دوابهم، وغيره فادعى أهل قرية أخرى أنهم شركاؤهم في الانتفاع بها، وادعى أهل القرية الاختصاص، فإن كان لأحد القريتين بينة

(1) صوب الركام، السقاف، ج2، ص289.

(2) درر الحكام، علي حيدر، ج4، ص521.

بدعواه عمل بها، وإن كان لكل منهما بينة بدعواه، فإن كانت اليد لجميعهم قدمت بينة الاشتراك، ولمدعي الاختصاص قدمت بينته[1].

وكذا لو أقام رجل –مثلًا– بينة بأن المكان الفلاني طريق مختص به، وأقام آخر بينة بأنه طريق عام للمسلمين غير مختص بذلك الرجل، نظر: إن كانت اليد للأول بأن كان يتصرف فيه وحده قدمت بينته، وإن كانت اليد فيها للمسلمين بأن كانوا يسلكونها على العموم بلا منازع قدمت البينة الثانية؛ لأن معها زيادة علم[2]، وبهذا يتضح ترجيح بينة الاستقلال على بينة الاشتراك في الملكية، وما يتفرع عنها من الحقوق العينية.

ثالثا: الترجيح في باب الميراث

من ضمن الأبواب الفقهية التي تكلم عنها فقهاء المذاهب عند حديثهم عن التعارض والترجيح، باب الموت والإرث مع اتفاقهم أن اختلاف الدين مانع من الإرث، عملًا بقول النبي –ﷺ–: «لا يرث المسلمُ الكافرَ، ولا الكافرُ المسلمَ»[3]، ولكن إذا حصل تداعي من قبل وارثين لمورث يدعي أحدهما بأن مورثه أسلم، ومات على الإسلام، وأقاما بينتين على دعويهما، فأيُّهما يرجح؟ مدعي الإسلام بناء على بينته، أم مدعي كفر مورثه بناء على بينته؟

للعلماء في ذلك تفاصيل وتفريعات، نوضحه فيما يأتي:

الفقرة الأولى: ترجيح بينة الإسلام على بينة الكفر

إذا توفي رجل وله ابنان، أحدهما مسلم والآخر كافر، وزعم كل واحد منهما أنه مات على دينه، وأقاما بذلك بينتين، فقد تتعدد آراء الفقهاء في ذلك:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى ترجيح بينة المسلم مطلقًا، واستدلوا على ذلك بما يلي:

(1) عمدة المفتي والمستفتي، الأهدل، ج2، ص542.

(2) آداب القضاء، الغزي، ص209.

(3) صحيح البخاري، كِتَابُ الفَرَائِضِ، بَابٌ لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ وَلاَ الكَافِرُ المُسْلِمَ، حديث: (6764)، وصحيح مسلم، كتاب الفرائض، حديث (1614).

إن إحدى الحجتين توجب إسلام الميت عند موته، والأخرى توجب كفره، فيترجح الموت الموجب للإسلام، كالمولود بين مسلمين، يجعله مسلما عملاً بقوله -ﷺ-: «الإسلامُ يعلو، ولا يُعلى عليه»[1]، ولأنه لا بد من الصلاة عليه؛ لأن هذا الحكم يثبت بخبر الواحد، فكيف لا يثبت بالحجة، وإن وقع التعارض بين البينتين بقي خبر المدعي بالإسلام حجة في الصلاة عليه، وذلك يوجب ترجيح بينة المسلم، وانقطاع منازعة الكافر عن ميراثه[2].

القول الثاني: ذهبت المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى ترجيح بينة الإسلام، ولكن اشترطوا في ذلك شروط:

الشرط الأول: أن يعرف أصل دينه بأن يكون نصرانيًا.

الشرط الثاني: يشترط في بينة النصراني بيان ما يحصل به التنصر كثالث ثلاثة، وكذا في بينة المسلم بيان كلمة الإسلام، سيما إذا لم يكن الشاهد من أهل العلم، أو كان مخالفًا للقاضي فيما يسلم به الكافر.

الشرط الثالث: ألا تفيد إحدى البينتين أن آخر كلامه الإسلام، ولا عكسه الأخرى، إذ يستحيل موته عليهما يتساقطان، وعلّلوا ترجيح الإسلام على بينة النصراني؛ لأن مع بينته زيادة علم، وهو انتقاله إلى الإسلام، والأخرى استصحبت الأصل، والناقلة أولى من المستصحبة[3].

الفقرة الثانية: القسمة عند جهل أصل دينه

اختلف الفقهاء إذا جهل أصل دين المورث على قولين:

(1) سنن الدارقطني، كِتَابُ النِّكَاحِ، بَابُ الْمَهْرِ، حديث: (3620).

(2) المبسوط، السرخسي، ج17، ص49.

(3) حاشية الدسوقي، ج4، ص224، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص435، والمغني، لابن قدامة، ج10، ص276.

القول الأول: ذهبت المالكية إلى أنَّ المورث إذا كان مجهول النصرانية، فتشهد البينة للابن النصراني أن أباه تنصر عند الموت، وتشهد للابن المسلم أنه أسلم ومات، فنقسم المال بينهما نصفين[1].

القول الثاني: ذهبت الشافعية والحنابلة أنه: إذا لم يعرف أصل دينه، وادعى الابن المسلم أن أباه مات مسلمًا، وأقام بذلك بينة، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافرًا، فهما متعارضتان[2].

الفقرة الثالثة: الاختلاف في آخر كلام المورث

اختلف الفقهاء إذا تعارض البينات في آخر كلام المورث على الأقوال:

ذهبت الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا كانت شهادة إحدى البينتين تفيد أن آخر كلامه إسلام، وعكسته الأخرى التي هي بينة النصراني، بأن قيدت بأن آخر كلامه النصرانية، فهنا يكون التعارض، ومن ثم التساقط، وذلك لتناقضهما إذ يستحيل موته عليهما فتسقطان، وكأن لا بينة فيصدق النصراني بيمينه؛ لأن الأصل بقاء كفر الأب[3]، وأنه بعد تساقطهما يتناصفان التركة، كما لو لم تكن بينة[4].

رابعا: الترجيح بزيادة العلم في باب الجنايات

تعد الجنايات من الأبواب الفقهية التي تحكمها قاعدة ترجيح بينة النقل على بينة الاستصحاب، فقد تتعارض الأدلة القضائية في سبب وفاة المجني عليه؛ لذا فإن الفقهاء أرسوا قواعد في ذلك منها:

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص224.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص435، والمغني لابن قدامة، ج10، ص276.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص435، والمغني، لابن قدامة، ج10، ص276.

(4) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص571.

الفقرة الأولى: ترجيح بينة القتل على بينة الموت

تتعارض الأدلة القضائية في السبب المؤدي للوفاة فإذا ادعى وارث ميت على شخص بأنه قتل مورثه، وأقام به بينة، وأقام المدعى عليه بأن موت مورثه هو موت بفراشه، فتقدم بينة القتل على موت الفراش؛ لأن بينة القتل ناقلة عن أصل عدم عروض القتل، والأخرى مستصحبة له[1]، فالناقلة لديها زيادة علم على المستصحبة.

الفقرة الثانية: ترجيح بينة الصحة بعد الضرب على بينة الموت

إذا تعارضت بينة الصحة بعد الضرب على بينة الموت قدمت بينة الصحة[2]، وذلك كأن ادعى أولياء الميت أن مورثهم مات من ضرب الجاني، وقدم الجاني –الضارب– بينة على أن مورثهم لم يمت بعد الضرب، بل في وقت صحته، وهذه القاعدة كانت تتناسب مع الفقهاء القائلين بها في زمانهم، إلّا أنه في العصر الحديث تتوفر وسائل علمية لبيان سبب الوفاة، فقد تكون سبب الوفاة هي مضاعفات الضرب أدت إلى السراية والتي تسبب في الوفاة، وقد تكون هناك أسباب أخرى أدت إلى وفاة المتهم، لذا فإن القوانين الإجرائية تلزم القاضي الجنائي بتكليف الطبيب الشرعي لبيان أسباب الوفاة، فإذا قرر الخبير أن سبب الوفاة هو الضرب، كانت بينة الموت أولى؛ لأن الخبير يقوم بالفحص الكامل لجثة المتوفى، لبيان سبب الوفاة فعنده زيادة علم فيكون تقرير الطبيب الشرعي هو المرجح لإحدى البينتين على الأخرى مع استعمال القاضي لسلطته التقديرية.

المطلب الثاني: الترجيح بالزيادة في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

وضعت البينات في الأصل للإثبات، ومن أثبت فقد زاد، ورجحان طرق الإثبات عند التعارض هو الزيادة في قوة إحداها وظن إفادتها للمدلول أكثر من غيرها وهي تختلف من

(1) البحر الرائق، ج7، ص114، وتحفة المحتاج، ج10، ص337، وظائف القضاة وترجيح إحدى البينات، الخصالي، ص105.

(2) وظائف القضاة وترجيح إحدى البينات، الخصالي، ص105.

إثباتٍ إلى نفي، ومن زيادة إلى نقصان، أيهما يتضمن الزيادة، أدليل المثبت يتضمن زيادة، أم دليل النافي؟ وهل بينة النقصان تفيد الزيادة أم بينة الزيادة؟ هذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: دليل الإثبات والنفي والترجيح بينهما

النفي والإثبات من المسائل التي حظيت باهتمامٍ واسعٍ من قبل المحدثين والأصوليين والفقهاء فتناولها المحدثون من خلال الأخبار وتعارضها بين النفي والإثبات، وتناولها الأصوليون عند حديثهم عن الترجيح بين الأدلة الشرعية، وتناولها الفقهاء عند تفريعهم لمسائل الترجيح عند التعارض بين البينات، ونصوا على أنَّ الإثبات مقدمٌ على النفي. فما المقصود بالنفي والإثبات عند التعارض والترجيح بينهما؟

أولا: ماهية الإثبات والنفي

للإثبات والنفي مدلولات فقهية، ناتجة عن بيان ماهية كل منهما، نوضح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: حقيقة النفي والإثبات

أ- البينة المثبتة

يقصد بالبينة المثبتة؛ التي يكون متعلقها بينة ثبوتية، أو تكون مقتضيه لإثبات حكم، أو صحة عقد[1].

ب- البينة النافية

يقصد بالبينة النافية؛ التي بخلاف المثبتة، فمثال الأولى: أن تشهد إحداهما أنّه باع، أو طلق، أو يضر بزوجته، وتشهد الأخرى أنه لم يبع، ولم يطلق، ولم يضر بزوجته[2].

يوضح معنى المثبتة والنافية ما قاله ابن الشاط بقوله: "إذا قالت إحدى البينتين: لزيد عند عمرو دينار، وقالت الأخرى: ليس عنده شيءٌ فلا تعارض، لأنَّ النافية معنى نفيها أنَّها لا

(1) مواهب الخلاق على شرح التاوي للامية الزقاق، أبي الشتاء من الحسن العازي الشهير بالصنهاجي ط2، 1375هـ - 1955م، ج1، ص352

(2) المصدر السابق نفسه، ج1، ص352.

تعلم أن له عنده شيئاً أو ليس عنده شيء فلا تعارض، وليس معنى نفيها أنَّها تعلم أنه ليس له عنده شيء، فإنَّ ذلك أمر يتعذر"[1].

فليس المراد بالنافية التي لفظت بحرف النفي في شهادتهما؛ لأنَّ ذلك يقتضي أنَّها إذا شهدت إحداهما باختلاط العقل والأخرى أنَّه لم يكن مختلط العقل، قدمت بينة الاختلاط، وذلك خلاف الواقع[2]، وليس النفي ابتداء الكلام بحرف نفي، بل أي لفظ يحمل في طياته معنى النفي ولو لم يتصدر صدر الكلام، وبدايات الجمل.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في ترجيح بينة الإثبات على النفي

القول الأول: اتفق جمهور الفقهاء على تقديم بينة الإثبات على بينة النفي؛ وذلك لأنَّ بينة الإثبات تتضمن زيادة علم[3]، وهي أقرب إلى الصدق من النافي[4].

وجمهور الفقهاء الذين قدموا الإثبات على النفي اشترطوا في ذلك:

الشرط الأول: أن تتوارد بينتا الإثبات والنفي على وقت واحد.

فليس من تعارض النفي والإثبات ما إذا شهدت إحداهما بأنَّ فلانًا أقرَّ لفلانٍ بمحضرنا بكذا، وشهدت الأخرى بأنَّه ما أقرَّ بشيءٍ حتى مات، لأنَّهما لم يتواردا على وقت واحدٍ[5]، ومهما أطلقت إحداهما وقيدت الأخرى بوقت معين فلا تعارض[6].

---

(1) ادرار الشروق على أنوار الفروق، ابن الشاط، ج4، ص213.

(2) البهجة، التسولي، ج1، ص263.

(3) حاشية ابن عابدين، ج2، ص407، وحاشية العدوي، ج2، ص330، والطريقة المرضية، جعيط، ج65، والبحر المحيط، الزركشي، ج8، ص199، والتحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، تحقيق، عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، ط1، الرياض، –السعودية 1421هـ – 2000م، ج8، ص4190.

(4) أصول السرخسي، ج2، ص21.

(5) البهجة، التسولي، ج1، ص262.

(6) البهجة، التسولي، ج1، ص262.

الشرط الثاني: أن يكون النفي غير محصور وغير معلوم نحو ما باع زيد وما داين[1]، فلو كان النفي محصورًا أو معلومًا فإنّه يقدم على الإثبات، لأنّ النفي المحصور يعارض الإثبات الجزئي[2].

القول الثاني والثالث: أنهما سواء، وفي قول: النافي يقدم على المثبت[3].

ولكن هذان القولان مجردان عن الدليل الذي يدحض به أدلة القائلين بترجيح الإثبات على النفي، وهي حكاية أقوال مجردة عن الأدلة والحجج.

الرأي الراجح: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من ترجيح دليل الإثبات على النفي، لتضمنه الزيادة

الفقرة الثالثة: الحالات التي تصح فيها الشهادة على النفي

الأصل في الشهادة أن تكون للإثبات، لأنها مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة التي يحصل العلم بها والشهادة ما هي إلَّا تعلق العلم بالمشهود به، وهو لا يحصل بالنفي[4]، إلَّا أنَّ هناك حالات تصح فيها الشاهدة على النفي وهي كما يلي:

الحالة الأولى: أن يستند النافي إلى علم بالعدم.

قال الزركشي: "إن كان النفي قد استند إلى العلم فهو مقدم على المثبت، وفي كلام الشيخ عز الدين نحوه وهو حينئذ كالمثبت، وهو نظير النفي المحصور، وقد صرح أصحابنا بقبول الشهادة فيه، وكذا لو شهد اثنان بالقتل في وقت معين وآخران أنه لم يقتل في ذلك الوقت؛ لأنه كان معنا ولم يغبْ عنَّا، تعارضتا، وبحث فيه الرافعي ورده النووي، وقال: الصواب أن النفي المحصور إن كان محصورًا يحصل العلم به قبلت الشهادة"[5].

(1) الذخيرة، القرافي، ج11، ص21.

(2) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص336.

(3) البناية شرح الهداية، العيني، ج2، ص262.

(4) أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، العاني، ص127.

(5) البحر المحيط، الزركشي، ج8، ص199.

فهذه الشهادة على التحقيق على النفي كأنهم شهدوا ما قتل في ذلك اليوم أو ذلك الموضع ولكن قد تضمنت العلم ببراءة الفاعل فصحت فلا يحكم بالقتل ونحوه[1].

إلا أن المرداوي من فقهاء الحنابلة ذكر بانه إذا قال الشاهد: أعلم أن فلاناً لم يقتل زيداً، لأني رأيت زيداً حياً بعد موت فلان أو بعد الزمن الذي أخبرني الجاني أنه قتله فيه بهذا يقبل؛ لاستناده إلى مدرك علمي ويستوي هو والإثبات فيتعارضان، ويطلب المرجح من خارج[2].

الحالة الثانية: إذا اقتضى النفي الإثبات فإنها تصح الشهادة عليه، نحو أن يشهد الشهود أنه لا وارث لزيد إلا خالد فالشهادة هذه على النفي لكنها لما اقتضت إثبات كون خالد وحده الوارث وتعلق ذلك المراد به صحت[3]. ونحو ما قتله فلان بل قتله فلان كما لو قالت: ما قتله فلان، لأنه كان يوم القتل في بلد بعيد[4].

الحالة الثالثة: أن يضيف النفي إلى وقت مخصوص، كأن يدعي عليه بقتل أو إتلاف أو إطلاق في وقت كذا، فيشهد بأنه ما فعل ذلك في هذا الوقت فإنها تقبل في الأصح[5].

الحالة الرابعة: أن تكون الشهادة على الإقرار بالنفي نحو أن يشهدوا أن فلانًا أقر أن هذا الشيء ليس له فهذه محققة[6].

الحالة الخامسة: النفي المحصور تقبل الشهادة فيه كالشهادة على هذا البيت ليس قبلي فإنه معلوم النفي بالضرورة، وكذا غير المحصور إذا علم بالضرورة أو النظر[7].

الحالة السادسة: إذا كانت النافية في قوة البينة، فإذا تعارضت شهادة النساء في الحمل وما معه مما لا يطلع عليه الرجال، فالمثبتة أولى من النافية، إلا أن تقوى النافية قوة البينة

(1) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص111.
(2) التحبير، المرداوي، ج8، ص4190.
(3) الاشباه والنظائر، السيوطي، ج1، ص492.
(4) المغني لابن قدامة، ج10، ص22.
(5) الأشباه والنظائر، السوطي، ج1، ص492.
(6) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص111.
(7) الذخيرة، القرافي، ج11، ص21.

فيما يظهر[1]، وتعد هذه الصورة من ضمن مستثنيات تقديم النفي على الإثبات إذا قوي النفي، وأنه بالإمكان اللجوء في عصرنا إلى القيام بعمل فحص مخبري، أو أشعة تلفزيونية ترجح أحد الجانبين، فلم تعد المسألة بذاك الشيء المشكل باعتبار أن الوسائل الحديثة تعتبر من المرجحات كما سيأتي والله أعلم.

الحالة السابعة: تصح الشهادة على النفي إذا كان للإثبات، ولا تصح على نفي مجرد وذلك مثل الشهادة على الإرث مثل أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان الميت لا نعلم له وارثاً غيره، فيصيران شاهدين بإثبات ونفي[2]، ويدل على ذلك ما يلي:

– ما روى عن علي رضي الله عنه قال: ما كان يحجز رسول –ﷺ– عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة[3]، فصح نفيه لما اقترن بإثبات[4].

– إن هذه تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة، وذلك بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له، فإن هذا مما لا يوقف عليه[5]، وبهذا يتضح أن النفي إذا تضمن الإثبات فإن الشهادة تقبل.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من قاعدة ترجيح الإثبات على النفي

بالتأمل في نصوص القانونين؛ تبين أنهما لم يخرجا عما ذكره فقهاء الشريعة من تقديم بينة الإثبات على النفي.

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من قاعدة ترجيح الإثبات على النفي

نص القانون على ترجيح الإثبات على النفي، ففي المادة: (364) من القانون المدني اليمني نصت على ما يلي: "... وتقدم البينة المثبتة على النافية"، وهذا النص يعد كقاعدة عامة على القاضي أن يسلكها عند الترجيح، وفي الممارسات القضائية فقد أرست المحكمة

(1) البهجة في شرح التحفة، التسولي، ج1، ص203.

(2) الحاوي، الماوردي، ج7، ص112، والمغني لابن قدامة، ج4، ص339.

(3) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب الجنب يقرأ، حديث: (229).

(4) الحاوي، الماوردي ج7، ص112.

(5) المغني لابن قدامة ج4، ص339.

العليا في القاعدة رقم: (37) طعن رقم: (25272) لسنة 1426هـ مدني، على ما يلي: "في حالة تعارض البينات فإن بينة المثبت تقدم على بينة النافي"[1]، وبهذا يكون التطبيق القضائي قد توائم مع النصوص القانونية ولم تقيد النص، أو تعدله.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من قاعدة ترجيح الإثبات على النفي

وفي القانون المغربي فقد نصت المادة رقم: (3) من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "تقديم بينة الإثبات على بينة النفي".

فتبين أن فقهاء الشريعة والقانونين اليمني والمغربي قد رجحا تقديم بينة الإثبات على النفي. إلا أن تقديم الإثبات على النفي ليس على عمومه بل إذا اقتضى الإثبات أو كان نفيًا محصورًا فإن النفي يقدم، وما ورد في نص المادة المذكورة من مدونة الحقوق العينية هو: ما قررته محكمة النقض المغربية في القرار عدد (312) المؤرخ في 2005/6/8م ملف شرعي عدد 2003/1/2/448م، والذي تضمن القاعدة وهي نصها ما يلي: "تقدم البينة المثبتة للحق عن بينة النفي"[2]. فتبين أن القانونين قد سارا على ما قرره أئمة الفقه من تقديم بينة الإثبات على النفي.

ثالثا: تطبيقات على قاعدة ترجيح الإثبات على النفي

ذكر الفقهاء صورا تعارضت فيها الإثبات على النفي فقدم فيها الإثبات ومنها:

الفقرة الأولى: بينتا اليسار والإعسار

من التطبيقات الفقهية لبينتي النفي والإثبات بينتا اليسار والإعسار، فبينة الإعسار هي بينة على النفي فهل تقبل بينة الإعسار هذا ما سنتناوله في هذا الفرع ولذلك لكثرة الدعاوى القضائية المتعلقة بذلك أمام المحاكم.

(1) القواعد القانونية والقضائية المدنية اليمنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، العدد:(8)، ص123.

(2) قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات، عمر أزوكار، ص20.

أ- ماهية الاعسار والإيسار

المعسر: هو الذي لا يملك زيادة كفاية يوم وليلة[1]، والموسر عكسه، والشهادة بالإعسار هي من الشهادات المستثناة من الشهادة على النفي، وإنْ كان في الأصل الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي[2].

ب- التعارض بين بينة اليسار والإعسار

إذا أحضر مدعي الإعسار بينة تشهد بإعساره وأحضر الدائن بينة تشهد بإيسار المدين فأي البينتين تقدم؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى أقوال:

القول الأول: ترجيح بينة اليسار على الإعسار وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول[3]، وعللوا ذلك بما يلي:

- بينة اليسار أكثر إثباتًا، إذ الأصل العسرة واليسار طارئ فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج.

- أنه إذا تعارضت الأصالة والفرعية قدمت الأصالة، وهنا الأصل العسر وهذا عند المالكية.

القول الثاني: ذهبت المالكية في قول إلى ترجيح بينة الإعسار على بينة اليسار، وعللوا ذلك بأنه إذا تعارضت الأصالة والفرعية قدمت الأصالة كبينة السفه والرشد والعسر واليسر؛ لأنَّ هذه الأشباه هي الأصل وامتدادها فروع[4].

---

(1) مغني المحتاج، ج2، ص156.

(2) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ص492، والدر المختار، ابن عابدين ج5، ص385.

(3) الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص386، ومجمع الأنهر، شيخي زادة، ج2، ص164، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص188، والبهجة، التسولي، ج1، ص263، وحاشية الصاوي، ج4، ص308، وحاشية الدسوقي ج4، ص221.

(4) حاشية الصاوي ج4، ص308.

القول الثالث: عند الشافعية قالوا بأنه لو تعارض بينتا إعسار وملاءة كلما شهدت إحداهما جاءت الأخرى فشهدت بأنه في الحال على خلاف ما شهدت به فإنه يعمل بالمتأخرة منهما وإن تكررت إذا لم ينشأ من تكرارها ريبة[1].

القول الرابع: إلى أنه إن جهلت حالة قدمت بينة اليسار وإن عرف له مال قبل ذلك قدمت بينة الإعسار[2].

القول الراجح: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن اليسار يقدم على الإعسار، لأن بينة اليسار أكثر إثباتا، والبينات وضعت للإثبات ومن أثبت فقد زاد.

ج- شروط الشهادة على الإعسار

اشترط الفقهاء للشهادة على الإعسار شروطًا؛ وعلة ذلك عندهم على أنه لا يجوز الشهادة على النفي:

- ألا يمحض النفي بل يجمع بين النفي والإثبات فيقول وهو معسر ولا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه[3].

وبهذا يكون قد جمع بين النفي والإثبات؛ لأنَّ الشهادة على النفي الصرف غير مقبولة.

د- موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح بين طرق الإثبات في مسألة الإعسار واليسار

- موقف القانون اليمني من ترجيح بين طرق الإثبات في مسألة الإعسار واليسار

نصت المادة: (364) من القانون المدني على ما يلي: إذا التبس الأمر بين إيسار الشخص وإعساره تسمع البينة على إيساره أو إعساره ويرجح الحاكم، وتقدم البينة المثبتة على النافية. فهنا النص القانوني منح القاضي سلطة الترجيح على ضوء قاعدة تقديم البينة المثبتة

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص115.

(2) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص188.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص114.

على النافية، وبينة الإثبات هي بينة اليسار، ولذا فإن القانون قد سار على ما سار عليه بعض الفقهاء من ترجيح بينة اليسار على بينة الإعسار.

– موقف القانون المغربي من ترجيح بين طرق الإثبات في مسألة الإعسار واليسار

أما في القانون المغربي فقد نصت المادة: (3) مدونة الحقوق العينية على أن بينة الإثبات تقدم على بينة النفي، وهذا كمرجح عام، ونص في ذات المادة على ترجيح الأصالة على الفرعية، فالأصل الإعسار، والفرع الإيسار، ولذا فإنَّ بينة الإعسار ترجح على بينة الإيسار في القانون المغربي.

الفقرة الثانية: ترجيح من أثبت الضرر على من نفاه

إذا تعارضت بينة الضرر وعدمه فإن بينة الضرر تقدم، لأنَّ المثبت مقدم على النافي[1]، فإذا شهدت بينة أن ذلك ضرر، وشهدت أخرى أن ذلك ليس بضرر، فشهادة من شهد بالضرر أولى؛ وذهب أبو الحسن الجزيري من فقهاء المالكة إلى أنه لا يلتفت إلى شهادة من شهد أنه لا ضرر فيه؛ لأن من أثبت الضرر زاد علمًا[2].

وتطبيقًا لذلك فقد قضى مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى بالمغرب، بجلسة 27 شوال 1334هـ، في دعوى أقامها مدعٍ على جاره: بأن المدعى عليه جاره، جدد بنيان بيته المتصل بدار المدعي مما ألحق به ضررًا، بأنه من المقرر أن القائل بوجود الضرر يقدم على نافيه[3].

الفقرة الثالثة: ترجيح بينة رب المال في المضاربة

إذا تداعى رب المال في المضاربة القرض، وادعى المضارب المضاربة فالبينة بينة المضارب؛ لأن رب المال يدعي عليه الضمان، وهو ينكر فأيهما أقام البينة قبلت، وإن أقاماها، فبينة رب المال أولى؛ لأنها مثبتة للضمان[4].

---

(1) البهجة، التسولي، ج2، ص621.

(2) الإعلان بأحكام البنيان، محمد بن إبراهيم اللخمي ابن الرامي البناء، تحقيق، فريد بن سلمان، مركز النشر الجامع، دون ط، 1999م، ص112.

(3) الأحكام الصادرة من مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية، الجزء الأول (مكرر)، ج5، ص214.

(4) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، شيخي زادة، ج2، ص336.

الفقرة الرابعة: ترجيح بينة السداد

وإذا شهد الشاهد أن ما باعه القاضي أو الوصي بالسداد في الثمن، وشهد آخر أنه ليس بسداد، وأن القيمة أكثر، فالشهادة شهادة من شهد بالسداد[1]، لأنه مثبت، ومن أثبت فقد زاد، مع أن الأصلح في مال اليتم الشهادة بعدم السداد لكن لما كانت بينة السداد مثبة، وعدم السداد نافية قدمت المثبتة على النافية.

وهذه الصورة والتي قبلها لم يرد في القانونين محل الدراسة ترجيح بشأنهما، ولكن عند التعارض تطبق عليهما القواعد العامة للترجيح.

رابعا: تطبيقات على ترجيح دليل النفي على دليل الإثبات

ذهب بعض المعاصرين إلى ضرورة الموازنة بين بينتي النفي والإثبات إذا تعارضتا، وأنه يجب أن يوكل أمرها إلى القضاء[2].

وفي هذا المعنى يقول التسولي: فلا ينبغي إطلاق القول بتقديم الإثبات على النفي في جميع الصور بل يختلف في ذلك باختلاف الجزئيات[3]، و يدل هذا على أنَّ ترجيح النفي على الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وأن تقديم الإثبات على النفي ليس بصورة عامة، وفيما يلي بيان للصور التي رجح فيها دليل النفي على الإثبات.

الفقرة الأولى: تعارض النفي والإثبات في جرائم القتل والترجيح بينهما

كثيرا ما تتعارض بينة النفي والإثبات في القضايا الجنائية وخصوصا قضايا القتل، وهنا للفقهاء نظرة أخرى غير النظرة السائدة في ترجيح الإثبات على النفي.

أ-ترجيح شهادة النفي في سقوط القصاص

مسألة تطبيق قواعد الترجيح تعارض الأدلة القضائية ليست على وتيرة واحدة، ونمط تطبيقها ليس على نوع واحد، بل يختلف ذلك باختلاف الجزئيات ومن قبيل ذلك تطبيق قواعد

(1) المصدر السابق، ص112.

(2) طرق الإثبات، أحمد بك، ص57.

(3) البهجة، التسولي، ج1، ص262.

الترجيح في باب الجنايات فإن تعارض الأدلة القضائية يكون حول أدلة نفي تعزز مبدأ قرينة البراءة، وأدلة إثبات تدين الجاني، ولكن عند تعارض دليل النفي والإثبات في قضايا القتل هل يكون ترجيح الإثبات على النفي قاعدة عامة؟

في هذا الصدد اختلف أهل العلم، قال ابن عبد البر: فإن شهد عدلان على رجل أنه قتل رجلا في تاريخ أرخوه، وشهد عدلان أن المشهود عليه بالقتل كان يوم القتل بأرض بعيدة عن ذلك الموضع، فشهادة المثبتين للقتل أولى، هذا مذهب مالك وأصحابه، وقال إسماعيل بن إسحاق: بل ذلك مانع من قبول شهادتهم، وقول إسماعيل عندي صحيح؛ لأنه شبهة يدرأ بها الحد، ولا ينبغي أن يقدم على الدم إلا باليقين دون الشك[1]، فذهب ابن عبدالبر إلى ترجيح النفي على الإثبات، وأنه لا ينبغي الهجوم على الدم إلا بيقين.

وبهذا يتضح: أن في قضايا القتل لا بد من استعمال السلطة التقديرية للقاضي، والاستماع إلى دليل النفي ودليل الإثبات والموازنة بينهما، وأن هذه الموازنة بين هذه الأدلة ينظر إليهما مجتمعة متساندة متعاضدة يقوي بعضها بعضا.

ب- ترجيح الإشهاد على الإقرار المتضمن للنفي على الإثبات

وذلك لو أقام أولياء المقتول بينة على أن زيدا جرحه وقتله، وأقام زيد بينة على أن المقتول قال: إن زيدًا لم يجرحني ولم يقتلني، فبينة زيد أولى من بينة أولياء المقتول[2]، وذلك لأن الشهادة على الإقرار أقوى من الشهادة؛ لأن الحكم في الشهادة على الإقرار هو بالإقرار، والإقرار أقوى من الشهادة.

(1) الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (المتوفى: 463هـ)، تحقيق، محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط2، الرياض- السعودية، 1400هـ، 1980م، ج2، ص912.

(2) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد المعروف بالحصفكي (المتوفى: 1088هـ)، تحقيق، عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1422هـ- 2002م، ص492.

ج- ترجيح شهادة العدلين النافية على شهادة الصَبِيّين المثبة

إذا حضر كبيران عدلان وقت القتل أو الجرح فالعبرة بشهادتهما[1]؛ لأن شهادة الصبيان شهادة ضرورة أجازها المالكية، وهي تخالف ما اشترط في الشاهد من العدالة، والصبي لا بوصف بالعدالة لأنه لم يبلغ؛ لذا قال ابن رشد: وشهادة الصبيان ليست في الحقيقة شهادة عند مالك، وإنما هي قرينة حال، ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يجبنوا، وأجازه مالك لذلك، وهو من باب إجازته قياس المصلحة[2].

د- الترجيح في دعاوى القتل بتصديق المشهود له للشهود

فلو شهد اثنان على اثنين بقيامهما بقتل شخص، فشهد المشهود عليهما على الشاهدين الأولين بأنهما هما من قاما بالقتل فصدق ولي الدم الشاهدين الأولين فقط، حكم له عليهما بالشاهدين الأولين لرجحانهما بتصديق المشهود له، فإن صدق الجميع أو الأخيرين أو كذب الجميع أو الأولين فقط، فلا شيء له؛ لسقوط شهادة المشهود عليهما؛ لاتهامهما بالدفع عن أنفسهما لذلك[3]، وهذا يكثر في الحياة العملية، بأن يدفع المشهود عليهما بقيام الشاهدين بواقعة القتل، وكذا لا يكتفي القاضي بتصديق ولي الدم، وإنما ينظر إلى ما صاحب ذلك من القرائن.

الفقرة الثانية: ترجيح ما فيه درء للحد على ما يوجبه

هذا المرجح له تطبيقه في الجانب النظري عند علماء الحديث عند تعارض الأحاديث في باب الحدود، وله تطبيقه في الجانب القضائي عند تعارض الأدلة على إثبات الحدود، فإذا تعارض حديثان بأن أوجب أحدهما إقامة الحد في شيء معين، والثاني يسقط الحد في ذلك الشيء، كأن يتوافر في فعل المتهم بواقعة السرقة أن المال المأخوذ بلغ نصابًا بناء على نص شرعي، ولم يبلغ النصاب بناء على نص آخر، فهنا على القاضي أن يرجح ما يدرأ الحد من النصوص في فعل المتهم على ما يوجبه، بناء على القول الراجح عند جمهور العلماء.

---

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص185.

(2) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص246.

(3) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص573.

أ- ترجيح ما فيه درء لحد السرقة على ما يوجبها

يعتبر حد السرقة من أكثر الحدود التي تطبق عليه قاعدة درء الحد على ما يوجبه، وذلك لكثرة التفاصيل المطلوبة في إقامة الحد، فيشترط في السارق شروط، وفي المال المأخوذ شروط، وفي الحرز شروط وهكذا، ولذا فإنَّ الحد يكون عرضة للسقوط، ثم إنَّ سقوط الحد في الفعل المرتكب من قبل المتهم، مبناه على خلاف بين المحدثين في ترجيحهم للأحاديث الدافعة للحدود، وغير السرقة من الحدود مثلها.

- النصاب في السرقة

فقد ورد حديثان متعارضان في تحديد نصاب السرقة الذي يستوجب قطع اليد حديث عائشة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله -ﷺ-: «لا تقطعُ يدُ السارقِ إلا في ربعِ دينارٍ فصاعدًا»[1]، والآخر حديث عبدالله بن مسعود عن النبي -ﷺ- أنّه قال: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي عَشَرَةِ دَرَاهِمَ»[2]، وروى ابن عباس -رضي الله عنه- قال: «قَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- يَدَ رَجُلٍ فِي مِجَنٍّ قِيمَتُهُ دِينَارٌ، أَوْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ»[3].

وجه التعارض بين الحديثين: أن الأول منها نص على القطع في ربع دينار، والآخر نص على القطع بعشرة دراهم، والعشرة أكثر من ربع الدينار، فالدينار اثنا عشر درهما، وهذا التعارض له أثره.

(1) أخرجه البُخاريّ في باب قوله تعالى: {والسارق والسارقة} من كتاب الحدود، حديث: (6789).

(2) المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، تحقيق، طارق بن عوض الله بن محمد عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، باب الميم، من اسمه محمد، حديث: (7142) ثُمَّ قَالَ: لَمْ يَرْوِ هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَبُو مُطِيعٍ الْحَكَمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ.

(3) سنن أبي داود، كِتَاب الْحُدُودِ، بَابُ مَا يُقْطَعُ فِيهِ السَّارِقُ، حديث: (4387).

والتعارض بين الحديثين شبهة، فيكون الراجح ما ذهب إليه الجمهور، من أنه يرجح ما فيه درء الحد على ما يوجبه لقوة أدلتهم؛ ولأن الشبهة تؤثر في الحدود، كما أن القول بتساوي الدليلين من حيث ذاتهما لا ينافي قوة أحدهما من حيث الاحتياط[1].

فعند تعارض الأحاديث يترجح منها ما يدرأ الحد على ما يوجبه، وكذا عند تعارض الأدلة في حق المتهم، وكانت تلك الأدلة تتردد بين إقامة الحد وبين سقوطه، والشبهة العاملة في درء الحد تنشأ عن قوة تقابل الأدلة، لا عن مجرد اختلاف أهل العلم[2].

- اختلاف المقومين للمسروق

فعند الأحناف إذا أشكل على الإمام قيمة المسروق، واختلف أهل العلم فقال بعضهم: قيمتها عشرة دراهم، وقال بعضهم: أدنى، لم يقطع[3].

وعند المالكية في اختلاف المقومين للسرقة إذا قال بعضهم: لا تبلغ قيمتها ثلاثة دراهم، وقال غيرهم: قيمتها ثلاثة دراهم، قالوا: إذا اجتمع عدلان من أهل العلم للنظر أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع، ولا يلتفت إلى من خالفهما[4].

وفي قول آخر للمالكية فإن ادعي أربعة فاجتمع رجلان على قيمته قال: ينظر القاضي إلى أقرب التقويم إلى السداد، ونظر القاضي إلى أقرب القيمة إلى السداد؛ هو أن يسأل من سواهم حتى يتبين له السداد من ذلك[5].

وعند الشافعية: وإذا شهد عدلان بسرقة، فقوم أحدهما المسروق نصابًا، والآخر دونه، فلا قطع بالشبهة، وأنه يجب أقل القيمتين؛ لأنه المحقق[6].

---

(1) منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث وأثره في الفقه الإسلامي، عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، ط1، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1413هـ- 1992م، ص490.

(2) الأشباه والنظائر، ابن السبكي، ج1، ص381.

(3) المبسوط، السرخسي، ج9، ص78.

(4) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص83.

(5) المرجع السابق، ج2، ص84.

(6) حاشية الجمل، سليمان الجمل ج3، ص148، وأدب القضاة للغزي، ص223.

وعند الحنابلة: إذا اختلف المقومون في تحديد قيمة المسروق، فقدر بعضهم قيمة المسروق ببلوغ النصاب، وقدره بعضهم بأقل من النصاب، فلا قطع على السارق؛ لأنه إذا تعارضت البينات عند الحنابلة في تقدير قيمة النصاب يؤخذ بالأقل[1].

وعند الزيدية: إذا اختلف المقومون أخذ بالوسط من الثلاثة، وبالأقل من التقويمين، وفي الأربعة بالأقل من المتوسطين، وهذا إذا كان التقويم بأمر الحاكم[2].

وبهذا يتضح: أنَّ اختلاف المقومين للمال المسروق فقال بعضهم: بلغ النصاب الموجب للقطع، وقال مقومون آخرون: لم يبلغ النصاب فلا يستوجب القطع فإن القاضي يرجح دليل النافين لبلوغ المال المسروق النصاب.

ب- ترجيح ما فيه درء لحد الزنى على ما يوجبه

شدد الشرع المطهر في بينة إقامة حد الزنى وشرط أربعة شهود عدول يشهدون على الفعل المحظور، واشترط الفقهاء لذلك شروطا تفصيلية ليس هذا محل ذكرها.

- التعارض بين شهادة الأربعة العدول والأربع النسوة

فإذا شهد العدول بواقعة الزنا، ودفعت المتهمة بعدم صحة الشهادة بإتيانها بنسوة يشهدن على عذريتها فما حكم هذا التعارض؟

القول الأول: ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أنه إذا شهد الشهود العدول بالصريح المذكور في الزنى، وعارض تلك الشهادة أربع نسوة يشهدون أنها عذراء، في الظاهر مقبولة، فلا شيء عليهن فيما شهدن به من الحق عندهن، ما لم يتبين تعمدهن الكذب، وشهادتهم بما يوجب الحد قد تثبت في الظاهر أيضًا مع جواز أن يكون صادقين، ويكون ما شهد به النسوة من إثبات العذرة على وجه العذر قد يصح إذا كان الجماع ضعيفًا، وأن البكارة

(1) المغني لابن قدامة، ج12، ص326- 328.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج2، ص395.

تثبت بشهادة النساء، ووجودها يمنع من الزنا ظاهرا؛ لإن الزنا لا يحصل بدون إيلاج في الفرج، ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة[1].

القول الثاني: وذهب المالكية إلى أن شهادة الأربع النسوة بأنها عذراء لا تكفي بل يقام الحد إلا إذا شهد أربعة رجال ببقاء بكارتها[2]، وأن شهادة الرجال تقدم على شهادة النساء، إلا أن اللخمي من فقهاء المالكية اعتبر شهادة النساء شبة تسقط الحد[3].

الرأي الراجح: ما ذهب إليه الجمهور من أن شهادة النسوة شبهة تدرأ الحد عن المتهمة، وذلك لأن حق الله مبني على المسامحة والمساهلة، وأن عقوبتها جسيمة، وأن شهادة النسوة شبهة تدرأ الحد لخبرتهن بما رأين.

- التعارض بين شهادة العدول والخبرة الطبية

وكذا لو شهد الشهود العدول بواقعة الزنا، وأثبت الطبيب الشرعي أن المتهمة عذراء، فإن تقرير الطبيب الشرعي يكون دارءًا للحد، بل ذهب الزيدية إلى أن حد الزنى يسقط بقول النساء ولو واحدة، فإذا شهدت العدلة أن المشهود عليها هي رتقاء أو عذراء، فإنه يسقط الحد عنها[4]، والشهادة ببقاء البكارة وعذرية المتهمة تتضمن نفي للشهود العدول، ولكن تقبل، لإنَّ شهادة النفي في الحدود شبهة لسقوط الحد.

ج- ترجيح ما فيه درء لحد القذف على ما يوجبه

ويعتبر من مسقطات حد القذف بعد ثبوته بالدليل إذا أقام المدعى عليه شاهدان، أو رجل وامرأتان، أو شاهد ويمين المدعي، أو نكوله عن اليمين أنه لم يقر، أو علم الحاكم على

(1) البناية شرح الهداية، العيني، ج6، ص293، ومحاسن الشريعة، محمد بن علي بن إسماعيل المعروف بالقفال الشاشي الكبير (المتوفى:365هـ)، تحقيق، علي إبراهيم مصطفى، الفاروق الحديثة، ط1، القاهرة، 1429هـ، 2008م، ص544، والمغني، ابن قدامه، ج9، ص77.

(2) شرح مختصر خليل، للخرشي، ج8، ص81.

(3) حاشية الدسوقي، ج4، ص319.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص222.

المقذوف بالإقرار بالزنى ولو بعد الرفع، فإنه يسقط الحد عن القاذف لصحة إقراره بالشهادة أو نحوها[1].

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا اختلف شاهدا القذف في زمان أو مكان لا تقبل وإن كان قولًا؛ لأن كل واحد منهما إن كان إنشاء، فهو غيران[2].

د- ترجيح الفحص المخبري على شاهدي شم رائحة الخمر من المتهم

اتفق الفقهاء على إثبات حد الخمر يكون بالإقرار، أو شهادة شاهدين على الشرب[3]، أما المالكية فإنهم يحدون بشم الشاهدين لرائحة الخمر ممن شربها[4]، وأنه إذا تعارض شهادة الشهود في شرب المسكر وعدمه أنه يرجح المسكر، فلو شهد عدلان بأن مشروبه خمرٌ، وعدلان أنه عسل مثلا، أو شهد عدلان أن رائحة فمه خمرٌ، وآخران أنَّ رائحته ثوم، فيقام عليه الحد، لأنَّ المثبت يقدم على النافي[5]، ويمكن الاستعانة بتقرير الفحص المخبري لترجيح إحدى الشهادتين على الأخرى، وذلك لأنه من الناحية الطبية يتم الكشف عن شارب الخمر من خلال عينات من لعابه، وتظهر فيها كمية الجرعة ونسبة السكر عنده[6]، وكذا إذا شهد شاهدان بأنهما اشتما رائحة كريهة، وعرض المتهم لفحص مخبري والذي قطع بخلو دم المتهم من آثار شرب الخمر، فإنه في هذه الحالة يقدم تقرير الفحص المخبري على الدليل القولي؛ لأن ما ورد في تقرير المختبر يشهد بباطن الأمر وما ورد في شهادة الشهود فإنها شهدت على الظاهر، والحكم بالباطن أقوى من الحكم الظاهر، وهذا إذا اقتصر الفحص المخبري من خلو

(1) المصدر السابق، ج4، ص231.

(2) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص113.

(3) سبق ذكر ذلك عند الحديث عن مراتب الشهادة.

(4) حاشية العدوي، ج2، ص330.

(5) حاشية العدوي، 2ج، ص330.

(6) فقه الممكن في ضوء قاعد" الميسور لا يسقط بالمعسور"، ناجي إبراهيم السويد، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1426هـ، ص298.

المتهم من مادة مسكرة، أما عند التقرير بأنَّ المتم لم يصب بحالة سكر عند الشرب مع شربه للخمرة، فإن الحدَّ يقام عليه؛ لأنَّ مناط الحكم في شرب المسكر، لا السُكْر.

وبهذا يتضح: أن الفحص المخبري شبهة دارئة لإقامة الحد عن المتهم، ويكون النافي للحد مقدم على المثبت له لعدة وجوه[1]:

الوجه الأول: أنَّ الحد ضررٌ، فتكون شرعيته على خلاف الأصل، والنافي له على وفق الأصل، فيكون النافي راجحًا له.

الوجه الثاني: أن ورود الخبر في نفي الحد إن لم يوجب الجزم بذلك النفي فلا أقل من أن يفيد الشبهة فيه، إذا حصلت الشبهة سقطت الحدود.

الوجه الثالث: إذا كان الحد يسقط بتعارض البينتين مع ثبوته بأصل الشرع.

يتضح مما سبق: أن ترجيح الدارئ للحد على الموجب من باب تقديم النفي على الإثبات.

خامسا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين دليل النفي والإثبات

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بين دليل النفي والإثبات

القانون اليمني خالف قاعد الإثبات يقدم على النفي في الجانب الجنائي فنص في المادة: (321) من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: تقدير الأدلة يكون وفقا لاقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات، ونص في المادة: (353) على ما يلي: إذا أنكر المتهم أو رفض الإجابة أو لم تقتنع المحكمة بإقراره تشرع في التحقيق لسماع شهود الإثبات والنفي".

وبهذا يتضح: أنَّ لأدلة الإثبات دور في الجانب الجنائي، لأن القضاء الجنائي مبني على مبدأ الاقتناع القضائي فلا يتمتع أي دليل بقوة مسبقة في الإثبات، وهذا في الجانب التعزيري من الوقائع الإجرامية، أمَّا في جرائم القصاص والحدود فإن الإثبات مقيد كما هو

(1) المحصول، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (المتوفى: 606هـ)، تحقيق، طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، 1418 هـ، ج5، ص440.

موضح في النصوص العقابية، واتضح من النص القانوني أنّ القاضي يستمع لدليل النفي والإثبات، وشرعية سماع الدليل في النفي والإثبات يدل على أنّ بعد سماع الأدلة للقاضي الموازنة بينهما، وترجيح أحدهما على الآخر، وذلك بناءً على السلطة التقديرية للقاضي، وتطبيقًا لذلك فقد قررت المحكمة العليا في القاعدة رقم:(18)، طعن رقم: (44165) لسنة 1434هـ ما يلي" الموازنة بين الأدلة، والأخذ بدليل دون آخر هو حق من حقوق محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت حكمها على أسبابٍ واضحة ومقبولة ولا يعتبر ذلك فسادًا في الاستدلال، وأي طعن على حكمٍ قضى بذلك مصيره الرفض"[1].

يتبين: من القرار الجزائي أنّ لمحكمة الموضوع الموازنة بين الأدلة الجنائية، ومن ثم الترجيح بينها بناءً على أسبابٍ سائغة، وهذه الأسباب هي المرجحات التي جعلت المحكمة تعمل دليلًا وتهدر الأخر.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بين دليل النفي والإثبات

نص قانون المسطرة الجنائية في المادة: (286) على ما يلي: يحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم".

وبهذا يتضح: أنَّ القانون أعطى الصلاحية للقاضي الجنائي أن يحكم وفقًا لاقتناعه بناء على السلطة التقديرية الممنوحة له سواء كان الدليل دليل نفي أم إثبات، وتطبيقًا لذلك فقد قررت محكمة النقض المغربية ما يلي: "للمحكمة سلطة تقديرية في تقييم الأدلة المعروضة عليها والأخذ بها متى اطمأنت إليها أو طرحها إن لم تثق في مصداقيتها، والمحكمة مصدرة القرار ناقشت تصريحات الظنينة وشهادة الشاهدين واقتنعت بالبراءة على أساس استبعادها شهادة الشاهدين، لأنها جاءت متناقضة ومتضاربة إضافة إلى نتيجة التشريح الطبي تكون قد مارست سلطتها التقديرية طبقًا للقانون"[2]، بل إنَّ القضاء المغربي قد نص بصريح العبارة على عدم إعمال قاعدة تقديم دليل الإثبات على النفي في الوقائع الجنائية، فقد جاء في القرار عدد:

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، المكتب الفني بالمحمة العليا اليمنية، العدد: (14)، ص58.

(2) القرار عدد:(346)، الصادر بتأريخ 19/ مارس/2014م، في الملف الجنائي عدد:2013/5/6/17638م، مجلة قضاء محكمة النقض، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، الإصدار الرقمي ديجنبر 2014م، العدد: (77)، ص261.

(833/6)، المؤرخ في: 30/4/2003، الملف الجنحي عدد: (2000/12989) "الشهود- شهادة الإثبات مقدمة على الشهادة النفي- قواعد الإثبات الجنائي لا تقبل هذه الأرجحية (نعم)".

اعتماد المحكمة في تعليلها على مجموعة من الشهود دون أن تناقش مضمن تصريحاتهم، وكون شهادة الإثبات مقدمة على النفي يتعارض مع حرية قواعد الإثبات الجنائي التي لا تقبل هذه الأرجحية، وإنّما يتعين على المحكمة إبراز قناعتها من مضمن تصريحات الشهود ليتأتى على ضوئها بسط رقابة المجلس على الأسباب الواقعية والقانونية المبررة لما قضت.

وجاء في حيثيات الحكم ما يلي "اعتماد المحكمة في تعليلها على مجموعة من الشهود دون أن تناقش مضمن تصريحاتهم، وكون شهادة الإثبات مقدمة على شهادة النفي، بتعارض مع حرية قواعد الإثبات الجنائي التي لا تقبل هذه الأرجحية، وإنما يتعين على المحكمة إبراز قناعتها من مضمن تصريحات الشهود ليتأتى على ضوئها بسط رقابة المجلس الأعلى على الأسباب الواقعية والقانونية المبررة لما قضت به"[1].

ومن خلال ما تبين ذكره يتضح أنَّ قاعدة ترجيح الإثبات على النفي ليست قاعدة مطلقة، فإنها لا تحكم جميع المنازعات القضائية، بل يكون إعمالها في جانب الملكية والمنازعات المدنية والشخصية، أما في الجانب الجنائي فإنه يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وهذا على حدٍ سواء في الفقه الإسلامي، أو في القانونين محل الدراسة.

الفرع الثاني: ترجيح بينة الزيادة على بينة النقصان

قد تتعارض البينات القضائية أثناء الخصومة القضائية زيادة ونقصانا، لأن البينات ليست على درجة واحدة في القوة بل تختلف، لذا فإن هذا النوع من التعارض لا بد له من قواعد تحكمه وهو ما سنوضحه.

بينة الزيادة هو: أن تتفق البينتان المقدمتان من المتداعيين في جزء من المدعى به وتزيد الآخر.

(1) مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، المعهد الوطني للدراسات القضائية، بدون ط، المملكة المغربية، السنة العاشرة، جماد الثانية، 1405هـ-1985م، العدد: (35-36)، ص326.

إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، أو قدر المبيع، أو الزوجان في قدر المهر.. وأقاما كل منهما بينة واختلفت البينتان زيادة أو نقصان، فهل البينة التي تحكي الزيادة هي المقدمة أم البينة التي تحكي النقصان؟

أولا: أقوال الفقهاء في ترجيح بينة الزيادة على بينة النقصان

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية– في غير المعتمد– إلى ترجيح بينة الزيادة على بينة النقصان وتفصيل ذلك فيما يلي:

مذهب الأحناف: إلى أن البينة المظهرة للزيادة أولى.

وذلك أنه إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فقال البائع: بعتك هذا العبد بألفي درهم، وقال المشتري: اشتريته منك بألف درهم وأقاما البينة، فإنه يقضي ببينة البائع، لأنها تظهر زيادة ألف، وكذا لو اختلفا في قدر المبيع فقال البائع بعتك هذا العبد بألف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه الجارية بألف وأقاما البينة يقضي ببينة المشتري، لأنها تظهر زيادة، وكذا لو اختلف الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على ألف وقال المرأة على ألفين وأقاما البينة يقضي ببينة المرأة، لأنها تظهر فضلاً، ولو بلغ اليتم فادعى كون بيع الأب أو الوصي بفاحش الغبن وأنكر المشتري ذلك بحكم الحال إن لم تكن المدة قدر ما يبتذل فيه السعر والأصدق المشتري و لو برهن كل منهما فبينة مثبت الزيادة أولى[1].

مذهب المالكية: قال ابن رشد موضحاً اختلاف الشهود في الأقل والأكثر قال: مسألة، قال: وسمعت مالكاً قال في أربعة نفر كانوا في مجلس واحد فأتوا السلطان فشهد رجلان منهم على أن رجلاً كان معهم جالساً حلف بطلاق امرأته البته أو اثنين، وقال الأخران: نشهد أنه ما طلق إلَّا واحدة، وكلهم يزعم أنَّ طلاقه الذي سمعوا منه إنَّما كان في كلام واحد فقال: تطلق عليه بشهادة الذين أثبتا الأكثر من الطلاق، وكذا لو قال اثنان: نشهد أنه اعتق غلاميه زيدًا

(1) المبسوط، السرخسي، ج5، ص66، ج17، ص73، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص241.

وميمونًا، وقال الأخران: نشهد ما تقول، ولا تكلم بغير عتاقه زيد وحده، إنه يعتق عليه زيدًا وميمونًا بشهادة اللذين أثبتا ذلك عليه، قال: إنما مثل ذلك عندنا كمثل رجل ادعى أنه أسلف رجلاً عشرين ديناراً فجاء بأربعة شهداء عدول مرضيين أشهدهم عليه في مجلس واحد حين دفع السلف إليه فشهد اثنان بالله لأسلفه عشرين ديناراً بحضرتنا جميعاً، وقال الآخران: نشهد بالله لما سلفه يومئذٍ بحضرتنا حتى افترقنا إلا عشرة دنانير فوجه الجواب الذي مضى به الأمر في هذا أن يؤخذ بالعشرين الدينار[1].

وقال ابن رشد حاكيًا قول ابن القاسم: إنّ البينتين إذا اختلفتا بالزيادة أعملت ذات الزيادة[2].

مذهب الشافعية: قال النووي في اختلاف المتداعيين في العقود: قال آجرتك البيت بعشرة، فقال: بل كل الدار بالعشرة، وأقاما بينتين تعارضتا، وفي قول يقدم المستأجر[3].

أدلتهم:

-أن البينات للإثبات فتترجح بزيادة الإثبات[4].

-أنه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها في ذلك القدر لخولها عن المعارض، ولا يمكن إلَّا بالعمل في الباقي، فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة. ومثبت الأقل لا يعارض مثبت الأكثر[5].

-أن الذين شهد بها -بالزيادة- أثبتا وحفظا ما أغفله الآخران أو نسياه فالشاهدان بالأكثر أحق بالتصديق[6].

ويناقش هذا: بأن المتيقن ما اتفق عليه الشهود وفيما عداه يكون في حكم المشكوك، والشك لا تبنى عليه الأحكام.

---

(1) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص88.

(2) مواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص209، وقارن، البهجة، التسولي، ج1، ص261.

(3) منهاج الطالبين، النووي، ص582.

(4) المبسوط، السرخسي، ج17، ص83.

(5) بدائع الصنائع، الكساني، ج6، ص241، ودرر الحكام، علي حيدر، ج2، ص329.

(6) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص88.

-أَنَّهُ قد شهد بالزيادة شَاهِدَانِ، وَهُمَا حُجَّةٌ، فيجب الأخذ بهما، كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار[1].

ويناقش هذا: أنَّ قياس الشهادة على الإخبار غير صحيح، فالشهادة أضيق من باب الإخبار.

القول الثاني: ذهب الشافعية في المعتمد والحنابلة إلى عدم الترجيح بالزيادة.

مذهب الشافعية: قال النووي: إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة فقال: بل أكريت جميع الدار بالعشرة فإن أقاما بينتين فقولان، وقيل: وجهان، وأظهرهما وهو المنصوص: يتعارضان. ولو اختلفا والزيادة في جانب المكري بأن قال: أكريتك بعشرين، قال: بل بعشرة فقول التعارض بحاله[2].

مذهب الحنابلة: قال ابن قدامة: وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان[3].

والذين قالوا بالتساقط اشترطوا أن تتفقا على أنه لم يجر إلا عقٌد واحد.

قال الرافعي: وذلك أن تقول يجب أن يقال أيضا: موضع التعارض في المطلقتين اللتين أحدهما مطلقة ما إذا اتفقا على أنه لم يجر إلا عقد واحد، وإلا فلا تنافي بين البينتين؛ لجواز أن يكون التأريخ مختلفًا، وحينئذ يثبت أكثر الزيادة بالبينة الزائدة[4]، وعند اختلاف التأريخ تقدم اسبقهما تأريخًا[5].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

(1) المغني، ابن قدامة، ج10، ص236.

(2) روضة الطالبين، ج12، ص67، ص68.

(3) المغني، ابن قدامة، ج10، ص336.

(4) حاشية عميرة على كنز الراغبين، ج4، ص348.

(5) روضة الطالبين، النووي، ج12، ص68.

-أن الزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم، ووضوح حال أحد جابني ما فيه التنافي كإسنادٍ إلى سبب وانتقال عن استصحاب، وأصل الزيادة هنا ليست كذلك، وإنما هي زيادة في المشهود به[1].

ويناقش هذا: بأن حصر الزيادة في زيادة العلم ووضوح الحال حصر بغير دليل، وأن الزيادة في الإثبات فيها زيادة في العلم.

-أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة دراهم، فقد تعارضت البينتان في الدرهم.

ويناقش هذا: بأن الشاهد شهد بما علم ولم ينف ما زادته الشهادة الأخرى.

-أنه يخالف الزيادة في الأخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر[2].

القول الثالث: من خالف الشافعية والحنابلة فقالوا: بترجيح بينة الزيادة على النقصان.

إذا كان مذهب الشافعية والحنابلة عدم ترجيح بينة الزيادة إلا أنه بعض المنتسبين للمذهبين قد خالفوا المذهب:

خالف الشافعية ابن سريج والمليباري: قال النووي: وفي قول من تخريج ابن سريج، وليس بمنصوص: ومحله في غير مختلفي التأريخ تقدم بينة المستأجر[3]، لاشتمال بينته على زيادة، هي اكتراء جميع الدار كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين يجب ألفان[4].

وقال المليباري: ولو شهدت بينة بألف وبينة بألفين يجب ألفان[5].

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص434.

(2) المغني لابن قدامة، ج10، ص236.

(3) روضة الطالبين، ج6، ص434.

(4) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص383.

(5) فتح المعين، المليباري، ص641.

فقهاء الحنابلة المراداوي: قال ابن مفلح: إن ادعى أنه أجر البيت بعشرة فقال المستأجر: بل كل الدار فقيل: تقدم بينة مستأجر الزيادة قال المرداوي: وهو قوي[1]، إلا أن مخالفة الأئمة المذكورين لأئمة مذاهبهما تعتبر أقوالا يستأنس بها عند وجود مبرر للخروج من طوق المذهبية إن دعت الحاجة الى ذلك.

الرأي الراجح: مذهب جمهور الفقهاء الذين يقولن بترجيح بينة الزيادة على النقصان وذلك لقوة ما استدلوا به، ولأن الزيادة في الإثبات تعتبر زيادة مرجحة.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح بينة الزيادة على النقصان

لم ينص القانون اليمني على الترجيح بالزيادة في الإثبات عند تعارضها مع دليل النقصان، وكذا القانون المغربي، ولكن عند حصول نازلة تعارضت فيها الأدلة، فإنَّ على القاضي الرجوع إلى المذهب الفقهي الذي نظم القانون مسألة التعارض في الأدلة بناء على نصوصه الفقهية.

(1) الفروع وتصحيح الفروع، ابن مفلح، ج11، ص289.

الفصل الثاني:
الترجيح بقوة الحجة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

توطئة

يعد الترجيح بقوة الحجة من أقوى مدارك الترجيح، وأكثرها استعمالًا، فعند تعارض الأدلة القضائية سواء تعارضها فيما بينها أو تعارض الدليل الواحد مع جنسه، فيلجأ القاضي لإزالة هذه التعارض بالترجيح بقوة الدليل، وهذه القوة تتفاوت في الدليل ذاته نظرا لتنوعه، أو للقوة بينه وبين دليل آخر؛ نظرًا لاختلاف القيمة الثبوتية في كلٍ منهما، بالإضافة إلى أن القيمة الثبوتية لطرق الإثبات قد يكون تحديد قيمتها في القوة والضعف بناء على نصوص شرعية، أو اختلاف وجهة نظر الفقهاء، وأحيانًا بناء على نصوص قانونية فيعطي القانون قوة ثبوتية معينة لبعض أدلة الإثبات، فيكون القاضي مقيدًا بصحة الدليل، وبالقوة الثبوتية لهذا الدليل، وأحيانًا يكون للقاضي صلاحية واسعة في تقدير قيمة الدليل المعروض أمامه، ومن ثم الترجيح بينه وبين غيره عند التعارض، وذلك بناء على مزية فيه، هذه المزية هي القوة التي يتمتع بها، وعند ذلك يكون دور القاضي هو الموازنة بين قوى الأدلة المعروضة عليه على بساط البحث والمناقشة، ومن ثم ترجيح بعضها على بعض، لذا فتحديد المرتبة الإثباتية للدليل القضائي أمر مهم؛ لأنَّ تحديد القوة الإثباتية التي يتمتع بها كل دليل يقلل من إمكانية حدوث التعارض الذي يتعذر معه الترجيح، وسيكون الحديث عن الترجيح بقوة الحجة في مبحثين:

المبحث الأول: الترجيح بقوة الحجة في الدليل الواحد من الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

تتنوع طرق الإثبات في الجنس الواحد من الأدلة القضائية في القضية الواحدة، وهذ التنوع يؤثر في القوة الثبوتية لكل منها، ويجعل قيمتها التدليلية تختلف من نوع إلى آخر، فمثلًا الإقرار قد يكون شفهيًا وقد يكون كتابيًا، وقد يكون في مجلس الحكم وقد يكون خارجه، والشهادة قد تكون متواترة، وقد تكون بلغت حد الشهرة، وأحيانًا تكون قد استوفت النصاب الشرعي، وتختلف من حيث الشاهد فقد يكون رجلًا وقد يكون امرأة، والأدلة الكتابية قد تكون محررة رسمية، وقد تكون محررة عرفية وهكذا، ونظرا لهذا التنوع في الوسيلة الواحدة، فإنه عند التداعي أمام القضاء يتعين على القاضي مراعاة النوع من كل جنس؛ حتى يتمكن من الترجيح عند التعارض، وسيكون الحديث في هذا المبحث من خلال الآتي:

المطلب الأول: الترجيح بين الإقرارات

يعد الإقرار طريقا من طرق الإثبات الأكثر أهمية والمعول عليها في إثبات الحقوق إلا أنه يتنوع الى صور متعددة، فمن حيث القوة ينقسم إلى قوي وأقوى، فالإقرار مرة في بعض الوقائع يعتبر قوي وتكراره إلى أربع مرات يكون أقوى، وفي هذ المعنى يقول ابن قدامة: "فإن الحد في الزنى لا يثبت إلا بأقوى البينات، وأكثرها عددا، وأقوى الإقرار حتى يعتبر تكراره أربع مرات"[1]، فإن ذكره مرة في بعض الوقائع يكون قويًا، وإن تعدد ذكره إلى أربع مرات يكون أقوى، كما أفاده كلام ابن قدامة.

ويتنوع الإقرار من حيث محل الإداء، فقد يكون في مجلس الحكم، وقد يكون خارجه، وقد يكون شفهيا، وقد يكون كتابيا، ولكل قوته الثبوتية، وهذا ما سنفصل عنه الحديث في هذا المطلب.

(1) المغني، ابن قدامة، ج6، ص127.

الفرع الأول: ماهية الإقرار

تناول الفقهاء الإقرار باعتباره دليلا من الأدلة القضائية بنوع من التفصيل، ونظرًا لكثرة التفاصيل وتعدد المسائل المتعلقة بالإقرار فسنكتفي بتعريف الإقرار ومشروعيته وحجيته لتعلقها بمحل الدراسة.

أولا: تعريف الإقرار

يستلزم تعريف الإقرار بيان معناه اللغوي والاصطلاحي، وأدلة مشروعيته وسنوضح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: الإقرار في المعنى اللغوي

أ- الإقرار في اللغة: الإذعان للحق والاعتراف به وأقر به اعترف[1].

ب- الاصطلاح الشرعي: خبر يوجب حكم صدقه على قائله بلفظه أو بلفظ نائبه[2]، أو إخبار خاص عن حق سابق على المُخبِر[3].

ج- وعرفه قانون الإثبات اليمني في المادة: (78) بأنه هو: إخبار الإنسان شفاهة أو كتابة عن ثبوت حق لغيره على نفسه.

الفقرة الثانية: مشروعية الإقرار

يعد قرار حجة شرعية لورود النصوص الشرعية بذلك كقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾[5]، وحديث: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[6]، وورود الإجماع عليه[7].

---

(1) تاج العروس، الزبيدي، ج13، ص395.

(2) مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الحطاب، ج5، ص216.

(3) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج5، ص354.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

(5) سورة النساء، الآية: 135.

(6) صحيح البخاري، كِتَابُ الحُدُودِ، باب الاعتراف بالزنا، حديث: (6827).

(7) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج5، ص354، والمغني، ابن قدامة، ج5، ص109.

ثانيا: نطاق حجية الإقرار:

يعتبر الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره[1].

فالإقرار إذا تمت أركانه وشروطه، فإنَّه يلزم المقر ما أقربه، ويستقر في ذمته من غير حاجة إلى قضاء القاضي؛ وذلك لأنَّ الإقرار فرع للولاية على النفس، وبما أن المقر يملك أمر نفسه ويلي عليها ولاية كاملة بالضر والنفع، فإنه إذا اكتملت شروط الإقرار وأركانه تحققت فيه الأهلية الكاملة للإقرار، فيلزمه ما أقرَّ به[2].

الفرع الثانيً: ضوابط الترجيح بين الإقرارات

عند تعدد الإقرارات الصادرة من طرفي الخصومة أو من أحدهما، قد تكون هذه الإقرارات المتعددة متعارضة، فقد تكون في مجلس القضاء وقد تكون خارجه، وقد يكون هذا شفويًا، وقد يكون كتابيًا، وقد يكون إقرارًا مشهودًا عليه، وقد يكون إقرارًا غير مشهود عليه، وقد تكون الأقارير في مجلس واحد وقد تتعدد في مجالس مختلفة، وفي ذلك كله قد يكون له سببٌ واحدٌ وقد تتعدد أسبابه، وقد يختلف من حيث متعلقه، فقد يكون متعلقة بالمقر به عينًا، وقد يكون دينًا، فعندما تتعدد هذه الإقرارات وتتعارض، فكيف يمكن للقاضي أن يرجح بينها؟ وهل يعمل ببعض الإقرارات وتهمل الأخرى أم أن لكل حكمه؟

من خلال تتبع كلام الفقهاء تبين أن مسألة تعارض الإقرارات قد تتصور فقها، وقد تحدث واقعا، من ذلك ما قاله الإمام الماوردي –رحمه الله تعالى–: "وقد يجوز أن يكون في الإقرار تعارض في موضع واحد، وهو أن تتفق الشهادتان على أنه أقر مرة واحدة لواحد، ثم اختلفا فيمن أقر له، فشهدت إحداهما أن إقراره كان لزيدٍ، وشهدت الأخرى أنَّ اقراره كان لعمروٍ فتتعارض الشهادتان في الإقرار، كما تعارضت في العقد، فيحمل تعارضهما على الأقاويل

(1) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، 217، وموسوعة القواعد الفقهية، ال بورنو، ج1، ص231.

(2) مفهوم الإقرار بالحقوق عند الفقهاء، محمود شمس الدين الخزاعي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1224هـ-2002م، ص32.

الثلاثة في الموضعين"[1]، فما ذكره الإمام الماوردي يعتبر من قبيل التنظير لمسألة التعارض بين الإقرارات وتصورها، وأن ما حكاه من التعارض لا يكون من قبيل التساقط الذي ينعدم فيها ترجيح أحد الإقرارين، وذلك لحكايته الأقوال الثلاثة وهي الاستعمال، أو القرعة، أو التوقف، وهو نوع من الإعمال في بعضها، وفي بعضها نوع من الترجيح كالقرعة بناء على أقوال بعض الفقهاء كما سنبينه في موضعه، وتعارض الإقرارات تظهر جلياً في القضاء الجنائي حيث تتعارض إقرارات المتهمين، فعند تنوع الإقرارات وتعارضها، فما هي الضوابط التي يعتمد عليها القاضي في الترجيح بين الإقرارات عند تعارضها؟ هذا ما سيكون الحديث عنه فيما يلي:

أولا: الترجيح بذات الإقرار

باعتبار أن الإقرار طريقة من طرق الإثبات ووسيلة يثبت بها الحقوق عند التداعي وانعقاد الخصومة، فإنه في يعد في الوقت ذاته مرجحا من المرجحات، وذلك عند التنازع على عين في يد ثالث، فإذا تداعى طرفان على عين في يد شخص ثالث وأقام كل واحد منهما البينة على استحقاقه لتلك العين، وتساوت البينتان من كل وجهٍ، فالثالث الذي بيده العين إمَّا أن لا يقر بها لأحدٍ، فهنا تبقى العين في يده، وإما أن يقر بها لأحد المتداعيين فإقراره بالعين لأحدهما يعتبر مرجحا لبينته[2]، لما يلي:

– وذلك لأنَّه أصل ذو اليد، فعلى هذا يرجع إليه في بيانه[3].

– ولانضمام الإقرار إلى إحدى البينتين فكان مزية ترجحت به البينة، وأن هذا الإقرار من خارج جنس البينة، فإقرار صاحب اليد لأحد المتداعيين مقوي لحجته.

ثانيا: ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار غير القضائي

يرتبط الإقرار القضائي وغير القضائي ببيان ما هيتهما، لذا سيكون الحديث عن أنواع الإقرار وموقف القانونين اليمني والمغربي من ذلك.

---

(1) الحاوي، الماوردي، ج17، ص363.

(2) صوب الركام، السقاف، ج2، ص268، ومجموعة القضاء الشرعي، بونمي، ص175.

(3) الحاوي، الماوري، ج17، ص351.

الفقرة الأولى: أنواع الإقرار

من المعلوم فقها وقضاء أن الإقرار ينقسم إلى نوعين:

النوع الأول الإقرار القضائي: وهو الإخبار بحق سابق على المخبر في مجلس القضاء أثناء انعقاد الخصومة أمام القاضي، أو هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها أثناء سير الدعوى المتعلقة بتلك الإقرارات قاصدًا بذلك إلزام نفسه عالمًا بأنّه سيتخذ حجَّة عليه[1].

النوع الثاني: الإقرار غير القضائي: وهو الذي يتم خارج مجلس القضاء في غير انعقاد الخصومة[2].

فسلطة القاضي تختلف قوتها، وتتباين بحسب طبيعة ذلك الإقرار بحيث تكون سلطة القاضي ضيقة ومحدودة حينما يتعلق الأمر بالإقرار القضائي، بينما تتسع السلطة وتتقوى في الإقرار الصادر في غير مجلس القضاء، ويرجع السبب في ذلك إلى الحجية القاطعة التي يتمتع بها الإقرار القضائي، لصدوره من شخص ضد مصلحة نفسه أمام مجلس القضاء؛ فهو نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات، لأن الحضور أمام القضاء من شأنه أن ينبه المقر إلى وزن كل كلمة قبل أن يتفوه بها؛ لذلك كان من الطبيعي أن يكون للإقرار الصادر في مجلس القضاء حجيته ويتعين على القاضي أن يأخذ به[3]، فهنا يكون الإقرار مستقل بذاته، ويتوجب على القاضي أن يحكم به هذا من حيث حجية الإقرار القضائي.

---

(1) الوسيط في القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، دون ط، القاهرة– مصر، 1968م، ج2، ص474، ورسالة الإثبات، أحمد نشأت، ج2، ص16، والوجيز في شرح قانون الاثبات اليمني، الشامي، ص139.

(2) الوسيط في القانون المدني، السنهوري، ج2، ص475.

(3) المصدر السابق، ج2، ص494، والإثبات في المنازعات الانتخابية بين النص والممارسة، عفاف كوثر صابر، أطروحة دكتوراه بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 2014–2015م، ص212.

الفقرة الثانية: حجية الإقرار غير القضائي عند الفقهاء

لا خلاف بين أهل العلم أن كل بالغ رشيد أقر لغيره بالمال في مجلس القاضي أو غيره أن ذلك لازم إذا كان قبل الترافع والتخاصم، واختلفوا إذا أقر في غير مجلس القاضي بعد الترافع والخصومة ثم أنكر وشهد على إقراره عدلان فقال الشافعي: "الإقرار لازم في مجلس القاضي وغير مجلسه وقبل الترافع الى القاضي وبعده سواء"[1].

والمتأمل لنصوص الفقهاء عند حديثهم عن الإقرار غير القضائي يجد أن الفقهاء يذكرون الإقرار غير القضائي إما أن يكون شفهيًا أو غير ذلك، فالشفهي يتم خارج مجلس القضاء، وهنا يتم الاشهاد عليه، ولكن هل الحجية للشهاد أم للإقرار؟

وإمَّا أن يكون الإقرار مكتوبًا ومشهودًا عليه، لذا يستدعي المقام الحديث بيان صور الإقرار الشفهي.

الفقرة الثالثة: صور الإقرار الشفهي الذي يتم خارج مجلس القضاء

الإقرار الشفهي الذي يتم خارج مجلس القضاء له صور:

الصورة الأولى: أن يقر خارج مجلس القضاء ويقر في مجلس القضاء.

وفي هذه الحالة يكون الإقرار في مجلس القضاء مؤكِدًا له إنْ اتحد الإقراران، أو يلزم بأشدها إن اختلفا.

الصورة الثانية: أن يقر خارج مجلس القضاء ويتم الإشهاد على الإقرار ويدلي شهود الإقرار بشهادتهم أمام مجلس القضاء فحكم الشهادة هنا المساواة وفي ذلك يقول ابن فرحون في الإشهاد على الإقرار بالزنا: "لأن الشهادة على الإقرار تَئُولُ إلَى إقامة الحد، فساوت الشهادة على البينة لتساوي موجبهما. إقَامَةِ الْحَدِّ، ووجه القول الأول: أن الأصل في الشهادات على الإقرارات أن يكتفى بشاهدين، فأجرى الإقرار بالزنا على ذلك الأصل [2].

(1) أدب القاضي، أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (المتوفى: 335هـ)، تحقيق، حسين خلف، مكتبة الصديق، ط1، الطائف، المملكة العربية السعودية، 1409هـ- 1989م، ج1، 224.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص319.

الصورة الثالثة: أن يحصل إقرار خارج مجلس القضاء، ولم يتم الاشهاد عليه، وأنكره المدعى عليه.

ففي هذه الحالة لا عبرة به وعلى المدعى عليه اليمين عند إنكاره وفقا للقاعدة الشرعية «وعلى المنكر اليمين»[1].

ما يهمنا هو الحديث عن الصورة الأولى والثانية، فإذا تعارض هذان الإقراران فأيها أولى؟

قرر الفقهاء تساوي الإقرار أمام مجلس القضاء مع الإقرار المشهود عليه من حيث الحجية فكما مر سلفا على أنه "لا خلاف بين أهل العلم أنَّ كل بالغ رشيد أقر بعده بمال في مجلس القاضي أو غيره أنَّ ذلك لازمٌ إذا كان قبل الترافع والتخاصم، واختلفوا إذا أقر في غير مجلس القاضي بعد الترافع والخصومة، ثم أنكر وأشهد على إقراره بذلك شاهدي عدل فقال الشافعي: الإقرار لازم في مجلس القاضي وغير مجلسه وقبل الترافع إلى القاضي وبعده سواء"[2].

ومن ذلك قولهم: "ثبوت إقرار ذي اليد بالبينة لا يكون أقوى من سماع القاضي إقراره، وذلك كما لو أقام الخارج البينة أنه ابنه – في دعوى النسب– وشهد شهود ذي اليد على إقراره أنَّه ابنه قضي به للمدعي"[3]، وقولهم: "إن الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة، فإذا كان الحائط بين رجلين، وأقام رجل البينة على أحدهما أنه أقر أن الحائط له، فإنه يقضى له بحصته من الحائط؛ لأنَّ ثبوت إقراره بالبينة كثبوته بالمعاينة"[4]، فإذا كان المقرر فقها تساوى الإقرار في مجلس القضاء مع الإقرار خارج مجلس القضاء والمشهود عليه إلَّا أنَّه عند التعارض فإنه يرجح الإقرار القضائي على غير القضائي وذلك لعدة أسباب:

---

(1) سبق تخريجه.

(2) شرح أدب القاضي، الخصاف، ج4، ص74، 83، 90.

(3) المبسوط، السرخسي، ج17، ص80.

(4) المصدر السابق، ج17، ص61، 91، وموسوعة القواعد الفقهية، ال بورنو، ج2، ص551.

السبب الأول: الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر، بخلاف الإقرار غير القضائي ليس حجة قاطعة، ولا هو غير قابل للتجزئة، بل هو موكول إلى القاضي يقدر وفقًا لظروف الدعوى وملابساتها قوته في الإثبات[1].

السبب الثاني: أن الإقرار في مجلس القضاء حجة بذاته على المقر ويكفي للحكم عليه لصدوره من المقر بإرادة حرة إقرارًا صريحًا صحيحًا لا لبس فيه ولا غموض، بخلاف الإقرار غير القضائي؛ فإنه يثبت بشهادة الشهود، واللذين يحتاج للاحتجاج بشهادتهم توفر الأهلية والعدالة وانتفاء التهمة، ويخضع للقواعد العامة في إثباته[2].

السبب الثالث: إنَّ إقرار المدعى عليه أمام القضاء يبعث الثقة في نفس القاضي بصحة الإقرار، فالقاضي يستفصله عن مضمون إقراره، وماذا يقصد به، وهذه كلها دواعي لمصداقية الإقرار، بخلاف الإقرار المشهود عليه فقد يكون هناك دوافع أخرى لتحمّل شهود الإقرارِ إقرارَ المقرِ مما يبعث التهمة في نفس القاضي.

السبب الرابع: إن الإقرار خارج مجلس القضاء قد يشوبه عيب من عيوب الإرادة، مثل الإكراه والذي قد يخفى على شهود الإقرار، فيكون هناك إكراه معنوي لم يتمكن شهود الإقرار من الاطلاع عليه، بخلاف الإقرار في مجلس القضاء فإن عيوب الإرادة تكون منتفية.

السبب الخامس: تيقن القاضي في ثبوت صدور الإقرار من المقر بلفظ صريح لا لبس فيه ولا غموض، بعيدًا عن جميع الاحتمالات اللفظية.

الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار غير القضائي

أ- موقف القانونين اليمني من ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار غير القضائي

نص قانون الإثبات اليمني في المادة: (85) على ما يلي: "يجب الإشهاد على الإقرار الذي يتم خارج مجلس القضاء".

---

(1) الوسيط في القانون المدني، السنهوري ج2، ص476، ورسالة الإثبات، أحمد نشأت، ج2، ص25.

(2) رسالة الإثبات، أحمد نشأت، ج2، ص61.

وأما من حيث الحجية فلم ينص على حجيته، إلا أن المحكمة العليا اليمنية قد قررت في القاعدة رقم: (46) طعن رقم (54150 ك) لسنة 1435هـ على ما يلي:

يجب الإشهاد على الإقرار الشفهي الذي يتم في غير مجلس القضاء بالإضافة إلى توافر الشروط الواجب توافرها في الإقرار والمقر به المنصوص عليهما في المواد: (80، 82، 84) من قانون الإثبات وبما يتفق مع الجريمة المقر بها، وبذلك يصير إقراراتهم حجة عليه ويجب إلزامه بما أقر به.

وجاء في حيثيات هذه القاعدة: أنه وبمطالعة أوراق القضية، ومنها الحكمان الابتدائي والاستئنافي ... وحيث إن تلك الأقوال صدرت من الطاعن برضاه واختياره وأمام شهود حضروا أمام محكمة أول درجة وشهدوا بما سمعوه من الطاعن تفصيلياً، وقرروا أنه أدلى بأقواله تلك برضاه واختياره ودون إكراه، وأنه لم يتعرض لأيّ وسيلة من وسائل الضغط والإكراه، ولم يرد ما يخل بعدالة شهود الإقرار أو يستدعي طرح شهادتهم أو بعضهم من خصومة أو جر منفعة أو دفع مضرة ... وكل ذلك يقطع بصحة الإقرارات الصادرة من الطاعن في محاضر جمع الاستدلالات وتحقيقات النيابة العامة، وكفايتها كدليل شرعي وقانوني لإثبات صحة ما نسب للطاعن في الدعويين العامة والخاصة، كونها وإن كانت قد صدرت منه خارج مجلس قضاء محكمتي أول وثاني درجة، إلا أنَّها صدرت منه بحضور شهود فاستوفت بذلك الشرط اللازم لحجية الإقرار الصادر خارج مجلس القضاء وفقاً لنص المادة: (85) من قانون الإثبات التي نصت على أنه: "يجب الإشهاد على الإقرار الشفهي الذي يتم في غير مجلس القضاء"، بالإضافة إلى توافر الشروط الواجب توافرها في المقر والمقر به والإقرار المنصوص عليها في المواد: (80، 82، 84) من قانون الإثبات، ويكون نفي الطاعن بانعدام الدليل من قبيل المجادلة بالباطل.

وقرر الحكم القضائي التفرقة بين: الإقرار أمام مجلس القضاء، والإقرار خارج مجلس القضاء المشهود عليه، إلَّا أنَّ التفرقة بين الشهود على الواقعة، وهم من يشترط فيهم معاينة

الواقعة المشهود عليها بأنفسهم، وبين شهود الإقرار فشتان بين الحالتين، إذ إنَّ شهادة الشهود في الحالة الأولى تمثل دليلاً على ارتكاب الواقعة، بينما في الحالة الثانية يكون الدليل هو الإقرار، وشهادة الشهود على صدور ذلك الإقرار من المقر برضاه واختياره.

تبين من خلال الحكم الصادر من المحكمة العليا أنَّها أعطت الإقرار الشفهي الصادر خارج مجلس القضاء ذات حجية الإقرار القضائي، وأن الدليل هو الإقرار، وشهادة الشهود على صدور ذلك الإقرار من المقر برضاه واختياره[1].

ونصت القاعدة رقم: (50) طعن رقم: (33620/ك) لسنة 1429هـ (جزائي) تكفي شهادة الشهود على الإقرار الشفهي بارتكاب الجريمة، ولا يشترط حضورهم عند تحرير المحضر بذلك، ويكتفي بسماعهم إقرار المتهم بارتكاب الجريمة دون إكراه أو ضغط[2].

فاتضح أن القيمة القانونية للإقرارين متساوية، ولكن في التفرقة بينهما في حيثيات الحكم يتبين إعطاء الأولوية للإقرار في مجلس الحكم عند التعارض لخلوه من جميع المؤثرات التي تشوب الإرادة، ويظل الإقراران يخضعان للسلطة التقديرية للقاضي خصوصًا في الجانب الجنائي.

ب- موقف القانون المغربي من ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار غير القضائي

نص قانون الالتزامات والعقود في الفصل: (405) على إعطاء الإقرار غير القضائي ذات حجية الإقرار القضائي وقيده بأنه الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، وفي الفصل: (413) على أنه "لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون اثباته بالكتابة".

يتضح من نص الفصلين على مساواة الإقرار القضائي مع غير القضائي، وأنه عند التعارض يتعين على القاضي البحث عن مرجحات أخرى، كم يتبين من خلال مضمون

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية المستخلصة من نص أحكام المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد: (17)، ج12، ص129.

(2) المرجع السابق نفسه، ج12، ص173.

الفصل: (413) على ترجيح الكتابة على الإقرار المشهود عليه في الالتزامات التي يشترط لها الكتابة.

وعند المقارنة بين القانونين، وما قرره الفقهاء يتبين بأن القانونين لم يخرجا عن إطار القواعد المقررة عند الفقهاء.

ثالثا: الترجيح بين الإقرار الشفهي والكتابي المشهود عليه وغير المشهود عليه

قد يتعارض الإقرار الشفهي الصادر من المدعى عليه مع الإقرار الكتابي، سواء كان مشهودًا عليه أم غير مشهود عليه، وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الإقرار الشفهي على الإقرار الكتابي

إذا تعارض إقرار شفهي أدلى به المقر في مجلس الحكم، وقدم الطرف الآخر –مدعيًا أو متدخلًا– إقرارًا مكتوبًا يتعارض مع الإقرار الشفهي وتعذر على القاضي المواءمة بينهما فهنا يرجح الإقرار الشفهي على الإقرار الكتابي لعدة أسبابٍ:

السبب الأول: أنَّ الإقرار الشفهي في مجلس الحكم يعتبر حجة بذاته، قاصرًا على المقر لا يتعداه إلى غيره، فبمجرد وقوعه يكون دليلًا بذاته، ولا يحتاج إلى دليل آخر يقويه أو يعزز من قيمته، بخلاف الإقرار الكتابي فهو أقل قوة من الإقرار الشفهي؛ لأنَّه يحتاج إلى أدلة أخرى تثبت هذا الإقرار فقد يتم إثباته بإقرار المقر، أو شهادة الشهود على الإقرار، وكلَّما كان الدليل دالًا بنفسه كان أقوى، وكلَّما كان بواسطة كُلّما قلل من قيمته، خصوصًا إذا كان الإقرار في وثيقة عرفية، والحق القانون اليمني الإقرار الكتابي بالأدلة الكتابية[1].

السبب الثاني: أنَّ حجية الإقرار الشفهي لا يمكن أن يقلل من قيمته انكاره في مجلس القضاء، فهو حجة بمجرد صدوره، بخلاف الإقرار الكتابي؛ فإنَّ حجيته تضعف إذا حصل إنكار للخط فيلجأ صاحب الحق إلى إثبات ذلك بشهادة الشهود.

(1) قانون الاثبات اليمني المادة رقم: (86).

السبب الثالث: أنَّ القاعدة العامة "أن الدليل الناطق يقدم على الدليل الصامت عند التعارض" فالإقرار دليل ناطق، والكتابة دليل صامت، وأنَّ هذه القاعدة لا تعارض مع القاعدة القائلة: "بأنَّ الكتابةَ أحدُ اللسانين"[1]، فهذا من حيث الحجية لا من حيث الترجيح عند التعارض.

فهذه الأسباب تميز الإقرار اللفظي بقوته في الإثبات، وهو بذلك يتقدم على الإقرار الكتابي[2].

الفقرة الثانية: ترجيح الإقرار الشفهي المشهود عليه على الإقرار الكتابي

أ- ترجيح الإقرار الشفهي المشهود عليه على الإقرار الكتابي في الفقه الإسلامي

إذا شهد الشاهدان بإقرار شخصٍ بدين لغيره مثلًا، فالشهادة تامة اتفاقًا؛ لأنَّه قد بَيَن فيها مُسْتَنَدَ علمه، وهو الإقرار لديه[3].

بخلاف الإقرار الكتابي فإنه قد يطعن فيه بالتزوير إن كان رسميًا، أو إنكار الخط والتوقيع إنْ كان عرفيًا.

-أن القاعدة العامة كما قدمنا "أنَّ الدليل الناطق يقدم على الدليل الصامت" فالإقرار والشهادة دليلان ناطقان، والكتابة دليل صامت، لذا فإنه يرجح الإقرار وشهادة الشهود على الكتابة؛ لكون الكلام أبلغ من الكتابة في إيصال المقصود، وإفهام السامع، وإزالة الإشكال.

ب- موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الإقرار الشفهي المشهود عليه على الإقرار الكتابي

- موقف القانون اليمني من ترجيح الإقرار الشفهي المشهود عليه على الإقرار الكتابي

نص قانون الإثبات في المادة: (86) على ما يلي" تراعى في الإقرار الكتابي أحكام الباب الخاص بالأدلة الكتابية" باعتباره دليلا كتابيا فيسري عليه حجية الدليل الكتابي.

---

(1) موسوعة القواعد الفقهية، ال بورنو، ج2، ص87.

(2) الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، عبدالكريم محمد الطير، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 1421هـ-2000م، ص48.

(3) البهجة، التسولي، ج1، ص220.

فما ورد في النص القانون يدل على إعطاء الإقرار المكتوب حكم المحررات الكتابية، وتبين أنّ القانون اليمني لم يرجح بين الأدلة الكتابية والأدلة القولية، إلا أن القاعدة العامة أن الإقرار الشفهي أبلغ من الإقرار الكتابي.

- موقف القانون المغربي من ترجيح الإقرار الشفهي المشهود عليه على الإقرار الكتابي

نص قانون الالتزامات المغربي في الفصل: (413) على ما يلي: "لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته بالكتابة".

ويتضح من النص المذكور: أن الإقرار الكتابي يترجح على الإقرار الشفهي في الالتزامات التي يشترط لها الكتابة، وأنه عند التعارض يكون الإقرار الشفهي هو المرجح.

رابعا: الترجيح بين الإقرارات المتعارضة في مجلس القضاء

في الممارسات العملية في القضاء الجزائي-الزجري- لا يكون الإقرار سيد الأدلة كما هو حال الإقرار في الجانب المدني؛ لأن إقرار المقر قد يكون له دوافع أخرى كبغية التستر على الفاعل الأصلي الذي قام بارتكاب الجريمة، أو غير ذلك، إلا أن هذه الإقرارات قد تتعدد وتتعارض، ولا يمكن المواءمة بينها، فكيف يمكن الترجيح بين هذه الإقرارات عند التعارض؟

الفقرة الأولى: تعدد الإقرارات من مقر واحدٍ

قد تتعدد الإقرارات من جانٍ واحد بفعل واحد، فذهب فقهاء الحنفية والشافعية إلى أنه إذا تكرر إقرار الشخص بقتل شخص آخر، وتعدد في إقراره الأزمنة والأمكنة، فإنه يترجح الحكم بذلك الإقرار.

ففي البحر الرائق: لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك -أي بالقتل- في وقتين أو مكانين، تقبل؛ لأنه قول يعاد ويكرر، والاختلاف في الزمان لا يضر في الأقوال[1].

(1) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص114.

وعلل الحنفية ذلك بقولهم: لو شهدوا على إقرار القاتل بذلك –أي بالقتل– في وقتين أو مكانين تقبل؛ لأنه قول يعاد ويكرر، فالاختلاف في الزمان لا يضر في الأقوال.

وفي كفاية النبيه: قال ابن الرفعة نقلًا عن الماوردي: وقد جزم في باب الشهادة على الجناية بأنه إذا شهد شاهدان على إقرار شخص بالقتل، فقال أحدهما: أقر عندي أنه قتله عشية، وقال الآخر: أقر عندي أنه قتله غدوة، أو قال أحدهما: أقر عندي أنه قتله بالسيف، وقال الآخر: أقر عندي أنه قتله بعصا، أو قال أحدهما: أقر عندي أنه قتله بالبصرة، وقال الآخر: أقر عندي أنه قتله بالكوفة، أن هذه الشهادة صحيحة لا تعارض فيها، ويثبت القتل، ثم إذا كان واحد من الفعلين عملًا يوجب القود أقدناه، وإن كان كل منهما خطأ لزمته الدية في ماله، وإن كان أحدهما موجبا للقود والآخر خطأ، صار كما لو شهد أحدهما على إقراره بقتل العمد، وشهد الآخر على إقراره بقتل الخطأ[1]، بهذا يظهر ترجيح الحكم بالإقرار مع تعدد الزمان والمكان وأنه لا يضر، فإذا نسب للجاني عدة إقرارات فقاضي الموضوع هو المختص بالترجيح بين هذه الإقرارات، وذلك في أخذ أحدها وإهمال بقية الإقرارات بناء على السلطة التقديرية الممنوحة له والتي يستعملها على ما يظهر له من خلال القرائن والأمارات والدلائل التي احتفت بالواقعة، وأحاطت بالنازلة.

الفقرة الثانية: تعارض الإقرارات من خصمين في واقعة واحدة

إذا تعارض في واقعة الدعوى إقرارات من الخصمين كإقرار شخصين بأن كل واحد منهما هو القاتل للمجني عليه في أزمان مختلفة، وأماكن متفرقة، فإن قاضي الدعوى– بماله من سلطة في تقدير الأدلة ووزنها– له الحق التام في الأخذ بأي من الإقرارين من المتهمين، أو طرحهما ظهرياً وراءه حسب ما يتبين له من أحوال الدعوى وما يحتف بها من قرائن[2].

ويمكن للقاضي أن يرجح بين هذه الإقرارات بالآتي:

(1) كفاية النبيه، ابن الرفعة، ج19، ص275.

(2) نظرية تعارض الأدلة القضائية، حمادي، ص182

أ- الترجيح بشهود الواقعة

إذا كانت القاعدة العامة أنَّ البينة لا تسمع إلَّا بعد إنكار[1]، وأنَّه إذا وجد إقرار من المدعى عليه فإنه يكون الحكم عليه بإقراره إلَّا أنه استثناءٌ من القاعدة العامة إذا لم تطمئن المحكمة لإقرار المدعى عليه-الجاني- فإنَّها تسمع شهود الواقعة[2]، فإذا أدلى شهود الواقعة بنسبة فعل القتل إلى أي من المُقرين بالواقعة، فإنَّه يكون هو المسائل جنائيا، وتسقط العقوبة عن المقر الآخر ويكون سماع شهادة الشهود من باب القرائن التي تعزز من إقرار المدعى عليه -الجاني- ويكون الحكم بناء على إقراره لا بناء على شهادة الشهود، وإنما سماع شهادة شهود الواقعة لترجيح أحد الإقرارين فتكون شهادة الشهود مزية من خارج جنس الدليل زادت أحد الإقرارين بيانًا ووضوحًا ونسبةً للفعل؛ لأنَّ القضاء في الجنايات والحدود يتطلب نوعين من الأدلة: أدلة إثبات تثبت وقوع الجريمة -الفعل المحظور- وأدلة إسناد؛ تسند الجريمة إلى فاعل معين، فإقرار أحد المتهمين دليل إسناد، وشهادة الشهود دليلُ وقوع .

ب- الترجيح بتقرير الخبير

في الغالب يترك الجاني آثارًا مادية في مسرح الجريمة منها ما يكون عالقاً بجسم المجني عليه نتيجة للمقاومة الصادرة منه: وأحيانا في الأداة المستخدمة، وأحيانا مخلفات مادية من بقع دموية وغيرها، فإذا تبين للخبير أن آثار مادية ما تنسب إلى أحد المقرين فهنا يكون تقرير الخبير مرجحاً لأحد الإقرارين.

ج- الترجيح بدلالة الحال

جرت العادة أن مأمور الضبط ينتقل إلى مسرح الجريمة عقب إبلاغه بالواقعة الجنائية فإذا تبين للمحكمة أن ما ورد في أوراق ملف القضية يتطابق مع إقرار أحد الجناة، فإنَّه يكون هو الفاعل. فهذه معايير يعتمد عليها القاضي الجنائي عند تعدد الإقرارات، وأمَّا بخصوص

(1) موسوعة القواعد الفقهية، ال بورنو، ج2، ص134.

(2) قانون الاجراءات الجزائية المادة: (352).

الوقائع المدنية فإنها تحكمها معايير أخرى سيتم ذكرها عند الحديث عن الترجيح من حيث المقر به.

خامسا: ضوابط الترجيح بين الإقرارات من حيث المقرّ به

المقرّ به قد يكون حقًا من حقوق الله، وقد يكون حقًا للعبد، والمقر قد تتعارض إقراراته بهذا الحق.

فإذا تعارض إقرار المرء فيما يتعلق بالحدود وحصل تناقض بين أقواله طلب منه تفسيرها فإن فسرها على وجه يصح وإلا كان التعارض شبهة موجبة لدرء الحد، والحدود تدرأ بالشبهات[1]، إلا أن سقوط الحد عنه لا يعني براءته من الواقعة المنسوبة إليه، وإنما يختلف التكيف الشرعي والقانوني للواقعة المنسوبة للمتهم من واقعة حدية إلى واقعة تعزيرية.

وأما بالنسبة للحقوق الخاصة فقد تتعدد الإقرارات الصادرة من المرء وقد تكون هذه الإقرارات واردة على دين أو على عين والعين الواحدة قد يُقر بها أكثر من شخص لأكثر من شخص، فعند تعدد الإقرارات فما هو الإقرار الذي يعول عليه القاضي عند عرض النزاع عليه في قضية منظورة أمامه؟ وكيف يتم اختيار إقرار من هذه الإقرارات وبناء الحكم عليه؟

من المعلوم أن الإقرارات الصادرة من المرء تتفاوت قوتها، وعلى ضوء هذه القوة يتم الاعتماد على الإقرار، وتفصيل ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: الترجيح بين الإقرارات المتعلقة بالديون

قد يقر المرء بأكثر من دين لشخص، أو لأكثر في حالة صحته، أو في حال مرضه، فيكون الترجيح بين هذه الإقرارات على النحو الآتي:

أ-تلزم المقر الإقرارات كلها عند تساويها في الديون

إذا صدرت من المكلف إقرارات متعددة بديون لشخص أو أكثر في حال صحته، وفي حال مرضه فإنها تكون كلها ملزمة له.

(1) توصيف الأقضية، آل خنين، ج2، ص275.

ولا يكون تعارض في هذه الإقرارات، ونصوص الفقهاء في ذلك صريحة منها ما يلي:

قال الكاساني: "لو أقر الصحيح بديون لأناس كثيرة متفرقة؛ بأن أقر بدين جاز عليه كله ويستوي فيه المتقدم والمتأخر لحصول الكل في حالة الإطلاق ولو أقر المريض لأناس كثيرة متفرقة بأن أقر بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتأخر"[1].

وقال القرافي: "ومن تقدم إقراره في المرض ثم أقر لآخر أنهما سواء؛ لأنَّ الأقارير واردة على الذمة، والذمة لا تختلف في الصحة والمرض"[2].

وقال النووي: «ولو أقر في صحته بدين لرجل وفي مرضه بدين لآخر فهما سواء، كما لو ثبتا بالبينة وكما لو أقر بهما في الصحة أو المرض» قلت: وحكى في [البيان] قولًا شاذًا أن دين الصحة يقدم[3].

وقال ابن قدامة: "فإن أقر لأجنبي في مرضه وعليه دين تثبت ببينة أو إقرار في صحته وفي المال سعة فهما سواء وإن ضاق عن قضائهما"[4].

فإقراره يكون ملزمًا له، ويكون إلزامه بجميع الإقرارات في حال الصحة والمرض، وهنا لا يكون ترجيح وإنما إلزامه بالديون كلها عند تعدد الاقرارت وهي تدخل في مجال الترجيح تَجَوُزًا، وهذه المسألة محل اتفاق بين الفقهاء وإن كانوا قد اختلفوا في بعض الجزئيات.

ب- إلزام المُقرّ بأحد الإقرارات

عند تعدد إقرارات المكلف في أزمان متعددة، وأماكن مختلفة، فأيُّ الإقرارين يكون ملزمًا له؟ حصل خلاف بين الفقهاء في ذلك:

القول الأول: ذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف إلى أنَّه لو أقرَّ يوم السبت بمائةٍ، ويوم الأحد بمائةٍ، فمائةٌ واحدةٌ عندهم، ولا فرق عندهم بين المجلس الواحد والمجالس المتعددة.

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج7، ص325.

(2) الذخيرة، القرافي، ج9، ص261.

(3) روضة الطالبين، النووي، ج5، ص54.

(4) المغني، ابن قدامة، ج5، ص157.

ومن ذلك لو شهد على إقراره شاهدان بألف درهم، وشهد آخران بخمسمائة، وشهد آخران عليه بألف وخمس مائة، فقياس قول الشافعي أنَّه لا يلزمه الآلف وخمسمائة[1].

القول الثاني: قال أبو حنيفة: إن كان في مجلس واحدٍ كان إقرار بمائة واحدة، وإن كان في مجالس متعددة كان إقراره مستأنفًا[2].

وعلل جمهور الفقهاء القائلين بأنه يلزمه مائة واحدة –أي إقرار واحد[3]:

– أنَّه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحًا وهودًا وصالحًا وشعيبًا عليهم السلام، ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الأخرى كذا ههنا.

– أنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصف، أطلقه في حال، ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيدًا.

– أن العادة بين الناس يتكرر بتكرار الإقرار بالمال في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما جرت العادة بذلك في مجلس واحد؛ ليفهم الشهود فلا يحمل على إنشاء الإقرار مع الشك

واستدل أبو حنيفة بما ذهب إليه بما يلي:

– أنَّ الألف المذكورة في الإقرار الثاني غير الألف المذكورة في الإقرار الأول؛ لأنه ذكر كل واحد من الألفين منكّرًا والأصل أن النكرة إذا تكررت يراد بالثاني غير الأول[4].

الرأي الراجح: الذي يظهر هو، إلزام المقر بمائة واحدة فقط ما لم تظهر قرينة أخرى تدل على التعدد.

---

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص222، وحاشية الدسوقي، ج3، ص408، والمغني، ابن قدامة، ج5، 124، وجواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، محمد بن أحمد الأسيوطي (المتوفى: 880هـ)، تحقيق، سعد السعدني، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1417هـ- 1996م ج1، ص24.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص222، وجواهر العقود، الأسيوطي، ج1، 24

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص222، والمغني، ابن قدامة، ج5، ص124.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص222.

الفقرة الثانية: الترجيح بين الإقرارات المتعلقة بالعين والدين

قد تصدر إقرارات متعددة من شخص واحد تتعلق بدين وعين قد تكون لمقر له وقد تكون له لعدة أشخاص مقر لهم فإذا تعارضت هذه الإقرارات، فإنه يكون الترجيح على النحو الآتي:

أ-يُقدّم الإقرار بالعين على الإقرار بالدين

إذا أقر المرء بعين لشخص، ثم أقر بدين، فهل الإقراران يردان على العين والدين؟ حصل خلاف بين الفقهاء في ذلك.

القول الأول: عند الحنفية يعتبر دينان ولا تقدم العين على الدين[1].

القول الثاني: وعند المالكية والشافعية بأنه لو أقر المريض بعين مال لإنسان ثم أقر بدين مستغرق أو غير مستغرق سلمت العين للأول ولا شيء للثاني[2]؛ وذلك أن الإقرار بالدين لا يتضمن حجرًا في العين بدليل نفوذ تصرفه فيها بغير تبرع[3]. ويبدو أن الرأي الراجح هو تقديم الإقرار بالعين على الدين.

ب- تسليم العين للمقر له أولًا

قد يصدر إقرار دين من المرء بعين لشخصين وقد يصدر إقرار من المورث بالعين لشخص ويقر بها الوارث لشخص آخر.

فإذا أقر بأن هذا لزيد، ثم قال هذا لعمر، وجب تسليم المقر به لزيد ويغرم لعمرو قيمته؛ لأنه أحال بين عمرو وبين حقه بإقراره لزيد وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية[4].

وقال الشوكاني: ومن أقر بأن هذا الشيء لزيد ثم أقر إقرارًا أخر بأنه لعمرو فقد صار إقراره الأول لازمًا له فيجب تسليمه لمن أقر به ولا حكم لإقراره الآخر؛ لأنه رجوع عن الإقرار،

(1) المصدر السابق، ج7، ص325.

(2) الذخيرة، القرافي، ج9، ص261.

(3) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، الشرواني، ج5، ص359.

(4) الذخيرة، القرافي، ج9، ص261، وحاشية الجمل، سليمان المشهور بالجمل، ج3، ص432، وتبيين الحقائق، الزيلعي، ج5، ص23.

وهو لا يصح، وهو أيضًا إضرار بمن أقر به أولًا، وذلك مانعٌ من صحة الإقرار، ولا يجب عليه تسليم شيء إلى من أقر له آخرًا؛ لأنه إقرار باطلٌ[1].

فلو كان الإقرار بعين كأن قال المورث: هذا العبد لزيد، وقال الوارث بعد موته: هذا لعمرو، فيسلم المقر به لمن سماه الوارث، ويغرم الوارث قيمته للثاني تنزيلًا لإقرار الوارث منزلة إقرار المورث؛ لأنَّه أحال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر به بإقراره لغيره[2].

وقد يصدر عن الوارث إقرارين بدين على التركة لشخصين، والتركة لا تفي بمجموع الدينين، فالدين الأول أولى[3].

الرأي الراجح: إلزامه بتسليم العين للمقر به أولًا، وللثاني الغرم؛ لأنَّ إقراره للثاني لا يعتبر رجوع عن الإقرار الأول، وإلزامه بالغرم للثاني؛ لأنه أحال بينه وبين العين بإقراره للأول والله أعلم.

الفقرة الثالثة: الترجيح بين الإقرارات المتفاوتة والمتناقضة

تتفاوت الإقرار من حيث المقر به قلة وكثرة، وقد تعتريها غموض وإبهام في بعضها، وهنا يتحتم على القاضي ترجيح أحد الإقرارين وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ-إلزام المُقر بأشد الإقرارات

إذا حصل تعارض بين إقراري المرء في الحقوق الخاصة فيؤخذ بأشدهما عليه، فعدوله إلى الأقل غير مقبول ويكون القليل داخلًا تحت الكثير.

فلو أنَّ رجلًا أقرَّ لرجل في مجلس القاضي بألف، ثم أقر في مجلس ثانٍ بألف أو بخمسمائة؛ أنَّه ألفٌ واحدٌ، وأنَّ القليل داخل تحت الكثير، وكذا لو أقر في موطنين، فأقر له يوم الجمعة بألف، ويوم السبت بألف إذا كان شهود الجمعة هم شهود السبت[4].

(1) السيل الجرار، الشوكاني، ص766.

(2) المغني، ابن قدامة، ج5، ص120، وحاشية الجمل، سليمان الجمل، ج3، ص432.

(3) الإشراف على غوامض الحكومات، الهروي، ص438.

(4) أدب القاضي، ابن القاص، ج1، ص238.

قال ابن القاص –رحمه الله تعالى–: "اتفق الشافعي والكوفي على لو أنَّ رجلاً أقرَّ لرجلٍ في مجلس القاضي، ثم أقر في مجلس ثانٍ بألف وخمسمائة أنه ألفٌ واحدٌ، وأنَّ القليلَ داخل في الكثير. وكذلك لو أقر به في موطنين فأقر به يوم الجمعة بألف ويوم السبت ألف إذا كان شهود الجمعة هم شهود السبت، واختلفا إذا كان شهود الجمعة غير شهود يوم السبت، فمذهب الشافعي أنَّ ذلك ألفٌ واحدة، وإن رام المشهود له غير المشهود عليه في ذلك حلفه مائة عليه ألفان والأكثر من ألف[1].

لأنَّه رجوع عن الإقرار وعدوله إلى الأكثر اعتراف بحق للغير لا مسقطٌ، فلو اعترف في مجلس بألف، ثم اعترف في آخر بألف وخمسمائة ريال، ولم يظهر ما يقتضي تعدد الإقرار، أخذنا بأكثرهما عليه[2]، سَوَاءٌ تَقَدَّمَ الأكثر أو تأخر[3].

ب– الإضراب عن بعض الإقرارات وإعمال بعضها

قد تصدر من شخصٍ عدة إقرارات، فإذا لم يمكن الجمع بينها، وإعمالها يكون فيه تناقض، فيكون إغفال بعضها، قال ابن حجر الهيثمي: "إذا سَمِع من الواقف كلمات متناقضةٌ، حكمنا عليه بالسهو في بعضها، ورجحنا مقابله، وعملنا به بقرائن لفظية أو حالية"[4]، فيكون الترجيح بإهمال بعض الألفاظ، وإعمال بعضها، وهذا يكثر في ألفاظ الواقفين بأن يتناقض الواقف في أقواله، وهذا التناقض يحتاج إلى تأملٍ تامٍ، وإعمال فكرٍ ورويةٍ حتى يعمل بعضها ويهمل الآخرى.

ويكون ترجيح القاضي للإقرارات بناء على نوعها، ومدى حجيتها، والنظر إلى حقوق العباد بما فيه الأصلح، والأحظ لهم من الإقرار، بناءَ على أنَّ حقوق الله مبنيةٌ على المساهلة والمسامحة. وحقوق العباد مبنية على المشاحة.

---

(1) المصدر السابق، ج1، ص225.

(2) توصيف الأقضية، آل حنين، ج2، ص274.

(3) منح الجليل، عليش، ج6، ص456.

(4) الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي، ج3، ص333.

سادسا: الترجيح بين الإقرارات المكتوبة

عند تعدد الاقرارت المكتوبة فأحيانًا تكون هذه الإقرارات المكتوبة خالية من أسباب تعدد الإقرار، وقد يكون السبب مذكورًا في أحد الإقرارين، وقد يكون سببا انشغال الذمة مذكورين في كلا الوثيقتين فكيف يكون الترجيح بين هذه الإقرارات المكتوبة؟

الفقرة الأولى: تعدد إقرارات الدين المكتوبة

تناول الفقهاء هذه المسألة بشيء من التفصيل وذلك في النحو الآتي:

القول الأول: عند الأحناف والزيدية، إذا أقر سالف درهم وكتب في صك، وأقر بألف درهم أخرى وكتب في صك آخر، يكون المال مثنى؛ لأنَّه ما جرى الرسم باتخاذ الوثيقتين بمال واحدٍ فكان اختلاف الصكين بمنزلة اختلاف السبب.

إذا اختلف الحالان في الصك –الكتاب– بأنْ كان كل واحدٍ منهما مكتوبًا في صك مستقل، أو كان في صك واحدٍ لكن كل واحد مستقل في الترجمة والشهادة فإنهما يثبتان معًا إن لم يذكرا السبب[1].

القول الثاني: عند المالكية: إذا شهد على نفسه في وثيقة أنَّ لفلانٍ عليه مائةٌ، ولم يذكر سببها، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة، وهما متساويان قدرًا ونوعًا فإنَّه يلزمه مائةٌ واحدةٌ والثانية تأكيد للأولى، ويحلف المقر على ذلك إن ادعاهما المقر له. أمَّا إنْ اختلفا قدرًا أو صفة فإنَّه يلزمه المائتان معًا. ولا خلاف بين ابن القاسم وأصبغ أنَّ الأذكار أموالٌ[2]، وأما الإقرار المجرد فعند ابن القاسم أموالٌ، وعند أصبغ مالٌ واحدٌ كما إذا أقر عند قومٍ وأقر ثانيًا عند آخرين فمالٌ واحدٌ عند أصبغ، وهو العول عليه[3].

فتكون الأقوال ثلاثة فيما إذا أقر في موطن بمائة وأشهد، وفي موطن بمائتين أيَّ وأشهد.

---

(1) شرح أدب القاضي، الخصاف، ج4، ص77، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص95.

(2) الذُكر بضم الراء وثيقة يتذكر منها ما فيها، منح الجليل، عليش، ج6، ص454.

(3) شرح الخرشي على مختصر خليل، ج6، ص96، ومنح الجليل، عليش، ج6، ص455، والشرح الكبير، الدردير، ج3، ص408.

الأول: يلزمه ثلاثمائة مطلقاً.

الثاني: عن أصبغ وإن كان الإقرار بالأقل أولًا صَدَق المطلوب أنَّ الأقل دخل في الأكثر، وأما إن كان الإقرار بالأكثر أولاً فهما مالان.

الثالث: أنَّ المقر يحلف ما ذاك إلا مال واحدٌ يلزمه المائتان فقط[1].

والحاصل أنَّ المقر إذا كتب الوثيقتين، أو أمر بكتبتهما وأشهد على ما فيهما ولم يتبين السبب، أو بينه فيهما، وكان متحدًا، فالمعتمد أنَّه يلزمه ما في الوثيقتين سواء اتحد القدر أو اختلف، وأما الإقرار المجرد عن الكتابة أو المصاحب لكتابة المقر له إذا تعدد فإن كان المقر به أولاً وثانياً متحد القدر لزمه أحد الإقرارين، وإن كان مختلف القدر لزمه الأكثر على المعتمد[2].

الرأي الراجح من أقوال الفقهاء: أنه عند تعدد الاقرارت المكتوبة، فإنه يلزمه سند دين واحدٍ إن لم يذكر سبب الدين وكان القدر والصفة متفقين، أمَّا إذا كان سندا الدين مختلفا الصفة والقدر فيلزمه السندان؛ لأن تعدد الصكوك يلزم منه تعدد الإقرارات، ولكن مع هذا تبقى السلطة التقديرية للقاضي في ترجيح أحد السندين أو الصكين وذلك من خلال القرائن خصوصًا شاهدي الصكين إذا كان هما الشاهدين في كلا الصكين فإن شهادتهما مرجحة لأحد الصكين.

الفقرة الثانية: الترجيح بين الإقرارين المكتوبين في الدين والإبراء منه

قد يتعارض الإقرار المكتوب بالدين وإقرار آخر من صاحب الدين بصك مكتوب يتضمن البراءة فيكون الترجيح بتأريخ تحرير صك الإقرار وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ-تقديم صك البراءة

ذهبت الشافعية إلى ترجيح صك البراءة إلَّا أن يكون صك الدين متأخرًا.

قال ابن القاص: "لو أتى الطالب بصك على إقرار بألف وأتى المطلوب بصك على إقرار الطالب أنَّه أبراه من الألف، ولم يكن في الصكين تأريخ، أو كان تأريخهما سواء، أو كان

(1) حاشية العدوي، ج6، ص96.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص409.

أحدهما مؤرخًا والآخر غير مؤرخ، أو كان تأريخ البراءة متأخراً ففي ذلك كله صك البراءة أولى، ولا يلزمه المال إلَّا أنْ يكون تاريخ الصك بالإقرار متأخرًا فيلزمه حينئذٍ[1].

ب- سند الدين والبراءة منه في القانون

من قبيل ما ذكره الفقهاء ما نص عليه القانون المدني في المادة: (418) والتي نصت على ما يلي "لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مستند مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء، فإذا أوفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغائه، فإن كان سند الدين قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند، وإذا رفض الدائن ذلك كان للمدين أن يودع الشيء المستحق إيداعًا قضائيًا"[2].

فعند التعارض ما بين سند الدين غير المؤشر عليه بما يفيد الوفاء، وبين مستند المخالصة فإن المستند يرجح؛ لأنَّ القاعدة تنص على" ترجيح البينة الناقلة على البينة المستصحبة"[3].

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض الإقرارات

لم يفرد القانونان اليمني والمغربي قواعد للترجيح بين الإقرارات عند تعارضها إلَّا أنَّ قواعد الترجيح التي نظمها القانونان تسري على الإقرارات عند تعارضها، عند تعذر إعمالها فإن على القاضي اللجوء إلى القواعد العامة في الترجيح بين الألفاظ منها النصوص الخاصة بالتأويل والتفسير للنصوص والمنصوص جزء منها في القانونين والتي تم ذكرها سلفًا.

ويتضح من ذلك: أن القانونين اليمني والمغربي لم يفصلا في تعارض الإقرارات وتركا في ذلك مجالا لإعمال السلطة التقديرية للقاضي في الترجيح بينها وفقا للعرف السائد في نطاق الاختصاص، فيكون تعارض الإقرارات في الفقه والقانون تحكمه القواعد العامة للألفاظ المنصوص عليها عند أئمة اللغة، والأصول وهذا في جانب المعاملات، أمّا في الجانب الجنائي فقد تتعدد الإقرارات وتتعارض فيما بينها في جميع مراحل الدعوى الجزائية إلاّ أنَّ

(1) أدب القاضي، ابن القاص، ج1، ص238.

(2) القانون المدني، المادة: (418).

(3) سبق ذكرها في الترجيح بسبب الملك.

تعارض إقرارات المتهمين الواقع في محاضر الضبط تعد من قبيل الاستدلال الذي يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وبهذا فهي لا تثير إشكالية في الواقع العملي.

المطلب الثاني: الترجيح بين الشهادات في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

تواردت النصوص الشرعية في بيان الشهادة وشروطها وأنواعها، وفي بيان القوادح التي تؤثر فيها، وذلك لأهمية الشهادة في طرق الإثبات، لذا فإن الشهود قد تتعدد أنواعهم من رجل إلى امرأة، وقد تتفاوت صفاتهم، وقد تختلف أعمارهم، وتتباين أعدادهم، وهذا الاختلاف يؤثر قوةً وضعفًا في الشهادة، وهذا الاختلاف في الشهادة يؤثر أيضًا في ترجيح الأدلة عند التعارض هذا ما سنوضحه في هذا المطلب، وسيكون الحديث عنها في عدة أمور:

الفرع الأول: ماهية الشهادة

قبل الحديث عن التعارض والترجيح بين الشهادات لا بد من بيان ماهية الشهادة، وسيكون الحديث عن تعريفها ومشروعيتها، وأنواعها وذلك فيما يلي:

أولا: تعريف الشهادة ومشروعيتها

تعد الشهادة من أهم وسائل الإثبات التي هي محل اتفاق بين الفقهاء، لذا يتطلب المقام بيان ماهيتها ومشروعيتها ونطاق حجيتها.

الفقرة الأولى: تعريف الشهادة ومشروعيتها

أ-الشهادة في الاصطلاح: إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة[1].

وتعرف أيضا بأنها هي: إخبارٌ عن شيء بلفظ خاص[2].

ب-مشروعيتها: الأصل فيها قوله تعالى:﴿ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ﴾[3]،

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ج7، ص56.

(2) نهاية المحتاج، الرملي، ج8، ص292.

(3) سورة البقرة، الآية: 283.

وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1]، وغيرهما من الآيات.

وفيها أخبارٌ منها حديث: ما رواه الأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ قال: «كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي شَيْءٍ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ -ﷺ- فَقَالَ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»[2].

الشاهد من الحديث: أَنَّ البينة تُقَدَّمُ على اليد ويقضى لصاحبها بغير يمين، وفيه أَنَّ يَمِينَ الفاجر المدعى عليه تقبل كيمينِ العدل. وتسقط عنه المطالبة بها، وفيه أنَّ أحد الخصمين إذا قال لصاحبه: إنه ظالم أو فاجر أو نحوه في حال[3].

الفقرة الثانية: نطاق حجية الشهادة

تعد الشهادة من الأدلة القضائية المتعدية والتي لا تقتصر حجيتها على الأطراف بل تتعدى حجيتها أطراف الخصومة، فهي ليست قاصرة كالإقرار[4].

ثانيا: أنواع الشهادة.

تتنوع الشهادة ويختلف العدد فيها بحسب المشهود عليه ما إذا كان حقًا لله، أو حقًا من حقوق العباد، وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: الشهادة على الزنا وعلى بقية الحدود والقصاص

ضيق الشارع في الإثبات في جرائم الحدود والقصاص، وحصر إثباتها بعدد معين، وهي كالآتي:

أ-الشهادة على الزنا

من مقاصد الشريعة الغراء حفظ الأعراض من أن تمس بأذى، أو ينال من كرامتها؛ لذا فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية أن الشهادة على الزنا تكون بأربعة رجال.

---

(1) سورة الطلاق، الآية: 2.

(2) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه، حديث: (2669)، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين، حديث: (221).

(3) شرح مسلم، النووي، ج2، ص163.

(4) تكملة فتح القدير، لقاضي زادة، ج8، ص321.

والشهادة على الإقرار به يكفي شاهدان عند المالكية والشافعية وعند: الحنابلة، الحنفية والزيدية لابد من أربعة رجال[1].

ب-الشهادة على بقية الحدود والقصاص

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية على أنه يشترط للشهادة على الحدود -عدا الزنا- والقصاص رجلان[2].

الفقرة الثانية: الشهادة على المال وعلى ماليس بمال وعلى مالا يطلع عليه الرجال

تتنوع الحقوق من حق مالي إلى حق غير مالي، وقد يكون المشهود عليه مالا يطلع عليه إلَّا النساء، ولكل من هذه الحالات نصاب معين في الشهادة وهي كالآتي:

أ-ما ليس بمال ولا يقصد به المال

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية على عدد المثنى "عدلان" في عموم الشهادات القائمة على ما يطلع عليه الرجال ما عد الزنا[3].

ب- ما كان مالاً أو آيلاً إلى المال

اختلف الفقهاء في العدد الذي يشترط في الشهادة على المال، أو ما كان آيلًا إلى المال إلى عدة أقوالٍ وتفصيلها في الآتي:

ذهبت الحنفية إلى أنه يشترط للشهادة على المال أو ما يؤول إلى المال رجلان، أو رجل وامرأتان.

---

(1) المبسوط، السرخسي، ج9، ص129 يفهم كلامه اشترط أربعة، وحاشية الدسوقي4، ص185، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص367، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي،ج3، ص600، والإنصاف، المرداوي، ج11، 294، والتاج المذهب، ج4، ص66.

(2) العناية شرح الهداية، البابرتي، ج9، ص107، وبدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص278، وحاشية الدسوقي، ج4، ص185، والبهجة، التسولي، ج1، ص197، وروضة الطالبين، النووي، ج11، ص253، 254، والمغني، ابن قدامه، ج10، ص129، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص294، والتاج المذهب العنسي، ج4، ص66.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص277، والبهجة، التسولي، ج1، ص200، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص368، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص294، والسيل الجرار، الشوكاني، ص770.

وذهبت المالكية إلى أنّه يكفي عدل، وامرأتان عدلتان، أو عدل ويمين، أو امرأتان ويمين[1].

وذهبت الشافعية إلى أنه يثبت برجلين أو رجل وامرأتين[2].

وذهبت الحنابلة إلى أنه يثبت برجل وامرأتين، أو برجل ويمين[3].

وذهبت الزيدية، إلى أنه يشترط رجلان، أو رجل وامرأتان، أو شاهد ويمين المدعي[4].

واختلاف الفقهاء فيما يشترط من العدد في الشهادة يؤثر في الترجيح بين الشهادات عند التعارض.

ج- ما لا يطلع عليه الرجال

اختلف الفقهاء في العدد الكافي في الشهادة على ما لا يطلع عليه الرجال على أقوالٍ:

يرى الأحناف أنه يكفي امرأة، بينما يرى المالكية أنّه يكفي امرأتان، وذهبت الشافعية إلى أنّه يشترط أربع نسوة أو رجلين، بينما رأى الحنابلة والزيدية إلى أنّه يكفي فيه امرأة واحدة[5]، وليس هذا المقام مقام بسط أدلة الفقهاء فيما ذهب إليه كل منهم، وإنّما الغرض عرض أقوالهم لبيان أثرها في الترجيح عند التعارض.

الفرع الثاني: ضوابط الترجيح بين الشهادات

الشهادة قد تبلغ حد التواتر، وقد تصل إلى الشهرة، وقد تبلغ النصاب المعتبر شرعًا، وهذا التنوع للشهادة يؤثر في قوتها وإفادتها للعلم وهذا ما سأوضحه فيما يلي:

---

(1) درر الحكام، حيدر، ج2، ص373.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص367.

(3) المغني، ابن قدامة، ج8، ص517، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص600، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص294.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص67.

(5) درر الحكام، حيدر، ج2، ص373، وشرح منهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص602، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص369.

أولا: الترجيح بقوة الشهادة.

الترجيح بقوة الشهادة نص عليه فقهاء المذاهب إلا أنه بهذا المصطلح تداوله فقهاء الشافعية، فقد ذكر الإمام الغزالي والإمام النووي أن من ضمن المرجحات الترجيح بقوة الشهادة، وأنَّ تحت هذا المرجح تندرج عدة صور[1]، ومعنى ذلك أنَّ الشهادة درجات، وأن مراتبها في القوة متفاوتة، فكلما كانت الشهادة في درجة القوة كانت أرجح من الأخرى التي عارضتها، والتي هي أقل منها قوة.

والقاضي عند نظره للخصومة المنظورة أمامه والمزبور فيها أدلة متعارضة من نوع واحد كالشهادة، عليه أن يوازن في هذه الأدلة، هذه الموازنة تكمن في معرفة القوي والأقوى، والقوي والضعيف، ومدى قوتها في إفادتها للظن القوي الغالب.

ولكن هذه الموازنة بين شهادة الشهود لا تعتمد على سلطة القاضي التقديرية المجردة عن المعايير الفقهية والقانونية، وإنما بناءً على حدود معايير الموازنة المعتبرة؛ ليصل بذلك إلى ترجيح إحدى الشهادتين على الآخرى، بسبب قوتها، وذلك على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: الترجيح بتمحض الذكورة في الشهادة

يُعدُّ الفقهاء تمحض الذكورة في الشهادة مدركًا من المدارك التي لها محل اعتبار في الترجيح[2]، وذلك إذا أحضر أحد طرفي الخصومة شاهدين ذكرين، وأحضر الطرف الأخر شاهد وامرأتين، فهل من أدلى بشاهدين يكون له محل اعتبار عند التعارض والترجيح؟ وسنوضح ذلك فيما يلي:

أ- يرجح الشاهدان على الشاهد والمرأتين

فإذا تقدم المدعي بدعواه واستند في إثبات دعواه إلى شهادة شاهدين اكتملت فيهم الشروط الواجب توافرها فيهم وجاء خصمه المدعى عليه وقدم دفعاً موضوعياً بوقائعه وأسبابه وأسانيده، واستند الخصم إلى إثبات دفعه بشاهد وامرأتين. أو كان ذلك بالعكس بأن تقدم المدعي بدعواه

(1) الوسيط، للغزالي، ج7، ص449، وروضة الطالبين، النووي، ج11، ص254، والتاج المذهب، العنسي، ج4،66.
(2) الديباج توضيح المنهاج، الزركشي ج2، ص1174.

مستنداً في ذلك بشاهد وامرأتين ودفع خصمه بشاهدين فهل القاضي يحكم بتساقط البينتين باعتبار أن ما تعارض تساقط لكونه لا يوجد مرجح أم أنَّ إحدى البينتين تتمتع بقوة –تمحض الذكورة–تترجح بها على الآخرى؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهبت المالكية[1] والشافعية في غير المعتمد[2] والمؤيد بالله الإمام يحيى من فقهاء الزيدية[3] إلى أن الشاهدين يرجحان على شاهد وامرأتين.

وقال الشيخ خليل: "وبشاهدين –أي يرجح– على شاهد ويمين أو امرأتين"[4].

وقال الغزالي: "أما مدارك مثارات التَّرْجِيح فَثَلَاثَة: قُوَّة فِي الشَّهَادَة، أَو زِيَادَة فِيهَا، أَو يَد تقترن بِإِحْدَاهُمَا.

الْمدْرك الأول قُوَّة الشَّهَادَة وَله صور –وذكر منها– شَاهِدَانِ يقدم على شَاهد وَامْرَأَتَيْنِ"[5].

وقال الجويني: "وقد أطلق الأصحاب أقوالهم بأن الرجلين في معارضة الرجل والمرأتين، وليس يبعد عندي إذا فرعنا على القديم أنَّ نرجح الرجلين"[6].

أدلتهم:

– استدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[7]. فجعل مرتبتهم عند عدم الشاهدين مالم يكن الشاهد الذي مع المرأتين أعدل من الشاهدين وإلا قدم على الشاهدين هو والمرأتان وأولى إن كانت أعدل كالشاهد منهما وأما إن كانتا أعدل دونه فيقدم الشاهدان[8].

---

(1) مختصر خليل، ص227.

(2) الوسيط، الغزالي، ج7، ص449.

(3) عمدة المسير، المهدي، ج3، ص329.

(4) الوسيط للعزالي، ج7، ص430.

(5) المصدر السابق، ج7، ص229.

(6) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص108، ونهاية المحتاج، الرملي، ج8، ص364.

(7) سورة البقرة، الآية: 282.

(8) شرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج7، ص385.

– إن من أقام رجلاً شاهداً وحلف معه أمكنه ذلك ولو أقام امرأتين وأراد أن يحلف معهما لم يجز [1]

– زيادة الوثوق بقولهما ولذلك يثبت بهما ما لا يثبت برجل وامرأتين[2].

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية في المعتمد والحنابلة والزيدية إلى عدم ترجيح الشاهدين على الشاهد والمرأتين[3].

أدلتهم:

– إن الشارع ذكر شرط العدد في الشهادة ليذكر البعض عند اعتراض الشهود والغفلة كما قال تعالى في إقامة امرأتين مقام رجل في الشهادة، قال تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾[4].

–اكتمال الحجة من الطرفين اتفاقا

تحرير محل النزاع بين القولين: تحرير محل النزاع بين أهل العلم حول شهادة المرأتين مع الرجل هل هي بدل عن شهادة الرجلين، أم أن شهادة المرأتين مع الرجل جائزة؟ قال ابن العربي: "قَالَ عُلَمَاؤُنَا:" قَوْله تَعَالَى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [5]، من ألفاظ الإبدال، فكان ظاهره يقتضي أَلَّا تجوز شهادة النساء إلَّا عِنْدَ عَدَمِ شَهَادَةِ الرِّجَالِ، كحكم سائر إبدال الشريعة مع مبدلاتها؛ وهذا ليس كما زعمه [6].

(1) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص108.

(2) نهاية المحتاج الرملي، ج8، ص364.

(3) بدائع الصنائع، الكساني، ج6، ص277، والوسيط، العزالي، ج7، ص449، وروضة الطالبين، النووي، ج11، ص254، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص603.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

(5) سورة البقرة، الآية: 282.

(6) أحكام القرآن، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت– لبنان، 1424 هـ- 2003م، ج1، ص334.

المناقشة: ما ذهب إليه أصحاب القول بأن شهادة الرجلين أرجح من شهادة رجل ومرأتين استدلوا بأن ظاهر الآية بأنه لا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم وجود الرجال؛ لأن ظاهر الآية يقتضي ذلك.

يجاب على ذلك بما يلي: إن تعالى لو أراد ذلك لقال: فإن لم يوجد رجلان فرجل، فأما وقد قال: فإن لم يكونا فهذا قول يتناول حالة الوجود والعدم[1].

الرأي الراجح: الذي يظهر ترجيح الرأي القائل بترجيح شهادة الرجلين على الرجل والمرأتين عند التعارض؛ لأنَّ تمحض الذكورة يكون مظنة زيادة التحري والضبط والحفظ، والله أعلم.

ب- ترجيح الشاهدين على الأربع النسوة.

تقوم المرأتان مقام الرجلين، ولكن لا تقوم الأربع النسوة مقام الرجلين، فإذا أحضر المدعي شاهدان ودفع المدعى عليه دعوى المدعي بشهادة أربع نسوة، فترجح شهادة الذكور من باب أولى؛ لأنَّ شهادة النساء ناقصة فلا يقبلن منفردات، والله أعلم.

الفقرة الثانية: ترجح شهادة العدل على شهادة اللفيف

شهادة اللفيف هي: شهادة جماعة غير عدول[2]، فهو غير منظور فيه للعدالة[3].

وتعد شهادة اللفيف من المسائل التي انفرد بها الفقه المالكي، فإذا تعارضت شهادة اللفيف مع شهادة العدل، فشهادة العدول راجحة على اللفيف، وذلك بغض النظر عن عدد شهود اللفيف حيث لا عبرة بالعدد مع وجود صفة العدالة، وذلك لكون العدالة هي الشرط الجوهري لقيام الشهادة.

وقد تضافرت نصوص فقهاء المالكية على الترجيح بينهما، وذلك من خلال القوة التي يتمتع بها الشهود العدول، وتوافر فيهم مزية العدالة التي لم تتوافر في اللفيف.

(1) أحكام القرآن، ابن العربي، ج1، ص334.

(2) شهادة اللفيف، أبو حامد محمد العربي الفاسي، مركز إحياء التراث المغربي، بدون ط، بدون ت، ص6.

(3) المصدر السابق نفسه، 24.

قال محمد العربي الفاسي: "وإذا تعارض لفيفان من هذا القسم – أي قسم شهادة اللفيف الذي يفيد مجرد العلم الظني – نظر بينهما فيما هو معروف في تعارض البينتين، ويقدم وسم العدالة وقرائن الأحوال مقام زيادة العدالة، والنظر في ذلك إلى القاضي، وإذا تعارض لفيف وبينة العدول فبينة العدول أرجح لا محالة"[1].

وقال الفقيه أبو الشتاء الصنهاجي: شهادة اللفيف ملحقة بشهادة العدول، ويشترط في المطلب الملحق ألا تخالف نصًا أو إجماعًا[2].

فإذا كانت البينة المعارضة للفيف عبارة عن شهادة العدول، فلا شك أن شهادة العدول تقدم على شهادة اللفيف؛ لكون العدول هم الأصل في الشهادة، وحينئذٍ يجب أن تلغى شهادة اللفيف، وتترجح شهادة العدول على شهادة اللفيف مطلقًا، أيْ سواء كانت الشهادة صادرة عن عدل أو عدلين أو عدل واحد فقط [3].

وما قُرر فقهًا حظي باهتمامٍ من قبل القضاء المغربي من ذلك ما قرره مجلس الاستئناف الشرعي بأنَّ "شهادة العدلين أرجح من شهادة اللفيف إذ لا عبرة بالكثرة مع ضعف العدالة[4]. وبهذا يتضح أن شهادة العدل قدمت على شهادة اللفيف؛ لوجود زيادة في شهادة العدل، وهو العدالة، وهذه الزيادة استوجبت الترجيح.

ثانيا: الترجيح باكتمال الحجة

اكتمال الحجة يعد من المرجحات التي تدل على قوة الشهادة، والمراد به أن تكون إحدى البنتين تامة في عددها، مستوفية لشروط اعتبارها، ويستمد كمال الحجة في الشهادة كونها جاءت على صفة أجمع العلماء على اعتبارها حجة كاملة، وإما على صفة اتفق الفقهاء على اعتبارها، مستندين في ذلك إلى نص شرعي، وأمَّا من خالفهم فحجته غير قوية.

---

(1) المصدر السابق، ص32.

(2) مواهب الخلاق على شرح التاوي للأمية الزقاق، أبي الشتاء، ج1، ص325.

(3) وسائل الاثبات في الفقه الإسلامي، محمد بن معجوز، دار الحديث الحسينية، بدون ط، المملكة المغربية، عام 1414هـ 1995م، ص246.

(4) أحكام مجلس الاستئناف الشرعي، ج3، ص77.

الفقرة الأولى: يرجح الشاهدان أو الشاهد والمرأتان على الشاهد واليمين

اكتمال الحجة وتمامها من قبل أحد طرفي الخصومة في مقابل حجة ناقصة وغير تامة يجعلها راجحة عليها، وصورة ذلك أن يتداعى طرفان ويستند المدعي في دعواه إلى الشاهدين أو الشاهد والمرأتين ويدفع المدعى عليه في مواجهة المدعي مستندًا إلى شاهد ويمين، فاكتمال الحجة سبب لرجحانها؛ لأنَّها تتمتع بقوة افتقدتها الحجة الأخرى، وهذا المرجح ليس محل اتفاق، وإنما نازع في ذلك بعض الفقهاء، وتفصيل ذلك فيما يلي:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية –في المعتمد– والحنابلة إلى ترجيح الشاهدين أو الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين(1).

قال ابن قدامة: "فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان: أحدهما يتعارضان؛ لأنَّ كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين، والثاني يقدم الشاهدان؛ لأنَّهما حجة متفق عليها، والشاهد واليمين مختلف فيهما، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين، فوجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر، وهذا الوجه أصح إن شاء الله تعالى"(2)، فاتضح من كلام ابن قدامة ترجيح الشاهدين، والشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين.

وعللوا ذلك بما يلي:

– الأحناف لا يعْتَدّون بالقضاء بالشاهدين واليمين، ولهم كلام حول ذلك من حيث ثبوت الحديث الذي ورد بالقضاء بالشاهد واليمين(3).

– أن الرجلين أو الرجل والمرأتين حجة بالإجماع، وأبعد عن تهمة الحال بالكذب في يمينه.

(1) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، 173، ومختصر خليل، 227، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص411، والتهذيب البغوي، ج8، ص325، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص267.

(2) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص193.

(3) الدر المختار، ابن عابدين، ج1، 512، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام، ملا خسرو، ج2، ص333.

– أن العمل بالشاهد والمرأتين بالإجماع وفي العمل بشاهد ويمين خلاف[1].

– أن شهادتهما حجة مستقلة غير آتية من قبل المدعي، ومن أراد أن يحلف مع شاهده فحجته تتم بقول من جهته[2].

– إن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين، وإنّ البينتين إذا تقابلتا قدمنا أقواهما[3].

القول الثاني: ذهب المالكية والشافعية –في غير المعتمد–وقول عند الحنابلة والزيدية إلى أن الشاهدين أو الشاهد والمرأتين، والشاهد واليمين سواء وأنه لا ترجيح بينهم[4].

قال ابن عرفة: المذهب أن اليمين مع الشاهد في الحقوق المالية كشاهدين[5].

وقال فقهاء الشافعية إلى أنهما يتعادلان وأن البينتين يتساويان وعلى هذا يتعارضان[6]، وعند التعارض يكون التساقط لعدم وجود مرجح.

أدلتهم:

– أن المرأتين بمنزلة واحد[7].

– أن كلاً منهما حجة كافية في المال؛ لأنَّ كل واحد بينة لو تفردت لوقع القضاء بها[8].

---

(1) اسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص411، ونهاية المحتاج، الرملي، ج8، ص384.

(2) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص107.

(3) منهاج الطالبين، النووي، ص581، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص267، 268، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص389.

(4) الإنصاف، المرداوي، ج11، ص388، وكشاف القناع، البهوتي، ج6، ص393، والبحر الزخار، المرتضى، ج5، ص399.

(5) التاج والاكليل شرح مختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، الغرناطي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1406هـ، ج8، ص334.

(6) النجم الوهاج شرح المنهاج، محمد بن موسى الدميري (المتوفى: 808هـ)، تحقيق، لجنة علمية، دار المنهاج، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية،425هـ، 1 ج10، ص436، ونهاية المطلب، الجويني، ج19، ص107.

(7) النجم الوهاج، الدميري، ج10، ص436، ونهاية المطلب، الجويني، ج19، ص107.

(8) شرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج7، ص328.

الرأي الراجح: والذي يظهر ترجيح الرأي الأول القائل بترجيح الشاهدين أو الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين؛ لأن البينة اكتملت، وهي محل إجماعٍ عند أهل العلم، وكاملة بذاتها بخلاف القضاء باليمين والشاهد فهي محل خلاف بين أهل العلم، وأنَّ سبب رجحان الشاهدين، أو الشاهد والمرأتين على الشاهد واليمين هو إجماع العلماء على اعتبار الشاهدين، أو الشاهد والمرأتين، وعدم اتفاقهم على الشاهد واليمين.

الفقرة الثانية: ترجيح الأربع النسوة على الرجل واليمين

إذا تقابلت دعوى المتداعيين وبرهن على ذلك أحدهما بأربع نسوة، والآخر برجل ويمين، فأيهما يرجح؟ اختلف الفقهاء في ذلك وتفصيله فيما يلي:

القول الأول: ذهبت الشافعية إلى أنه تُرجح شهادة الأربع النسوة فيما يقبلن فيه على الشاهد واليمين[1].

وقال الشبراملسي: قضيته إمكان التعارض بين الشاهد واليمين وبين أربع من النسوة، وهو مشكل؛ لأنَّ الشاهد واليمين إنَّما في المال أو ما يقصد به المال، والنسوة إنَّما يقبلن في الرضاع والبكارة ونحوهما مما لا يطلع عليه الرجال، ويمكن تصوير الأربع النسوة مع اليمين والشاهد بما إذا حصل التنازع بينهما في عيب تحت الثياب في أمة يؤدي إلى المال، أو في حرة لتبعيض المهر مثلاً[2].

شروط الترجيح: اشترط فقهاء الشافعية للترجيح الأربع النسوة ما يلي:

- أن يكنّ فيما يقبلن فيه.

- وألا يكون مع الشاهد واليمين يد[3]، فإذا كان مع الشاهد واليمين يد في المتنازع عليه –محل الدعوى–فإن الشاهد واليمين تترجح مع اليد. وعللوا ذلك بما يلي:

---

(1) نهاية المحتاج، الرملي، ج8، ص364.

(2) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ج8، ص364.

(3) حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين، أحمد سلامة القليوني، وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1415هـ- 1995م، ج4، ص345.

كمال الحجة اتفاقًا[1]؛ أيْ أنَّ مقدم أربع نسوة حجته كاملة بالاتفاق، بخلاف الشاهد واليمين فهي محل خلاف.

القول الثاني: عدم الترجيح بشهادة الأربع النسوة على الشاهد واليمين.

ذهبت الحنابلة إلى عدم الاعتداد بشهادة الأربع النسوة، وأنه لو شهد أربع نسوة لم يقبلن.

وعلّلوا ذلك بما يلي:

-أنَّ البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة[2].

الترجيح: الذي يظهر رجحان ما ذهب إليه الشافعية من أن الأربع النسوة قامت مقام الرجلين، والبدل يقوم مقام المبدل، ويترجح على غيره عند التعارض؛ وذلك لقوة ما عللوا به.

الفقرة الثالثة: ترجيح الشاهد واليمين على المرأتين واليمين

لو أن أحد المتداعين أثبت دعواه بشاهد ويمين والآخر دفع دعوى المدعي بشهادة امرأتين واليمين فهنا تعارضت البينات، فما الذي يقدمه القاضي هل يقضي بالشاهد واليمين أم بالمرأتين واليمين؟ والمسألة فيها قولان:

القول الأول: ذهبت الشافعية والحنابلة والزيدية إلى عدم جواز القضاء بالمرأتين واليمين.

قال الجويني: ولو أقام – المدعي – رجلاً شاهدًا وحلف معه في الحال أمكنه ذلك، ولو أقام امرأتين وأرد أن يحلف معهما لم يجز[3].

وقال ابن قدامة: قال أحمد "مضت السنة أن يقضي باليمين والشاهد".

ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي[4].

وقال العنسي: "أما امرأتان مع يمين المدعي فلا يصح به الحكم عندنا"[5].

---

(1) نهاية المحتاج، صالرملي، ج8، ص364.

(2) المغني ابن قدامة، ج10، ص135، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص603.

(3) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص108.

(4) المغني، ابن قدامة، ج10، ص135، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص601.

(5) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص67.

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

– أن شهادة المرأتين ضعيفة، تقوَّت بالرجل، واليمين ضعيفة فضّم ضعيف إلى ضعيف لا يقبل.

– أن البينة إذا خلت من رجل لم تقبل. فالمرأتان لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه يكفي أربع نسوة مقام الرجلين ولقبل في غير الأموال شهادة رجل بامرأتين.

– أن شهادة النساء ناقصة، وإنما أجيزت بانضمام الذكر إليهن فلا يقبلن، منفردات وإن كثرت؛ وأنه لا يثبت المال نحوه.

القول الثاني: ذهبت المالكية إلى أن المال وما آل إليه يثبت بعدل وامرأتين عدلتين، أو أحدهما عدل فقط ويمين المشهود له أو امرأتين ويمين المشهود له.

فإذا كان المشهود به مالاً أو آيلاً إلى المال، يجوز بامرأتين ويمين المشهود له، وذلك كأجلٍ لثمن مبيع ادعاه المشتري وأنكره البائع، وأدعى أن الثمن حال غير مؤجل[1].

وعللوا ذلك بما يلي:

– أنَّ القضاء بامرأتين ويمين يجري فيما يجري فيه الشاهد واليمين من الأموال[2].

– أنَّ كل ما جازت فيه اليمين مع الشاهد فشهادة النساء فيه جائزة، وما لا يجوز فيه اليمين مع الشاهد فشهادة النساء فيه ساقطة[3].

– إنَّ المرأتين بمنزلة الواحد[4].

الرأي الراجح: الذي يظهر ترجيح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول وهو ترجيح الشاهد واليمين على القضاء بالمرأتين واليمين الأول وذلك لعدة أسباب:

– إنَّ القضاء باليمين والشاهد محل اتفاق بين المذاهب عدا الأحناف.

---

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص187.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص329.

(3) البيان والتحصيل، ابن رشد، ج10، ص115.

(4) شرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج7، ص328.

– إنَّ المالكية استندوا فيما ذهبوا إليه إلى قاعدة: أن حكم المرأتين واليمين حكم الشاهد واليمين ولم يستندوا إلى نص شرعيين بخلاف أصحاب القول الأول.

– إنَّ المرأتين واليمين في الشهادة ضعيفٌ انضم إلى ضعيف، بخلاف الشاهد واليمين انضم فيها قوي إلى ضعيف، فيقوى الضعيف بالقوي، والله أعلم.

الفقرة الرابعة: ترجيح شهادة أربع نسوة على امرأتين

ترجيح شهادة أربع نسوة على امرأتين صورة مختلف فيها بين الفقهاء، وبيان ذلك فيما يلي: أجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة[1].

وذهبت المالكية: إلى أنه يكفي امرأتان مما لا يطلع عليه الرجال[2].

وذهبت الشافعية: إلى أن مالا يطلع عليه الرجال يثبت برجلين أو أربع نسوة[3].

ويظهر ترجيح شهادة الأربع النسوة على المرأتين لقيام المرأتين مقام رجل، ومن المعلوم أن شهادة رجل وامرأة تكون غير كاملة؛ لأن شهادة النساء جازت للضرورة، لعدم تمكن الرجال من ذلك، فلما قامت مقام الرجل في الإدلاء وجب أن من اكتمال العدد من النساء بما يساوي عدد الرجال، وعند التعارض ترجح الأربع لكمال الحجة.

الفقرة الخامسة: ترجيح شهادة البت على شهادة السماع

عند التعارض بين شهادة البت وشهادة السماع، فإن شهادة البت ترجح؛ وذلك لأن الشهادة بالبت يشترط فيها شروط أكثر من شهادة السماع، من ذلك الشهادة على البت وعلى السماع في الملك والحوز.

قال الدردير: "إذا شهدت بينة بملك دار مثلا لشخص بَتًّا وشهدت أخرى بملكها الآخر سماعا قدمت بينة البت على بينة السماع فينزع بينة البت من الحائز"[4].

---

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج2، ص550.

(2) البهجة، التسولي، ج1، 202.

(3) منهاج الطالبين، النووي، 570.

(4) الشرح الكبير، الدردير، ج4، ص196.

وقال الدسوقي: التصرف وطول الحيازة إنما يشترطان في الشهادة بالملك بتًا، وأمَّا الشهادة بالملك سماعًا، فيكفي فيها مجرد الحوز، فالشهادة على الملك على وجه البت يعتمد في الشهادة بذلك على وضع اليد عليه، والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ونسبتها مع ذلك لنفسه، وعدم المنازع وطول الحيازة، وأما الشهادة بالملك على وجه السماع، فيعتمد في شهادته بذلك على الحيازة، وإن لم تطل، وإن لم يحصل تصرف[1]، فالظن المستفاد ممن يخبر عن الواقعة عن سماع أو مشاهدة، أقوى من الظن المستفاد ممن يخبر بذلك عمن شهد الواقعة، فإن العدل إذا قال: أخبرني فلان العدل أنه رأى فلانا قتل فلانا، فإنا نظن صدقه في ذلك ظنا منحطًا عن الظن المستفاد ممن يخبر أنه رءاه قتله[2].

فالشهادة على البت شهادة على الحقيقة، وهي الرؤية والمشاهدة والحضور، والشاهدة على السماع نقل عمن حضر الواقعة وقد يكون من نقل الواقعة وصلت إليه بطريق النقل.

الفقرة السادسة: شهادة الاستفاضة أقوى من شهادة اثنين مقبولين

الاستفاضة درجة بين التواتر والآحاد، وهي الاشتهار الذي يتحدث به الناس ويفيض بينهم، وهذا النوع من الأخبار يجوز استناد الشهادة إليه، ويجوز أن يعتمد الزوج عليه في قذف امرأته ولعانها إذا استفاض في الناس زناها، ويجوز اعتماد الحاكم عليه فهي طريق من طرق العلم التي تنفي التهمة عن الشاهد والحاكم، وهي أقوى من شهادة اثنين مقبولين[3].

الفقرة السابعة: ترجيح البينة العادلة على البينة المستورة

إذا تعارضت البينات، وكانت إحداهما مستورة والأخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة، لظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادة شاهدي العدلين وهي العدالة،

(1) حاشية الدسوقي، ج4، ص196.

(2) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام، ج2، ص40.

(3) علم القضاء، الحصري، ج1، ص34.

فالعدالة صفة الشهادة[1]، فشهرة الشهود بأنهم عدول صفة تستوجب الترجيح على مستور العدالة.

الفقرة الثامنة: ترجيح شهادة من حضر العقد وشهد عليه أو كان سفيراً بين المتعاقدين

عند خلو النازلة القضائية من مرجح لأدلتها المتعارضة فعلى القاضي الإفادة من طرق الترجيح المقررة عند الأصوليين، فيعمل منها ما يلائم البينات القضائية، ومن ذلك مثلاً: تقديم شهادة من حضر العقد وشهد عليه أو كان سفيراً بين المتعاقدين عند تعارض البينات فيه أخذاً مما يقرره الأصوليون أن رواية من حضر الواقعة مباشراً لها او سفيراً فيها مقدمة على غيره[2].

وقاعدة ترجيح من حضر الواقعة مباشراً لها أو سفيرًا فيها مقدمة على غيرها قررها علماء الأصول في الترجيح بين الأخبار عند التعارض[3].

كقول ميمونة رضي الله عنها: "تزوجني رسول الله –ﷺ– ونحن حلالان"[4]، فهذه الرواية تقدم على رواية ابن عباس "نكحها وهو محرم"[5].

وكخبر أبي رافع في تزويج النبي –ﷺ– ميمونة وهما حلالان على خبر ابن عباس، لأنَّ أبا رافع كان سفيراً بينهما[6].

فما ورد في هذه النصوص الحديثية هي كمثال على وقوع التعارض في السنة النبوية، وتم الترجيح بينها بناء على من شهد الواقعة، فإنَّ خبره يرجح، وكذا الحال في الشهادة على

(1) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص275، والبناية شرح الهداية، العيني، ج9، ص401.

(2) توصيف الأقضية، الخنين، ج2، ص286.

(3) البحر المحيط في أصول الفقه، الزركشي، ج8، ص174.

(4) صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث: (1411).

(5) صحيح البخاري، كتاب جزاء الصيد، باب تزويج المحرم، حديث: (1837)، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث: (1410).

(6) سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (المتوفى: 279هـ)، تعليق، محمد ناصر الدين الألباني، اعتناء، أبو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، بدون ت، كتاب الحج، باب كراهية تزويج المحرم، حديث: (841).

الوقائع فإن من حضر الواقعة ترجح شهادته على غيرها، وهذا المرجح يستفاد من الترجيح بين النصوص الحديثية.

الفقرة التاسعة: التعارض بين شهادة الصبيان

قد تتعارض شهادة الصبيان مع شهادة العدل، وقد يكون العدل شاهد رؤيا وقد يكون شاهدًا على إقرار الصبي، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ-ترجيح شهادة العدل على شهادة الصبيان:

إذا حضر وقت القتل أو الجرح بالغ ذكر أو أنثى عدلاً أو غيره لم تقبل شهادة الصبيان[1]؛ لأنَّ شهادة الصبيان ضرورة، وحضور البالغ العدل محل الواقعة يغني عن الصبيان، ويكون الشاهد لَوث تثبت به القسامة.

ب- ترجيح شهادة العدل على إقرار الصبي على شهادة الصِبيان

عند تعارض شهادة عدل على إقرار صبي في حصول واقعة جنائية أنه تسبب فيها هو -الصبي المجني عليه- وشهد على إقراره عدلٌ، فإنَّه يرجح على شهادة الصبيان أنه جنى عليه آخر، لأنَّ الصبي أدرى بنفسه من غيره.

ثالثا: الترجيح بقوة الشهادة في القانونين اليمني والمغربي

باعتبار أن قوة الشهادة مرجح من المرجحات في الفقه الإسلامي فهل القانونان اليمني والمغربي قد نصا على هذا المرجح؟

الفقرة الأولى: الترجيح بقوة الشهادة في القانون اليمني

أ - النصوص القانونية

لقد حدد القانون اليمني نصاب الشهادة فنص في المادة: (45) من قانون الإثبات على نصاب الشهادة حسب ما يلي: في الزنا أربعة رجال، وفي سائر الحدود والقصاص رجلان، وفي الأموال والحقوق رجلان أو رجل وامرأتان، ويجوز أن يقبل غير ذلك فيما استثني بنص كشهادة المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال وشهادة الصبيان بعضهم على بعض وفي المادة:

(1) البهجة، التسولي، ج207.

(46) يعتد بشهادة الواحد في الأموال والحقوق إذا قبلها المشهود عليه بعد أدائها[1]، ونص قانون الأحوال الشخصية على أنه يتم العقد –أي عقد الزواج– بحضور شاهدين عدلين مسلمين أو رجل وامرأتين[2]، والمادة: (297) بشأن الجرائم والعقوبات أنه تثبت جريمة السرقة الموجبة للحد: بالاعتراف أمام القضاء مالم يعدل عنه قبل التنفيذ، وبشهادة رجلين عدلين، وبشهادة رجل وامرأتين عدول[3].

فمسألة الترجيح بقوة الشهادة سواء بمحض الذكورة، أو اكتمال الحجة، أو غيرها، لم يتطرق إليه القانون، بل جعلهم على السواء في الحقوق والأموال، أضف إلى ذلك أنَّ قانون الإثبات لم يتطرق إلى الترجيح بين الأدلة القضائية لا من قريب ولا من بعيد، إلا أنّ شهادة النساء غير مقبولة في الحدود عدا حدّ السرقة، ولكن ليس هذا من باب الترجيح، وإنما من باب فقدان شرط الذكورة؛ لخطر العقوبة –القصاص أو إقامة الحد– المترتبة على الشاهدة.

ب–التطبيق القضائي:

في التطبيقات القضائية نصت المحكمة العليا اليمنية في القاعدة رقم: (13) لسنة: 1427هـ مدني على ما يلي: "**أنَّ الشهادتين إذا تعارضتا تساقطتا مالم يوجد مرجح لأحداهما**".

وجاء في حيثيات هذه القاعدة قصّرت المحكمة بعدم المناقشة، والترجيح بين شهادة العدلين المختارين من قبل الطرفين اللذين شهدا بوجود طريق فاصل، وبين شهادة الشاهدين المحضرين من قبل المدعى عليه اللذين شهدا بعدم وجود طريق للمدعي، فالشهادتان تعارضتا، ومعلوم شرعا أن الشهادتين إذا تعارضتا تساقطتا مالم يوجد مرجح لأحدهما، فالمحكمة حكمت بشهادة العدلين المختارين عند النظر، ولم تشر إلى المرجح لذلك، فإن الطعن وارد ومؤثر على صحة الحكم المطعون فيه، وذلك مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه[4].

---

(1) قانون الإثبات، المادة رقم: (45)، (46).

(2) القرار الجمهوري بالقانون رقم: (20) لسنة: 1992م بشأن الأحوال الشخصية، المادة رقم: (9).

(3) القرار الجمهوري بالقانون رقم: (12)، لسنة: 1994م، بشأن الجرائم والعقوبات، المادة رقم: (297).

(4) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، ط2، صنعاء، الجمهورية اليمنية، عام1435هـ، العدد: (8)، ص271.

يتضح من خلال: الحكم القضائي إلى أنَّه أشار عند حصول التعارض يكون التساقط، مالم يوجد مرجح لأحدهما، وأنَّه لابد من ذكر المرجح عند أخذ إحدى الشهادتين وترك الأخرى، وأنَّ عدم ذكر المرجح يعيب الحكم ويعرضه للطعن، ولكن الذي يعيب حكم محكمة النقض أنَّها لم تبين قواعد الترجيح بين الشهادتين التي كان على القاضي العمل بها، خصوصًا أن القانون محل الدراسة سلك في الترجيح مسلك الترجيح في شهادة الشهود بين الأيدي، ولم يعتبر وجود مزية في شهادة الشهود مرجحة، لكونه أخذ النص من الفقه الزيدي والذي لم يعتبر المزية في الشهادة مرجحة، إلا أنها قررت مبدًأ عام في القضاء اليمني وهو أنه يتعين على القاضي ذكر المرجحات عند التعارض، ومجافاة للقواعد الشرعية وعدم ذكر ذلك يعد خرقا للقانون.

الفقرة الثانية: الترجيح بقوة الشهادة في القانون المغربي

لم يفرق القانون المغربي في الإثبات بالشهادة بين الذكر والأنثى فهما عنده سواء، ولم يقدم الرجال على النساء فالمرأة تشهد كالرجل مع اكتمال الشروط مع مراعاة الأعدل وهذا ما هو منصوص عليه في المواد: (443، 444، 445، 446، 448) من قانون الالتزامات والعقود والمادتين: (75، 67) من قانون المسطرة المدنية، ويتضح من نصوص القانونين أنَّهما لا يفرقان في الإثبات بالشهادة في الأموال والحقوق بين الذكر والأنثى، فهما عندهما سواء.

بالمقارنة بين ما ذكره الفقهاء وبين القانونين محل الدراسة نجد أن تمحض الذكورة وغيره مما تم ذكره محل اعتبار في الترجيح عند الفقهاء، وهو مالم يتطرق إليه القانونان لكن ذلك لا يمنع من إعمال ذلك في ظل القانونين خصوصا القانون المغربي، الذي لم يحصر أدلة الترجيح في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية.

المطلب الثالث: الترجيح بين الأدلة الكتابية

تناول الفقهاء الكتابة عند حديثهم عن الإقرار المكتوب، والشهادة المكتوبة وظلت الكتابة تدور في معظمها في هذين البابين، ولم يضفِ الفقهاء على الكتابة الحجية في الإثبات، من ذلك قولهم:" أن الخط الذي يحكي خلاف البينة لا يعارضها؛ لأنه لا عمل عليه من غير معارض فمع المعارضة لا عمل عليه بالأولى، ولا يجوز للحاكم الاستناد إلى ما فيه[1].

معللين ذلك بشبهة التزوير، وأنَّ الخط يشبه الخط، ووقائع أخرى وقعت في عصورهم كانت ناتجة عن الخط، مع نصهم على بعض الحالات، مثل كتاب القاضي إلى القاضي وغير ذلك من المسائل، وما ذكره الفقهاء من أسباب جعلتهم يقللون من الاحتجاج بالكتابة قد تلافت في عصرنا هذا، وأصبحت توجد الآت تكتشف التزوير، والتحشير والتحريف، والزيادة والنقصان، وأحاطت النظم المعاصرة الدليل الكتابي بعدة ضمانات، وأفردت له دعاوى مستقلة عند حصول شك في درجة الوثوق به، من ذلك دعوى تحقيق الخطوط، ودعوى التزوير وغير ذلك، وأصبح للدليل الكتابي أهمية كبيرة في ميدان الإثبات المدني، والشخصي، بل أحيانا تفوق الشهادة، واعتبار الكتابة طريق من طرق الإثبات يعني أنها قابلة للمعارضة بدليل كتابي أو دليل آخر؛ لأن فكرة الدليل تجعله قابلًا للدفع والنقض، وما يهمنا هو قواعد الترجيح بين الأدلة الكتابية عند التعارض سواء كانت الأدلة الكتابية إقرارات مكتوبة، أو شهادة مكتوبة، أو عقد مكتوب، أو التزاما مكتوب، أو غير ذلك والحديث عنه في هذا المطلب فيما يلي:

الفرع الأول: ماهية الكتابة

باعتبار الكتابة دليلًا كتابيًا فقد تعددت التعريفات في بيان ماهيته، وذكرت النظم المعاصرة له أنواعًا متعددة ودرجات متفاوتة، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أولا: تعريف الكتابة ومشروعيتها وحجيتها

الترجيح بين الأدلة الكتابية يستلزم بيان الكتابة ومشروعيتها وحجيتها وذلك فيما يلي:

(1) عمدة المفتي والمستفتي، الأهدل، ج2، ص509.

الفقرة الأولى: تعريف الكتابة ومشروعيتها

أ – تعريف الكتابة

–لغة: الكتابة مأخوذة من الكُتْب، وهو الضم، والجمع. فيقال كتب الكتاب أي: ضم حروفه إلى بعضها، وكتّبه خطه[1].

اصطلاح هي: إثبات الحق بواسطة دليل كتابي معد مسبقا[2]، أو هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات، أو هي الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة[3].

ب– مشروعية الكتابة

وردت نصوص شرعية ترشد الى حفظ الحقوق عبر بعض الوسائل كالإشهاد والكتابة، ومن ذلك قوله تعالى" ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمۡ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقۡوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَرۡتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةٗ تُدِيرُونَهَا بَيۡنَكُمۡ فَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٌ أَلَّا تَكۡتُبُوهَاۗ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ﴾[4].

(1) لسان العرب، ابن منظور، مادة كتب، ج1، ص698، ومقاييس اللغة، ابن فارس، مادة كتب، ج5، ص158.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط2، بيروت، 1405هـ– 1985م، ج6، ص782.

(3) وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج1، ص417.

(4) سورة البقرة، الآية: 282.

وروى البخاري من حديث ابن عباس: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ-: بَعَثَ بِكِتَابِهِ إِلَى كِسْرَى»[1]، وغير ذلك من النصوص فدل ذلك على مشروعية الكتابة.

الفقرة الثانية: حجية الكتابة في الفقه الإسلامي

أَجْمَعَتْ الْأُمَّةُ عَلَى كِتَابِ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي. وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إلَى قَبُولِهِ دَاعِيَةٌ، فَإِنَّ مَنْ لَهُ حَقٌّ فِي بَلَدٍ غَيْرِ بَلَدِهِ، وَلَا يُمْكِنُهُ إتْيَانُهُ، وَالْمُطَالَبَةُ بِهِ، إلَّا بِكِتَابِ الْقَاضِي، فَوَجَبَ قَبُولُهُ[2]، وكلام العلماء في خلافهم في حجية الكتابة مستفيض ما بين مانع ومجوز ونقتصر في هذا المقام على ما قاله الإمام الشوكاني رحمه الله وحاصل الأمر أنه لا شك أن العمل بالخط على الوجه المعتبر شريعة قائمة وسنة متبعة وإجماع صحيح، ولكنْ هذا الخط هو الخط الذي تقوم به الحجة عند الترافع والتخاصم أو عند الاختلاف في الرواية، ولا تقوم الحجة بالإجماع إلَّا بخط معروف من ثقة معروف لا يتطرق إليه وهم، ولا يعتريه زيادة، أو نقصان، أو تحريف، أو تغيير، أو تبديل[3].

ثانيا: حجية الكتابة في القانونين اليمني والمغربي

اعتبر القانونان اليمني والمغربي الكتابة طريقًا من طرق الإثبات فنصت المادة: (13) من قانون الإثبات اليمني أن من طرق الإثبات الكتابة، وقسم الأدلة الكتابية في القانون إلى نوعين:

النوع الأول: محررات رسمية.

النوع الثاني: محررات عرفية.

ونص الفصل: (404) و (417) من قانون الالتزامات والعقود على النوعين المنصوصين عليهما في القانون اليمني، وهذا التقسيم الوارد في القانونين له دلالته في الحجية، وفي القوة الثبوتية عند التعارض، ولأهمية ذلك لا بد من بيان ماهية كل منهما.

---

(1) صحيح البخاري: كِتَابُ المَغَازِي، بَابُ كِتَابِ النَّبِيِّ -ﷺ- إِلَى كِسْرَى وَقَيْصَرَ، حديث: (4424).

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص80.

(3) فتاوى، الإمام الشوكاني، ج9، ص4653-4655.

الفقرة الأولى: المحررات الرسمية وحجيتها

أ- المحررات الرسمية

يقصد بالمحررات الرسمية هي: التي يثبت فيها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه في حدود اختصاصه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، أو صودق منه على توقيعاتهم عليها في حضورهم بعد التحقق من أشخاصهم؛ وذلك طبقًا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه(1).

فالرسمية مستمدة من القائم بتحرير المحرر كونه موظفًا عامًا يفترض فيه الثقة والأمانة، والكفاءة، والنموذج المحرر المعد للكتابة، والإجراءات الرسمية التي تمر بناء على مساطر معينة.

ب- أنواع الأوراق الرسمية

الأوراق الرسمية لها أنواع متعددة وفقا للمواضيع التي تتناولها، وهي فيما يلي(2):

النوع الأول: الأوراق الرسمية المدنية التي تثبت فيها العقود والتصرفات المدنية.

النوع الثاني: القرارات الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات.

النوع الثالث: الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين، ومحاضر الجلسات والأحكام.

وهذه كلها محررات رسمية لها حجيتها في الإثبات ولكن بشروط.

ج- شروط المحررات الرسمية

يشترط في المحرر الرسمي عدة شروط وهي:

الشروط الأول: أن يصدر المحرر الرسمي من موظف عام، أو من شخص مكلف بخدمة عامة.

الشرط الثاني: الولاية: وبيان ذلك أن تكون ولاية الموظف بكتابة المحرر ما زالت قائمة.

---

(1) قانون الإثبات، المادة: (98)، وبنفس المعنى في قانون الالتزامات والعقود، الفصل: (418).

(2) الوسيط في القانون المدني، السنهوري، ج1، ص106، والوجيز، الشامي، ص195.

الشرط الثالث: عدم الموانع القانونية، وذلك أنه لا يجوز للموثق، أو الأمين أن يحرر محررًا إذا كان هذا المحرر يخصه شخصيًا، أو يخص من تربطه به صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة[1].

الشرط الرابع: الاختصاص المكاني، فلا يجوز للأمين أن يحرر عقودًا خارج نطاق اختصاصه المكاني المرخص له العمل فيه[2].

د-حجية المحررات الرسمية

اعتبر القانون المحررات الرسمية حجة بما جاء فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته الرسمية، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، أو صودق منه على توقيعاتهم عليها في حضورهم بعد التحقق من أشخاصهم؛ وذلك ما لم ينكرها الخصم فيتعين إثباتها بالطرق الشرعية، أو يتبين تزويرها[3].

فاتضح من النص بأن المحررات الرسمية حجة بما جاء فيها ما لم ينكرها الخصم، فيتعين إثباتها بالطرق الشرعية أو يتبين تزويرها، وهذا في قانون الإثبات اليمني[4].

أما في قانون الالتزامات المغربي لا يطعن بالتزوير في الورقة الرسمية، وذلك وفقًا لمقتضيات الفصل: (419).

وما ورد في القانون اليمني اتاحة المجال؛ لإثباتها بالطرق الشرعية عند إنكارها، أو الطعن فيها بالتزوير يقلل من أهميتها في ميدان حجة القوة الثبوتية، وهذا بخلاف القانون المغربي الذي لم يقلل من حجية المحرر الرسمي، وهذا التردد في القانون اليمني يوهن من حجية المحرر الرسمي، والذي بدوره يؤثر في مسألة الترجيح عند التعارض.

---

(1) قانون الإثبات المادة: (98).

(2) القانون رقم (7) لسنة 2010م، بشأن التوثيق في الجمهورية اليمنية، المادة: (21)، ص9.

(3) قانون الإثبات اليمني، المادة: (100).

(4) المصدر السابق نفسه، المادة: (100).

الفقرة الثانية: المحرر العرفي وحجيته

أ- تعريف المحررات العرفية

وعرف القانون اليمني المحررات العرفية: هي التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم، ويجوز لهم تعميدها لدى الجهة المختصة في حضورهم، وبعد التأكد من أشخاصهم وموافقتهم على ما جاء فيها فتأخذ حكم المحررات الرسمية[1].

عرفه قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل: (423) الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية بسبب عدم اختصاص، أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل لا تصلح لاعتبارها محررًا عرفيًا إذا كان موقعًا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة.

ب- شروط المحرر العرفي

الشرط الأول: الكتابة، حتى تكون المحررات عرفية لا بد أن تكون مكتوبة بخط الخصم، أو بخط الغير الموقع عليها بخط الخصم المشبك، أو بالختم أو ببصمة الأصبع، أو بخط الغير دون أن يوقع عليها الخصم[2].

الشرط الثاني: التوقيع، يشترط لصحة الورقة العرفية توقيع من هي حجة عليه، فقد نصت المادة: (104) من قانون الإثبات أنه يعتبر المحرر العرفي الموقع من الخصم حجة عليه وعلى وارثه، أو خلفه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه؛ من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

ج- حجية المحرر العرفي

فصل القانون اليمني في حجية المحرر العرفي على النحو الآتي:

- إذا كان محررًا بخط المحتج عليه فإذا ناقش محتواه فلا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء والختم أو بصمة الأصبع.

(1) المصدر السابق، المادة: (99).

(2) الوجيز، الشامي، ص211.

– إذا كان المحرر العرفي مكتوبًا بخط الغير، وغير موقع من الخصم، فيجب الإشهاد عليه بما جاء فيه غير أنه إذا كان كاتب المحرر معروفًا بالعدالة والأمانة وحسن السيرة وكان خطه معروفًا للقاضي لشهرته، أو كان قد أقر أمامه أنه كاتب المحرر، وشهد بصحة ما جاء فيه فإنه يجوز الأخذ بما جاء منه في المحرر كشاهد بصحته مع التتميم[1].

ووفقًا لمقتضيات الفصل: (424) من قانون الالتزامات فإن الورقة العرفية المعترف بها يكون لها نفس قوة الدليل للورقة الرسمية.

ثالثا: أقسام المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

لما كانت المحررات العرفية تنقسم إلى قسمين: محررات عرفية معدة للإثبات، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات، فالمحررات العرفية المعدة للإثبات وهي التي مر الحديث عنها سلفًا، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات يستلزم الحديث عنها لمعرفة كيفية الترجيح بينها عند التعارض، وذلك لأن تنوعها دليل على تفاوت حجيتها، وهذا التفاوت له أثره في الترجيح عند التعارض.

هناك محررات عرفية غير معدة للإثبات إلا أن القانونين اليمني والمغربي جعلا لها حجة معينة في الإثبات، وهي: الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والمستندات الوقعة، وغير الوقعة.

وقبل الخوض في الترجيح بين المحررات العرفية غير المعدة للإثبات سوف نتكلم عن ماهيتها وحجيتها.

الفقرة الأولى: الرسائل

أ– الرسائل هي: العبارات المكتوبة بخط اليد، أو بآلة كتابة تحت توقيع المرسل، وفقًا للمألوف عرفا في التعامل[2].

(1) قانون الإثبات، المادة: (105)، (106).

(2) الوجيز، الشامي، ص230.

ب- حجيتها في الإثبات: القانون اليمني جعل للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات[1]، والقانون أعطى الرسائل حجية بشرط التوقيع، فتكون حجة على المرسل من حيث صدورها، وللمرسل إليه أن يحتج بها أمام القضاء.

الفقرة الثانية: البرقيات

أ- البرقية هي: الرسالة المكونة من الأصل الموقع من المرسل المحفوظ في مكتب التصدير، ومن الصورة المكتوبة بخط عامل البرق وتوقيعه وختم المكتب المسلم إلى المرسل إليه[2].

ب- حجية البرقية في الإثبات: نص القانون اليمني: تكون للبرقيات قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعًا عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا انعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس[3].

ونصت المادة: (428) من قانون الالتزامات المغربي على أنه تكون البرقية دليلًا كالورقة العرفية إذا كان أصلها يحمل توقيع مرسلها، أو إذا ثبت أنَّ هذا الأصل قد يسلم إلى مكتب البرقيات، ولو لم يكن توقيعه عليها، فالتوقيع في الرسائل والبرقيات هو الذي يعطي لها قوة الدليل الكامل.

الفقرة الثالثة: الدفاتر التجارية

أ- الدفاتر التجارية هي: دفاتر معينة أوجب القانون على التاجر الإمساك بها تنظيما لحساباتهم وتيسيرا عليهم في الإثبات[4].

(1) قانون الإثبات اليمني المادة: (111).

(2) الوجيز، الشامي، ص232.

(3) قانون الإثبات اليمني المادة: (11).

(4) الوسيط في القانون المدني، السنهوري، ج2، ص269.

فعلى التاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارية، وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي بالدقة وبيان ما له وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته[1].

ب- حجيتها في الإثبات: تكون الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر إذا كان النزاع متعلقًا بعمل تجاري وكانت الدفاتر منتظمة حسب القواعد السالف ذكره، وتسقط هذه الحجة بالدليل العكسي، ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم التجارية، وأن الدفاتر التجارية الإلزامية منتظمة كانت أو غير منتظمة حجة على صاحبها (التاجر) فيما إذا استند إليها خصمة التاجر على أن تعتبر القيود في مصلحة صاحب الدفاتر أيضًا، وأن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، على أن البيانات عما أورده التجار تصلح أساسًا يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين، وذلك حتى فيما لا يجوز إثباته بالبينة، وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلًا لنفسه أن يجزأ ما ورد فيها، ويستبعد منه ما كان مناقضًا لدعواه[2].

ونص قانون الالتزامات والعقود المغربي الفصل: (433) إذا تضمنت دفاتر التجار تقييدًا صادرًا من الخصم الآخر واعترافًا مكتوبًا منه، أو إذا طابقت نظيرًا موجودا على يد هذا الخصم فإنها تكون دليلًا تامًا لصاحبها وعليه. وعند التعارض ما بين الدفاتر التجارية المنتظمة مع الدفاتر التجارية غير المنتظمة فإن الدفاتر التجارية المنتظمة ترجح على الدفاتر غير المنتظمة؛ لأن انتظام الدفاتر يولد قناعة لدى القاضي بصحتها.

الفقرة الرابعة: المستندات الموقعة

المستندات الموقعة جميعها سواء جرى توقعها أمام كاتب العدل، أو أمام أي دائرة رسمية، أو وقعها صاحبها من نفسه ليس أمام دائرة رسمية كلها تعتبر إقرار بالكتابة وتنطبق عليها

(1) القانون التجاري، وزارة الشئون القانونية،ط5، 2011م، المادة: (20).

(2) القانون التجاري اليمني المواد: (38، 39، 41).

أحكام الإقرار فهو إقرار بالكتابة، وإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان سواء بسواء، وعليه فإن أقر الموقع بتوقيعه، وأنه هو فيكون قد ثبت التوقيع، وثبت الإقرار الموقع عليه بجميع محتوياته[1].

الفقرة الخامسة: المستندات العادية غير الموقعة

إذا كتبت المستندات بخط من سيوقعها أو بإملائه تأخذ حكم المستندات الموقعة، فالرسائل غير الموقعة، ودفاتر التجار تأخذ حكم الإقرار الكتابي إلا إذا أنكره فيحتاج الأمر إلى إثبات الإقرار، ومثل ذلك تنظيم الدفاتر وترتيبها والإشارات التي توضع عليها بناء على اصطلاحات التجار، أو اصطلاحات لقرب ذوي الشأن في المستند موضوع الدعوى[2].

فهذه المحررات العرفية غير معدة للإثبات قد تتعارض مع المحررات العرفية المعدة للإثبات، وقد تتعارض فيما بينهما، فإذا تعارضت المحررات العرفية الغير معدة للإثبات مع المحررات العرفية المعدة للإثبات فأي المحررين يقدّم؟ على الرغم من أن القانون اليمني والقانون المغربي لم يتطرقا إلى تنازع المحررات الرسمية وتعارضها والترجيح بينها، إذا كان الحال كذلك –وجود فراغ تقنيني في القانونين– إلا أن الفقه قد عالج بعض هذه المسائل، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الثاني: ضوابط الترجيح بين الأدلة الكتابية

لم ينص فقهاء المذاهب على معايير للترجيح بين الأدلة الكتابية كما فعلوا ذلك في البينات –الشهادات– وذلك لما قدمنا من عدم اعتبارهم الكتابة دليلا من أدلة إثبات الحقوق، إلا أنه على الرغم من عدم نصهم على ذلك، فإنّه تطبق قواعد الترجيح بين الشهادات على الأدلة الكتابية وهذا كقاعدة عامة، بالإضافة إلى قواعد أخرى استدعى تطبيقها الواقع العملي؛ كونها لا تتعارض مع المقررات الفقهية.

فإذا حصل تعارض بين الأدلة الكتابية سواء كانا محررين رسميين، أو محررًا رسميًا وآخر عرفيًا، أو محررين أحدهما معدًا للإثبات والآخر غير معد للإثبات، أم محررًا ورقيًا

(1) المرجع السابق، ص48.

(2) علم القضاء، الحصري، ج1، ص50.

رسميًا أم عرفيًا وآخر محرر إلكتروني رسميًا أم عرفيًا أو محررًا عرفيًا معد للإثبات ومحررًا آخر غير معد للإثبات، فعلى القاضي عند عرض النزاع عليه في واقعة قدمت فيها أدلة كتابية تعارضت فيها الأدلة، واستعصى المواءمة بينها أن يتبع قواعد الترجيح الآتية:

أولا: ترجيح المحرر الموثق على المحرر غير الموثق

التوثيق هو: تقييد وتدوين الموثق للمحررات في السجلات المعدة لها بعد التصديق عليها، واستيفاء الرسوم المقررة، وإثبات تاريخ ورقم القيد على المحرر، وختمه بخاتم قلم التوثيق[1].

فالأوراق –رسمية كانت أو عرفية– لها حجية في الإثبات يحددها القانون، وهي تتفاوت قوة وضعفا، وأقوى الأوراق في الإثبات هي الأوراق الرسمية، فهي حجة على الناس كافة، أما الأوراق العرفية المعدة للإثبات فقوتها أقل من قوة الأوراق الرسمية، إذ هي لا تنهض حجة إذا أنكرها من صدرت منه[2]، لأن القاعدة في تعارض طرق الإثبات تقضي بترجيح البينة الموثقة على البينة غير الموثقة[3].

فالأوراق الرسمية أقوى حجة من حيث التنفيذ من الأوراق العرفية، والأوراق العرفية المعدة للإثبات أقوى من المحررات العرفية الغير معدة للإثبات[4].

فالذي يسبق في إجراء التوثيق من المشترين هو الذي يملك حجز العين المباعة، وفي هذه الحال فإن المشتري الثاني قد اشترى ما اشتراه غيره، والبائع قد باع مالا يملك لذلك وجب على القاضي بعد التأكد من الوثيقة بشهادة الشهود عليه أن يراعي حق المشتري الأول[5].

وذلك بأنّ ما تم توثيقه لدى جهة معتمدة مخولة بالتصديق على المحررات، أو بالتصديق على الأدلة القضائية بشكل عام يرجح على المحرر الذي لم يوثق، وذلك لأن التوثيق يعطي المحرر قوة في ذاته ومن ذلك ما يلي:

---

(1) القانون رقم: (7) لسنة 2010م، بشأن التوثيق في الجمهورية اليمنية، المادة: (2).

(2) الوسيط في القانون المدني، السنهوري، ج2، ص107.

(3) التوثيق والإثبات لكتابة، مبارك جميل، ص280.

(4) القاضي والبينة، عبدالحسيب عبدالسلام يوسف، مكتبة العلا، ط1، الكويت، 1407هـ–1987م، ص486.

(5) المرجع السابق، ص509.

الفقرة الأولى: ترجيح العقد المسجل في السجل العقاري على العقد غير المسجل في السجل العقاري

السجل العقاري: هو مجموعة الوثائق التي تبين أوصاف عقار وتعيين حالته الشرعية والقانونية، وأوصافه الفنية، وتنص على الحقوق المترتبة له وعليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به، ويتألف من الملكية والوثائق المتممة له[1].

النظم المعاصرة في ظل وجود الدولة الحديثة أنشأت ما يسمى بالسجل العقاري لتدوين التصرفات الناقلة للملكية التي تجري على العقارات، فقد يتم تدوين تصرف ناقل للملكية جرى على عين في السجل العقاري، ولا يتم تسجيله في نفس السجل من قبل شخص آخر آل إليه عقار فيحصل تنازع على عقار أبرم فيه عقدان أحدهما موثق والآخر غير موثق.

فالعقد المسجل في السجل العقاري أقوى حجة من العقد غير المسجل، والذي تقضي به القواعد الفقهية أن مالك العقار إذا سجل باسمه وباعه من شخص آخر بعقد موثق توثيقًا رسميًا فإن هذا العقد ينقل ملكية العقار إلى المشتري دون توقف هذا النقل على تسجيله في السجل العقاري باسم المشتري، ونقول مع هذا بوجوب تسجيله في السجل العقاري ليحل محل مالكه الأول حسما للنزاع[2].

وسبب كونه أقوى حجة؛ لأنه يستند التسجيل العقاري على رسوم هندسية، أو خرائط تبين شكل العقار، ومساحته وحدوده وعلاماته المميزة له[3]، فالتحري والتحقق من صحة التصرفات والحقوق قبل القيد في السجل العقاري وأثنائه جعلت له قوة في الإثبات، ولكن إذا حصل نزاع على عقار باعه شخص على مشتريين، وتداعى المشتريان أمام القضاء هذا أدلى بوثيقته وهذا أدلى بوثيقته؟

---

(1) القرار الجمهوري بالقانون رقم: (39)، لسنة 1991م، بشأن السجل العقاري، المادة: (1).

(2) التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد جميل مبارك، مطبعة النجاح الجديدة،، ط1، الدار البيضاء– المملكة المغربية، 1421هـ– 2000م، ص280، 281.

(3) السجل العقاري اليمني، المادة: (4).

يمكن القول بالتعارض ما إذا باع العقار مالكه من شخص، ثم باعه من شخص آخر وبادر هذا الشخص إلى تسجيله باسمه قبل قيام الأول بالتسجيل ففي هذه الحالة يقدم حق الشخص الثاني على حق الشخص الأول بشرط أن يكون الشخص الثاني جاهلًا ببيع العقار من الشخص الأول، فإن كان عالمًا بذلك قدم حق الشخص الأول على حقه معاملة له بنقيض قصده؛ لأنَّ غرضه هو تفويت العقار على مشتريه الأول فكان جزاؤه فسخ بيعه وإعادة ملكية العقار إلى المشتري الأول، وهذا إذا لم ننظر إلى القيد في السجل العقاري على أنه حكم قضائي، فإذا قلنا: إن القيد في السجل العقاري حكم قضائي فعلى المشتري الثاني أن يعوض المشتري الأول عما فاته من تسليم العقار على توقيع عقوبة عليه جزاء له على ما فعل[1].

وفي هذ الحالة نكون أمام تزاحم عقدي بيع، وإن كان ما تم ذكره هو موقف الفقه القانوني بشكل عام، فما موقف القانون من ذلك؟

أ- تزاحم عقدي بيع في القانون اليمني:

لم ينظم القانون المدني الترجيح بين عقدي البيع عند تزاحم المشتريين، كما فعل في عقد الإجارة إلَّا أنَّ التطبيقات القضائية ساهمت في حل هذه الإشكالية، فقد نصت القاعدة رقم: (38) الصادرة من المحكمة العليا في الطعن رقم: (167) لسنة 1425هـ على ما يلي: "لا حجية للبيع الثاني للعقار المسجل بعد تقديم الدعوى وحدوث المنازعة بين طرفيها أمام القضاء بسبب العقد الأول بين البائع والمشتري الأول".

وجاء في حيثيات الحكم الذي صدرت بصدده القاعدة: "أما ما تمسك به الطاعن بصحة عقده اللاحق لتسجيله بمصلحة المساحة، والسجل العقاري، وأن العقد السابق خالف أحكام وقواعد السجل العقاري، فقول الطاعن هذا قد يكون له وجاهته إذ لم يكن ثمة خصومة قائمة منظورة أمام القضاء، ففي هذه الحالة ينتج التسجيل أثره وفقا للنص القانوني، أما إذا كانت هناك خصومة أمام القضاء وحضر فيها من يدعي التسجيل متدخلا أو خصما، فإن ما يصدر

(1) التوثيق والإثبات بالكتابة، محمد جميل مبارك، ص280، 281.

عن تلك الخصومة له حجيته الغالبة على أثر التسجيل، وأن الواضح من العقد الذي يتمسك به الطاعن أن قيده في مصلحة المساحة والسجل العقاري كان بتأريخ 1996/10/9م أي بعد تقديم الدعوى وحدوث المنازعة بين أطرافها بأكثر من سنة وعشرة أشهر، ولما كان الأصل في ابرام العقود حسن النية، فإنَّها تكون منتفية بالنسبة للطاعن[1].

فاتضح أن المحكمة العليا قد نصت في قاعدتها أنه لا عبرة بالعقد الثاني في عقد البيع حتى وإن خالف العقد الشروط الشكلية لإبرامه من تسجيله في السجل العقاري؛ لوجود منازعة بين البائع والمشتري الأول، إلا أن الملاحظ أن المحكمة العليا قد قررت أن القيد في السجل العقاري قد ينتج أثره إذا لم توجد خصومة قضائية، ولكن قانون التوثيق في المادة: (31) نص على أن المحررات الناقلة للملكية العقارية والرهن العقاري، فلا تكتسب الحجية أمام الكافة بتوثيقها بل لا تكون إلَّا بعد تسجيلها في السجل العقاري[2]، وعندئذٍ لا يجوز قيد الاتفاقات والتصرفات العقارية إذا تعارضت مع حقوق الغير الثابتة في السجل[3]، وبهذا يتضح أنه لابد من مراعاة درجات الحجية عند الترجيح.

ب- التزاحم في عقد الإجارة:

القاعدة: ترجيح العقد الموثق على العقد غبر الموثق.

لو أبرم أكثر من عقد إيجار واحد لنفس العين لمدة زمنية واحدة فلمن تكون الأولوية؟

في القانون اليمني على ما يلي: "لا يجوز إبرام أكثر من عقد إيجار واحد لنفس العين لمدة زمنية واحدة، وفي حالة المخالفة يقع باطلًا العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول، وإذا

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا في القضايا التجارية، إعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط2، المطبعة القضائية، صنعاء، العدد: (10) ص108.

(2) القانون رقم: (7)، لعام 2010م بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية، وزارة الشؤون القانونية، بدون ط، بدون ت، المادة: (31).

(3) قانون السجل العقاري، مجموعة التشريعات اليمنية، مكتب النائب العام، المكتب اليمني، بدون ط، بدون ت، المادة: (6).

التبس أو تعذر إثباته تكون الحجية للعقد الموثق"[1]، فهنا تواردت العقود على عين واحدة، والتبس أو تعذر الإثبات فإن الحجية تكون للعقد الموثق وتترجح على غير الموثق، وأصبح التوثيق هو الوصف والمزية التي رجحت بين العقدين، وما سار عليه القانون اليمني في هذه المسألة يعدُّ خروجًا على القواعد الفقهية التي اختطها عند الترجيح بين البينات في الحقوق الملكية، ويعدُّ هذا المرجح معيارًا في العقود المتشابه لعقد الإجارة، وأصلًا قانونيًا في الوقائع المشابهة له.

الفقرة الثانية: ترجيح المحرر المشهود عليه على غيره من المحررات

تتنوع المحررات المكتوبة، وتختلف درجاتها، وتتعدد الضمانات التي تزيدها قوةً، ومن ذلك أنَّ المحررات قد يكون مشهودًا عليها، وقد يكون غير مشهودٍ عليها، وهنا تساوت القيمة الإثباتية لكلا المحررين، ولكن الأمر يختلف عندما يكون هناك محررًا مشهودًا عليه، وآخر غير مشهود عليه، فيرجح المحرر المشهود عليه على المحرر غير المشهود عليه، وذلك أن ما يمكن العمل فيه بالأقوى لا يعدل فيه إلى الأضعف، وذلك إذا تعارض الأقوى مع الأضعف كأن تكون هناك وثيقة خالية من الإشهاد وتعارضها وثيقة مشهود عليها[2]، لذا فإنه يرجح المحرر المشهود عليه على المحرر غير المشهود عليه[3]، لقوته وشدة الوثوق به.

فالوثائق المذيلة بالشهادة أقوى في الإثبات من الوثائق المجردة عن الشهادة، وتقسيم الفقه الاسلامي الوثائق إلى وثائق مذيلة بالشهادة ووثائق مجردة عن الشهادة (الخط المجرد) شبيه بتقسيم القانون المحررات الى رسمية وعرفية، ووجهه الشبه بينهما: أن الوثائق المذيلة بالشهادة أقوى في الإثبات من الوثائق المجردة عن الشهادة فالأول بمنزلة المحررات الرسمية، والثانية بمنزلة المحررات العرفية[4].

(1) القانون رقم: (22) لسنة 2006م، بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، المادة: (13).

(2) التوثيق والإثبات بالكتابة، محمد جميل مبارك، ص322.

(3) التعليق على أحكام المحكمة العليا اليمنية، عبدالمؤمن شجاع الدين، ج8، ص335.

(4) المرجع السابق، ص330.

فالخط المجرد هو الذي يخلو من خاتم، أو أي صبغة رسمية[1]، فخلوها من الرسمية يقلل في الاعتماد عليها في الحكم والقضاء[2].

الفقرة الثالثة: الترجيح بإعمال قواعد الاختصاص الوظيفي

إذا حصل تنازع بين محرّرين رسمين موثقين متحدين تاريخا وزمانا فهنا في هذه الحالة على القاضي أن ينظر هل الموظف العام الذي قام بتحرير وتوثيق المحرر الرسمي الآخر مختص مكانيًا، وفي حدود سلطته، واختصاصه، كون قانون التوثيق اليمني، وقانون خطة العدالة المغربي قد حددا الحدود الجغرافية لكل موثق، فإذا كان القائم على تحرير المحررات والوثائق قد تجاوز حدوده المكاني، والآخر قام بتحرير العقد في حدود النطاق المكاني فإننا نرجح الأخير.

وكذا لو صدر قراران من خبيرين ينظر القاضي هل الآخر مختص وظيفيًا بإصدار قرار الخبرة، أم غير مختص، فغير المختص قراره مرجوح، والمختص قراره راجح، وهكذا.

وذلك؛ لأنَّه إذا تناقضت الأوراق فلتكن العبرة بالورقة ذات الاختصاص الوظيفي إذا لم يكن التناقض كبيرًا[3]، ومراعاة قواعد الاختصاص الوظيفي تعتبر نظرية عامة تقتضيها المصلحة العامة، لحسن سير العدالة.

الفقرة الرابعة: ترجيح الوثيقة المثبت تاريخها رسمياً على الوثيقة العرفية

أ – المراد برسمية الدليل

– لغة: رَسْمِيّ [مفرد] اسم منسوب إلى رَسْم: منتسب إلى الدولة وجاء على أصولها المقرّرة، ومنه الورقة الرَّسميَّة: ورقة يبيّن فيها موظَّفٌ عام أو شخص مُكلَّف بخدمة عامَّةٍ ما

(1) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الحميضي، ص439.

(2) المصدر السابق، ص443.

(3) التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، العلمي الحراق، دار السلام، ط1، 2005م، ج1، ص340.

تمّ على يديه أو بحضوره في حدود اختصاصه، والعُقود الرَّسميَّة: المحرَّرات الموثَّقة على يد الموثِّقين في حدود اختصاصاتهم[1].

– اصطلاحا هي: صدور الدليل من جهة عامة مخولة قانونا بإصداره أو اتخاذ إجراءات قانونية عند صدوره.

ب– أهمية العمل برسمية الدليل

اهتمت النظم المعاصرة بإضفاء الرسمية على أعمالها زيادة في الوثوق وحفظا للحقوق، وتسهيلا للإجراءات، فطرق الإثبات والأدلة القضائية قد تكون معدة مسبقا لدى جهة رسمية حكومية، مثل توثيق الديون، وإثبات التصرفات العقارية الناقلة للملكية أو إبرام العقود الواردة على المنفعة أو غير ذلك، وأحيانا يتم اعدادها مؤخرا في الوقائع المادية كتقارير الإصابات الجنائية والأضرار المادية، فإذا تعارضت الأدلة الكتابية، وكان أحدها صادرًا من جهة رسمية، والآخر صادرًا من شخص غير مكلف بخدمة عامة، وإنَّما هو موثق غير ّ ذي صفة، فالمحرر الكتابي الصادر من موظف مخول قانونا بتحريره يترجح على غيره من المحررات، وذلك لوجود وصف ومزية في المحرر الرسمي وهو زيادة الثقة بكاتبه وخُلُو محل الإبرام من أي نزاع لمروره بعدة مساطر وإجراءات، وهذه الثقة بصحة الدليل رجحته على غيره.

ومن ذلك التقارير الطبية الخاصة بنوعية الإصابة ومدى استقرارها، أو سريانها، وقدر نسبة العجز في العضو المصاب، فإنه يحق للجاني أو المجني عليه تقديم تقرير استشاري من مختص غير مكلف فإذا ندب القاضي خبير وأحضر الطرف الآخر تقريرًا متعارضًا، فإنَّ التقرير الصادر من ذي صفة، أو جهة الطب العدلية مقدم على غيرة لزيادة وصف في هذا الدليل الفني وهو الرسمية.

(1) معجم اللغة العربية المعاصر، أحمد مختار، ج2، ص891.

ج- تعارض رسمية الدليل مع غيره

إذا تعارضت يمينان أو نكولان، أحدهما خارج مجلس القضاء، وأحدهما في مجلس القضاء أثناء التقاضي وطلب أحد الأطراف اثبات ذلك، فإن اليمين أو النكول الذي صدر في مجلس القضاء يقدم؛ لأنَّ العبرة بحصوله أثناء التقاضي، وهذا الاشتراط هو نوع من الرسمية امتازت به إحدى اليمينين أو النكوليين، وعلى هذا بقية الأدلة كلما توافر فيها مزية الرسمية رجحت على غيرها عند انعدام جميع المرجحات؛ وذلك لأنَّ الرسمية مظنة الصدق وتورث طمأنينة في الدليل وزيادة ثقة فيه.

فالكتابة على اختلاف أشكالها والوانها، من محررات عرفية وعادية ليست على قدر واحد من الحجية، بل هي متفاوتة، ومضطربة، فالمحررات العرفية أقوى أشكال التوثيق كتابة[1]، فترجح البينة –الوثيقة– المثبت تاريخها رسميا على الورقة العرفية[2].

فإذا قُدّم أمام القاضي في قضية ما محررًا رسميًا وآخر عرفيًا فإن دور القاضي يكون محدودًا بالنسبة للمحررين، وذلك أن القانون أعطى المحرر الرسمي قوة ثبوتية أعلى من القوة الثبوتية للمحرر العرفي، وهذه القوة الثبوتية في المحرر الرسمي تقوم على أساس ما وضعه القانون من ثقة وأمانة في الموظف العام الذي صدر منه المحرر وهو الأمر الذي يقتضي منح حجية كاملة في الإثبات للمحرر الرسمي، بخلاف المحرر العرفي، الذي لا يتوافر فيه الضمانات التي تجعله في قوة المحرر الرسمي في الإثبات؛ فهو لا يتمتع بأي مظهر خارجي يقطع بصحة صدوره ممن وقعه.

فهو يتم تحريره من قبل الأشخاص العاديين وهو لا يتمتع بحصانة، فيتم إهداره بمجرد إنكاره وفي حالة إنكاره على مبرزه إحضار شهود مستنده بخلاف المحرر الرسمي فهو حجة ولا يطعن فيه إلا بالتزوير، فالمحرر الرسمي يتمتع بقوة ثبوتية تفوق المحرر العرفي؛ لإحاطة

(1) التعارض والترجيح في طرق الإثبات، الرجوبي، ص136.

(2) قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية، الزيدي، ص253.

القانون له بنسيج واقٍ لصحةِ مدلوله، ومن خلال ضرورة تنظيمه من قبل موظف عام مختص ضمن حدود اختصاصه الوظيفي المحدد قانونًا[1].

وقد نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (37) لسنة 1426هـ مدني أن ما يثبت بالكتابة لا ينفى إلا بالكتابة[2].

فما قررته المحكمة العليا هو جعل قوة ثبوتية معينة للأدلة الكتابية، لذا فإنّ الدليل الكتابي الرسمي الموثق رسميًا أمام موظف عام مختص في حدود اختصاصه الوظيفي يمتلك قوة ثبوتية تفوق بقية أدلة الإثبات المحدد قانونًا ولا يمكن دحض قوته الثبوتية إلا من خلال الطعن بالتزوير[3].

ثانيا: الترجيح بين المحررات من حيث التاريخ

عند تعدد المحررات أثناء الخصومة القضائية يبرز الدور الكبير للتأريخ سواء من حيث التقدم والتأخر، أو من حيث الإطلاق والتقيد، وبيان ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الوثيقة السابقة على الوثيقة اللاحقة

من ضمن المرجحات بين الأدلة الكتابية التاريخ فالوثيقة التي تحمل تاريخا متقدمًا هي الأولى والمقدمة وهذا المرجح أرساه الفقهاء، ومن ذلك ما أفتى به الإمام الرملي من فقهاء الشافعية، عندما سُئِل عن شخصٍ بيده مكان وادعى عليه شخص أنه اشتراه من زيد، وأظهر من يده مكتوبًا شرعيًا يشهد بالشراء، والتسليم ثابت محكوم به مع ثبوت الملك للبائع إلى حين صدور البيع، فأظهر المدعى عليه مكتوبًا شرعيًا يشهد له بشرائه له من منصوب شرعي عن ورثة زيد المذكور، والتسليم ثابت محكوم به مع ثبوت الملك لزيد المذكور إلى حين وفاته وثبوته للورثة إلى حين البيع من المنصوب المذكور، واتصل كل من المستندين ونفذ على حاكم شرعي؟ فأجاب: بأنه يقدم مستند الشراء السابق لزياد علم بينته؛ لأنها ناقلة، وبينة صاحب اليد

(1) المرجع السابق، ص264.

(2) القواعد القانونية والقضائية المدنية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، العدد: (8)، ص123.

(3) قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المدنية المتعارضة، الزيدي، ص254.

مستصحبة[1]، فهنا تم الترجيح بين المستندين عند تعارضهما بتقديم مستند أسبقية الشراء على مستند شراء صاحب اليد.

وكذا لو أنَّ رجلين ادعيا على امرأة أنهما تزوجاها، وأحضر كل منهم وثيقة صداقها، فإنَّه يحكم بأنَّها زوجة لمن تزوجها أولًا، ويعرف ذلك من مراجعة التاريخ المنصوص عليه في الوثيقتين المذكور فيه اليوم، والشهر، والسنة، والذي من خلال هذا التاريخ تم الترجيح بين الحجتين المتقابلتين[2].

وتطبيقًا لذلك فقد نص القانون المدني اليمني على ما يلي "فإذا ادعى اثنان الشفعة بأن ادعى أحدهما أنَّ شراءه متقدم للمتأخر يشفع المتأخر حكم للمبين منهما فإن بينا معا وأضافت البينة إلى وقتين مختلفين كانت الشفعة للأسبق منهما وقتًا"[3]، أي الأسبق تأريخًا فجعل تأريخ الشراء في الوثائق سببًا للترجيح، ونص الفصل: (458) من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "إذا لم تكن الحيازة ثابتة لأحد، وتساوت السندات رجح جانب من كان سنده سابقا في التأريخ"

لذا فإنّ الترجيح حتى بين المحرر الرسمي، والمحرر العادي يدق ويبقى محصورًا في إطار تاريخ المحررين، فالسابق يرجح على اللاحق.

الفقرة الثانية: الترجيح بثبوت التأريخ من عدمه في المحررات العرفية

المحررات العرفية قد يكون تأريخها ثابتا فيها وقد يكون غير ثابت، فيرجح المحرر العرفي ذو التاريخ الثابت على المحرر العرفي غير ذي التأريخ الثابت[4]، فالتاريخ له دورٌ بارزٌ في المحررات العرفية في مواجهة الغير من حيث التاريخ، إذ لا بد للمحرر العرفي من تاريخ ثابت، فإذا تعارض محرر عرفي ثابت التاريخ ومحرر عرفي غير ثابت التاريخ ففي هذه الحالة

(1) فتاوى الرملي، ج4، ص174.

(2) وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ابن معجوز، ص337.

(3) القانون المدني اليمني، المادة: (1312).

(4) قانون الالتزامات والعقود، الفصل: (458).

تكون الأولوية للمحرر العرفي ذي التاريخ الثابت، ولا يكون المحرر ثابت التاريخ إلَّا في الأحوال الآتية[1]:

-من يوم أن يقيد في السجل المعد لإثبات التاريخ لدى الجهة المختصة.

- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

- من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص مبين تاريخ تأشريته.

- من يوم وفاة أحد من لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمته أو من يوم يصبح مستحيلًا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه.

- من يوم وقوع أي حادث آخر يكو قاطعًا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

ونص على هذا المرجح صراحة القانون المغربي، ففي الفصل: (458) من قانون الالتزامات والعقود نص على ما يلي: إذا لم يكن سند أحد الخصمين ثابت التأريخ رجح جانب من كان لسنده تأريخ ثابت.

فما ورد في المادة المذكورة نص صريح في الترجيح بين المحررات المؤرخة وغير المؤرخة.

وهذا المرجح مأخوذ من الترجيح بين الدليل المقيد، والدليل المطلق غير محدد الوقت، وهو ما سنبينه عند الترجيح باليد.

الفقرة الثالثة: الترجيح بالقرائن في المحررات الكتابية

لا يشترط أن يكون الدليل الكتابي المعارض في درجة الآخر المُعَارض من حيث الحجية، ذلك أنه عندما يتعارض الدليلان الكتابيان فإن ترجيح أحدهما على الآخر يكون بما تتاح من أدلة، أو قرائن تعضد أحدهما دون الآخر.

فالترجيح بين الدليلين الكتابيين المتعارضين إنما يكون بالأدلة والقرائن الأخرى التي تعضد أحدهما دون الآخر، وقد يكون الدليلان الكتابيان من درجة واحدة من حيث الحجية كأن

(1) قانون الإثبات اليمني، المادة: (109)، وبنفس المعنى قانون الالتزامات والعقود المغربي، الفصل: (425).

يتعارض مستندان رسميان، وعندئذٍ فالترجيح بينهما أيضًا يكون بالقرائن التي تعضد أحدهما، وليس حتما ترجيح أسبقهما تاريخًا[1].

الفقرة الرابعة: الترجيح بالمعاينة بين المحررات الكتابية

اعتبر القانون اليمني المعاينة طريقًا من طرق الإثبات وهي أن تنظر المحكمة في الأشياء التي تفيد في إثبات الدعوى وتطلع عليها وتفحصها لكي تصل إلى الحقيقة في شأنها[2].

فإذا استند كل واحد من المتداعيين في أمر التصرف الوارد على عقار أو منقول إلى المحرر الرسمي الموثق الصادر من موظف طبقًا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه فيتطلب في هذه الحالة إجراء المعاينة وتطبيق المستندين على محل النزاع، ففي هذه الحالة إمَّا أن ينطبق أحد المحررين على المحل المتنازع فيه ويسقط الآخر، وهنا يتعين على القاضي تحرير محل النزاع ومعرفة انطباق المحررين على موضوع الدعوى بواسطة عدول مختارين من طرفي النزاع، محل الحق المدعى به، فإن انطبق أحدهما على محل النزاع كان الحكم به ولكن ليس من قبيل الترجيح؛ لأن الشرط في التعارض اتحاد المحل، وإنَّما من باب عدم تطابق الدليل مع الدعوى، وإن انطبق فعلى القاضي البحث عن قرائن أخرى تعضد أحد المستندين.

الفقرة الخامسة: الترجيح بالتعطيل وتفويت الملك في الوثائق

يجب أن تكتب وثيقة تفويت الملك خلف الملكية أو أسفلها وإن لم يمكن ذلك وجب أن تلصق بها، ولا يجوز فصل إحدى الوثيقتين عن الأخرى[3].

فإذا تطابق مستندان أدلى بهما طرفا الخصومة، وكل منهم يحكي الشراء، وكانا متفقين في التاريخ ففي هذه الحالة نلجأ إلى الوثيقة التي فيها تفويت الملك أو الوثيقة المعطلة، فالوثيقة

(1) تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي، الشرفي، ص219، 220، نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي، الحمادي، ص179.

(2) قانون الإثبات اليمني، المادة: (13)، (160).

(3) وسائل الإثبات، ابن معجوز، ص338.

التي تعتمد على وثيقة أخرى معطلة مضمونها، بأنه تم التصرف في المبيع على فلان، ترجح على الوثيقة الأخرى غير المعطلة.

الفقرة السادسة: ترجيح المحررات العرفية المعدة للإثبات على المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

الأوراق العرفية المعدة للإثبات أقوى من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات[1]، فالأوراق غير المعدة للإثبات مثل الرسائل لا تعد أصلًا للإثبات، فإن محررها لا يتوخى فيها غالبًا نفس الحيطة التي يتوخاها في تحرير الأوراق المعدة للإثبات[2]، فهي خاضعة لقناعة القاضي، ومن ثم فهي حجة ضعيفة، لا تزيد عن كونها موضع استئناس للقاضي في إصدار حكمه، وعليه يمكن القول إنها لا تقوى على مجابهة كثير من طرق الإثبات إذا ما عارضتها[3].

وعندما قسَّم شراح القانون الأوراق العرفية إلى قسمين: أوراق رسمية معدة للإثبات، وأوراق غير معدة للإثبات، ومن المرجح أن الهدف من هذا التقسيم هو، أنَّ الأوراق المعدة للإثبات تحرر بدقة، وعناية، على عكس الأوراق غير المعدة للإثبات، فإذا كتب شخص وثيقة، وهو يعلم أنَّه سيتم بها الإثبات يومًا ما فإنه يحررها بطريقة لا تسمح للطعن فيها، أما الأوراق غير المعدة للإثبات فإنها تحرر دون أن يقصد بها الإثبات لحظة تحريرها.

وهذا التقسيم يستلزم التفرقة بين النوعين من الأوراق في قوة الإثبات بأن تكون الأوراق المعدة للإثبات أقوى من الأوراق غير المعدة، وإلَّا لم يكن لهذا التقسيم أيُّ فائدة، ولكن القانون لم ينص على أنَّ الأوراق المعدة للإثبات أقوى من غير المعدّ له، ولا على ما يترتب على هذا التفاوت في القوة.

وقد كان من المتوقع أن يصرح الشراح الذين قسموا هذا التقسيم بتفوق الأوراق المعدة للإثبات على غير المعدة له في القوة الثبوتية، ثم يرتبوا على ذلك أثر التفاوت في القوة، بأن

(1) القاضي والبينة، عبدالحسيب عبدالسلام، ص486.

(2) عمدة المسير، حسين المهدي، ج4، ص65

(3) التعارض والترجيح في طرق الإثبات، الرجوبي، ص135.

يقولوا إن القاضي مخير بين قبول الأوراق غير المعدة للإثبات، وهو ملزم بالحكم وفق الدليل الكتابي في الأوراق المعدة للإثبات، ولكنهم لم يفعلوا فَعَرِيَ التقسيمُ الذي نصوا عليه في الأوراق العرفية عن الفائدة[1].

لذا فالقوة الثبوتية لما اختلفت بين النوعين من المحررات العرفية استلزم إعطاء الأولوية للمحرر المعد للإثبات، وذلك لتوفر فيه مزية الإثبات به، وهذه المزية تعدُّ مرجحًا.

المطلب الرابع: الترجيح بين الأيمان، والنكول عنها والترجيح بين الخبرات والقرائن في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

اليمين من المدعى عليه، أو ردها إلى المدعي، أو النكول عن اليمين بعد أن تقررت شرعًا كل ذلك يعد من أدلة الإثبات القضائية، وهذه الأدلة يجري فيها التعارض، وما تعارض إمّا أنْ يترجح أحدهما على الآخر أو يحصل تساقط، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: اليمين وردها

تعتبر اليمين وردها طريق من طرق الإثبات باتفاق الفقهاء، ومنصوص عليها في القانون اليمني في قانون الإثبات، والقانون المغربي في قانون الالتزامات والعقود، وباعتبار اليمين طريق من طرق الإثبات، فهي متعددة الأنواع ولكل نوع قوة معينة في الإثبات، الأمر الذي يتطلب بيان ماهية اليمين والترجيح بينها.

أولا: ماهية اليمين

بيان ماهية اليمين يستلزم تعريفها وبيان مدى حجيتها.

الفقرة الأولى: تعريف اليمين، وحجيتها

أ- تعريف اليمين

- لغة: تأتي في لغة العرب على وجوه يقال لليد اليمنى: يمين وتأتي بمعنى القوة والقدرة[2].

(1) التوثيق والإثبات بالكتابة، جميل مبارك، ص322.

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج13، ص461.

– اصطلاحا: تعددت تعاريف الفقهاء لليمين، ونظرًا لأهمية ذلك فإننا سنورد تعريفها عند كل مذهب على النحو الاتي:

عرفها الحنفية بأنها: عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك[1].

وعرفها المالكية بأنها: تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله تعالى أو صفته[2].

وعرفها الشافعية بأنها: تحقيق أمر غير ثابت ماضيًا كان أو مستقبلًا نفيًا أو إثباتًا ممكنا أو ممتنعًا صادقة كانت أو كاذبة مع العلم بالحال أو الجهل به[3].

بينما عرفها الحنابلة بأنها: توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص[4].

ب– حجية اليمين

تعتبر اليمين طريق من طرق إثبات الحقوق لما وردت به من آثار عديدة منها حديث: ما رواه الأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ قال: كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي شَيْءٍ، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ –ﷺ– فَقَالَ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»[5].

فالشاهد من الحديث أن النبي –ﷺ– جعل اليمين وسيلة دفع من المدعى عليه لقطع الخصومة.

وباعتبار اليمين طريقًا من طرق الإثبات، فإنَّها قد تتعارض فيما بينها، وقد تتعارض مع بقية طرق الإثبات، وتعارض الأيمان فيما بينها أو بينها وبين غيرها تناوله الفقهاء بالتأصيل والتأسيس ونصوصهم في ذلك معلومة ففي نهاية المطلب: تعارض اليمنين كتعارض

(1) البحر الرائق، الزيلعي، ج4، ص300.

(2) مختصر خليل، خليل، ص95.

(3) مغني المحتاج، الشربني، ج4، ص320.

(4) كشاف القناع، البهوتي، ج6، ص266.

(5) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه، حديث: (2669)، وصحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين، حديث: (221).

البينتين[1]، معنى ذلك أن اليمينين قد تتعارض كما تتعارض البينتان، ومادام هناك تعارض فلا يخلو الحال من ترجيحٍ، أو تساقط.

وفي التاج المذهب: إذا تعارضت البينتان أو اليمينان أو النكولان، وأمكن استعمالهما لزم...[2]، فاتضح من النصين المذكورين أن التعارض يسري في الأيمان كما يسري في البينات ومثلهما النكول، وأنَّ ما ينطبق على تعارض البينتين من قواعد ينطبق على الأيمان والنكول مع مراعاة خصوصية كل منهم في الأحكام التي ينفرد، وهذا أصل على القاضي مراعاته عند التعارض، ومن ذلك إذا كانت الدعوى في القتل فقد نص الإمام الشافعي في القسامة أن الدعوى تسمع مجملة والقاضي يستفسره[3]، فعند حصول التعارض قد يؤدي على التساقط، وقد يؤدي إلى ترجيح لتفرد كل منهما بقوة ثبوتية تفوق الآخر.

فكل يمين على الإثبات فهو على البت، واليمين على نفي فعله على البت أيضاً، وعلى نفي فعل غيره على نفي العلم[4]، والأصل في الأيمان أنها تكون للنفي[5]، وقد تأتي للإثبات، وعند مجيئها للإثبات فقد تتعارض مع بقية الأدلة الثبوتية، أمّا في حالة النفي فليس فيها ترجيح.

الفقرة الثانية: أقسام اليمين

الأيمان قسمان:

القسم الأول: أيمان تقع في غير المحاكمة.

وهذه يمكن إثباتها أمام القضاء بحصولها ممن صدرت عنه، إلَّا أنَّ اليمين غير القضائية لا تعتبر طريقًا من طرق إثبات الحقوق؛ لأنَّ العبرة في الأيمان وقوعها في مجلس الحكم.

(1) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص121.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج6، ص253.

(3) روضة الحكام وزينة الاحكام، الروياني، ص129.

(4) جواهر العقود، الأسيوطي، ج2، ص396.

(5) روضة الاحكام، الروياني، ص167.

القسم الثاني: أيمان تقع في المحاكمة، وهي نوعان[1]:

النوع الأول: يمين دفع في جانب المدعى عليه.

النوع الثاني: يمين إثبات وهي في خمسة مواضع: اللعان، والقسامة، ومع الشاهد الواحد في الأموال، ويمين المدعي إذا نكل المدعى عليه، ويمين الاستظهار، وهناك أيمان أخرى نص عليها بعض الفقهاء كالمالكية والزيدية كيمين التهمة، وغيرها لم نذكرها؛ لأنَّه ليس فيها شيءٌ يذكر وقوعه في المحاكمات من تعارض وترجيح، وهي مذكورة في مظانَّها[2].

ثانيا: صور تعارض الأيمان القضائية والترجيح بينها

الأيمان القضائية هي التي يتم أداؤها في مجلس الحكم في خصومة منظورة لدى القضاء، وذلك بعد سير الأطراف في إجراءات الدعوى ويعجز المكلف بالإثبات من إثبات ادعائه عندئذ يسير المدعى عليه في اليمين بعد طلبها من المدعي، إلا أنَّ هذه الأيمان لها صور متنوعة كل صورة منها تحكمها قواعد شرعية ونصوص فقهية، قد تتفق مع بعض، وقد تختلف، لذا لزم بيان ذلك التعارض فيما يلي:

الفقرة الأولى: أيمان اللعان

العلاقة الزوجية لها خصوصيتها المنبثقة من نصوص الشرع المطهر فهي، عقد بين طرفين أسماهما الشرع زوج وزوجة تحكمها الثقة المتبادلة بينهما إلا أنّ هذه الثقة قد يشوبها نوع من القصور، وضرب من الخيانة في قيام الزوجة بمعاشرة غير زوجها، فتنجب من هذه المعاشرة ولد، أو لا يحصل إنجاب فيعجز الزوج من إثبات ما اقترفته الزوجة، ولطخت به فراش الزوجية فشرع في حقهما اللعان.

(1) القواعد، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بـ: تقي الدين الحصيني (المتوفى: 829)، تحقيق، عبد الرحمن عبد الله الشعلان، جبريل محمد البصيلي مكتبة الرشد، وشركة الرياض، ط1، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1418هـ- 1997م، ج4، ص261.

(2) البهجة، التسولي، ج1، ص27، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص31.

أ- تعريف اللعان

اللعان هو: قول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به هذه من الزنا، فإن غابت سماها ورفع نسبها بما يميزها والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان هو من الكاذبين فيما رماها بهمن الزنا.

وإن كان ولد ينفيه بذكره في الكلمات فيقول: وإن الولد الذي ولدته أو هذا الولد من زنا ليس مني، وتقول هي: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، والخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيه[1]، وسمي باللعان لا بالغضب للعنه نفسه قبلها، والسبق من أسباب الترجيح [2].

ب- التعارض بين أيمان اللعان

الأيمان الصادرة من الزوج تثبت دعواها، ولعانها تنفي ما ادعاه فتعارضت يمين الزوجين، إلا أن اللعان لا يوجد فيه ترجيح إحدى اليمينين على الأخرى، وإنما بلعان الزوج يسقط عنه حد القذف وينتفي الولد، وبلعانها ينتفي عنها الحد وتكون يمينها دافعة عنها الحد، فإذا نكلت المرأة عن اللعان حُدت؛ لأن لعانه حجة لإثبات الزنا عليها[3]، ولهذا بدئ أولًا بأيمان الزوج لقوة جانبه ومكنت المرأة من أن تعارض أيمانه بأيمانها[4]، فإذا نكلت لم يكن لأيمانه ما يعارضها فعملت عملها وقواها نكول المرأة.

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج3، ص13، وحاشية الصاوي، ج2، ص657، ومنهاج الطالبين، النووي، 442، وكشاف القناع، الحجاوي، ج5، ص394.

(2) حاشية ابن عابدين، ج3، ص483، تبين الحقائق، الزيلعي، ج3، ص14.

(3) روضة الحكام، الروياني، ص172.

(4) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص313، 314.

الفقرة الثانية: تحالف المتداعيين

يعد تحالف المتداعيين من الوسائل التي تحسم النزاع بين أطراف الخصومة القضائية، واختلاف المتداعيين من تفاريع تعارض البينتين[1]، أي أن قواعد الترجيح بين البينتين تسري على المتعاقدين عند اختلافهما وتحالفهما، وبيان ذلك فيما يلي:

أ – تعريف التحالف

المراد بالتحالف هو: حلف المتعاقدين عند الاختلاف[2]، أي استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه[3]، فهي يمين الإثنين[4].

ب– أقوال الفقهاء في تحالف المتداعيين

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة والزيدية على أن للمتداعيين حين اختلافهما في العقود أن يتحالفا، وذلك إذا لم يكن لهما بينة، ولم يشهد الظاهر لأحدهما، أو كان لكل منهما بينة، أو اختلفا، أو أرختا في تاريخ واحد، ولكن اختلفوا على تعداد الأمور التي يكون فيها التحالف على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن تحالف المتعاقدين يكون عند الاختلاف في عين المبيع، أو نوعه، أو القدر، أو الجنس، أو الأجل، أو قدر الأجل، أو المكان[5].

القول الثاني: ذهب الأحناف إلى أنه لا يدخل في التحالف الاختلاف في الأجل والشرط والقبض؛ فلأنه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشتبه الحط والإبراء، ولكل من

---

(1) حاشية الجمل، الجمل، ج5، ص431.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ج7، ص218.

(3) المصدر السابق، ج7، ص219.

(4) حاشية ابن عابدين، ج5، ص559.

(5) مواهب الجليل، الحطاب، ج3، ص538، وحاشية الدسوقي، ج3، ص188، وتحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1415هـ – 1995م، ج2، ص313، الإنصاف، المرداوي، ج4، ص25، والتاج المذاهب، العنسي، ج2، ص523.

الفقهاء دليله ولكن لسنا بصدد عرض الأدلة، كونها خارجة عن محل الدراسة، والذي يعنينا هو الترجيح عند تحالف المتداعيين[1].

ج- الترجيح بين المتداعيين بعد التحالف

تبين من خلال التأمل والاطلاع عند أئمة الفقه أنه لا مجال لإعمال مدارك وقواعد الترجيح بعد تحالف المتداعيين فلا تترجح يمين أحدهما على الآخر لانعدام البينة، ولكن ينتج عن ذلك أثر التحالف وهو بحسب كل عقد، ففي عقد البيع يكون أثر التحالف فسخ العقد، وذلك لما جاء في الحديث "إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان"[2]، وهكذا فإن لكل عقد حكمه بعد تحالف المتداعيين.

د- أثر تحالف المتداعيين

عند تحالف المتداعيين على محل الدعوى فإن هذا التحالف ينتج أثره، ولكن هذا الأثر محل خلاف عند الفقهاء على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية المالكية والحنابلة الى أن الحاكم يفسخ محل التحالف، لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه قطعا للمنازعة[3]، وعند الزيدية أن العقد يبطل بينهما على فسخه أو يفسخه الحاكم[4].

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن العقد لا ينفسخ إذا تراضيا، وإن لم يتراضيا فيفسخانه، أو يفسخه أحدهما أو الحاكم[5].

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج4، 219، والبحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص221.

(2) مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ- 2001م، مُسْنَدُ الْمُكْثِرِينَ مِنَ الصَّحَابَةِ، مُسْنَدُ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْهُ، حديث: (4445).

(3) البحر الرائق، الزيلعي، ج7، ص220، وحاشية الدسوقي، ج3، ص188، والانصاف، المرداوي، ج4، ص25.

(4) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص523.

(5) منهاج الطالبين، النووي، ص234.

الرأي الراجح هو: أن المعقود عليه بعد التحالف ينفسخ برضا الطرفين، فإن امتنعا فسخه الحاكم.

الفقرة الثالثة: أيمان القسامة

سيكون الحديث عنها عند الحديث عن الترجيح بالقرائن، وتبين من خلال عرض صور الأيمان، أنها تتعارض ولكن عند التعارض يكون التساقط، ففي اللعان يفترق الزوجان ولا تترجح يمين أحدهما، وفي تحالف المتعاقدين ينفسخ العقد، ويترادان، ولكن باعتبار اليمين وردها والنكول عنها طريق من طرق الإثبات، فإنَّها وإن كانت لا تترجح أحدهما على الآخرى عند التعارض، ولكن قد تتعارض مع طرق الإثبات الأخرى، وهنا يكون الترجيح، وذلك لأنَّ التعارض بين طرق الإثبات كما مر سلفا نوعان: تعارض تنطبق عليه قواعد الترجيح، وتعارض لا تنطبق عليه قواعد الترجيح، فيكون الحكم هو سقوط طرق الإثبات أو غيره كل بابا بحسبه وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض الأيمان

أ – موقف القانون اليمني من تعارض الأيمان

اعتبر القانون اليمني اليمين طريقًا من طرق الإثبات[1]، واعتبر اللعان وسيلة من وسائل نفي النسب، وسبب للفرقة بين الزوجين[2]، فعد القانون اليمني اليمينَ، وردَها، واللعانَ أدلة قضائية.

ب– موقف القانون المغربي من تعارض الأيمان

اعتبر القانون المغربي اليمين طريقا من طرق الإثبات وجعل لها خصوصيتها المحددة[3]، واعتبر اللعان وسيلة من وسائل نفي النسب بالإضافة إلى الخبرة الطبية[4].

(1) قانون الإثبات اليمني، المادة: (13)

(2) قانون الأحوال الشخصية اليمني، المواد: (108، 109، 110، 111).

(3) قانون الالتزامات والعقود، الفصل: (406).

(4) مدونة الأسرة المغربية، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط المملكة المغربية، 2021م–2022م، المادة: (153).

ج- التعارض بين الأيمان

لم ينظم كلا القانونين تحالف المتعاقدين وبالنسبة لتعارض الأيمان في اللعان، فإنّ اللعان في كلا القانونين سبب لنفي الولد[1].

وبالمقارنة بين أقوال الفقهاء، وما ورد في القانونين؛ يتبين أن أثر التعارض ليس الترجيح، وإنَّما الفرقة بين الزوجين وانتفاء الولد.

الفرع الثاني: الترجيح بين النكول عن الأيمان

يعتبر النكول طريقًا من طرق الحكم ووسيلة من وسائل الإثبات، فإذا تقدم المدعي بدعوى ولم يكن له عليها بينة فليس له إلا يمين المدعى عليه، وحينئذ تتوجه اليمين على المدعى عليه لنفي دعوى المدعي فإذا رفض أداء اليمين كان هذا نكولا منه[2]، إلا أنه قد يحصل تعارض بين النكولين فعند حصول تعارض بين نكول المدعى عليه وبين نكول المدعي عند الرد فأي النكولين يرجح؟ وسوف يكون الحديث عن ماهية النكول، ومن ثم تعارض النكول.

أولا: ماهية النكول

الفقرة الأولى: تعريف النكول، وأقسامه

أ- تعريف النكول

يراد بالنكول أن يقول: "أنا ناكل"، أو يقول له القاضي: "احلف"، فيقول: "لا أحلف"[3]، فقول المدعى عليه لا أحلف[4]، أو إصرار المدعى عليه على السكوت عن جواب الدعوى[5]، يكون نكولا.

---

(1) لذا فقد قرر مجلس الاستئناف الشرعي ما يلي: "إذا تم اللعان يفسخ النكاح، ينتفي الولد، ويتأبد التحريم"، ينظر، الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المملكة المغربية، الحكم عدد: (13)، الصادر بتاريخ 13 شعبان عام 1363هـ الموافق: 3 غشت سنة 1944م في القضية رقم: (4896)، الحاكم فيها قاضي الرصيف بفاس، ص62.

(2) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الحميضي، ص433.

(3) منهاج الطالبين، النووي، ص579.

(4) معين الحكام، الطرابلسي، ص16.

(5) منهاج الطالبين، النووي، ص577.

ويقصد بالنكول عن الأيمان إذا توجهت اليمين وعدمت البينة، والنكول والحكم به ليس فيه نص من كتاب ولا سنة، وإنَّما أمر فعله الصحابة والتابعون رضي الله عنهم[1].

ب- أقسام النكول

ينقسم النكول إلى قسمين[2]:

القسم الأول: النكول حقيقة أن يقول المدعى عليه: لا أحلف.

القسم الثاني: النكول حكما، وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات ويسكت في كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلًا.

ج-حكم اليمين مع النكول

يمكن طرح إشكال مفاده؛ هل يشترط مع النكول يمين؟

القول الأول: عند الأحناف والزيدية يقضى بالنكول ولا ترد اليمين إلى المدعي.

وهو ما أخذ به قانون المرافعات اليمني في المادة: (167) إذ طلب المدعي يمين المدعى عليه ونكل عنها قضي للمدعي.

القول الثاني: عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يكفي النكول وأنه لا بد مع النكول من يمين المدعي قال ابن فرحون:" أن الدعوى إذا لم تقم عليها بينة ونكل المدعى عليه عن اليمين فردت اليمين على المدعي حلف واستحق حقه[3].

وقال النووي: وإذا نكل حلف المدعي قضي له، ولا يقضى بنكوله[4].

وقال ابن قدامة: إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوى جانبه، فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله[5].

---

(1) روضة القضاة وطريق النجاة، علي محمد أحمد المعروف بابن السمناني (المتوفى: 499هـ)، تحقيق، صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط2، 1404هـ- 1984م، ج1، ص271.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص19 و32، ومعين الحكام، الطرابلسي، ص16.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص231.

(4) منهاج الطالبين، النووي، ص579.

(5) المغني، ابن قدامة، ج10، ص211.

وبهذا يتضح: أنَّ الرأي الراجح ما عليه جمهور الفقهاء أنه لا يقضى بالنكول لوحده بل لابدَّ مع النكول اليمين.

الفقرة الثانية: قوة النكول

باعتبار النكول دليلا من الأدلة القضائية سواء مع اليمين أو مجردا عنها فهل النكول يعد في مقام الإقرار؟ حصل خلاف بيان الفقهاء، وبيان ذلك فيما يلي:

القول الأول: ذهب الأحناف إلى أنَّ النكول في مقام الإقرار جاء في المبسوط: "النكول قائم مقام الإقرار"[1].

القول الثاني: عند الشافعية يعد النكول كإقرار المدعى عليه قال النووي: واليمين المردودة –في قول– كبينة وفي الأظهر كإقرار المدعى عليه[2].

القول الثالث: عند المالكية والحنابلة النكول كإقامة البينة.

قال ابن فرحون: فالنكول سبب يقوم مقام الشاهد الواحد واليمين تقوم مقام الشاهد الآخر فتستحق بذلك حقه كما يستحق بالشاهدين[3].

وقال البهوتي: النكول كإقامة البينة على من نكل[4]. وهذا الخلاف في قوة الإقرار يؤثر في الترجيح ويكون له قوة في الترجيح عند التعارض وخصوصا في معارضة النكول بدليل يظهر بعده في حالة ما إذا تعارض النكول مع دليل قضائي ظهر بعد النكول.

الفقرة الثانية: الترجيح بين النكولين

موضع الدراسة من أحكام النكول هو الترجيح بينها عند التعارض وهو في حالة ما إذا توجهت اليمين إلى المدعى عليه فنكل، فردت اليمين إلى المدعي فنكل، فهنا تَعارض النكولان، –نكول المدعى عليه، ونكول المدعي– فهل يرجح نكول أحدهما على الآخر؟ على قولين:

(1) المبسوط، السرخسي، ج5، ص5.

(2) منهاج الطالبين، النووي، ص580.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص331.

(4) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص55.

القول الأول: ترجيح النكول الأول قال التسولي: النكول بالنكول تصديق للأول[1].

فنكول المدعي عن حلف اليمين تصديق للمدعى عليه في نكوله، فتعارض النكولان ووجدت قرينة دلالة الحال من المدعي، وهي لو كان صادقا في دعواه لحلف اليمين ردا بعد نكول المدعى عليه.

القول الثاني: لا يوجد ترجيح بين النكولين وإنما لا شيء للمدعي. قال ابن فرحون: فإن نكل المدعي عن اليمين فلا شيء له[2]، وأن امتناع المدعي من اليمين المردودة نكول يسقط حقه من اليمين[3].

إذا أقام المدعي على الدعوى شاهدًا فنكل الذي قام له الشاهد حلف الآخر؛ لأنَّ يمينه تكافئ شاهد المدعي فيسقط الطلب، فإن نكل المطلوب بعد رد اليمين عليه غرم؛ لأنَّ نكوله سبب ثانٍ يقوي دعوى الطالب[4].

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين النكولين

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بين النكولين

فنصت المادة: (13) إثبات على طرق الإثبات وذكرت: اليمين وردها والنكول عنها، ولم يشترط قانون المرافعات حلف المدعي عند نكول المدعى عليه، وإنما نص على ما يلي: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه ونكل عنها، قضي للمدعي[5].

ونصت المادة: (143) كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر الدعوى، فإن كان المدعى عليه حكم للمدعي بطلباته، وإن كان المدعي حكم برفض دعواه.

---

(1) البهجة، التسولي، ج1، ص251.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص331.

(3) آداب القضاء، الغزي، ص174.

(4) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص331.

(5) قانون رقم: (40)، لسنة 2002م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني وتعديله بالقانون، رقم: (2)، لسنة 2010م، وزارة الشئون القانونية، ط6، مادة: (176).

يتضح من النص القانوني: أنه عند تعارض نكول المدعى عليه مع نكول المدعي فإن دعوى المدعى ترفض، ورفض دعوى المدعي تعني تساقط النكولين وبقاء الحال على ما هو عليه.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بين النكولين

اعتبر القانون المغربي النكول وسيلة من وسائل الإثبات فنص في قانون الالتزامات والعقود في الفصل: (404) على اليمين والنكول عدهما من وسائل الإثبات.

أما قانون المسطرة المدنية المغربية في الفصل: (85) فلم ينظم النكول كما فعل في اليمين، ولم ينظما حالة التعارض ما بين النكولين، ولكن يمكن للقاضي عند تعارض النكول والترجيح بينه وبين بقية الأدلة الأخرى من الرجوع إلى الفقه المالكي، وبالمقارنة ما بين القانونين تبين بأنهما لم يخرجا عما رسمه الفقه من مسائل وأحكام تتعلق بهما مع قصور في القانون المغربي في تنظيم أحكام التعارض.

الفرع الثالث: الترجيح بين الخبرات

نظراً لتعدد القضايا المعروضة على القضاء وتنوعها وتشابكها قد تعرض على القاضي بعض المنازعات التي تشتمل على عناصر يعسر حلها، ويدق فهمها، فيلجأ القاضي إلى الخبرة، لكشف الغامض، وتوضيح المشكل، ليحكم في المنازعة المعروضة عليه بما يحقق العدالة إلا أن النزاع المعروض عليه قد يشتمل على تقارير متعددة أحياناً تكون متوائمة وهنا يلجأ القاضي إلى الجمع بينها، وأحياناً تكون هذه التقارير متناقضة متضاربة متعارضة يستعصي على القاضي الجمع بينها، فهنا يقع على القاضي عبء المفاضلة والترجيح بين هذه التقارير بناءً على قواعد للترجيح بين هذه التقارير، ومسألة الترجيح بين تقارير الخبراء ليست مسألة هينة سهلة، بل يكتنفها كثير من المصاعب والمعقدات كون بعض التقارير تشتمل على مسائل فنية تقصر ثقافة القاضي عن فهم كنهها، مما يؤدي إلى صعوبة الترجيح وذلك، لأن مقتضى كون تقارير الخبراء أدلة إثبات يتعين على القاضي استجواب الفنيين ومناقشتهم

في محتوى التقرير، فعملية المفاضلة والترجيح هي من صميم العمل القضائي، لذا سيكون الحديث عنه من خلال الآتي:

أولًا: ماهية الخبرة

باعتبار الخبرة من أدلة الإثبات القضائية فإنه يستلزم بيانها ومشروعيتها.

الفقرة الأولى: تعريف الخبرة ومشروعيتها

أ – تعريف الخبرة

الخبرة اصطلاحاً: هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي[1] فهي إجراء تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية في أي فرع من فروع المعرفة عن طريق أصحاب الاختصاص في مثل هذه الأمور ليتسنى للحاكم البت في مسائل فنية تكون محل النزاع[2].

ب– مشروعية الخبرة

وردت نصوص عدة تدل على مشروعية الخبرة منها: قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۗ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾[3].

قال ابن كثير: وقوله تعالى: يَحْكُمُ بِهِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ. يعني أنه يحكم بالجزاء في المثل أو القيمة في غير المثل عدلان من المسلمين [4].

(1) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، محمد الزحيلي، دار الفكر، ط2، دمشق، 1423هـ– 2002م، ص444.

(2) الخبرة في المواد المدنية والتجارية، علي عوض حسن، دار الفكر الجامعي، دون ط، الإسكندرية– مصر، دون ت، ص372.

(3) سورة المائدة، الآية: 95.

(4) تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير (المتوفى: 774هـ)، تحقيق، محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط1، بيروت، 1419هـ، ج3، ص173.

وما رواه البخاري ومسلم عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: «أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنِفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»[1].

قال النووي -رحمه الله تعالى-: أن النبي -ﷺ- فرح لكونه وجد في أمته من يميز أنسابها عند اشتباهها ولو كانت القيافة باطلة لم يحصل بذلك سرور[2]، ويكفي ما ذكر على مشروعية الخبرة ولسنا بصدد بيان صحته وإنما بيان الترجيح بين التقارير الصادرة عن الخبراء وكيفية الترجيح بين هذه التقارير المتعارضة باعتبارها دليلا من أدلة الإثبات.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين تقارير الخبرة

تقارير الخبراء لا تعدوا أن تكون عنصرا من عناصر الإثبات التي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع والذي له الحرية الكاملة في تقدير القوة التدليلية لتقارير الخبراء، وسلطة المفاضلة بينها ولكن لا بد من توافر شروط في الترجيح بين تقارير الخبراء وهي كما يلي:

أ-اتحاد الوقت

ففي منحة الخالق عند حديثه عن تعارض الشهود، وإنَّما التعارض إذا قامتا في وقتٍ واحدٍ من غير تعرض للبعدية[3]، فلا تناقض بين دليلين فنيين متواليين في الزمن؛ لأنَّ المدى الزمني يسمح بالتفاوت[4]، وعلى القاضي مراعاة ذلك خصوصا في وقائع الاعتداء على الأشخاص، وتقدير سن المتهم، ففي الغالب أن تتضارب التقارير في تحديد السن لاختلاف الأوقات المعد فيها التقارير.

(1) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب العمل بالقائف، حديث: (6770)، وصحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف، حديث: (1459).

(2) المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، ط2، بيروت، 1392م، ج10، ص18.

(3) منحة الخالق، ابن عابدين، ج6، ص314.

(4) الخبرة في المواد المدنية والتجارية، علي عوض حسن، ص217.

ب – مراعاة الأوضاع الشكلية والموضوعية

فلا من مراعاة الإجراءات الشكلية والموضوعية المقرر قانونا، فقد اشترط القانونان محل الدراسة عند حديثهما عن الخبرة شروطا يتطلب مراعاتها من قبل الخبير والقاضي.

ثانيا: ضوابط الترجيح بين تقارير الخبراء

قد تعرض الواقعة المتنازع عليها على المحكمة، ويكون مطروحًا فيها أكثر من تقرير صادر عن خبير واحد، أو من خبراء متعددين، فقد يكون هناك تعارض ظاهري صفته الأمر البين تعارضًا فهنا يتعين على القاضي المواءمة بين التقارير، والجمع بينها لإزالة هذا التعارض، ولكن قد لا يتأتى الجمع فيحصل تعارض بين النتائج التي توصل إليها الخبراء وهنا على محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير القوة التدليلية للتقارير والمفاضلة بينهما، ومن ثمَّ الترجيح بناءً على قواعد منطقية، وأسس علمية، يبينها عند تسبيبه للحكم، لأنَّ العملية القضائية في الترجيح بين تقارير الخبراء ليست مجرد موازنة عددية أو مفاضلة غير مستمدة لمعايير فقهية، أو قانونية، ليؤخذ منها القاضي ما ترجحت كفته، وما يترك ما عداه، بل المسألة تحكمها قواعد تكون كافية لأخذ تقرير وترك ما عداه، هذه القواعد هي ما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الخبرة العلمية على الخبرة الاجتهادية

فالخبرة العلمية التجريبية القائمة على دارسات وأبحاث واختبارات متعددة مستقرة تحت إشراف مراكز علمية موثوق بها حصل إجماع علمي في الأخذ بها والاعتماد عليها مقدمة على خبرة اجتهادية تعتمد على الذكاء، والحدس، والتجربة، والمراس ومعرفة الظواهر، والاستدلال بقرائن الأحوال، وربط النتائج بالمقدمات وذلك لأنها قد تخطئ وقد تصيب وتكون الخبرة محل نظر وذلك كخبرة صادرة في مسائل الحمل اعتمدت على فحوصات مخبرية، وأخرى على اعتمدت على تقرير قابلة أو قوابل معتمدة في ذلك على انتفاخ البطن وغير ذلك فلا شك أن الفحوصات المخبرية والأشعة التلفزيونية أرجح عند التعارض، وكخبرة اعتمدت في نفي النسب أو إثباته على تقرير خبير اعتمد على فحوصات الحمض النووي، فإنَّه يُقدم على قول القائف الذي اعتمد على الأشباه الظاهرة والعلامات البارزة.

فالخبرة العلمية القائمة على أصول فنية، وحقائق علمية ثابتة، تتمتع بقوة تدليلية تفوق الخبرة الاجتهادية.

الفقرة الثانية: الترجيح بالتخصص المباشر للخبير في مجال الخبرة

من أهم أوجه الترجيح التخصص المباشر للخبير في مجال الخبرة، مثلاً يرجح تقرير خبير الأسلحة وكذا خبير الذخائر في بيان نوع المقذوف "الطلقة" على تقرير الطبيب الشرعي، كما يرجح التقرير الرسمي الصادر عن الجهة الرسمية المختصة على التقرير الذي يصدر من جهة خاصة، ويرجح التقرير الصادر عن الخبير المختار من الطرفين على التقرير الصادر عن الخبير المختار من طرف واحد، ويرجح التقرير الصادر عن الخبير المكلف من القاضي على التقرير الصادر عن الخبير الذي يستعين به الخصوم[1].

ومن الإشكالات في القضاء الجنائي تعارض تقارير الخبراء في تحديد نواتج إطلاق الأعيرة النارية من الظرف الفارغ، والمقذوف، والبارود المحترق، والغازات التي يمكن من خلالها معرفة مسار الإطلاق الناري، ومسافة الإطلاق ومكان الإطلاق، ونوع السلاح المستخدم، فقد يتعارض تقرير خبير الأسلحة، مع خبير المقذوفات النارية، فهنا نرجح تقرير كل واحد منهما فيما هو داخل في اختصاصه، وذلك لزيادة علمه فيما هو مختصٌ فيه.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة العليا اليمنية في الطعن رقم: (27608) لسنة 1428هـ جزئي على ما يلي في القاعدة رقم: (61) يتم تحديد عيار المقذوف الناري لتقرير خبير الأسلحة العيار للمقذوف لا يكون إلا عبر خبير الأسلحة، وليس الطبيب الشرعي فيعرض عليه المقذوف الناري المستخرج من جسم المجني عليه لتحديد العيار[2]، فتبين أنّ المحمة العليا راعت الاختصاص الوظيفي، وأنّه عند التعارض يرجح تقرير المختص على غيره.

---

(1) التعليق على بعض أحكام المحكمة العليا في اليمن، عبد المؤمن شجاع الدين، دار الكتب اليمنية، مكتبة خالد بن الوليد، ط1، صنعاء، اليمن، 1442هـ - 2021م.ج 6، 185.

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا الصادر من الدائرة الجزائية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، ط2، صنعاء، اليمن، 2014م- 1435هـ، العدد: (9)، ص185- 188.

الفقرة الثالثة: تعيين خبير ثالث

إذا تعدد الخبراء ثم اختلفوا في الرأي أو اختلف المقومان أو اختلف القائفان، فللقاضي أن يعين خبيراً ثالثا ليعمل بقوله[1]، ويكون رأي هذا الخبير مرجحًا، فإذا ختلف أهل الخبرة في تقدير العوض فعلى القاضي أنْ ينظر إلى أقرب تقويم إلى السداد وللوصول إلى ذلك[2]، وعليه أن يسأل غيرهم ممن لهم بصر أكثر في الأمر حتى يتبين له السداد[3].

الفقرة الرابعة: الترجيح بالكفائة العلمية

قد تتكافأ تقارير الخبراء فهنا على القاضي الترجيح بالمستوى الرفيع الذي يحتله الخبير في مراتب الخبرة من أجهزة علمية متطورة غير متوفرة لدى الأول[4].

فليست جميع أبحاث الخبراء على ذات الدرجة من الوثوق في القوة الإثباتية، فإذا كان بعضها يحمل في ثناياه الجزم واليقين فإن بعضها الآخر يظل في دائرة الاحتمال[5].

فإذا تعارض تقريران من خبيرين، وأحدهما يمتلك أجهزة علمية متطورة والآخر أجهزة قديمة أو غير متطورة، فإننا نرجح التقرير الصادر من الخبير ذي الأجهزة المتطورة؛ وذلك لقلة احتمال الشكوك فيها، وزيادة درجة الوثوق بها.

الفقرة الخامسة: الترجيح بأحوال الدعوى ووقائعها وملابساتها

إذا كان القاضي لا يستطيع برأيه المنفرد أن ينشئ دليلاً فنياً إلا أنه يمكنه بشتى الوسائل المقامة ومن خلال مدركاته العقلية والذهنية أن يقرر صحة أو فساد التقرير الفني[6].

---

(1) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، محمد الزحيلي، ص445.

(2) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، محمد بن المدني بوشاق، اشبيليا، ط2، الرياض، 1428هـ- 2007م، ص257، 258.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص84.

(4) الجرائم الجسيمة وإثباتها مع مبادئ أصول علم الأدلة الجنائية في مجال ثباتها، أبوبكر عبد اللطيف عزمي، دار المريخ، دون ط، الرياض، السعودية، دون ت، 1415هـ- 1995م، ص174.

(5) الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فنا وقانونا، غازي مبارك الذنيبان، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2005، ص98.

(6) المرجع السابق، ص395.

والقاضي عندما يقوم بعملية الموازنة، أو المفاضلة بين تقريرين مختلفين فإنه لا يوازن بينهما من الناحية العلمية أو الفنية، وإنَّما من الناحية الواقعية، أي أنه يرجح أحدهما على الآخر عندما يراه مؤيدا بوقائع الدعوى[1].

فقد تتعارض أدلة الخبرة الفنية التي تنتدبها محكمة الموضوع تحقيقاً لواقعة الدعوى مثل تقارير الطب الشرعي الفنية أو تقارير المعامل المخبرية، فإذا كان تقرير الخبير الفني الذي تنتدبه المحكمة في القضية فقد أثبت أن عقد القرض ضرورة على المقترض من المصرف، ولم يوقعه المدعى عليه مع تقرير خبير استشاري قدمه المصرف الخصم المدعي بأن العقد صحيح فإن على المحكمة أن ترجح تقرير الخبر الذي تدل أحوال الدعوى على أنه الأرجح من حيث الدلالة والإقناع لكونهما متعادلين في درجة السببية مبينة في حيثيات قضائها أسباب ذلك الترجيح[2]، فعملية المفاضلة بين التقارير لا تكون بين تقارير الخبراء المعينين فقط، وإنَّما تكون بينهم وبين تقارير الخبراء الاستشاريين، وقد يتمحض الأمر في النهاية أن تأخذ المحكمة بالتقرير الاستشاري دون تقرير الخبير المعين، فقد ترى المحكمة من خلال مناقشة الخبيرين وتفاصيل الدعوى ووقائعها وملابساتها أن رأي الخبير الاستشاري أصح وأوثق فتطمئن إليه وترجحه على تقرير الخبير المعين[3].

وتطبيقاً لذلك فقد قررت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (97) طعن رقم: (28041) لسنة 1428هـ على ما يلي: تقدير رأي الخبير والفصل فيما يوجه على تقريره من اعتراضات إن وجدت مما يختص به قاضي الموضوع وله في حدود سلطته التقديرية أن يأخذ بما يطمئن

(1) الخبرة الفنية، الذنيبان، 313، أحال على النظرية العامة للإثبات، هلالي عبد الإله، ص1371.

(2) نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي، الحمادي، ص183.

(3) الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، محمد أحمد عابدين، دار الفكر الجامعي، بدون ط، الإسكندرية، بدون ت، ص20.

إليه وعدم الموافقة على رأي الخبير يجب أن يكون مسبباً[1]، وهذا التسبيب هو بيان المرجح الذي جعل القاضي يعدل عن تقرير الخبير.

الفقرة السادسة: الترجيح بالأعدل عند اختلاف المقومين في التقويم

أما إذا اختلف المقومون في تقويم المبيع، أو تقويم الضرر، أو تقويم المال المسروق، ولم يوجد مرجح فإنه يقضي بالمرجح الأعدل.

والرجحان في التقويم عند المالكية يقضي بأعدل البينتين ممن له تبصرة بالعيوب[2].

وإذا اختلف الخبراء العدول ممن لهم بصر بالعيوب في تقويم المبيع أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة إلى الجميع أي منتزعة منه نسبتها إليه بالسوية، فمن القيمتين يؤخذ نصفهما ومن الثلاث ثلثهما، ومن الأربع ربعهما، ومن الخمس خمسهما، وهكذا.

وضابطه: أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها إليه نسبة الواحد إلى عدد تلك القيم وذلك لانتفاء الترجيح[3].

الفقرة السابعة: يرجح تقرير الخبير المثبت على النافي

إذا اختلفت تقارير الخبراء في وجود الداء وعدمه قدم المثبت على النافي، ففي شرح منتهى الإرادات، وإن اختلفا_ الأطباء_ بأن قال أحدهما بوجود الداء والآخر بعدمه قدم قول المثبت على قول ناف، لأنه يشهد بزيادة لم يدركها النافي[4]، فهنا تعارض دليل النفي والإثبات في مجال الخبرة بين خبيرين فترجح جانب المثبت من الخبراء على النافي.

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، المكتب الفني، العدد: (9)، ص265.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص80.

(3) خيارا المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، دار المسير، ط، 1، الرياض–المملكة العربية السعودية، 1418هـ– 1997م، رسالة دكتوراه جامعة محمد بن سعود، ص276، 277.

(4) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص602.

ثالثا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالخبرة

الفقرة الأولى: الترجيح بالخبرة في القانون اليمني

اعتبر القانون اليمني الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات[1]، وعالج مسألة الترجيح فيه عند التعارض بين تقارير الخبراء وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ-الترجيح بتعين خبير ثالث

نص قانون الإثبات في المادة: (165) على ما يلي: "يجوز أن يتفق الخصوم على خبير عدل مرجحا أو أكثر تعينهم المحكمة بناء على طلبهم، كما يجوز أن يختار كل من الطرفين خبيرًا عدلًا مرجحًا على أن تختار المحكمة عدلًا مرجحًا".

ويتضح من النص القانوني على أنه عند تعدد الخبراء فللقاضي الترجيح بخبير ثالث بناء على اختيار الأطراف، أو القاضي، وهذا الخبير بطبيعة الحال لا ينشئ رأيًا منفردًا، وإنّما ينظم إلى أحد الخبيرين بعد أن يعزز رأيه بما انتهى إليه، والخبير المرجح يكثر عند تعارض تقارير الخبراء، وتطبيقًا لذلك فقد قررت محكمة استئناف الحديدة في واقعة خيانة أمانة تتعلق بحسابات بين المتهم والمجني عليه عين كل منهما محاسبا أثناء نظر القضية أمام المحكمة الابتدائية -والتي قررت المحكمة تكليف محاسب مرجح- واعتبرت محكمة الاستئناف تقرير المحاسب المرجح هو الفاصل بينهما[2].

ب-الترجيح بالسلطة التقديرية للقاضي

نصت المادة: (210) من قانون الاجراءات الجزائية على ما يلي: (للخصوم الاستعانة بخبير استشاري وطلب تمكينه من الاطلاع على الأوراق وسائر ما سبق تقديمه للخبير المعين.

ونصت المادة: (211) على أنه إذا تعدد الخبراء ولم يصلوا إلى رأي مشترك قدم كل منهم تقريراً منفصلاً ونصت المادة: (216) لا يكون تقرير الخبير ملزماً للنيابة العامة أو المحكمة ولكن قرار عدم الموافقة على التقرير يجب أن يكون مسبباً.

---

(1) قانون الإثبات المادة:(13).

(2) الحكم الجنائي غير الجسيم رقم: (30) 1435هـ- 2011م غير منشور.

ونصت المادة: (173) إثبات على ما يلي: للمحكمة أن تأخذ لتقرير الخبراء أو الخبير الذي تطمئن إليه مع بيان الأسباب إذا خالف التقرير الذي أخذت به تقريراً آخر.

وهذه الأسباب غالباً ما تكون عبارة عن مرجحات للتقرير الذي يأخذ به القاضي[1].

وهنا على المحكمة استعمال السلطة التقديرية لها في الترجيح بين التقارير.

وتطبيقا لذلك نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (11) طعن رقم: (27471) لسنة 1427هـ على ما يلي: تقدير آراء الخبراء وقوتها الإثباتية مرجعة لمحكمة الموضوع، وما تعول عليه المحكمة فيما قضت به في حكمها أمر يتعلق بسلطتها في تقرير الدليل، ولا معقب عليها[2].

فتبين أنه عند تعدد التقارير عن موضوع واحد فإن للمحكمة أن ترجح بينها وأن تأخذ ما تطمئن إليه وترفض الآخر مع بيان الأسباب[3]، وأنه ستعمل في ذلك سلطته التقديرية.

الفقرة الثانية: الترجيح بالخبرة في القانون المغربي

في قانون المسطرة المدنية اعتبرت الخبرة اجراء من إجراءات التحقيق، ونصت المسطرة المدنية في الفصل: (66) على ما يلي: "إذا اعتبرت المحكمة أن الخبرة يجب ألَّا تقع عن خبير واحد فإنها تعين ثلاثة أو أكثر حسب ظروف القضية".

يقوم الخبراء بأعمالهم مجتمعين ويحررون تقريرًا واحدًا، فإذا كانت آراؤهم مختلفة بينوا رأي كل واحد والأسباب المساندة له مع توقيعه من طرف الجميع.

لا تلزم المحكمة بالأخذ برأي الخبير المعين ويبقى لها الحق في تعيين؛ أي خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع".

(1) التعليق على بعض أحكام المحكمة العليا في اليمن، عبد المؤمن شجاع الدين، العدد:(6)، ص185.

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد: (9)، ص39.

(3) نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد، نصر فريد واصل، دار الشروق، دون ط، 1422هـ- 2002م، ص164.

تحليل النص القانوني: يتضح من نص المسطرة المدنية أن تعين الخبير في الواقعة المعروضة أمامه يرجع لسلطة القاضي التقديرية وهو بين أمرين إما خبير واحد أو ثلاثة، ولم يخول النص القانوني للقاضي تعين خبيرين وذلك لأنه قد يتعارض التقريران الصادران من قبلهما فيتعذر الترجيح، فوجود الثلاثة باعتبار الخبير الثالث مرجح عند اختلاف التقريرين، فيكون الترجيح بناء على تقرير أحدهما إذا انضم اليه آخر، وتطبيقًا لذلك فقد قرر القضاء المغربي ما يلي: "إنَّ الخبرة غير ملزمة للمحكمة وإذا تعددت الخبرات فللمحكمة في إطار سلطتها التقديرية اختيار الخبرة التي تراها"[1]، وعللت المحكمة في قرارها بقولها: وقد وازنت المحمة بين الخبرتين المأمور بهما وانتهت إلى القول باعتماد الخبرة الثلاثية الثانية لاقتناعها بأنَّ ماورد هو الحل المناسب للنزاع[2].

وبالمقارنة بين القانونين نجد أنهما قد اتفقا على الترجيح بتعين خبير ثالث، واعتبار قراره مرجحًا عند التنازع، واختلاف التقارير.

الفرع الرابع: التعارض والترجيح بين القرائن

تعتبر القرائن من الأدلة القضائية الأكثر استعمالا في إثبات الحقوق وخصوصا في المجال الجنائي والنزاعات خصوصا مع التقدم التقني العلمي، مع وجود خلاف في بعض الجزئيات خلاف فيها كما سنورده في حينه، ولبيان الترجيح بين القرائن عند تعارضها يستلزم بيان ماهية القرائن ثم بعد ذلك الترجيح بين القرائن عند تعارضها.

(1) مجلة قضاء المجلس الأعلى، مجلس الأعلى، بدون ط،2003م، العدد: (62)، السنة 25، القرار عدد: (478) المؤرخ في: 07/15/ 97، الملف العقاري عدد: /92/6185، ص18.

(2) المصدر السابق، ص110.

أولًا: ماهية القرينة

الفقرة الأولى: تعريف القرائن ومشروعيتها

أ- تعريف القرينة

-القرينة لغة: قال في الصحاح: قرنت الشيء بالشيء: وصلته به، والقرين المصاحب[1].

وفي التعريفات: القرينة فعيلة بمعنى المفاعلة مأخوذ من المقارنة، والقرينة إما حالية، أو معنوية، أو لفظية[2].

وفي اصطلاح الفقهاء: كل أمارة ظاهرة تقارن شيئا خفيًا فتدل عليه[3]. فتسمى قرينة. وتعرف أيضا بأنها: الأمارة التي نص عليها الشارع، أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهاداتهم، أو استنتجها القاضي من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال[4].

ب- حجية القرائن

اختلف الفقهاء في مشروعية القرائن في الإثبات ومدى حجيتها في ذلك كما حصل خلاف في مواطن إعمال القرائن، هل يعمل بها على الإطلاق في جميع المنازعات أم تظل قاصرة على الأموال فحسب؟

الذي عليه جمهور أهل العلم أن القرائن تعتبر طريقًا من طرق الحكم ووسيلة من وسائل الإثبات[5]، فالقرائن الظاهرة والأمارات لها أثر في الأحكام الشرعية لذا يجب مراعاتها[6]. وهذا ما أخذ به القانون اليمني والقانون المغربي، فقد ورد في المادة: (13) من قانون الإثبات أن

(1) الصحاح، الجوهري، ج6، ص2181، 2182.

(2) التعريفات، الجرجاني، ص152.

(3) المدخل الفقهي العام، أحمد الزرقا، ج2، ص918.

(4) القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، أنور محمد دبور، دار الثقافة العربية، بدون ط، القاهرة، 1405هـ، ص9.

(5) حاشية ابن عابدين، ج5، ص354، والطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص304، وتبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص383.

(6) القاضي والبينة، عبدالحسيب، ص458.

طرق الحكم القرائن طريقة من طرق الحكم، وكذا نص عليها الفصل: (404) من قانون الالتزامات والعقود.

الفقرة الثانية: أنواع القرائن:

للقرائن صور متعددة، وتختلف قوة وضعفا، وتعدد صورها يدل على تفاوت درجاتها قوة وضعفا وهي:

أ – القرينة القاطعة

والمراد بها وهي: الأمارة البالغة حد اليقين[1]، أو هي القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به.

مثاله: لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف، فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنسانًا مذبوحًا بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج، فإنه يؤخذ به وهو ظاهر، إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله، والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط، أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذا لم ينشأ عن الدليل[2].

ب– القرينة المرجحة

أحيانا تكون القرينة دليلًا مرجحًا بما معها ومؤكدة ومقوية له، كالوصف الصحيح في تنازع المؤجر والمستأجر في كنز في وسط الدار فكلاهما صاحب يد، والوصف رجح أحدهما، والصلاحية في الاستعمال عند تنازع الزوجين في متاع البيت، فكلاهما صاحب يد، ويرجح قول كل منهما فيما يصلح له، وذلك جميع الحالات التي اعتبر الشارع فيها قول صاحب القول لقرينة مصاحبة يراها الشارع أو الفقيه كالشفقة في الوصاية والأمانة في الوديع والعلم المستفاد من هذه القرائن أقوى بكثير من الظن المستفاد من مجرد اليد[3].

---

(1) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج4، ص487.

(2) حاشية ابن عابدين، ج5، ص354.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص383، والطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص304، 311، وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج1، ص494، والقرائن ودورها في الإثبات، دبور، ص97.

وكذا الوسائل العلمية الحديثة فقد تكون مرجحًا لإحدى الدليلين عند التنازع وسنوضح ذلك عند الحديث عنها في موطنها.

ج- أن تكون دليلًا مرجوحًا فلا تقوى على الاستدلال بها وهي مجرد احتمال وشك فلا يعول عليها في الإثبات وتستبعد في مجال القضاء كاليد إذا قارنها دليل أو قرينة أقوى من اليد في حالة من يحمل عمامة وعلى رأسه عمامة وآخر يعدو وراءه حاسر الرأس، ولا عادة له في ذلك فتتقدم هذه القرينة على يد الخاطف، وكذلك اليد مع الشهادة تصبح ضعيفة والنكول مع الشهادة، ومن هذا النوع الحدس الضعيف والظن المرجوح والأمارة البعيدة وغير ذلك مما يستبعد عند النظر في الدعوى[1].

ثانيا: تعارض القرائن والترجيح بينها

القرائن كغيرها من الأدلة القضائية قد تتعارض وقد يكون هذا التعارض يعسر المواءمة بينه وهنا يتعين الترجيح ونبين ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: تعارض القرائن

تواردت نصوص الفقهاء في تعارض القرائن، منها ما قاله ابن العربي: "على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت فما ترجح منها قضي بجانب الترجيح، وهو قوة التهمة ولا خلاف في الحكم بهما"[2]، وكلام ابن العربي يعد دستورًا في تعارض القرائن والتي نصها: "والعلامات إذا تعارضت تعين الترجيح فيقضى بجانب الرجحان وهو قوة التهمة"[3].

(1) سائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج1، ص494، والقرائن ودورها في الإثبات، دبور، ص98، والقرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية، ط2، المملكة العربية السعودية، 1418هـ، ص25.

(2) أحكام القرآن، ابن العربي، ج3، ص40، وتبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص121.

(3) أحكام القرآن، ابن العربي، ج3، ص40.

فإذا تعارضت القرائن والعلامات، وجب على القاضي أن يعمد إلى المقارنة بينها؛ ليحكم بما ترجح لديه منها[1]، وهذا الترجيح بين القرائن لا بد أن يكون على ضوء قواعد صاغها الفقهاء، أو نص عليها القانون، أو ظهرت له من خلال أمارات وظنون قارنت الواقعة.

والتأصيل الفقهي لتعارض القرائن؛ ما أورده الإمام القرطبي في تفسيره لقوله تعالى: ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾[2]، قال: قال علماؤنا رحمة الله عليهم لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التنييب إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف، وهو لابس القميص ويسلم القميص من التخريق، ولما تأمل يعقوب –عليه السلام– القميص فلم يجد فيه خرقا ولا أثرًا استدل بذلك على كذبهم وقال لهم: متى كان الذئب حكيمًا يأكل يوسف ولا يخرق القميص؟[3].

فتبين من خلال كلام الإمام القرطبي أن يعقوب –عليه السلام– عندما تعارضت لديه القرينتان قرينة الدم، وسلامة القميص، رجح القرينة الأخرى بحالة الذئب وما فيه من قوة البطش وسرعة الافتراس.

وقد ورد في الشرع الترجيح بالعلامة في الجملة قَالَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي قِصَّةِ سَيِّدِنَا يُوسُفَ عَلَيْهِ أَفْضَلُ التَّحِيَّةِ، يقول تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴾ [5]، ﴿ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴾ [6]، جعل قَدَّ القميص من خلف

(1) وسائل الإثبات، ابن معجوز، ص385.

(2) سورة يوسف، الآية: 18.

(3) الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي (المتوفى: 520)، تحقيق، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، ط2، القاهرة، 1384هـ– 1964م، ج9، ص149.

(4) سورة يوسف، الآية: 26.

(5) سورة يوسف، الآية: 27.

(6) سورة يوسف، الآية: 28.

دليل مراودتها إياه لما أن ذلك علامة جذبها إياه إلى نفسها والقد من قدام علامة دفعها إياه عن نفسها[1].

وتلعب القرائن دورًا كبيرًا في ترجيح الأدلة والبينات عند التعارض، فإذا تعارض ظاهران، أو علامتان، أو بينتان، فإن القرينة ترجح إحداهما على الأخرى[2]، ويظهر ذلك جليًا في الوسائل العلمية المعاصرة، فقد أضحت وسيلة ترجيحية –في أغلبها–للأدلة القضائية عند التعارض، بل إنَّ هناك جزئيات فقهية –حكى فيها الفقهاء التعارض الذي انعدم معه المرجح والتي قرروا فيها بالتساقط كان للوسائل العلمية دور ترجيحي فيها، وسيظهر ذلك جليًا من خلال مناقشة بعض الجزئيات في ثنايا هذا البحث.

الفقرة الثانية: الترجيح بين القرائن

لما كانت القرائن متعددة الأنواع كانت حجيتها متفاوتة في القوة والضعف، فمن القرائن ما يفيد العلم، ومنها ما يفيد الظن، ومنها ما يفيد الظن الضعيف.

القاعدة الأولى: ترجيح القرينة القاطعة على القرينة غير القاطعة

مراد الفقهاء من اشتراط اليقين أو القطع في حد القرينة، ما يشمل الظن الغالب لا خصوص اليقين القطعي، وذلك لأن دلالة طرق الإثبات مهما قويت فلا تخلو من ظن، ولا يتوقف بها على اليقين الذي يقطع الاحتمال[3]، فما أفادت العلم فهي قرينة قاطعة، وما أفادت الظن فهي غير قاطعة[4].

فإذا تعارضت قرينة قاطعة مع قرينة ضعيفة غير قاطعة، فإنَّ القرينة القاطعة ترجح على الضعيفة.

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص253.

(2) وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج2، ص520.

(3) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الحميضي، ص477.

(4) تعارض البينات القضائية، شرفي، ص229.

وتقدير أقوى القرائن يعتمد على ذكاء القاضي، وحدة تفكيره، ودقة نظره، وقناعته بإحدى القرائن دون الأخرى[1]، وخصوصًا القرائن القضائية التي يستنبطها القاضي خلال المخاصمة، وتقديم الحجج والأدلة، فقد تكون في مرتبة واحدة، وأحيانًا تقوى بحسب الملكة العقلية لدى القاضي.

القاعدة الثانية: ترجيح القرينة القوية على الضعيفة

عند تعارض قرينتين قوية، وضعيفة أمام القاضي في خصومة انعقدت أمامه، فإنَّ عليه ترجيح القوية على الضعيفة، من ذلك إذا تنازع اثنان على طفل أحدهما صاحب فراش والآخر غير ذي صاحب فراش، فصاحب الفراش يحتج بقرينة الفراش، والآخر يحتج بالشبه أن الطفل يشبهه، فالشبه قرينة على انتساب الطفل إلى من يشبهه، ولكن قرينة الفراش أقوى منه، يدل على ذلك ماروته عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ، عَهِدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ مِنِّي فَاقْبِضْهُ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامَ الفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ وَقَالَ: ابْنُ أَخِي قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ -ﷺ- فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي كَانَ قَدْ عَهِدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي، وَابْنُ وَلِيدَةِ أَبِي، وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ-: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ»، ثُمَّ قَالَ النَّبِيُّ -ﷺ-: «الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ» ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ - زَوْجِ النَّبِيِّ -ﷺ-: «احْتَجِبِي مِنْهُ» لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ فَمَا رَآهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ[2].

تبين من خلال نص الحديث استدلال سعد رضي الله عنه بالشبه، واستدل عبد بن زمعة بالفراش، والشبه والفراش قرينتان يثبت بهما النسب لكن قرينة الفراش أقوى وقرينة الشبه أضف، وأنَّ قرينة الشبه يثبت بها النسب عند عدم قرينة الفراش، وبقية الأدلة الأخرى الأقوى منها.

(1) التعارض والترجيح بين وسائل الاثبات، الحربي، ص264.

(2) رواه البخاري في كتاب البيوع، باب تفسير المشتبهات، حديث: (2053).

ومن ذلك شهادة الازدياد –الميلاد– قرينة على انتساب حامل الشاهدة إلى من ذكر انتسابه منه، ولكن إذا عارضت قرينة شهادة الازدياد قرينة الفراش قدمت قرينة الفراش؛ وذلك لأنَّ القاعدة الشرعية تنص على تقديم الظن القوي على الظن الضعيف في سائر الأحكام[1]، وأنَّ الحكم بالأقوى أولى من الحكم بالأضعف[2]، فالظنون متفاوتة في القوة والضعف، منها دلالة الأيدي على استحقاق المستحقين، ودلالة الأيدي والتصرف إلى أملاك المالكين، ودلالة وصف الأبنية وأشكالها على استحقاق المستحقين، ومنها دلالة الاستطراق على اشتراك أهل المحلة فيما يستطرقون فيه إذا كان مفسدًا من أحد طرفيه، ومنها دلالة الأجنحة، والميازيب والقنى والجداول والسواقي والأنهار على استحقاق ما اتصلت بملكه، ومنها استصحاب الأصول فهذه كلها أدلة مفيدة لظنون متفاوتة في قوتها وضعفها[3]، وهي من قبيل القرائن لكنها اختلفت قوتها وضعفها بناء على العلم المستفاد منها.

وإذا كانت القرائن متفاوتة فإنه يتطلب من القاضي التأمل في كل قرينة وما يساندها، وما يدعمها، حتى ينتهي به الأمر إلى الموازنة بين القرائن ثم إلى الترجيح بينها.

ومن صور القرائن الحيازة، والقسامة، والقيافة، والوسائل العلمية المعاصرة، فهذه القرائن تكون مرجحة لدعاوى وأدلة أخرى، وقد تتعارض فيما بينها، فتتعارض حيازة مع حيازة، وقيافة مع قيافة، ووسيلة علمية مع وسيلة أخرى، وهذا التعارض يستوجب معه الترجيح في الوسيلة الواحدة، ولكثرة التعارض بين بعض صور القرائن، سنوضح ما يستدعي المقام توضيحه في هذا المبحث، والبعض الآخر في المبحث الثاني، ونرجئ بعضها إلى محالها.

ثالثا: قرينة الحيازة

تعد قرينة الحيازة من أهم القرائن التي تناولها الفقهاء بالتأصيل والتقعيد، والاستدلال لها، وطبقها القضاء قديمًا وحديثًا، فزادها بيانًا وتفصيلًا، والحيازة قد تتعارض فيما بينها، وقد

(1) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام، ج2، ص37.

(2) أدب القاضي، الماوردي، ج2، ص374.

(3) قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص43.

تتعارض مع قرائن أو أدلة أخرى، والذي سيكون الحديث عنه هو الترجيح بين أنواع الحيازة عند التعارض.

الفقرة الأولى: تعريف الحيازة، وحجيتها

أ- تعريف الحيازة:

هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف منه بواحد من أمور سكن أو إسكان أو غرس أو زرع أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر أو عتق أو كتابة أو وطء في رقيق[1].

ب-حجية الحيازة:

وقد تعددت نصوص الفقهاء في كلامهم عن الحيازة وعن مدى حجيتها وعبروا عن الحيازة باليد وحتى يتسنى لنا معرفة مدى حجية الحيازة في إثبات الملكية هل هي وسيلة من وسائل إثبات الملكية أم قرينة عليها؟.

يقول الكاساني: ومن ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به يحصل بمعاينة دليله بأن يرى ثوبا أو دابة أو دارًا في يد إنسان يستعمله الملاك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له أن يشهد بالملك لصاحب اليد؛ لأن اليد المتصرفة في المال من غير منازع دليل الملك فيه، بل لا دليل يشاهد في الأموال أقوى منها، وزاد أبو يوسف لا يحل له الشهادة حتى يقع في قلبه أيضًا أنه له، وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعًا[2].

وجاء في المدونة في رد الإمام مالك على السؤال الذي وجه إليه بخصوص الشخص الذي يحوز دارًا لمدة عشر سنوات وأقام بينة على هذه الحيازة وأقام آخر البينة أنها ملكه قال مالك: إذا كان حاضرًا يراه يبني ويهدم ويكري فلا حجة له[3].

(1) الشرح الكبير، الدردير، ج4، ص223.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص267.

(3) المدونة الكبرى للإمام مالك، ج4، ص49.

وقال الإمام النووي: الشهادة على الملك تبنى على ثلاثة أمور، وهي اليد والتصرف والتسامع.

أما اليد فلا تفيد بمجردها جواز الشهادة على الملك ولكن إذا رأى الشهادة في يده جاز أن يشهد له باليد وشرط البغوي لذلك أن يراه في يده مدة طويلة.

وأما التصرف المجرد فكاليد المجردة لا تفيد جواز الشهادة بالملك، وإن اجتمع يد وتصرف فإذا قصرت المدة فهو كاليد المجردة وإن طالت ففي جواز الشهادة له بالملك وجهان أصحهما الجواز صححه البغوي ونقله الإمام عن اختيار الجمهور وعن الشيخ أبي محمد القطع به فإذا انضم إلى اليد والتصرف الاستفاضة ونسب الناس الملك إليه جازت الشهادة بالملك بلا خلاف.

ويشترط في جواز الشهادة بناء على اليد أو اليد والتصرف ألا يعرف له منازعً فيه[1].

وقال الإمام الماوردي: اليد توجب إثبات التصرف ولا توجب إثبات الملك[2].

وقال ابن قدامة: وإن رأى شيئًا في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقص والبناء والإعارة ونحوها جاز أن يشهد له بالملك ويحتمل ألا يشهد له إلا باليد والتصرف[3].

فتبين أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن اليد تدل على الملك إذا تحقق شرطان[4]:

الشرط الأول: أن تكون اليد معاينة ودالة على سيطرة الحائز على الشيء المحاز وتصرفه فيه تصرف المالك في ملكه بلا منازع.

الشرط الثاني: ألا يكون قد استولى على الشيء المحاز بغصب، أو تعد، أو دخله بإجارة أو إعارة أو نحو ذلك، ولذلك نجدهم يجيزون للشاهد أن يشهد بالملك للحائز المتصرف في

(1) روضة الطالبين النووي، ج11، ص368، 369.

(2) أدب القاضي، الماوردي، ج2، ص336.

(3) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج4، ص5012.

(4) حيازة العقار في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الطبيب موسى، دار الجيل، ط1، بيروت، 1411هـ -1991م، ص215.

الشيء المحاز تصرف الملاك بلا منازع، وإن كانوا قد اختلفوا في بعض الشروط التي يجب توافرها لصحة هذه الشهادة.

فإن تحقق الشرطان السابقان في اليد اعتبرت وسيلة إثباتية قائمة بذاتها[1]، باعتبارها قرينة، والقرائن تعدُّ دليلًا من أدلة الإثبات، ولكن يظل هذا الدليل ضعيفًا أمام الشهادة، والأدلة الكتابية، وأنه عند تخلف هذين الشرطين فإن اليد لا تدل على الملك، بل من خلال التأمل في أقوال الفقهاء تكون أشبه بالقرينة على الملك وهذه القرينة ضعيفة قابلة لإثبات العكس.

وبمجرد وضع اليد على الأشياء فلا يفيد أكثر من الظن، والظن ليس بحجة، فاليد وحدها يبقى جانبها الإثباتي ضعيفًا جدًا، طالما أنها لم تتقو بغيرها من الحجج[2].

الفقرة الثانية: كيفية إثبات الحيازة

يمكن للحائز أن يثبت حيازته بمختلف الوسائل غير أن الوسيلة الأكثر استعمالًا هي الوثائق العدلية وهي الرسوم التي يحررها العدول، وتتضمن الشهادة بأنَّ المشهود له هو المالك للعقار المطلوب إقامة الملكية بشأنه[3]، ويمكن للحائز أن يثبت الحيازة بشهادة الشهود على حيازة الأرض، وأنَّ حيازته حيازة هادئة ومستقرة بدون منازع.

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الحيازة

تناول القانونان محل الدراسة الحيازة بالتفصيل، وبيان ذلك فيما يلي:

أ- الحيازة في القانون اليمني:

نصت المادة: (1111) من القانون المدني بأنه: من كان حائزًا لشيء أو حق اعتبر مالكًا له ما لم يقم الدليل على غير ذلك، والمادة: (1112) "واليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهرة على الملك فلا يحكم للمدعي والخارج، إذا لم يتبين، ولا حلف ردًأ، ولا نكل خصمه،

(1) إثبات الملك بالحيازة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، يحيى بوهكو أطروحة دكتوراه، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، 1427هـ 1428هـ- 2006، 2007م، ص25.

(2) المرجع السابق، ص25.

(3) حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، محمد القدوري، بدون د، ط2، 1430هـ- 2009م، ص71.

وإنما يقر ذو اليد على يده". وفي المادة: (1114) "وتعتبر قرينة اليد الثابتة إذا لم تعارض بقرينة أقوى منها مع يمين ذي اليد دليلًا كافيًا"[1].

يتضح من هذه النصوص: أن القانون اليمني لم يجعل الحيازة سببا من أسباب الملك، وإنما جعل الحيازة قرينة على الملك ودليل عليه، فاليد الثابتة على الشيء قرينة ظاهرة على الملك وأسباب الملكية وردت على سبيل الحصر في المادة (1224) من ذات القانون بأن أسباب الملكية هي:

- التصرف الشرعي.
- الميراث الشرعي.
- الاستيلاء على منقول لا مالك له.
- إحياء الأرض الموات المباحة (الشفعة) ومن ثمّ فإن الحيازة قرينة على الملك.

ب- الحيازة في القانون المغربي

بعد التأمل في مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري وقانون الالتزامات والعقود يتبين أن القانون المغربي قد فرق بين العقار والمنقول بالنسبة لآثار الحيازة:

-أنواع العقار المحفة:

العقار في القانون المغربي ينقسم إلى قسمين: عقار محفظ وعقار غير محفظ.

النوع الأول: العقار المحفظ: جاء في الفصل: (66) من قانون التحفيظ العقاري[2]: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلَّا بتقييده، وابتداءً من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأموال العقارية لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"، فتبين من نص هذه المادة أنّه لا أثر

(1) القانون المدني، مادة: (1114).

(2) القانون الجديد للتحفيظ العقاري وفق آخر التعديلات، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط-المملكة المغربية، 2021م-2022م، المادة: (66).

للحيازة على العقار المحفظ، بل ولا تؤثر على أيّ حقٍ من حقوق مالك العقار المحفظ، وبهذا يتبين بأنَّ العقار المحفظ له مسطرته الخاصة.

النوع الثاني: العقار غير المحفظ: نصت المادة: (3) من مدونة الحقوق العينية على أنه" يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ"[1].

أضف إلى ذلك أن الحيازة قد وردت في أسباب الملكية، وقد جعلها القانون المغربي في المدونة سببًا من أسباب الملكية ويكون ذلك في العقار غير المحفظ بخلاف نظيره في القانون اليمني الذي حصر أسباب الملكية، ولم يورد منها الحيازة، وإنَّما جعل الحيازة قرينة على الملك.

-حيازة المنقول:

جاء في الفصل: (456) من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولًا أو مجموعة من المنقولات أنه اكتسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه، ولا يفترض حسن النية، فيمن كان يعلم، أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه".

فاتضح من نص هذه المادة وما بعدها أنه في المنقول يعتد بالحائز حسن النية، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل.

وحديثنا هنا عن الحيازة باعتبارها قرينة تدل على الملك، وأنها من باب القرائن، وسوف نزيد الموضوع بسطًا عند حديثنا عن الترجيح باليد.

الفقرة الرابعة: الترجيح بين الحيازات عند التعارض

لما كانت الحيازة من القرائن فإن هذه القرينة قد تتعارض فيما بينها، فقد تعددت الحيازات من: حيازة هادئة ومستقرة إلى حيازة عرضية، وقد يكون الحائز حسن النية، وقد يكون سيء النية.

(1) مدونة الحقوق العينية، المادة:(3).

أ- ترجيح الحيازة المستقرة على الحيازة العرضية

نجد أن القانونين اليمني والمغربي قد تحدثا عن الحيازة بنوعيها وسميا الحيازة الهادئة والمستقرة حيازة قانونية، وأن الحيازة العرضية قد تكون بإجارة أو إعارة أو غصب، فإذا تداعيا الطرفان واحتج كل منهما بحيازته لمحل الدعوى، فعلى القاضي التأمل في نوعي الحيازة، وترجيح الحيازة الهادئة والمستقرة.

وأما الحيازة العريضة فكثيرًا ما يلجأ إليها من يسطو على ممتلكات الناس، فهي وإن طالت تعد حيازة مرجوحة لا عبرة بها.

فقد نصت المادة: (1107) من القانون المدني اليمني بأنه" لا تزول حيازة الملك بمانع وقتي وما يمنع الحائز من السيطرة الفعلية على الشيء كغياب الحائز عن مكانه، أو وجود عذر لديه من صغر أو جنون ونحو ذلك".

ونصت المادة: (256) من مدونة الحقوق العينية بأنه" لا يعتد بالحيازة في الحالات الواردة منها: إذا منع المحوز عليه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحيازة".

وكثيرًا ما يتنازع الخصوم على الحيازة وكل منهما يدعي أنه هو الحائز حتى يعفى من عبء الإثبات، ولكن على القاضي أن يستمع الى أدلة الحيازة من الطرفين، ومن كانت حيازته ممتدة إلى أسلافه، ومن كانت حيازته عارضه، وعند ذلك يرجح الحيازة الهادئة على العرضية، ويلزم مدعي الحيازة العرضية من تقديم أدلة الملك.

ب- الترجيح بين السندات عند عدم ثبوت الحيازة لأحد

معيار الترجيح بين السندات عند عدم ثبوت الحيازة لأحد تكون بالآتي:

- ترجيح السند السابق في التاريخ

إذا ثبت أن الحيازة غير ثابته لطرفي الخصومة، وكان لكلٍ من المتنازعين سندٌ فيقدم صاحب التأريخ الأسبق، وعلى ضوء هذا فقد نص قانون الالتزامات والعقود في الفصل: (458) بأنه "إذا لم تكن الحيازة ثابتة لأحد وتساوت السندات رجح جانب من كان سنده سابقًا

في التاريخ فعند عدم ثبوت الحيازة لأحد وتساوي السندات يرجح السند السابق في التاريخ"[1]، فأسبقية التأريخ دليل على أسبقية الاستحقاق.

- ترجيح السند الثابت التاريخ

نصت المادة سالفة الذكر بأنه إذا لم يكن سند لأحد الخصمين ثابت التاريخ رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت، وهذا من ضمن المرجحات عند الاختلاف على الحيازة.

- ترجيح حوز الأشياء عن حوز سنداتها

نص الفصل 459 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: إذا أعطيت عن الأشياء ما يمثلها من شهادات إيداع أو بوليصات نقل أو غيرها من السندات المشابهة رجح جانب من يحوز الأشياء على من يحوز السند إذا كان كل منهما حسن النية وقت اكتسابه الحيازة.

فيرجح الحوز في الأشياء عن حوز مستنداتها عند حسن النية زمن اكتساب الحيازة[2]؛ لأنَّ الحيازة قرينة على السبق، والسبق مرجح للحيازة في بعض حالاتها منها هذه الحالة.

فهذه المرجحات تختص بحيازة المنقول في القانون المغربي، ولم يرد مثيلها بهذا التفصيل في القانون المدني اليمني.

وخلاصة ما تم ذكره أن الحيازة تعد من قبيل القرائن، ولكنها قد تتعدد في ذاتها وهذا التعدد يستوجب الترجيح عند التنازع، ويرجح القاضي من خلال الحيازة المستقرة، والحيازة العرضية.

(1) الترجيح بين البينات، بلعكيد، ص91.

(2) المصدر السابق، ص91.

المبحث الثاني: الترجيح بقوة الحجة بين الأدلة القضائية المختلفة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

تتفاوت أدلة الإثبات في حجيتها، وتختلف قوة وضعفًا، فمنها القوي والأقوى، ومنها الضعيف والأضعف، فدلالتها مختلفة، وظنونها متفاوتة، وكل ذلك بحسب الطمأنينة التي تولدت لدى القاضي من الدليل المطروح أمامه، وفي ذلك يقول العز بن عبدالسلام: الضرب الثاني –من الأحكام– ما يظن تحقق أسبابه ووقوعه بظنون متفاوتة في القوة والضعف، وهي أنواع: منها إقرار المقرين، ثم شهادة أربع من المعدلين، ثم شهادة رجلين من المؤمنين، ثم شهادة رجل وامرأتين من الصالحين، ثم شهادة عدل واحد مع اليمين [1]، فجعل لطرق الإثبات مراتب، وأن كل مرتبة أقوى من التي تليها، وأنه عند التعارض يكون الترجيح بينهما بناء على مرتبة كل واحد منهما، فالإقرار أقوى من الشهادة، وعند التعارض يكون أرجح منها، وأن الشهادات مراتب مختلفة ودرجات متفاوتة في القوة، ثم يلي الشهادة اليمين، وأنّ الإقرار، والبينة أقوى من القرائن وذلك؛ لأن اليقين الذي يتحصل للقاضي من الإقرار والبينة أقوى مما يتحصل من القرائن يوضح هذا المعنى ما ذكره العز بن عبدالسلام، قال رحمه الله: مثال ذلك اليد: ظاهرة في استحقاق ذي اليد، والبينة والإقرار واليمين المردودة مرجحة؛ لقوة إفادتها الظن [2].

وتفاوت الأدلة القضائية نتج عن تفاوت نظر الفقهاء لكل طريق من طرق الإثبات، واختلافهم في مشروعية بعضها وهذا الاختلاف الفقهي أَثَرَ في قيمة الدليل، وفي اقتناع القاضي به، لذا سيكون الحديث في هذا المبحث عن ترجيح الأدلة القضائية عند تعارض كل دليل مع الدليل الآخر من غير جنسه، وذلك فيما يلي:

(1) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام، ج2، ص49.

(2) المصدر السابق، ج2، ص53.

المطلب الأول: التعارض والترجيح بين الإقرار وبين غيره من الأدلة القضائية

عندما تتعارض الأدلة القضائية أثناء تواردها على محل النزاع فإن القاضي في هذه الحالة تكون أمامه أدلة مختلفة في نوعها متفاوتة في قوتها، وهذه القوة إمّا أنها استمدت من النصوص الشرعية، أو أن القانون قد حدد لكل دليل مرتبة معينة في الاحتجاج، وأعطاها قوة معينة في الاستدلال، وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: الترجيح بين الإقرار والشهادة

قد يتعارض الإقرار والشهادة باعتبارهما من الأدلة القضائية، ولكن هذا التعارض يتم الترجيح بينهما بناء على قوة كل دليلٍ وتوضيح ذلك في الآتي:

أولا: ترجيح الإقرار على الشهادة

تواردت نصوص الفقهاء في قوة الإقرار وأرجحيته على غيره من الدلة عند التعارض وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في قوة الإقرار على الشهادة

اتفق الفقهاء على أنَّ الإقرار أقوى من الشهادة[1]؛ وذلك لانتفاء التهمة فيه غالبا، فقد نص الحنفية على أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة.

وعللوا ذلك بما يلي: انتفاء التهمة فيه غالبا، ولا ينافي ذلك أنه حجة قاصرة على المقر وحده، في حين أن الشهادة حجة متعدية، لأن القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار. فاتصاف الإقرار بالاقتصار على نفس المقر، والشهادة بالتعدية إلى الغير، لا ينافي اتصافه بالقوة، واتصافها بالضعف بالنسبة إليه، بناء على انتفاء التهمة فيه دونها[2].

(1) معين الحكام، الطرابلسي، ج1، ص125، وشرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج7، ص313، والبهجة، التسولي، ج1، ص94، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج5، ص277، وأدب القضاء، الماوردي، ج2، ص351.

(2) تكملة فتح القدير، لقاضي زادة، ج8، ص321.

ونص المالكية على أن الإقرار أبلغ من الشهادة، قال أشهب: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره"[1].

ونص الحنابلة: على أن المدعى عليه إذا اعترف بالحق لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر. قال ابن قدامة: لأنّ الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر به، ولهذا كان آكد من الشهادة، فإنَّ المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر، ولو كذب المدعي ببينة لم تسمع، وإن كذب المقر ثم صدقه سُمِعَ[2].

وتبين من نصوص الفقهاء أن الإقرار أقوى من الشهادة عند التعارض.

الفقرة الثانية: الأسباب الموجبة لترجيح الإقرار

الإقرار أقوى من الشهادة وغيرها لعدة أسباب:

السبب الأول: إنه إذا كان القضاء يستند إلى ظن فبأن يستند إلى علم أولى؛ لأن الحكم بالإقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون.

السبب الثاني: الإقرار خبر صدق، أو يرجّح صدقه على كذبة لانتقاء تهمة الكذب وريبة الإفك، وحقيقته إخبار عن كائن سابق فيقتضي ثبوت المخبرية سابقاً على إخباره[3]، بخلاف الشهادة فهي خبر تحتمل الكذب والصدق.

السبب الثالث: لا يعتبر في الإقرار العدد ولا اللفظ ولا العدالة[4]، وذلك بخلاف الشهادة فإنه يشترط فيها العدالة، والعدالة مبنية على التزكية، ويشترط مع العدالة العدد، فلا يكفي شاهد.

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص51.

(2) المغني، ابن قدامة، ج5، ص109.

(3) معين الحكام، الطرابلسي، ج1، ص125.

(4) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج5، ص289.

السبب الرابع: الإقرار أبعد عن التهمة من الشهادة وإذا كان أبعد عن التهمة كان أقوى حجة[1]، فمناط الأدلة القضائية هو الثقة فيها والبعد عن الريب والتهم، فالإقرار أبعد عن التهمة.

السبب الخامس: الظن المستفاد من الإقرار أقوى من الظن المستفاد من شهادة الشهود؛ لأنَّ وازع المقر عن الكذب طَبْعِيٌ، ووازع الشاهد شرعي، والوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي[2]، فالعلم المستفاد من الإقرار أقوى من العلم المستفاد من الشهادة، فالشهاد يشهد بما شاهد لا بكل ما حصل بخلاف المقر فإنه يقر بكل ما وقع.

السبب السادس: الإقرار حجة بنفسه والبينة ليست بحجة في نفسها بل بقضاء القاضي[3]، فإقرار المقر ملزم له بقوة الشرع بخلاف شهادة الشهود لا تكون حجة إلَّا بحكم الحاكم، فالحكم فيها إنما يضاف إلى الشهادة، والشهادة إنما تصير حجة بالعدالة، والعدالة إنما تثبت بالتزكية[4].

السبب السابع: أن التناقض يضر في الشهادة لكونها على الغير، لا في الإقرار، لكونه على النفس[5]، فالتناقض لا يمنع صحة الإقرار[6]، بخلاف التناقض في الشهادة فإنه يبطلها.

ثانيا: ثمرة ترجيح الإقرار على الشهادة

تظهر قو الإقرار في ترجيحه على الشهادة عند اجتماعهما في واقعة واحدة؛ وذلك لأنَّ البينة قد تصادف الإقرار في إحدى ثلاث:

(1) كفاية النبيه، ابن الرفعة، ج19، ص318.

(2) قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص119.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص274، وكتاب الحيطان دراسة فقهية لأحكام البناء والارتفاق عمر بن عبد العزيز البخاري المعروف بالصدر الشهيد (المتوفي: 532هـ)، تحقيق، عبد الله نزير أحمد مزي، المكتبة المكية والسعودية ومؤسسة الريان، ط1، بيروت، 1435هـ- 2014م، ص138.

(4) درر الحكام، علي حيدر، ج2، ص394.

(5) حاشية الجمل، الجمل، ج3، ص428.

(6) العناية شرح الهداية، البابرتي، ج7، ص65.

الأولى: حالة الاتفاق مع المقر على المقر به أصلا، وتسمع لتعدية الحكم إلى غير المقر به كالزوائد التابعة، أو لإثبات دعوى الزيادة، أو دعوى وصف معين.

الثانية: حالة الاتفاق مع المقر على المقر ذاته، وتسمع لتعدية الحكم إلى غير المقر كما في الورثة في دعوى دين مثلا على مؤرثهم، ونحو ذلك ممن لهم شأن بالدعوى.

الثالثة: حالة الاختلاف مع المقر على أصل الإقرار، وتسمع لتكذيب الإقرار ونقضه[1].

يظهر جليًا أثر ذلك إذا اجتمع الإقرار مع البينة في خصومة واحدة في موضوع واحد من غير اختلاف، وذلك في حالة ما إذا شهد شاهدان على المدعى عليه ثم أقر فبأيهما يقضي فهنا يكون الحال متردد بين أمرين:

الأمر الأول: أن يقر المدعى عليه، ثم يأتي المدعي ببينة.

فهنا لا محل للشهادة؛ لأنها لا تكون إلَّا بعد إنكارٍ[2].

الأمر الثاني: أن ينكر المدعى عليه، فيحضر المدعي البينة على دعواه، فيواجه المدعى عليه بالشهادة فيقر بمحل الدعوى، فهنا الحكم للإقرار لا للشهادة، ففي روضة الحكام: "وإذا شهد شاهدان للمدعي، ثم أقر المدعى عليه بطلت الشهادة وكان الحكم للإقرار لا للشهادة"[3].

وإذا كانت القاعدة المطردة تقضي بترجيح الإقرار على البينة –الشهادة– إلَّا أنَّ ذلك ليس على إطلاقه، ففي القضاء الجنائي قد يقر المدعى عليه –المتهم– بالواقعة محل الدعوى العامة ويكون إقراره غير صحيح لا يتوافق مع الواقع؛ لأنَّ المتهم قد يعترف بجريمة لم يرتكبها ليفدي غيره من المساءلة، فعلى القاضي الجنائي عند إقرار المتهم بعد مواجهته بالجريمة أن يستفصل المتهم في إقراره حتى يؤدي الإقرار إلى اطمئنان القاضي بصحة الواقعة ونسبتها للمتهم، وأن يستجوبه بهدف توافق الاستجواب مع الإقرار، فإذا لم يطمئن القاضي إلى الإقرار فعليه الزام

(1) حجية الإقرار، السماكية، 322.

(2) المغني، ابن قدامة، ج5، ص109.

(3) روضة الحكام، الروياني، 308، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص233.

المدعي من إحضار الشهود، فإذا كانت الشهادة متوافقة مع الإقرار قضي بالإقرار، وإذا كانت متعارضة فكيف يتم الترجيح بينهما؟

الأمر الأول: الاستعانة بالوسائل العلمية المعاصرة: من تشريح الجثة، ورفع بصمات محل الواقعة، جمع الآثار المادية المخلفة في مسح الجريمة، وأخذ عينات من المجني عليه لمعرفة ما إذا كانت هناك آثار مادية أثناء الاعتداء عليه وغير ذلك من القرائن، فإذا عاضدت هذه القرائن الإقرار كان هو الراجح، وإذا عضدت الشاهدة كانت هي الراجحة.

الأمر الثاني: الاستعانة بملابسات الواقعة من حصول خلاف سابق، أو جناية سابقة، أو تهديد قبل حصول الواقعة فيكون ذلك مرجحًا، وهذه من قبيل القرائن المرجحة.

وأن هذا التعارض يتطلب من القاضي عملا ذهنيًا، ودقة تفكير، وحسن تصرف، ورقي في أسلوب الاستجواب للمجني عليه والمتهم والشهود مع مراعاة ما قد يبدو من تصرفات وانفعالات على المتهم والشهود.

الفرع الثاني: الترجيح بين الإقرار واليمين والنكول

وسيكون الحديث عن ذلك فيما يلي:

أولًا: ترجيح الإقرار على اليمين

الإقرار أقوى من اليمين، وذلك إذا حلف المدعى عليه بعد الإنكار ثم أقر فإن الإقرار يرجح.

قال ابن قدامة: " ولا يصح إلحاق الأيمان مع النكول ببينة ولا إقرار؛ لأنَّها أضعف منها، بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمهما فيكون بدلاً عنهما، والبدل أضعف من المبدل، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف"[1]، فما يثبت به الحق درجات أعلاها: الإقرار. وهو الأصل في الإثبات، ثم البينة عند الإنكار، ثم النكول عن اليمين، وأما اليمين فهي للنفي لا

(1) المغني لابن قدامه، ج8، ص491.

للإثبات[1]. فإذا تعارضت اليمين مع إقرار المدعى عليه، فإنَّ الإقرار يرجح؛ لكونه حجة بنفسه واليمين الأصل فيها أنها للنفي ولا تكون حجة إلا باتصالها بقضاء.

ثانيًا: ترجيح الإقرار على النكول

مر سابقًا خلاف الفقهاء في صحة النكول هل هو بمنزلة الإقرار أم منزلة البينة فإذا كان بمنزلة البينة فيكون الإقرار أقوى منه، وإن كان بمنزلة الإقرار فأيهما أقوى؟

قال الكاساني: "النكول في مجلس القضاء بمنزلة الإقرار"[2]، إلا أنَّ الإمام الكاساني يقول: "النكول لا يكون أقوى من الإقرار"[3].

ومعنى ذلك أنه أقل منه في القوة الثبوتية؛ وذلك لأنَّ النكول لا يوجب شئيًا إلَّا إذا اتصل القضاء به، وبدونه لا يوجب شيئًا، أما على اعتبار البدل فظاهر، وأما على اعتبار أنه إقرار، فلأنَّه إقرار فيه شبهة البدل فلا يكون موجبًا بانفراده [4].

وبين ذلك ابن عابدين بقوله: بأن النكول إقرار معنى لا صريح، وأنه لا يمنع المقضى عليه من إقامة البينة بما يبطله[5].

فالنكول ليس بحجة قوية، وإنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال، أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحكم[6].

وبهذا يتضح أنَّ الأدلة القضائية تتفاوت فيما بينها، وهذا التفاوت له أثره في الحجية، وذلك يؤثر عند التعارض في الترجيح بينها.

(1) موسوعة القواعد الفقهية، ال بورنو، ج2، ص134.
(2) المبسوط، الكاساني، ج18، ص153.
(3) المرجع السابق، ج18، ص135.
(4) منحة الخالق، ابن عابدين، ج2، ص205
(5) حاشية ابن عابدين، ج3، ص435، ج5، ص55.
(6) المغني لابن قدامة، ج10، ص243.

المطلب الثاني: التعارض والترجيح بين الشهادة والأدلة القضائية الأخرى عدا الإقرار

لما كانت الأدلة القضائية تتفاوت دلالتها، وكان الإقرار أقواها. فإنّ الشهادة تأتي في المرتبة الثانية بعد الإقرار، فإنها أقوى الأدلة القضائية بعد الإقرار، وترجح على غيرها عند التعارض، وسيتم تفصيل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة

تعد مسألة التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة من المسائل الدقيقة التي تناولتها القوانين المعاصرة بالتفضيل بينهما، بالإضافة إلى أن اليمين قد تتعارض مع الشهادة وبيان ذلك فيما يلي:

أولًا: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة في الفقه

التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة يختلف حكمهما فد تترجح الشهادة على الكتابة وأحيانا العكس وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الشهادة على الكتابة عند التعارض

عند التعارض بين ما هو مكتوب في السطور وبين ما هو محفوظ في الصدور أو إذا تلقى العدلان الشهادة وسمعا فصولها وأركانها وشروطها الكاملة وتعذر عليهما كتابتها في الشكل المفروض قانونًا لسبب من الأسباب، فإنَّ الفقه الإسلامي ميّالٌ إلى إعطاء الأولوية في ذلك للشهادة على الكتابة[1].

قال البهوتي: "ولو وجد على دابة مكتوب حبيس في سبيل الله حكم به نصاً، أو وجد على أسفله دارٍ مكتوب وقف أو مسجد حكم به أوجد على حائطها أي حائط دارٍ مكتوب وقف أو مسجد حكم به نصاً حيث لا معارض أقوى منه كبينة"[2].

فإذا عرض نزاع أمام القاضي واستدل أحدهما بالبينة –الشهادة– والأخر بمحرر رسمي ورقي فإن الأولوية تكون البينة وذلك؛ لأن الكتابة إما كتابة إقرار، أو إشهاد على إقرار، فإذا

(1) التوثيق العدلي، العلمي الحراق، ج1، ص93.

(2) شرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص603.

سمعت البينة الإقرار وكان مخالفاً للمكتوب فالعبرة بما في شهادتهما، ولكن ليس هذا على إطلاقه، فقد ترجح الكتابة على البينة الشخصية وسوف نوضح ذلك فيما يلي.

الفقرة الثانية: ترجيح الكتابة على الشهادة

إذا كانت القاعدة العامة أن الدليل الناطق –شهادة الشهود– يقدم على الدليل الصامت –الكتابة– فإن ذلك ليس على إطلاقه وإنما عند اختلال الثقة بالكتابة واشتمال الشهادة على الشروط المرعية فيها مع أن الشرعية عولت على شهادة الشهود وجعلتها في المرتبة التي تلي الإقرار.

والاعتماد على الكتابة وتقديمها على غيرها وبيان الإجراءات في العمل بها والطعن فيها، لا تخالف الشريعة في شيء، مع مراعاة التطور ومسايرة العصر، وتقدم العلم والتعليم وفنون الكتابة[1].

والحق أننا نرى الآن وبعد انحسار الأمية وانتشار التعليم وتوفر وسائل الكشف عن تزوير الخطوط لم يعد هناك مبررٌ للإبقاء على تقديم الشهادة على الكتابة، فالشهادة تنطوي على عظيم المخاطر في الإثبات، فمن يضمن عدالة الشهود وصدقهم ولا مزكي لهم[2].

وإن لولي الأمر من باب المصالح المرسلة أن يقدم الإثبات بالكتابة على البينة في بعض التصرفات المالية وبمبالغ معينة كلما كان في ذلك مصلحة.

كما أنَّ اشتراط القوانين لتوثيق بعض التصرفات بالكتابة وأنها لا تثبت إلا بالكتابة للإثبات لا يتعارض مع الشريعة ويدخل هذا في باب المصالح المرسلة[3]، خصوصًا أن شبهة التزوير في المحررات لم تعد مانعا من اعتماد الكتابة كدليل إثبات وتفضيلها على الشهادة مع وجود آلآت لكشف التزوير.

---

(1) التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الزحيلي، ص440.

(2) قواعد الإثبات بغير الكتابة في أمواد المدنية والتجارية، علي أحمد الجراح، منشورات الحليي الحقوقية، ط1، بيروت، 2010م، ص535.

(3) فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، علي أحمد السالوس، دار ابن الجوزي، مكتبة دار القرآن، دار الثقافة، ط7، مصر، الدوحة– قطر، 1435هـ– 2014م، ص135.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة

الفقرة الأولى: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة في القانون اليمني

لم ينص القانون اليمني على ترجيح الكتابة على البينة، ولكن التطبيقات القضائية نصت على أن الثابت بالكتابة لا ينفي إلا بالكتابة، فقد نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (37) طعن رقم: (25272) لسنة 1426هـ (مدني) على ما يلي: ما ثبت بالكتابة لا ينفى إلا بالكتابة[1].

إلا أنه في القاعدة رقم: (40) طعن رقم: (21252) لسنة 1426هـ في القضاء التجاري: قد نصت على أن الدين الثابت بالكتابة يجوز إثبات الوفاء به من عدمه وبأي طريقة من طرق الإثبات. وجاء في حيثيات هذا الطعن عندما أثبت الوفاء شهادة شاهدين بأنه لم يقدح أي من الشاهدين بقادح شرعي، ولم ينكر حصول الواقعة في حد ذاتها الأمر الذي يجعل الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائي استنادًا إلى تلك الشهادة قد جاء موافقًا للشرع والقانون، ولا يكون بذلك مخالفًا للسوابق القضائية التي قررتها المحكمة العليا فإنَّ الأدلة الكتابية لا يدحظها إلا أدلة كتابية مماثلة، ذلك لأنَّ المطعون ضده لم يقدم أي دليل يدحض ما جاء في سند المديونية كونه معترفاً به[2].

الفقرة الثانية: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة في القانون المغربي

وأما في القانون المغربي فقد أعطى الأولوية للكتابة على الشهادة[3]، فقد نصت المادة: (413) من ظهير الالتزامات والعقود على ما يلي:

لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي شهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته.

---

(1) القواعد القانونية والقضائية والمدنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، العدد: (8)، ص123.

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية التجارية، جمع وإعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، ط 2، صنعاء، 2014م– 1435هـ، العدد: (6) ص114، 115.

(3) التوثيق العدلي، العلمي الحراق، ج1، ص93.

وفي الفصل: (446) من ذات الظهير لا تقبل شهادة الشهود لإثبات دعوى المطالبة بمبلغ يقل مقداره عن القدر المنصوص عليه في الفصل: (443) –أي عشرة الألف درهم– إذا حصل التصريح بأنَّ هذا المبلغ جزء من دين أكبر لم يقع إثباته بالكتابة.

اتضح من نصوص ظهير الالتزامات والعقود أنه جعل للكتابة حجبه تفوق شهادة الشهود إذا كان المبلغ جزءًا من دين تجاوز عشرة ألف درهم بل جعل للكتابة حجية أكبر من الإقرار عبر القضائي الشهود عليه، إلَّا أنه في المادة: (448) استثنى الإثبات لشهادة الشهود في بعض الحالات.

والذي يظهر بأنه يجوز اشتراط الإثبات بالكتابة في بعض التصرفات مع إعطائها حجية تفوق الشهادة عند التعارض وتقديمهما على الشهادة، وهذا من باب المصالح المرسلة ليس فيه نص بالمنع أو الجواز.

الفرع الثاني: الترجيح بين الشهادة واليمين والقرائن

تعارض الشهادة مع اليمين أو مع القرائن تستدعي استعراض أقوال الفقهاء في ذلك، وبيان ذلك فيما يلي:

أولًا: الترجيح بين الشهادة واليمين

عندما يتقدم المدعي بدعواه ضد المدعى عليه وكانت دعوى المدعي خالية من الدليل، وأنكر المدعى عليه الدعوى، وطلب المدعي اليمين من المدعى عليه، وحلف، وبعد حلف المدعي وجد المدعى عليه بينة، أو أحضر المدعي البينة، فهل تسمع هذه البينة، ويحكم بها القاضي أم أن اليمين حسمت النزاع؟

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في تعارض الشهادة مع اليمين

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية إلى أنَّ البينة تسمع، ويقضي بها بعد يمين المدعى عليه، وأنَّ اليمين تفيد قطع الخصومة في الحال لا براءة[1].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

الدليل الأول: قول عمر رضي الله عنه" البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة"[2].

الدليل الثاني: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر[3].

الدليل الثالث: قول شُرَيْح: «البَيِّنَةُ العَادِلَةُ أَحَقُّ مِنَ اليَمِينِ الفَاجِرَةِ»[4].

الدليل الرابع: إنَّ يمين المدعى عليه لم تفصل الخصومة، لكن القاضي لا يمكن المدعي من الخصومة إلا بحجة. والحجة أنواع: بينة، وإقرار، ونكول، فإذا انتفى الإقرار والنكول تعينت البينة، فإذا جاء بالبينة فقد نور دعواه بالحجة، وتبين أن المدعى [عليه] كان كاذبًا في يمينه، فوجب العمل بالبينة العادلة، لا باليمين الكاذبة[5].

القول الثاني: ذهب الإمام مالك إلى التفصيل في ذلك فقَالَ مَالِكٌ فِي الْمُدَوَّنَةِ إِنِ اسْتَحْلَفَهُ وَلَا عِلْمَ لَهُ بِالْبَيِّنَةِ ثُمَّ عَلِمَهَا قُبِلَتْ وَقُضِيَ لَهُ بِهَا وَإِنْ علمهَا فَتَركهَا فَلَا حق لَهُ [6].

القول الثالث: وعند ابن أبي ليلى: لا تقبل البينة؛ لأنَّ الإثبات إما بالبينة أو يمين المدعى عليه[7].

(1) درر الحكام، علي حيدر، ج2، ص333، وكفاية الطالب الرباني، العدوي، ج2، ص342، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص422، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص354، والسيل الجرار، الشوكاني، ص764.

(2) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، ج5، ص288.

(3) درر الحكام، علي حيدر، ج2، ص333.

(4) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، ذكره معلقًا.

(5) شرح أدب القاضي، الخصاف، ج2، ص254.

(6) المدونة، الإمام مالك، ج4، ص7، وفتح الباري، ابن حجر، ج5، ص288.

(7) فتح الباري، ابن حجر، ج5، ص288، وشرح أدب القاضي، الخصاف، ج2، ص254.

الرأي الراجح: هو أن البينة ترجح على اليمين فإن البينة هي الأصل واليمين هي البدل، فهي كالخلف عن البينة[1]، فالبينة حجة عامة، والأيمان حجة خاصة[2]، فهي بكل حال حجة ضعيفة[3]، فالبينة مقدمة على اليمين وتقبل بعدها؛ وذلك لأنَّ الأصل البينة، فلا يصار إلى البدل مع وجود الأصل والقاعدة: "لا يصار إلى البدل مع وجود المبدل".

الفقرة الثانية: موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض الشهادة مع اليمين

أ – تعارض الشهادة مع اليمين في القانون اليمني

قانون الإثبات اليمني حسم النزاع فنص في المادة: (139)، "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه الحلف".

ونص في المادة: (142) "أن اليمين الحاسمة تكفي لإثبات تخلص المدعى عليه من الدعوى، ولا يجوز طلب إثبات الدعوى بالبينة بعدها".

ويتضح من ذلك أنَّ المحكمة التي حسمت النزاع باليمين لا يجوز لها أن تقبل إثبات الدعوى بالبينة بعدها ولا المنازعة في إثبات كذب اليمين، وهو تخريج حاسم لحسم النزاع حيث لا يجوز للمدعي بعد أن يطلب يمين المدعى عليه، ويستوفيها أن يطلب بعد ذلك إثبات الدعوى أو إثبات كذب اليمين؛ لأنَّه باستعمال حقه في طلب اليمين قد أسقط دعواه وأسقط الحق المدعى به[4].

ب– تعارض الشهادة مع اليمين في القانون المغربي

القانون المغربي فلم يناقش مسألة تعارض الشهادة مع اليمين لا في قانون العقود والالتزامات في الفصل: (406) وما بعده وكذا في قانون المسطرة المدنية في المادة: (85) وما بعدها، والقاعدة في القانون المغربي عند عدم تنظيم مسألة الرجوع إلى الفقه المالكي.

(1) منحة الخالق، لابن عابدين، ج5، ص206.

(2) الحاوي، الماوردي، ج13، ص41.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص346.

(4) الوجيز في شرح قانون الإثبات اليمني، الشامي، ص172.

ثانيًا: ترجيح الشهادة على القرائن

الشهادة والقرائن متفاوتتان في القوة ومختلفتان في الدلالة وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الشهادة على القرائن في الفقه

عند التعارض بين الشهادة وبين القرائن فإن القاضي يرجح الشهادة على القرائن أو الدلالة.

والدلالة: هي أوضاع الأبنية، ودلالة اليد، ودلالة الاتصال فالبينات مقدمة على هذه الدلالات؛ لأن الظن المستفاد من البينات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات، فالشهادة عامة ضعيفة بالنسبة إلى الإقرار، قوية بالنسبة إلى الأيدي وإلى ما ذكرنا من الدلالات[1]. فعند التعارض ترجح البينة على اليد ويدل على ذلك قوله -ﷺ- لوائل بن حجر الحضرمي: «شاهداك أو يمينه»[2]، ففِي الحديث دليل على أَنَّ الْبَيِّنَةَ تُقَدم عَلَى الْيَدِ وَيُقْضَى لِصَاحِبِهَا بِغير يَمِينٍ[3]؛ لأن الأصل هي البينة ولا يصار إلى القرائن إلا عند عدم وجود بينة، فإذا شهد شاهدا عدل بأنّ فلانًا سرق مال فلانٍ، ومن ثم وُجِدَ المالُ لدى شخصٍ آخر غير المشهود عليه فهنا تعارضت البينة مع قرينة وجود المال المسروق بيد شخص آخر، مع أن وجود المال قرينة على السرقة فهنا نرجح الشهادة على القرينة؛ لأن وجود المال وإن كان قرينة فلعلّ المشهود عليه أودعه المال المسروق أو غير ذلك من الاحتمالات، وكذلك إذا تعارضت الشهادة والقسامة أو الشهادة والقيافة، أو الشهادة واليد فإن الشهادة تقدم في ذلك كله؛ وذلك لقوة الشهادة.

---

(1) قواعد الأحكام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص119.

(2) سبق تخريجه.

(3) شرح مسلم، النووي، ج2، ص163.

الفقرة الثانية: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الشهادة على القرائن

أ- موقف القانون اليمني من ترجيح الشهادة على القرائن

أورد القانون المدني اليمني أمثلة للتعارض بين الشهادة والقرائن وأنه عند تعارض القرينة والدليل يرجح الدليل وذلك كما في النصوص الأتية:

-قرينة المادة: (1313) مدني يمني "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غرس أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته فيكون مملوكًا له ما لم يثبت غير ذلك بالدليل الشرعي"، فالمتبين من نص هذه المادة أن المقنن اليمني قد وضع قرينة قانونية مترتبة على القاعدة الشرعية وهي: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"[1]، وتفترض هذه المادة أن كل ما يوجد على الأرض من بناء أو غرس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل مالك الأرض، وأنه هو الذي أنشأه على نفقته، ومن ثم يكون مملوكًا له لم يتم الدليل من جانب الخصم المدعي عكس ذلك.

- قرينة المادتين: (1171، 1177) مدني يمني تنصف المادة: (1171) على أنه "الجدار بين بنائين لمن بين ثم لمن تؤيده القرائن المتعارف عليها ويقدم اتصال الجدار ببناء أحد الجارين، ثم لذوي الجذوع ثم لمن ليس إليه توجيه البناء أو نحو ذلك وإلا فهو مشترك بينهما"[2]، وبتوفر الشرطين -المذكورين- تقوم قرينة قانونية على أن الجدار المشترك، إلَّا أنها قابلة لإثبات العكس فيجوز لأحد الجارين أن يثبت أن الحائط مملوكًا له كأن يقوم بتقديم سند يثبت تملكه إياه[3].

وينطبق نفس الحكم ما نصت عليه قرينة المادة: (1177) مدني يمني حيث قضت بأن السقف الذي يفصل بين السفل والعلو شركة بينهما مالم يقم أحد المالكين الدليل على غير ذلك.

---

(1) سبق ذكرها.

(2) عبء الاثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، عبد الله علي الخياري، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، ط، صنعاء، الجمهورية اليمنية، 2008م، ص68.

(3) المرجع نفسه، ص69، 70.

-قرينة المادة: (4/1078) من القانون المدني اليمني حيث تنص هذه المادة بانه " يكون المؤمن مسئولاً في التأمين ضد الحريق في الحالات الآتية منها: عن ضياع الأشياء المؤمن عليها أو اختفائها أثناء الحريق ما لم يثبت أن ذلك نتيجة سرقة " لا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية ونفي القرينة القانونية إلا بإثبات أنَّ هذه الأشياء لم تحترق وإنما سرقت[1].

ففي النصوص سالفة الذكر تعارضت القرينة والدليل فرجح الدليل وذلك لقوة دلالته.

وتطبيقا لذلك فقد رفعت دعوى أمام المحكمة الابتدائية بالسودة -اليمن- برقم: 1424/19هـ وتأريخ 28/ ذو القعدة 1424هـ، الموافق 2004/1/20م.

خلصت وقائع الدعوى أن المدعي: (أ) تقدم بدعوى أمام محكمة السودة الابتدائية ضد المدعى عليه: (ب) طالباً رفع يد المدعى عليه من أملاكه... أجاب المدعى عليه بلسان وكيله: (ج) بأن تلك الأعيان المدعى بها قد صارت بالبيع لموكله من المدعي المذكور وبيده بصيرة شرعية بذلك... إلخ. فصدر القرار القضائي بما يلي:

واللازم على المدعى عليه: (ب) عدم قبول دعوى الشراء لعدم البرهان الناطق الناهض بذلك وعليه إخلاء الأماكن المدعى بها، وتسليمها خالية إلى المدعي (ب) بموجب فصله المذكور... إلخ.

وقد علّلت محكمة السودة الابتدائية حكمها بما يلي: بأنّه بعد سماع المرافعة والاطلاع على أوليات القضية وما جاء فى دعوى: (أ) والرد عنها من المدعى عليه: (ب) وما أوضحته البصيرة المؤرخة محرم 1408هـ من حضور المدعي وبيعه من المدعى عليه ما به الدعوى وشهادة كاتبها وشاهديها على وقوع البيع بحسبها غير أن المدعي طعن بغيابه في تأريخها عن الوطن وأثبت ذلك بما هو مصرح عنه في جواز سفره من التأشير على دخوله السعودية بتأريخ رجب 1407هـ وعلى خروجه منها في 19/شهر جمادى الثانية/ 1408هـ فذلك قرينة

(1) المرجع السابق، الخياري، ص70.

لا شك في تأثيرها على تلك البصيرة وعلى سلامة شهادة الحسيني وزميليه باعتبار ذلك وثيقة رسمية قاطعة بما فيها... إلخ.

تم الطعن في هذا الحكم أمام محكمة استئناف عمران وعللت الشعبة المدينة بالآتي: مخالفة الحكم المطعون فيه للحجة الشرعية المتمثلة في البصيرة المبرزة من المستأنف بدون مسوغ شرعي إذ أهملها واعتبرها غير صحيحة مع ثبوتها بشهادة كاتبها وشهودها أمام المحكمة بحجة أن جواز سفر البائع يحكي اغترابه وقت البيع، وهذه قرينة ضعيفة تدخلها عدة احتمالات ولا تقوى على مواجهة الحجة الشرعية الصحيحة لذلك فالمتعين عدم الأخذ بما قرره الحكم المطعون فيه وأيدت المحكمة العليا الحكم المطعون فيه الصادر من الشعبة الاستئنافية بتأريخ 1430/4/2هـ الموافق 29/مارس/2009م.

فتبين من الحكم القضائي الآتي:

– أنه عند تعارض البينة مع القرينة فإن البينة ترجح على القرينة، ولكن ليست على إطلاقها وإنما ترجح البينة على القرينة إذا كانت القرينة ضعيفة تدخلها عدة احتمالات ولا تقوى على مقاومة البينة، فقد تأتي حالة تكون فيها القرينة قاطعة قوية الدلالة. ومن خلال إيراد الحكم القضائي تبين أن المحكمة الابتدائية أعطت القرينة الأولية على الحجة الشرعية المتمثلة في البصيرة وشهادة الشهود، ومحكمة الاستئناف ألغت الحكم واعتبرت التأشيرة قرينة ضعيفة لا تقوى على مواجهة الحجة الشرعية الصحيحة.

– اختلفت وجهة نظر المحكمتين – الابتدائية والاستئنافية– في تحديد قوة القرينة، فاعتبرتها المحكمة الابتدائية قرينة قوية باعتبار تأشيرة مغادرة الأراضي اليمنية وقت إبرام العقد وثيقة رسمية، في حين اعتبرت المحكمة الاستئنافية ذلك قرينة ضعيفة، وأيدت المحكمة العليا الحكم الاستئنافي.

– تبين من خلال سرد وقائع الحكم القضائي وحيثياته أن محكمة الاستئناف لم تناقش مسألة التعارض والترجيح بين الحجة الشرعية والقرينة لعدة أسباب:

السبب الأول: أنَّ الشعبة اعتبرت تأشيرة الدخول قرينة ضعيفة، وهذه القرينة لا تقوى على مواجهة الحجة الشرعية؛ لأنه يشترط في التعارض تكافؤ الأدلة.

السبب الثاني: أن قواعد الترجيح في القضاء اليمني لم تكن محل اهتمام في تسبيب وتعليل الحكم القضائي خصوصا في تعارض القرائن مع الحجج القوى منه، وما ورد في الحكم دليل على ذلك، إلَّا أنَّ إعمال أحد الدليلين وإهمال الآخر نوع من الترجيح.

ب-موقف القانون المغربي من ترجيح الشهادة على القرائن

اعتبر القانون المغربي البينة أقوى من القرينة، وأنه عند التعارض ترجح البينة على القرينة من ذلك ماورد في المادة:(235) "من أن كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض، أو داخلها تعد محدثة من طرف مالكها وعلى نفقته، وتعتبر ملكا له مالم تقم بينة على خلاف ذلك"[1].

فاتضح من نص المادة أن قرينة ملكية البناءات والمنشآت الموجودة فوق الأرض تضعف حجيتها أمام البينة.

وكذا ما نصت عليه المادة: (243) "من أنه يفترض في واضع اليد على العقار أنه الحائز إلى أن يثبت العكس"[2].

فوضع اليد قرينة على الحيازة فإذا ثبت عكس ذلك بدليل أقوى فإن قرينة وضع اليد تصبح مرجوحة، لذا فقد قرر القضاء المغربي هذه القاعدة في القرار رقم: (466) بتاريخ 1986م، ما يلي: "إنّ حيازة الطاعنين غير عاملة ففي اختصار الرهوني: كلما علم الأصل لا تنفع فيه طول المدة وقال في الارتفاق عن القاضي عبدالوهاب: أنّ المدعي إذا أقام بينة كان أولى من اليد لرجحانها؛ لأن اليد تشهد بما لا تشهد به البينة، فاليد مبهمة والبينة مفسرة

(1) مدونة الحقوق العينية، المادة: (235).

(2) المصدر السابق، المادة: (243).

وإنما يحكم بها لقوله –ﷺ– البينة على المدعي وفائدة ذلك أنه إذا أقامها حكم له بها وقال ابن رشد: مجرد اليد لا ينقل الملك على المحوز اتفاقًا"[1].

فتبين من الحكم القضائي أنّ البينة–الشهادة– ترجح على القرينة عند التعارض، وبهذا يتضح أن القانونين محل الدراسة قد راجحا الشهادة على القرينة عند التعارض.

المطلب الثالث: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية والقرائن والخبرة

الأدلة الكتابية منها الأدلة التقليدية من حيث أداة الكتابة وموضعها، ومنها وسائل حديثة تعتمد على محررات الإلكترونية ممهورة بتوقيع إلكتروني، والأدلة الكتابية بنوعيها قد تتعارض فيما بينها، وقد تتعارض مع القرائن وخصوصًا مع قرينة اليد، وقد تتعارض الأدلة الكتابية مع الخبرة، وقد تتعارض الخبرة مع القرائن، وكل هذا التعارض قد يتعذر معه المواءمة وإعمال الأدلة وهنا يتعين الترجيح وهو ما سيكون الحديث عنه فيما يلي:

الفرع الأول: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية وبين غيرها من الأدلة

الدعامة التي يتم الكتابة عليها قد تتنوع وتختلف، وهذا التنوع لا يثير خلاف في الترجيح بينهما بناء على الدعامة التي يتم الكتابة عليها، ولكن تنوع الكتابة قد يؤدي إلى التعارض فيما بينها، وهذا التعارض يعد من المستجدات العصرية التي يتعين الوقوف عندها ووضع حلول لها عند التعارض وهو ما سنبينه فيما يأتي:

أولا: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية التقليدية، والإلكترونية

لما كان القانونان اليمني والمغربي قد أعطيا للمحررات الالكترونية والتوقيع الإلكتروني حجة ثبوتية فمن المستساغ والمتصور أن يعرض على المحكمة ملف يتضمن الادعاء بإثبات حق معين، مستندًا في ذلك إلى محرر ورقي ويدفع المدعى عليه بمحرر إلكتروني محاولًا دحض ما جاء به خصمه، فهنا أي المحررين يرّجح؟

---

(1) القرار: (466) الصادر بتاريخ 25/مارس/1986م، ملف شرعي (85/5304)، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، الإصدار الرقمي ديجنبر 2000م، العدد: (42–43)، ص123.

وقبل الجواب على هذا التساؤل يستدعي منا المقام بيان ماهية التوقيع الالكتروني.

الفقرة الأولى: ماهية التوقيع الالكتروني وحجيته

أ- ماهية التوقيع الالكتروني

- تعريف التوقيع الإلكتروني: التوقيع الإلكتروني هو: طريقة اتصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الإنترنت[1].

- أنواع التوقيع الإلكتروني: للتوقيع الإلكتروني أنواع متعددة وهي كالأتي[2]:

التوقيع الرقمي، والتوقيع البيومتري، والتوقيع بالقلم الإلكتروني، واستخدام البطاقة الممغنطة المقترن بالقلم السري، والتوقيع الإلكتروني الديناميكي في البنك المباشر(المنزلي)، والتوقيع ببصمة الإصبع الليزري.

ب- حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

يتطلب الحديث عن حجية التوقيع الإلكتروني بيان الحجية في الفقه الإسلامي والقانون.

-حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي:

لم يناقش الفقهاء القدامى مسألة الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لكونها من مستجدات العصر الحديث كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي أصدر المجمع القرار رقم: (52)، في دورة السادس في شعبان 1410هـ قرر ما يلي[3]:

- إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول) وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحال ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

---

(1) التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، محمد خالد جمال رستم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006م، ص39، وما بعدها.

(2) الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، محمد فواز المطالقة، دار الثقافة، ط1، عمان، 2006م ص60، ومدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، محمد أحمد نور حستنيه، رسالة دكتوراه في الحقوق، نوقشت في جامعة القاهرة، 2005م، ص98، وما بعدها، والدفع بالتقسيط عن طريق البطاقات الائتمانية، دراسة فقهية مقارنة، عمر يوسف عبد الله عباينة، دار النفائس، ط1، عمان، 1428هـ- 2008م، ص21.

(3) مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة: (6)، 1410هـ، قرار رقم: (52)، ص111-112.

– إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانيين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين وينطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.

– إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجابا محددا المدة يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.

– إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض فيه ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال فيه.

– ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات، وناقش الفقهاء المعاصرين مثل: عطاء عبدالعاطي السنباطي[1]، ومحمد منصور المدخلي[2]، ومحمد صالح اليحيى[3]، حجية ذلك وجعلوا للتوقيع الإلكتروني حجة في الإثبات وعلّلوا ذلك بما يلي:

التعليل الأول: أنَّ الأدلة الحديثة والمرتبطة بالتقدم العلمي والتكنولوجي على مر العصور لا مانع من الاحتجاج بها وبناء الحكم القضائي عليها رعاية لمصلحة الناس وأموالهم وأعراضهم بل قد تكون من أقوى الأدلة وذلك على النحو الذي يقرره ولاة الأمور في البلاد، وما يتفق مع مصلحة الناس في كل زمان ومكان ولفظ البينة يصلح ويساعد على ذلك[4].

التعليل الثاني: إن المصلحة تعد من أهم الأسس في التطبيق التجاري الإلكتروني؛ لأنه لم يفتح باب الاستصلاح إلا في المعاملات ونحوها مما تعقل معاني أحكامها[5].

(1) الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، عطاء عبدالعاطي السنباطي، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، 2008م، ص96.

(2) أخلاقيات التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، محمد منصور المدخلي، المجلة المعاصرة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد: (63)، السنة: (20)، 1426هـ- 2005م، ص12.

(3)، المعاملات المصرفية الإلكترونية من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، محمد صالح اليحيى، مجلة التحكيم اليمنية، العدد: (74)، ص12.

(4) الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، السنباطي، ص96.

(5) أخلاقيات التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، المدخلي، ص12.

التعليل الثالث: إن الشريعة تدعو إلى توثيق التعامل المصرفي وإثباته وضبطه بالوسائل المتعارف في الإثبات سواء تم ذلك بالطرق التقليدية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بالكتابة والشهادة والرهن أو بالطرق الإلكترونية الحديثة كالبيانات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[1].

-حجية التوقيع الإلكتروني في القانونين اليمني والمغربي

التوقيع الإلكتروني له حجية كاملة في الإثبات في القانونين لا يقل عن الكتابة اليدوية والتوقيع اليدوي وذلك لتتوافر الصفة الوثائقية فيه.

فقد نص القانون اليمني على ما يلي: "يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها أو حجيتها في الإثبات"[2].

ونص القانون المغربي على ما يلي: "تتمتع كل وثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتأريخ ثابت"[3]، وبذلك يتبين أنَّ هناك تعادلًا وظيفيًا بين الكتابة الورقية، والكتابة الإلكترونية، والتوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني، وأنَّ التوقيع الإلكتروني له حجيته في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية والإدارية نفس الحجية التي للتوقيع الخطي، ويعد التوقيع الإلكتروني بمنزلة التوقيع الخطي، وله نفس الآثار بناء على ما ورد في نصوص القانونين- اليمني والمغربي-.

الفقرة الثانية: صور التعارض بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي في القانونين اليمني والمغربي

لا يوجد نص ينظم حالة التعارض بين المحررين سواء المحررين الورقيين، أو المحررين الإلكترونيين، أو المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني، كما أنَّه على المستوى العملي لم نصادف

(1) المعاملات المصرفية الإلكترونية من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، اليحيى، ص12.

(2) قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني، المادة: (10).

(3) قانون الالتزامات والعقود، الفصل: (417).

ملفًا بهذا الموضوع؛ نظرًا لجدته، إلا فروض التعارض بين المحررين لا تخلو من أربع صور، والتي يستطيع القاضي من خلال الاستعانة بها للترجيح بين المحررين.

الصورة الأولى: التعارض بين محرر عرفي إلكتروني مؤمن ومحرر عرفي ورقي

جرت العادة في عقود التجارة الإلكترونية على أن توثيقها يكون إلكترونيا، ويكون حفظها في سجل إلكتروني وتذييلها وتوثيقها بالتوقيع الإلكتروني معتمد من جهة محايدة تتولى التصديق على التوقيعات لتعطي مصداقية التوقيعات، فشهادة التصديق هي، طريقة اتصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات عبر الإنترنت(1)، فشهادة التصديق الإلكترونية تقوم بالتعريف بمدى صحة الوثيقة الإلكترونية والتوقيع الالكتروني(2)، فهي تؤمن صلاحية الموقع وحجية توقيعه، وتؤكد من هوية الموقع(3).

فإذا تعارض محررين عرفي الكتروني مؤمن والآخر عرفي ورقي، فيكون الترجيح على ضوء ما يلي:

المحرر الإلكتروني الموقع توقيعًا إلكترونيا مؤمنًا في مرتبة أعلى من المحرر الورقي، وكنتيجة لذلك لا تثور مسألة التعارض بين الأدلة؛ نظرًا لأن الترجيح لا يقوم إلا بين أدلة متكافئة المستوى، ولكن يظل التأمين للمحرر مزية يترجح بها على غيره.

والوضع هنا أن المحرر الإلكتروني –بما يتوافر فيه من ضمانات– يحظى بثقة ومكانة أفضل من المحرر العرفي الورقي.

وحين نكون بصدد محرر عرفي ورقي تحققت له عناصر حجيته سواء من خلال اعتراف المنسوب إليه التوقيع به، أو من ثبت أمام القضاء صحته بعد إنكاره ففي هذه الحالة يكتسب

---

(1) التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، محمد خالد رستم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006م، ص39.

(2) مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، بشار طلال المومني، عالم الكتب الحديثة، ط1، أربد– الأردن، 1425هـ، ص139.

(3) التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتباس، سعيد السيد قنديل، دار الجامعة الجديدة، دون ط، الإسكندرية، ودون ت، ص74.

ذلك المحرر قدرًا من المصداقية ويتمتع بحجية في الإثبات، وإذا ما وجد تعارض بينه وبين محرر إلكتروني مؤمن فإننا عندئذ نكون بصدد تعارض حقيقي بين أدلة متساوية في الحجة.

وفي هذا الخصوص يلقى على عاتق القاضي مهمة الترجيح بين هذين المحررين بحسب ما يظهر له من أدلة الدعوى[1].

الصورة الثانيَّة: التعارض بين محرر عرفي إلكتروني غير مؤمن ومحرر عرفي ورقي

المحرر الإلكتروني غير المؤمن هو ذلك المحرر الذي يكون مصحوبًا بتوقيع إلكتروني غير مؤمن وهذا الأخير لا تتوافر له الضمانات التي تكفل مصداقيته كما لا تتوافر له الضوابط الفنية والتقنية اللازمة للتحقق من سلامة التوقيع، وهو يأخذ مرتبة المحرر العرفي الورقي في الإثبات نظرا لاتفاقهما في ضعف الضمانات التي توفر الثقة في المحرر.

ويتولى القاضي فضُّ التنازع بين هذين المحررين في ضوء ما يظهر له من وقائع الدعوى لتحديد المحرر الأكثر ترجيحًا منهما[2]، وهذا يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

الصورة الثالثَّة: التعارض بين محرر عرفي إلكتروني مؤمن ومحرر رسمي ورقي

فهنا المحرر العرفي الإلكتروني المؤمن يقع في مرتبة وسط بين المحررات الرسمية الإلكترونية أو الورقية وبين المحررات العرفية الورقية[3].

الصورة الرابعَّة: التعارض بين محرر رسمي إلكتروني مؤمن ومحرر رسمي ورقي

أضفى القانونان اليمني والمغربي على المحررين الرسميين الورقي والإلكتروني وفي نفس الحجية ففي هذه الحالة أمام محررين في نفس المستوى، فعلى هذا فإنه عند التعارض يكون الترجيح على ضوء ما يلي:

---

(1) إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت دراسة مقارنة، تامر محمد سليمان الدمياطي، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 2009م، ص837.

(2) المرجع السابق نفسه، ص837.

(3) المرجع السابق، ص837، 838، 839، 840.

إذا كانت المحررات متساوية من حيث القوة واستوفى كل محرر شروط اعتباره دليلًا كتابيًا كامل، وكان مضمون أحدهما متعارضًا مع الآخر، فإن التنازع يثور بينهما، وعلى القاضي أنْ يرجح أحد المحررين على الآخر، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو الدليل الأقرب للحقيقة[1]، ويستعمل في الترجيح سلطته التقديرية.

وللقاضي أن يستعين في ذلك بكافة الوسائل لتكوين عقيدته، فللقاضي أن يأمر بندب خبير[2]، كما أنه يمكن أن يستعين بتاريخ المحرر، فإذا كان تاريخ أحد المحررين تال على تاريخ المحرر الآخر فإن هذا المحرر يكون أولى بالاعتبار[3]، وله الاستعانة بجميع قواعد الترجيح وتطبيقها على التعارض المعروض أمامه.

الفقرة الثالثة: البريد الإلكتروني

قد تتعارض رسائل البريد الإلكتروني باعتبارها محررًا إلكترونيًا، وهذا التعارض يستلزم بيان كيفية الترجيح عند تعذر الجمع وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ- ماهية البريد الإلكتروني

- تعريف البريد الإلكتروني: هو مستودع لحفظ الأوراق والمستندات الخاصة بالمستخدم شريطة أن يتم تأمين هذا الصندوق بعدم الدخول إليه من خلال التشفير أو كلمة مرور، أو غيرها من تقنيات الحماية الفنية [4].

(1) التعاقد عبر الإنترنت دراس مقارنة، سامح عبد الواحد التهامي، دار الكتب القانونية بدون ط، 2008م ص609.

(2) المرجع السابق نفسه، ص609.

(3) المرجع السابق نفسه، ص609.

(4) الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني، عبد الفتاح بيومي الحجازي، دار الفكر الجامعي، بدون ط، الإسكندرية- مصر، 2004م، ج1،ص172.

– حكم البريد الإلكتروني: حكم المراسلة عبر البريد الإلكتروني يأخذ حكم المراسلة الكتابية[1]، واتضح فيما سبق حجية الكتابية اليدوية، وحجية التوقيع الإلكتروني، ومن ثمّ فإن المراسلة عبر البريد تصبح ذات حجية في الإثبات.

ب– التعارض والترجيح بين رسائل البريد الإلكتروني

تبين أن حكم البريد الإلكتروني كحكم التوقيع الإلكتروني ولكن كيف يتم الترجيح إذا تعارضت رسالة بريد الكتروني مع رسالة بريد إلكتروني أخرى؟

عند التعارض بين رسالتين فإما أن يوجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم ذلك، وفي هذه الحالة يكون الترجيح وفقا لما تم الاتفاق عليه، فإذا لم يوجد اتفاق بين الخصوم على ترجيح دليل على آخر، فإن للقاضي الأخذ بالدليل الأكثر إقناعًا وقربًا من الحقيقة، ومنتجًا في الدعوى محل الحكم، وأكثر مصداقية، وفقاً للمادة: (417) مدونة الحقوق العينية. كون العبرة هو بمقدار ما يتمتع به المحرر من مصداقية وموثوقية. ومن جهة أخرى، يكون للمتعاملين بالبريد الإلكتروني أن يتفقوا على ترجيح أي المحررين في حال التعارض، وبذلك يكونوا قد رسموا معالم الطريق للقاضي حال تعارضها، وفي كل الأحوال، لابد أن يكون المجال متاحاً أمام القضاء للاجتهاد بمثل هذه المسائل، لمواكبة التطور التكنولوجي المتلاحق، وتنظيم استعانة المحاكم بالخبراء فيما يدق من مسائل يصعب إدراكها أثناء نظر النزاع، كون ما يتوصل له الخبير محل نظرها وتقديرها، لتقف على حقيقة تلك المحررات الإلكترونية المستند إليها من قبل الخصوم[2].

وبهذا يتضح أن القانونين محل الدراسة لم يعالجا مسألة الترجيح بين المحررات الإلكترونية واليدوية عند التعارض، ولكن يمكن للقاضي الاستهداء بما تم ذكره عند عرض النزاع عليه.

---

(1) صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة، معالم وضوابط وتصحيحات، قطب الريسوني، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 1435هـ، ص173.

(2) الإثبات بالبريد الإلكتروني بين الواقع والقانون في ضوء التشريعين اليمني والمغربي دراسة مقارنة، شمسان حزام علي الذيب، أطروحة دكتوراه، نوقشت بجامعة عبدالمالك السعدي، المملكة المغربية، 2020– 2021م، ص273.

ثانيا: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية والقرائن

حظيت الكتابة في الوقت المعاصر اهتمامًا كبيرًا ونالت حجية في الإثبات فاقت البينة في أمور عدة، وأصبحت المخاوف والمخاطر التي كانت تقلل من أهميتها منتفية، فإذا تعارض الدليل الكتابي مع القرائن مثل قرينة وضع اليد فإن الدليل الكتابي يرجح، لأن وضع اليد قد تكون عادية، وظالمة، وقد تكون بإجارة أو إعارة، وسنبسط القول في ذلك عند الحديث عن مرجح اليد.

الفرع الثاني: التعارض والترجيح بين القرائن وبين الأدلة القضائية

القرائن أنواع متعددة فقد تكون قرينة شرعية، وقد تكون قرينة قضائية، وقد تكون قرينة بسيطة[1]، وهذه الأنواع تختلف قوتها في النوع الواحد وهذا الاختلاف يكون له أثره في الترجيح، وتتنوع القرائن من جهة أخرى إلى قرائن قطعية، وقرائن ظنية، ودلالات القرينة القطعية إما أن تكون قطعية في مواجهة القرين الظنية، وقد تكون قطعية في مواجهة بعض طرق الإثبات الظنية لذا سيكون الحديث فيما يلي:

أولا: ترجيح القرائن التي تفيد العلم اليقيني على الإقرار والشهادة

تقدم أن من القرائن ماهي قطعي، وأن قطعية القرينة تعد وسيلة كافية للإثبات، وضابط أن القرينة أقوى من الإقرار والشهادة في حالة ما إذا كانت القرينة أقوى لإفادة الظن كانت راجحة على الإقرار والشهادة، وذلك لأن المقرر شرعاً أن "ما أمكن العمل فيه بالأقوى لم يجز العمل فيه بالأضعف"[2]، و"تقديم الظن القوي على الظن الضعيف في سائر الأحكام"[3].

إلا أن ترجيح القرينة على الإقرار والبينة يتطلب دقة تأمل وغوصًا إلى عمق الدليل لمعرفة حقيقة دلالته، وقد يساعد على إدراك ذلك معرفة ما يحيط بالدليل من شواهد الحال،

(1) قانون الإثبات المادة رقم: (155).

(2) أدب القضاء، الماوردي، ج2، ص98.

(3) قواعد الاحكام، العز بن عبدالسلام، ج2، ص37.

والقضاء فَهْمٌ[1]، فليست القرينة على إطلاقها تكون مرجوحة أمام الإقرار، أو البينة، بل قد تكون القرينة قوية الدلالة، واضحة المعنى، موصلة إلى إثبات الحق أكثر من غيرها.

وتعتبر القرينة التي تفيد العلم لها حجيتها على الإقرار والشهادة إلا أن البلوغ بهذه الحجية على المرتبة التي يجاز فيها القضاء بالقرينة في الحدود يستوجب التوقف فإطلاق الإجازة أو التوسع فيها بحجة أن القرائن قد تفيد العلم غير مسلم به، فضابط الإجازة هو بلوغ القرينة إلى حد اليقين المطلق، في الدلالة على ثبوت الواقعة وإسنادها، ولا يتوفر ذلك إلا في قرينة الرائحة في الخمر – والحَبَل–الحمل– في الزنا، فالرائحة في الخمر[2]، تفيد العلم اليقيني على ارتكاب جريمة شرب الخمر وإسنادها كما أنه ليس ثمة شاهد أقوى في ثبوت الزنا واسناده من قرينة الحبل ممن لا زوج لها ولا سيد[3]. ولنا أن نزيد الأمر نوعًا من الدقة، وهو أنّ استنكاه رائحة الخمرِ من فمِ المتهمِ قرينة قوية تفيد العلم اليقيني أنّ المتهم شرب خمرًا، ولكن قد ينتفي عند ذلك العمدية أو ما يسمى في الفقه القانوني "القصد الجنائي"، فهذه القرينة أفادت العلم اليقيني بالنسبة للشهود، وأفادت العلم الظني بالنسبة للقاضي إلا إذا كان القاضي هو الذي قام بالاستنكاه.

ثانيا: ترجيح القرينة على الإقرار

إذا كان الأصل أن الإقرار أقوى وأرجح من القرينة؛ وذلك لأنّ دلالة الإقرار، وإفادته للظن أقوى من دلالة القرينة، إلا أنّ القرينة أنواع متعددة وضروب مختلفة، تتفاوت درجاتها، وتختلف قوتها فأحيانا تزداد قوة حتى تفوق الإقرار ومن ذلك: ما روى أبو هريرة عَنِ النَّبِيِّ –ﷺ– قَالَ: «بَيْنَمَا امْرَأَتَانِ مَعَهُمَا ابْنَاهُمَا، جَاءَ الذِّئْبُ، فَذَهَبَ بِابْنِ إِحْدَاهُمَا، فَقَالَتْ هَذِهِ لِصَاحِبَتِهَا: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكِ أَنْتِ، وَقَالَتِ الْأُخْرَى: إِنَّمَا ذَهَبَ بِابْنِكِ، فَتَحَاكَمَتَا إِلَى دَاوُدَ، فَقَضَى

(1) تعارض البينات القضائية، شرفي، ص238.

(2) في مذهب الإمام مالك يحد برائحة الخمر، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الحطاب، ج9، ص352.

(3) تعارض البينات القضائية، شرفي، ص237.

بِهِ لِلْكُبْرَى، فَخَرَجَتَا عَلَى سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ، فَأَخْبَرَتَاهُ، فَقَالَ: ائْتُونِي بِالسِّكِّينِ أَشُقُّهُ بَيْنَكُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا يَرْحَمُكَ اللهُ، هُوَ ابْنُهَا، فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى»[1].

قال ابن القيم رحمه الله: وقد استدل سليمان عليه السلام بعدم موافقة الصغرى على شقه على أنها أمه، وأن اعترافها بالولد للكبرى راجع إلى شدة شفقتها عليه، وآثرت أن يحكم به لغيرها على أن يصيبه سوء، فحكم عليه السلام بالولد للصغرى بناءً على هذه القرينة الظاهرة وقدم تلك القرينة على إقرارها ببنوتها للكبرى لعلمه أنه إقرار غير صحيح[2].

قال ابن مفلح: "فَلَوْ اتفقت مثل هذا القصة في شريعتنا عمل بالقافة، فإن لم يوجد قافة وحكم بينهما حاكم بمثل حكم سليمان كان صوابًا وكان أولى من القرعة؛ لأن القرعة مع عدم الترجيح، ولم يقص النبي -ﷺ- قصة سليمان إلَّا ليعتبر بها في الأحكام "[3].

وترجم الإمام النسائي في "سننه" بثلاث تراجم لهذا الحديث الأولى قال الإمام النسائي: "حكم الحاكم بعلمه"، والثانية قال الإمام النسائي: "التوسعة للحاكم في أن يقول للشيء الذي لا يفعله: أفعل كذا، ليستبين به الحق" والثالثة قال: "نقض الحاكم ما يحكم به غيره ممن هو مثله أو أجل منه"[4].

ولم يزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه قرينة أقوى من البينة والإقرار، فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب ووجود المال معه نص صريح لا يتطرق إليه شبهة، وهل يشك أحد رأى قتيلاً يتشحط في دمه وآخر قائم على رأسه

(1) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب إذا ادعت المرأة ابنًا، حديث: (6769)، وصحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب بيان اختلاف المجتهدين، حديث: (1720) واللفظ لمسلم.

(2) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص8.

(3) الفروع، ابن مفلح، ج11، ص198، بتصرف.

(4) سنن الإمام النسائي، كتاب آداب القضاة، كتاب السعة للحاكم في أن يقول للشيء الذي لا يفعله: أفعل ليستبين الحق، الحديث: (5402، 5403، 5404).

بالسكين أنه قتله ولا سيما إذا اعترف بعداوته[1]، فهذه قرائن أفادت اليقين في دلالتها فترجح على غيرها عند تعارضها معها؛ وذلك لقوة الدلالة في الظن.

الفرع الثالث: التعارض والترجيح بين الخبرة الأدلة القضائية الأخرى

لم يتحدث الفقهاء المسلمون عن الترجيح بين الخبرة ووسائل الإثبات الأخرى كحديثهم في موضوع التعارض والترجيح بين وسائل الإثبات؛ وذلك لأنّ القاضي لا يلجأ إلى الخبرة إلَّا عند عجزه عن الفصل في موضوع النزاع والذي يتطلب الفصل فيه معرفة خاصة لا يحيط بها علم القاضي، ويكون من اختصاص الخبير[2]، وأنَّ القاضي كان يبذل جهدًا عظيمًا في معرفة كنه الدليل ومباشرة الدليل الفني بنفسه أو على الأقل تحت إشرافه، وهذا بخلاف القاضي في ظل الأنظمة الحديثة، وفي الممارسات العملية أثبتت الممارسات القضائية على أنه قد يحصل تعارض بين تقرير الخبراء وبين وسائل الإثبات الأخرى، فهنا إذا عجز القاضي عن المواءمة فإنه يلجأ إلى الترجيح على وفق معايير وهي على كالآتي:

أولا: ترجيح الأدلة الفنية على الأدلة القولية

حين يكون قاضي الموضوع أمام تضاد الأدلة الفنية بين يديه في الواقعة محل الدعوى في أوضح صورها الفنية؛ إذ لابد أن يتعارض تقرير الخبير الفني مع شهادة الشهود، فإذا كان شهود الواقعة في الدعوى الجزائية شهدوا أنَّ المتهم ضرب المجني عليه عدة ضربات في رأسه ووجه وجسمه، في حين أنَّ التقرير الطبي قد قطع بأنَّ المجني عليه مصاب بضربة واحدة في رأسه، فنكون أما تعارض بين البينات القولية مع الأدلة الفنية، وإذا شهد الشهود الأربعة أن المتهم قد ارتكب حد الزنى في حين أن تقرير الطبيب الشرعي قد قطع بأن المتهمة عذراء ولم يسبق الإيلاج فيها[3].

(1) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، 12.

(2) الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانوني الدولي وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة، عبدالناصر محمد شنيور، دار النفائس، ط1، الأردن، 1425هـ-2005م، ص72.

(3) نظرية تعارض الأدلة القضائية، الحمادي، ص190.

فيكون هنا أمام تعارض بين دليل فني ودليل قولي –والأدلة القولية هي إقرار المدعى عليه وشهادة الشهود– فما العمل اتجاه هذا التعارض؟ يكون الترجيح بناء على ما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الخبرة على الإقرار

يعد الإقرار طريقًا من طرق الإثبات ووسيلة كاملة لها حجيتها في الإثبات، وهي حجة قاصرة على المقر لا تتعداه إلى غيره، وأصول المحاكمات القضائية تقتضي الترتيب في إجراءات الدعاوى، وإقامة الحجج والبراهين، فإذا أقر المدعى عليه بالحق مدنيًا كان أم شخصيًا، فإن محكمة الموضوع تكتفي بهذا الإقرار وتبنى عليه حكمها متى كان كافيًا، ولا تطلب من المدعي إحضار شهود، لأنّ البينة تكون عند الإنكار لا عند الإقرار، وهذا هو الأصل، ولكن قاضي الموضوع قد يرفق له بملف القضية تقريرًا صادرًا من خبير يتعارض مع إقرار المقر، فهنا يلجأ القاضي إلى ترجيح الدليل الفني على الإقرار.

وقد استقرت أحكام القضاء في نظرية التفاضل الفني بين الأدلة القولية والأدلة الفنية وتكريس قاعدة تقديم الأدلة الفنية على الأدلة القولية[1]، ولكن هذا يكثر وقوعه في المسائل الجنائية فمثلاً تحديد سبب الوفاة هي مسألة فنية تستلزم أخذ رأي الطبيب الشرعي وذلك لمعرفة العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي الصادر من المتهم وبين النتيجة الإجرامية التي هي إزهاق روح المجني عليه هذه العلاقة السببية هي سبب الوفاة، وهي ما إذا كانت مضاعفات الإصابة بمقذوف ناري، أم غيره أدت إلى وفاة المجني عليه.

ففي المسائل الجنائية على القاضي أن يرجع لأهل الخبرة حتى مع وجود الإقرار؛ ذلك أنّ كثيراً من المتهمين يقر بارتكابه للجريمة أثناء التحقيق معه، ليسهل هروب الفاعل والتأثير على مجرى التحقيق في الجريمة، أو أنه يقر بارتكابه للجريمة مقابل مبلغ مالي ليعفي الفاعل الأصلي من إيقاع العقوبة عليه، فإذا تعارضت الخبرة العلمية مع الإقرار، فإنه يرجح رأي

(1) المرجع نفسه، ص190.

الخبير وترجيحه على الإقرار[1]؛ وذلك لأنَّ الإقرار يكون التعويل عليه إذا لم يعارض بأدلة أخرى أقوى منه؛ لأنَّ الحكم بالباطن أقوى من الحكم بالظاهر[2].

الفقرة الثانية: ترجيح الخبرة على الشهادة

إذا تعارض الدليل القولي –وهم شهود الإثبات– مع الدليل الفني القاطع الذي أثبته تقرير الخبير فإن الدليل الفني هو الذي يقدم، لأنه لا يكذب بما يستعصي على الملائمة بين الدليل القولي والدليل الفني، وذلك إذا شهد أربعة شهود في واقعة الدعوى الجزائية بأن المتهم قد ارتكب حد الزنى وأنهم رأوه عياناً في حين أن تقرير الطبيب الشرعي أثبت أن المتهم مقطوع مجبوب ليس لديه آلة الفعل فإن الدليل القولي الفني تعارض مع الدليل الفني القاطع بما يستعصي على المواءمة والتوفيق مما يجب على محكمة الموضوع طرح الدليل القولي وترجيح الدليل الفني[3].

وكذا إذا اختلط على الشهود الأمر في تمييز رائحة الخمر في شرب المسكر، أو وصوله إلى حد السكر البين، أو عدم وصوله بحيث يفقد السيطرة على نفسه وسلوكه فإن التحاليل الكيميائية للعينية من الدماء كفيلة ليس لمجرد إثبات وجود المادة الكحولية، بل وتحديد نسبة وجودها في الدم[4] فهنا يقدم الدليل الفني؛ وذلك لأن الإدراك العلمي حاسم في تقريره، قطعي في دلالته، ساطع في حجيته، فإذا انصب الدليل المعنوي، والدليل الفني على واقعة أو موضوع واحد، وكان بينهما تناقض، أو اختلاف، فلا شك أن الدليل الفني بقوته التدليلية المبنية على الأصول والحقائق العلمية الثابتة يكون له في هذه الحالة الغلبة والرجحان على ما دونه، فتنهار أمامه باقي الأدلة غير القاطعة التي ظهرت على ساحة الدعوى مهما كان مصدرها[5].

(1) الإثبات الخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي وتطبيقاتها المعاصرة، الشتنبور، ص74، 75.

(2) أدب القاضي، الماوردي، ج2، ص38.

(3) نظرية تعارض الأدلة القضائية، الحمادي، ص190، 191.

(4) الجرائم الجسيمة وإثباتها مع مبادئ أصول علم الأدلة الجنائية في مجال ثباتها، أبوبكر عبد اللطيف عزمي، ص455.

(5) المرجع نفسه، ص495.

الفقرة الثالثة: ترجيح الخبرة على الوثائق الخطية

تتنوع القرائن إلى عدة أنواع منها القرائن المرجحة التي تعتبر دليلاً مرجحاً لما معها من الأدلة، والقرائن المرجحة يفتقر دورها على ترجيح الأدلة، أو بتعبير آخر تقوية دليل على آخر[1]، فإذا ادعى شخص ملكية أرض واستند إلى شهود إثبات ملكية، وادع المدعى عليه بملكيته للأرض محل الدعوى وأبرز بذلك وثائق خطية وأدعى المدعى عليه زوريتها[2]، وأحيلت أوراق القضية إلى الخبير–المعمل الجنائي– المختص وأثبت زورية الوثائق الخطية –بعد المطابقة واتخاذ الإجراءات القانونية– مع أن الوثيقة الخطية قد أعطتها بعض القوانين حجية قوية تفوق البينة الشخصية واعتبرت البينة الخطية أرجح من البينة الشخصية إلا أن تقرير الخبير يعتبر مرجحاً[3].

وتزداد أهمية الترجيح بالخبرة على الوثائق الخطية في خبرة الإسقاطات الجوية، والخرائط الجوية عند تزاحم المستندات، فتكون للخراط الجوية قيمة ترجيحية.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين دليل الخبرة والأدلة القضائية الأخرى

لم يعالج القانونان محل الدراسة التعارض بين دليل الخبرة والأدلة القضائية الأخرى بنصوص صريحة وإنما أوكلا ذلك إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع كما تم توضيح ذلك فيما سبق، ولكن إذا كان تعارض الدليل القولي مع الدليل الفني إذا كان هو الرأي المستقر هو تقديم الدليل الفني على الدليل المعنوي إلا أنه قد يظهر للقاضي من خلال ظروف الواقعة وملابساتها ترجيح الدليل المعنوي على الدليل الفني، وعند ذلك يتعين على القاضي أنَّه لا يعدل عن الدليل الفني إلا بدليل فني، لأن القاعدة القضائية أن الدليل الفني لا ينقض إلا بدليل

(1) القرائن ودورها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بجاش سرحان محمد المخلافي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة– مصر ،1996م، ص177.

(2) وذلك بناء على دفع بالزورية يبين فيه الوقائع والأسباب والأسانيد القانونية.

(3) الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانون الدولي المعاصر، الشتنبور، ص75.

فني، وذلك لأن من القواعد المسلم بها بداهة أن علم القاضي وما يتراءى له بالعين المجردة أو بالمعرفة الشخصية لا يعتد بها كدليل لفصل الخصومات وتقرير الوقائع، ولا ينهض سببا لإغفال الخبرة[1].

المطلب الرابع: تطبيقات فقهية على الترجيح بقوة الحجة

هناك مسائل متعددة في أبواب متفرقة تعارضت فيها الأدلة القضائية وتفاوتت درجاتها، وقد تختلف في الباب الواحد وسنوضح ذلك بما يلي:

الفرع الأول: تفاوت قوة الدليل القضائي في اللقطة

تعد مسائل اللقطة من المسائل الفقهية التي تتعارض فيها الأدلة القضائية، وتختلف فيها قوة وضعفا، ويتضح فيها تفاوت درجات قوة الدليل القضائي، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أولا: اللقطة وحالات التعارض والترجيح بين أدلتها

الفقرة الأولى: اللقطة وحالات تعارض أدلتها

لبيان ماهية اللقطة لابد من بيان تعريفها وحالاتها، وذلك في الآتي

أ- تعريف اللقطة

اللقطة: هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره[2]، وتعتبر اللقطة مثل بقية أبواب الفقه التي قد يثور نزاع بين الملتقطين حول أحقية كل منهما باللقطة، وذلك باعتبارها مالًا ضائعًا، وسببًا من أسباب الملكية، وفيها تفاصيل كثيرة نقتصر منها على محل الدراسة.

ب- حالات التعارض في باب اللقطة

وبالتأمل لما أورده الفقهاء يتبين أن التعارض بين المتداعيين يكون في أغلبها في ثلاث مسائل:

أحدها: التعارض بين الوصف المجرد من أحد المتنازعين، وبين البينة.

---

(1) الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فنا وقانونا، غازي مبارك الذنيبان، دار الثقافة، ط1، عمان- الأردن، 2005م، ص152.

(2) المغني ابن قدامة، ج6، ص73.

ثانيها: التعارض بين البينتين.

ثالثها: التعارض بين الأوصاف المجردة عن البينة، ويظهر من خلال ذكر حالات تنازع الملتقطين على اللقطة أنها في أغلبها مبناها على الأوصاف، وتفصيل حالات الترجيح بينها في الفقرة الآتية:

الفقرة الثانية: الترجيح بين أدلة إثبات اللقطة

تدور أغلب المرجحات في باب اللقطة حول الإقرار والشهادة والأوصاف، والتي تعد من قبيل القرائن، ونوضح ذلك فيما يلي:

أ- ترجيح البينة على الوصف المجرد للّقطة.

القاعدة العامة في الإثبات: البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، إلا أن البينة تختلف باختلاف الدعاوى.

قال ابن قُدامة: جعل النبي -ﷺ- بينة مدعي اللقطة وصفها، فإذا وصفها فقد أقام بينته[1].

والملتقط يدفع اللقطة لمدعيها بناء على وصفه لها، فإذا دفع الملتقط اللقطة للمدعي بناء على ذكره للعلامة، وجاء آخر وأقام بينة أنها له، فإنها تكون لمن بين، وذلك لأن البينة حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف المجرد، وأن البينة أقوى من الوصف[2].

وما ذكره الفقهاء من ترجيح البينة على الوصف، يعد من قبيل ترجيح البينة على القرينة، وأوصاف اللقطة من وصف الوعاء، والوكاء، والعدد، والوزن، وغير ذلك من الأوصاف، هي بمثابة قرائن يتبين بها صدق المدعي، فإذا عورضت هذه القرائن ببينة، وجب الدفع إليه؛ لأن

(1) المصدر السابق، ج 6، ص85.

(2) تبيين الحقائق الزيلعي، ج3، ص306، والنهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (المتوفى: 1005هـ)، تحقيق، أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1422هـ- 2002م، ج3، ص283، والشرح الكبير، الدردير، ج4، ص118، والمغني، ابن قُدامة، ج6، ص86، النجم الوهاج، الدميري، ج6، ص42، 43.

البينة أقوى من القرائن، وكذلك يرجح الدليل الكتابي على الوصف، فإذا وصف اللقطة واصفٌ، ووصفها آخر، وقدم بذلك وثيقة تثبت ملكيته للشيء الملقوط، فإنه يترجح جانبه لقوة دليله.

ب- ترجيح البينة على الإقرار في اللقطة

إذا كانت القاعدة العامة ترجيح الإقرار على البينة، باعتبار الإقرار هو أقوى الأدلة، إلا أن المسألة تختلف في باب اللقطة، فإذا أقر الملتقط بلقطة لرجل، وأقام الآخر البينة أنها له قضيت للذي أقام البينة؛ وذلك لأن الإقرار حجة في حق المقر، لكن الإقرار لا يعارض بينة الآخر؛ لأن البينة حجة متعدية إلى الناس كافة، فيثبت بها الاستحقاق، والبينة حجة في حق الكل، والإقرار ليس بحجة في حق الغير، والضعيف لا يعارض الأقوى[1]، وكذا يترجح مدعي اللقطة بذكر أوصافها مع الدليل الكتابي على الإقرار بها.

ج- ترجيح الوصف الأقوى على الأضعف

فإذا تنازع اثنان في اللقطة، وادعى كل منهما أنها له، فإن نصوص الفقهاء تنص على أن الوصف المعتبر في وصف اللقطة هي الوعاء، والوكاء، والوزن، والعدد، فإذا أتى كل من المتنازعين بأوصاف يصف بها اللقطة لدى الملتقط، فإن الأوصاف تختلف قوة وضعفًا، فمن وصف اللقطة بأوصاف يغلب على الظن صدقه دفعت إليه، وترجح جانبه، فيرجح من عرف أوصافًا يقوى بها الظن، على من عرف أوصافًا يحصل بها أوصافًا دونه[2]، ومن ذلك أنه يقضى لمن عرف الأوصاف الثلاثة في اللقطة، وهي العفاص، والوكاء، والعدد على العدد، والوزن على من لم يعرف ذلك [3]. وكذلك يقضي لمن عرف العفاص، والعدد على من عرف العفاص، والوكاء، وذلك لجمعه صفتين أحدها ظاهرية، والأخرى باطنية[4]، فمن قدّم أوصافًا

(1) المبسوط، السرخسي، ج11، ص16.

(2) شرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج7، ص203.

(3) الشرح الكبير، الدردير، ج4، ص118.

(4) حاشية الدسوقي، ج4، ص118.

محصلة لغلبة الظن، وصدقه في دعواه يرجح على من قدم أوصافا يحصل بها ظن أدنى من السابق.

والترجيح بين أوصاف المتنازعين في اللقطة هو من باب الترجيح بين القرائن، والقرائن تختلف ضعفًا وقوة، فمن قويت قرينته ترجح جانبه، وهكذا.

ويرى الشافعية وأنّه إذا تعدد الواصف لم تدفع اللقطة إلا بحجة، وذلك كبينة سليمة من المعارض[1].

بينما يرى الحنابلة أنه إذا وصف اللقطة اثنان أقرع بينهما، فمن وقعت به القرعة حلف أنها له، وسلمت إليه[2].

وعند الحنفية: إذا وصف اللقطة مدعيها، وكانت دراهم أو دنانير، وسمى صاحبها وزنها، وعددها، ووكاءها، فأصاب ذلك كله، فإن شاء الذي في يده دفعها إليه، وإن شاء أبى حتى يقيم البينة، وحجتهم في ذلك أن إصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون جزافًا، وقد يعرف الإنسان ذلك من ملك غيره، وقد يسمع مالك ينشد ذلك، ويذكر علاماته، والمحتمل لا يكون حجة للإلزام[3].

د- الترجيح بالسبق

الترجيح بالسبق يعد من المرجحات التي تشمل مسائل متعددة عند التنازع، وتظهر في عدة مسائل، منها المباحات، ومعادن الأرض، والارتفاق بالمنافع العامة، واللقطة.

والسبق هو: وضع يده على اللقطة ابتداء[4]، والقاعدة أنه عند التعارض يترجح السابق[5].

(1) حاشية البجيرمي، ج3، ص330، ونهاية المحتاج، ابن القاضي شهبة، ج5، ص445.

(2) المغني لابن قدامة، ج6، ص85.

(3) المبسوط، السرخسي، ج11، ص8.

(4) حاشية الدسوقي، ج4، ص126.

(5) المبسوط، السرخسي، ج10، ص215.

فلو تنازع جماعة، أو اثنان على اللقطة، وكان أحدهما أسبق بناء على البينة التي قدمت منهما، فإن ذكرت البينة الأسبق منهما، حكم بها له[1].

فإذا تنازع الملتقطان وسبق أحدهما الآخر زمانًا فإنه يترجح على غيره، وبهذا يتبين أنّ قواعد الترجيح قد تنطبق على النوازل الفقهية في بابٍ بينما تكون استثناءً في بابٍ آخر.

هـ- الترجيح بالقرعة

إذا تنازع المدعيان على اللقطة، وأثبت كل منهما دعواه ببينة، فمذهب الحنابلة على أنه يقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف[2].

وعند الشافعية: إذا دفع الملتقط اللقطة أولًا ببينة، ثم جاءت بينة أخرى، فتأتي عندهم أقوال التعارض[3]، وسنزيد الترجيح بالقرعة بسطا عند الحديث عن الترجيح بالقرعة.

ثانيا: موقف القانون اليمني، والمغربي من التعارض والترجيح بين أدلة اللقطة

الفقرة الأولى: الترجيح بين أدلة إثبات اللقطة في القانون اليمني

لم ينص القانون المدني اليمني على اختلاف المتداعيين، وبيناتهما في اللقطة، وإنما نص على ما يلي: "لا يلزم الملتقط دفع اللقطة إلى من يدعيها إلا ببينة شرعية، ويجوز للملتقط بغير إلزام أن يدفع اللقطة إلى مدعيها إذا بين له علامة مطابقة، أو إذا صدقه في ادعائه، بيّن أو لم يبيّن"[4]. فالنص القانوني ذكر على سبيل الجواز أن يدفع الملتقط اللقطة إلى مدعيها إذا بين له علامة، أو صدقه في ادعائه، إلا أن الأصل ألا يدفعها إلا ببينة شرعية، ومعتبر العلامة المطابقة، قرينة، وتصديق المدعي من باب الإقرار له. وكما هو معلوم عند تعارض القرينة، والإقرار مع البينة الشرعية المقدمة من مدعٍ آخر للقطة، يقدم من أدلى ببينة شرعية على الوصف والتصديق.

(1) المبسوط، السرخسي، ج10، ص230، وحاشية الدسوقي، ج4، ص126، والنجم الوهاج، الدميري، ج6، ص43.

(2) المغني، ابن قدامة، ج6، ص85.

(3) النجم الوهاج، الدميري، ج6، ص43.

(4) القانون المدني اليمني، المادة: (1239).

الفقرة الثانية: الترجيح بين أدلة إثبات اللقطة في القانون المغربي

لم يرد في القانون المغربي النص الصريح على اللقطة، وإنما تندرج تحت ضمن الاستيلاء على منقول، فنص قانون الالتزامات والعقود في الفصل: (22) على ما يلي: "من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكًا له، ويصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته".

تبين من خلال أدلة الترجيح بين المتنازعين على اللقطة أنها خالفت القاعدة العامة في بعض مسائل الترجيح فالأصل أن الإقرار أقوى من الشهادة، ولكن في باب اللقطة الشهادة أقوى من الإقرار وهذا من قبيل الاستثناء على القاعدة.

وتبين أنَّ باب اللقطة يدور في أغلب مسائله على الأوصاف فكلما قوي الوصف ترجح على غيره، وكلما كثرت الأوصاف التي تشعر بصدق المدعي كلما ترجحت على وصف الطرف الآخر، وبهذا يظهر تفاوت الأدلة القضائية قوةً وضعفًا.

الفرع الثاني: الترجيح بين القرائن عند التنازع على الجدار

من المسائل التي تناولها الفقهاء بالبحث ونص عليها القانونان محل المقارنة هو مسألة الجدار بين حائطين، من له الأحقية فيه عند رفع دعوى الاستحقاق وانعدام البينة، فيلجأ طرفي الدعوى لإثبات الاستحقاق الى القرائن، وهذه القرائن تختلف قوةً وضعفًا، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أنه إذا تنازع جاران في جدار فادعاه كل واحد منهما لنفسه فهنا، إما أن يكون لأحدهما بينة فيقضي به لصاحب البينة، وإما ألا يكونا لهما بينة فالأمر لا يخلو من افتراضين: الأول: أن يتصل الجدار ببناء أحدهما بحيث يعلم أنهما بنيا معاً فهو له، وهذا محل اتفاق بين جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية[1].

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص90، والذخيرة، القرافي، ج11، ص29، ومنهاج الطالبين، النووي، ص263، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص167، والتاج المذهب، العنسي، ج3، ص191.

وذلك أن الظاهر أن هذا البناء بني كله بناءً واحداً، فإذا كان بعضه لرجل كان باقية له، والبناء الآخر الظاهر أنه بني وحده، فإنه لو بني مع هذا كان متصلاً به، فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا[1].

الثاني: ألا يتصل الجدار ببناء أحدهما، ولا ببنية لأحدهما، وهناك علامات أخرى، فهل يتم الترجيح بها؟ وللإجابة على هذا التساؤل حصل خلاف في الفقه الإسلامي والقانون، وسنوضح ذلك فيما يلي:

أولا: الترجيح بين الأدلة القضائية عند التنازع على جدار بين حائطين

المرجحات في مسألة التنازع على الجدار بين حائطين عبارة عن قرائن ولكن هذه القرائن لم تكن محل اتفاق بين الفقهاء وتفصيل ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في المرجحات عند التنازع على الجدار بين حائطين

اختلف الفقهاء في القرائن المرجحة لتداعي طرفي الخصومة عند التنازع على جدار بين حائطيهما على رأيين:

الرأي الأول: ذهبت الحنفية والمالكية والزيدية إلى الترجيح بالقرائن عند التنازع على جدار بين حائطين إلا أنهم اختلفوا في هذه القرائن على أقوال:

القول الأول: ذهبت الحنفية إلى أنه يرجح بالآتي: بالاتصال والجذوع وزاد أبو يوسف ومحمد بالوجه والقمط [2].

القول الثاني: وعند المالكية ترجح لستة أمور: العقود والبناء عليه، والباب، والعرز، والكوة، ووجه البناء[3].

(1) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص167.

(2) المبسوط، السرخسي، ج17، ص90، والعناية شرح الهداية، العيني، ج8، ص284، ودرر الحكام، علي حيدر، ج2، ص35.

(3) البهجة، التسولي، ج2، ص624.

وقال ابن فرحون: "إذا تنازعا جدارًا حكم به لصاحب الوجه ومعاقد القمط والطاقات والجذوع وذلك حكم بالأمارات"[1].

القول الثالث: وعند الزيدية الاتصال بالبناء والجذوع وتوجيه الجدار لمن ليس إليه ثم التزيين والتجصيص وعقود القمط[2].

وإن وجدت هذه الأشياء أو بعضها إلى ناحيته قضى له به، إذا لم تقم بينة للآخر، وإلا فالاعتماد على البينة[3].

الرأي الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة الى عدم الترجيح بالقرائن عند التنازع على الجدار بين الحائطين، وأنه لا تعتبر الجذوع ولا غيرها[4]، وبهذا يتضح أن هذه المسألة ليست محل اتفاق في الترجيح بين الأدلة عند التنازع.

الفقرة الثانية: الترجيح بالقرائن عند التنازع على جدار بين حائطين

أ- الترجيح بالجذوع

إذا كان الجدار بين دارين فدّعاه كلٌ من المتنازعين، وكان لأحدهما عليه جذوع، وللآخر ليس له عليه جذوع فهل الجذوع مرجحة؟

القول الأول: ذهبت الحنفية[5]، والزيدية[6]، إلى أنه إذا لم يكن لأحدهما بينة، ولا اتصل الجدار ببناء أحدهما أنَّه يرجح بالجذوع المركبة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

- إنّ واضع الجذوع مستعمل للحائط بوضع حمله عليه، والاستعمال يد، وعند تعارض الدعوتين القول قول صاحب اليد.

---

(1) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص123.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص190، 191، 192.

(3) البهجة، التسولي، ج2، ص625.

(4) المنهاج، النووي، ص263.

(5) المبسوط، الرخسي، ج17، ص89، والعناية، العيني، ج8، ص284.

(6) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص191.

-أنّ وضعه للجذوع دليل على أنه بنى الحائط لحاجته، إذ وضَعَ حمله عليه ومثل هذه العلامة تثبت في الترجيح[1].

-أنّ الظاهر شاهد له[2].

القول الثاني: ذهبت الشافعية، والحنابلة إلى عدم الترجيح بالجذوع[3].

واستدلوا على ذلك بالآتي:

- إن وضع الجذع على الجدار يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن المنع[4].

- أن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع أو قضاء قاضي يرى الإجبار على الوضع فلا يترك المحقق بالمحتمل[5].

وقد رد أبو حنيفة على مانعي الترجيح بالجذوع بأن تأويل الحديث أن صاحب القمط أقام البينة حين تحاكما، فقضى له حذيفة -رضي الله عنه- بالبينة، وذكر القمط على سبيل التعريف كما يقال قضى لصاحب العِمامة والطيلسان[6].

الراجح أن الجذوع تعتبر من المرجحات، وهي نوع من الاستعمال، وقرينة ظاهر على أحقية صاحب الجذع للجدار.

ب- الترجيح لمن ليس له توجيه البناء

لو اختلفا في جدار وجهه إلى أحدهما وظهره إلى الآخر، فهل يكون ظهر البناء قرينة يقضى بها لمن كان إليه ظهر البناء؟

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص89.

(2) المبسوط، السرخسي، ج17، ص89، والتاج المذهب، العنسي، ج3، ص191.

(3) المنهاج، النووي،263، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص167.

(4) الشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص167.

(5) حاشية الجمل، سليمان الجمل، ج3، ص369.

(6) المبسوط، السرخسي، ج17، ص90، وكتاب الحيطان، الصدر الشهيد، ص119.

القول الأول: ذهبت الحنفية والشافعية والحنابلة بأنه لا يحكم بالجدار لمن إليه وجه الحائط وأنه بينهما[1].

استدلوا على ذلك: أن هذه العادة مشتركة قد يجعلها إلى جانب جاره وقد يجعلها إلى الطريق، فلا يكون ذلك دليل انعدام ملكه في الحائط، وكذلك إن كانت الطاقات إلى أحدهما، فالحاصل أنَّ ظهر البناء كله متنازع فيه، فلا يمكن جعله دليلاً للحكم به لأحدهما[2].

القول الثاني: عند المالكية وأبو يوسف ومحمد والزيدية يقضي لمن كان إليه ظهر البناء وأنصاف اللِّبَنِ، وكان وجه البناء إلى جهة أحدهما دون صاحبه.

استدلوا على ذلك، بأن العادة أن الإنسان يجعل ظهر البناء إلى جانب نفسه ليكون مستوياً[3].

الراجح ما ذهب إليه المالكية والزيدية من أنه يقضى لمن كان إليه ظهر البناء، لأن ذلك يعد قرينة قوية على أحقيته بالجدار.

ج- الترجيح بمعاقد القمط

العقود والقمط مترادفان وهما عبارة عن معاقد الأركان وهي إدخال الحائط في الآخر كاشتباك الأصابع.

وقيل: العقود عبارة عن تداخل الأركان.

والقمط: عبارة عما يشد به وجه الحائط ويمنعه من الانتثار من جير وجص ونحوهما[4].

وقد اختلف الفقهاء في الترجيح بمعاقد القمط.

القول الأول: ذهب أبو حنيفة والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا كان جصّ بين دارين يدعيه كل واحد من صاحبي الدارين والقمط إلى أحدهما أنه لا يقضي به لمن كان القمط إليه.

---

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص91، وحاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين، ج2، ص297، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص169.

(2) المبسوط، الرخسي، ج17، ص90.

(3) المصدر السابق، ج17، ص91.

(4) البهجة، التسولي، ج2، ص624.

واستدلوا: بأن القمط متنازع فيه فلا يجوز أن يجعل ذلك دليل الملك لأحدهما، وهو المتنازع فيه بعينه؛ ولأن الإنسان قد يتخذ جصاصا ويجعل القمط إلى جانب جاره ليكون جانبه مستوياً فيطينه ويجصصه[1].

القول الثاني: ذهبت المالكية وأبو يوسف ومحمد –رحمهما الله– والزيدية إلى أنه يقضي لمن إليه القمط [2].

واستدلوا بحديث دهثم بن قرَّان «أن رجلين اختصما في جص فبعث رسول الله –ﷺ– حذيفة بن اليمان –رضي الله عنه– ليقضي بينهما فقضى بالجص لمن إليه القمط ثم أخبر بذلك رسول الله –ﷺ– فاستصوبه»[3]، والشاهد من الحديث أن حذيفة قضى بالخص لمن إليه القمط، ذكر ذلك لرسول الله –ﷺ– فرضيه[4].

الرأي الراجح: الترجيح لمن إليه توجيه القمط لورود السنة التقريرية فيه.

د– الترجيح باتصال التربيع

الاتصال نوعان: اتصال ملازقة، وهو: أن يُلازق أحدُ الطرفين بالآخر.

واتصال تربيع وهو: أن يكون لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة في اتصال لبنات الحائط الذي لا نزاع فيه[5]، ويأتي التربيع على صورتين[6]:

الصورة الأولى: إذا كان الحائط من مدر أو آجر أن تكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في أنصاف لَبِن غير المتنازع فيه، وبالعكس.

الصورة الثانية: وإذا كان من خشب، فالتربيع أن تكون ساحة أحدهما مركبة في الأخرى.

---

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص90.

(2) المبسوط، السرخسي، ج17، ص90، والبهجة، التسولي، ج2، ص624، وحاشية العدوي، ج2، ص360، والتاج المذهب، العنسي، ج3، ص192.

(3) سنن ابن ماجه في كِتَابُ الْأَحْكَامِ، باب الرجلان يدعيان في خص، الحديث: (2343).

(4) كتاب الحيطان، الصدر الشهيد، 118.

(5) درر الحكام شرح غرر الأحكام، ملا خسرو، ج2، ص350.

(6) العناية، العيني، ج8، ص285.

وعند تعارض بين اتصال المجاورة والملازقة فاتصال التربيع أولى[1].

وذلك لأنه شاهد ظاهر لصاحبه؛ لأنّ الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه إذ مداخلة اتصال اللبنات وأطراف الخشبات لا تتصور إلَّا عند بناء الحائطين معًا فكان أولى[2].

فما تم ذكره هو خلاف الفقهاء في الترجيح بالقرائن في مسألة الحائط بين بنائين، ويظهر من خلال ذكر أقوال الفقهاء أنَّ القرائن تتفاوت قوةً وضعفًا، وهذا التفاوت سببه مدى قوة القرينة في حسم النزاع، وهذه القوة هي قوة الحجة في الدلالة وإفادتها للمقصود، ويخضع ذلك كله للسلطة التقديرية للقاضي في حسم القرينة للخصومة القضائية، ولكن قد تتزاحم هذه المرجحات من القرائن فيكيف يتم الترجيح بينها.

الفقرة الثالثة: الترجيح بين القرائن عند التنازع على جدار بين حائطين

قد تتعارض القرائن في أحقية كل من المتنازعين، فيستدل أحدهما باتصال الجذوع، ويستدل الآخر باتصال تربيع، وقد يستدل أحدهما باتصال الملازقة، والآخر باتصال تربيع، فأيُّ القرائن أولى ببعضها؟

أ- ترجيح اتصال التربيع على اتصال الملازقة

عند تعارض اتصال التربيع مع اتصال الملازقة فإن اتصال التربيع يترجح على اتصال الملازقة، قال ابن عابدين: "وإن كان لأحدهما تربيع وللآخر ملازقة يقضي لصاحب التربيع[3]، وذلك لقوة دلالة اتصال التربيع على الملكية أقوى من الملازقة.

ب- ترجيح الاتصال على الجذوع

عند التعارض بين مرجح الاتصال والجذوع فإن الاتصال يرجح على الجذوع.

(1) العناية، العيني، ج8، ص285.

(2) درر الحكام، علي حيدر، ج2، ص350.

(3) حاشية ابن عابدين، ج5، ص579.

قال ابن عابدين: "فإن كان لأحدهما تربيع وللآخر جذوع، فصاحب الاتصال أولى، وصاحب الجذوع أولى من اتصال الملازقة"[1].

وقال التسولي: فإن كان أحدهما انفرد بالقمط والآخر بالخشب فهو لذي القمط؛ لأنها أقوى دلالة والخشب لم يراها[2].

وقال العنسي: إذا لم يكن لأحدهما بينة ولا اتصل الجدار ببناء أحدهما حكم به لذي الجذوع المركبة في الجدار، ثم لمن ليس إليه توجيه البناء، ثم لذي التزيين والتجصيص، أو لمن عقود القمط إليه، ثم إذا لم يكن شيء مما تقدم فإنه يرجع إلى التحالف[3].

وقال الإمام الشوكاني: "أنَّ هذه قرائن يستفاد بها الظهور، والقول قول من معه الظاهر، فإذا لم تكن ثم قرينه تفيد ذلك اشتركا فيه، إذا لم يبق سبيل إلى ما يصلح مستندًا للحكم به لأحدهما"[4]، فهذه القرائن التي ذكرها الفقهاء تتفاوت في قوتها، ودلالتها، وبحسب قوة كل دلالة، فكل هذه القرائن استندت إلى الظاهر، والظاهر يختلف ظهوره من قرينة إلى أخرى، فكلما قوي الظهور كلما كان أدلَّ على الترجيح، وهذه المسألة كمثال يقيس عليه القاضي عند تزاحم القرائن، وتعارضها فيقدم القرينة الأقوى، والادلُّ على المقصود، وهذا يحتاج إلى تأمل تام، وروية في تقدير قوة القرائن، والموازنة بينها ومفاضلة بعضها على بعض.

–وإذا كان لكل واحد من المتنازعين له عليه جذوع، فأقام أحدهما البينة أنه له نزعت جذوع الأخر– وفرق بين هذا وبين ما إذا كان لأحدهما عليه جذوع حتى قضي به لصاحب الجذوع لم تنقض جذوع الآخر.

والفرق: أن البينة حجة مطلقة فمتى ظهر الاستحقاق بحجة مطلقة ظهر الاستحقاق مطلقًا في حق جميع الآثار، ومن جملة الآثار أن يظهر أن جذوع الآخر منصوبة بغير حق،

---

(1) المصدر السابق نفسه.

(2) البهجة، التسولي، ج2، ص625.

(3) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص191، 192، 193 بتصرف.

(4) السيل الجرار، الشوكاني، ص605.

فأما وضع الجذوع فحجة ظاهرة؛ لأنَّ وضع الجذوع إثبات اليد، واليد حجة ظاهرة، فلا يظهر بهذه الحجة الاستحقاق في حق إبطال حق الآخر[1].

وإذا كان ما تم ذكره من مرجحات بين القرائن في مسألة الحائط في العصر القديم فإن الوضع قد يختلف في عصرنا فيمكن للقاضي أن يرجح بناء على التخطيط الهندسي لكلا البنائين، أو الإسقاط الجوي لكلا المخططين، أو غير ذلك، وهذه وسائل علمية حديثة يتم الترجيح بها عند التعارض، أو خلو الدعويان من الدليل.

ثانيا: موقف القانونين واليمني والمغربي في مسألة التنازع على الجدار مقارنتها بين الفقه الإسلامي

نالت مسألة الجدار بين بنائين تفصيلا في القانون وخصوصا القانون اليمني، وبيان ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: الترجيح بين الأدلة القضائية في التنازع على الجدار في القانون اليمني

أ – النص القانوني

نظم القانون اليمني أحكام التنازع على الجدار في الفصل الثاني القيود التي ترد على الملكية وحقوق الجوار والشركة من القانون المدني، فنصت المادة: (1171) على أنه "الجدار بين بنائين لمن بين، ثم لمن تؤيده القرائن المتعارف عليها، ويقدم اتصال الجدار ببناء أحد الجارين، ثم لذي الجذوع، ثم لمن ليس إليه توجيه البناء، أو نحو ذلك وإلا فهو مشترك بينهما"[2].

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني: "إن هذه المادة تبين كيفية الاستدلال على ما إذا كان الجدار الفاصل بين بنائين مشتركا بين مالكي البناء أم لا، فيكون ذلك بقرائن الحال المتعارف عليها، فإن كان الجدار متصلاً ببناء أحد المالكين دون الآخر فهو للأول لما يتضح

(1) كتاب الحيطان، الصدر الشهيد، ص107.

(2) القانون المدني، المادة: (1171).

من أنه هو الذي بناه، ثم لمن وضع جذوعه على الجدار لأنه لا يستعمله على النحو إلُا إذا كان مالكًا له، ثم لمن ليس له توجيه البناء، وهكذا وإلا فهو مشترك بين الجارين[1].

وبالتأمل للنص المذكور تبين أن القانون المدني ومذكرته الإيضاحية قد رجحا بالقرائن عند التنازع على الجدار، وأنَّ الترجيح يكون بالقرائن المتعارف عليها، إلَّا أنَّ الترجيح عند التنازع يكون على الترتيب على النحو الآتي:

فيقدم اتصال الجدار ببناء أحد الجارين، ثم لذوي الجذوع، ثم لمن ليس له توجيه البناء، أو نحو ذلك أي أن على القاضي الاعتماد على هذه القرائن وهي غير محصورة بدليل ما جاء في عجز المادة أو نحو ذلك، وهذا يتيح المجال أمام القاضي للاستعانة بالوسائل الحديثة للترجيح. وبالتأمل أيضًا إلى المرجع الفقهي لهذا النص يتبين أنه مأخوذ من متن الأزهار في الفقه الزيدي.

ب- تحليل النص القانوني

تحليل وتفسير النص القانوني يكون من خلال الرجوع إلى شرح متن الأزهار المأخوذ منه النص لذا سنورد ما قاله شارحوا متن الأزهار في هذه المسألة.

ففي التاج المذهب: "حكم به لمن اتصل ببنائه دون الآخر؛ لأنَّ الظاهر معه إذا كانت الفُرَج من طرفه مهيأة لجدار المدعي له والعصرة إليه، فإن كانت العصرة من أسفل الجدار نحو أحدهما ومن أعلاه نحو الأخر حكم لكل منهما لمن العصرة إليه في الأسفل بالأسفل وفي الأعلى بالأعلى"[2].

ثم إذا لم يكن لأحدهما بينة ولا اتصل الجدار ببناء أحدهما حكم به لذي الجذوع المركبة في الجدار؛ لأنَّ الظاهر معه دون صاحبه، وكذا لو كان التداعي في عرضه، فإنَّه يحكم بها لمن له عليها بناء دون الآخر.

(1) المذكرة الايضاحية للقانون اليمني، وزارة العدل، الكتاب الثالث، والرابع، بدون ط، 1403هـ-1983م، ص432.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص193.

ثم إذا لم يكن لأحدهما بينة ولا اتصل ببناء أحدهما ولا لأحدهما عليه جذوع دون صاحبه فإنه يحكم بذلك الجدار لمن ليس إليه توجيه البناء؛ لأن الظاهر معه، ومثل توجيه البناء الوشيع وهو ما يجعل حول الحديقة والبيوت من الشجر والزرب منعًا للداخلين فإنه يحكم به لمن ليس إليه توجيه البناء والزرب ثم لذي التزيين والتجصيص؛ لأن الظاهر معه أو لمن عقود القمط أي الحبل الذي يشد به في بناء الجص وهو المبني بالعشب أو بالقصب أو بالثمام او بسعف النخل أو نحو ذلك من النباتات ممن كان إليه عقود الحبال المشدود بها هذا البناء في أبنية الوشيع فإنه يحكم به دون الآخر.

ثم إذا لم يكن لأحدهما شيء مما تقدم فإنه يرجع إلى التحالف والنكول فمن نكل خصمه دونه فحلف أو حلف ردًا حكم له بالجدار وإن حلفا معًا أو نكلا معًا حكم بالجدار بينهما.

لو كانا واضعين على الجدار جذوعًا معًا لكن أحدهما جذوعه أكثر فيحكم بالجدار لهما[1].

وقال الإمام الشوكاني –عند شرحه للأزهار– في قوله: "وإذا تداعيا جداراً" فوجهه أن هذه قرائن يستفاد بها الظهور والقول قول من معه الظاهر، فإذا لم تكن ثم قرينة تفيد ذلك اشتركا فيه إذا لم يبق سبيل إلى ما يصلح مستنداً للحكم به لأحدهما"[2].

اتضح مما تم ذكره أن القانون اليمني بيّن مراتب الأدلة القضائية في القوة وأسس ذلك على قوة الحجة، فرجح البينة على القرينة فجاء في نص المادة سالفة الذكر أن الجدار لمن بيّن من المتنازعين، ثم لمن تؤيده القرائن، وهذا يدل على أرجحية البينة على القرينة، وأنه عند التعارض ترجح البينة على القرينة، ثمَّ بينت المادة اختلاف القرائن قوةً وضعفًا، وهذا يدل على تفاوت قوة الدليل القضائي في النوع الواحد فكما ترجح البينة على القرينة لقوة دلالات البينة، فإن القرينة كلما قويت قدمت على غيرها ممن هي أقل قوة.

(1) التاج المذهب، العنسي، ج3، ص191، 192، 193.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص605.

الفقرة الثانية: الترجيح بين الأدلة القضائية في التنازع على الجدار في القانون المغربي

أ – النص القانوني

نصت المادة: (28) من مدونة الحقوق العينية على أن " الحائط الفاصل بين عقارين يعد مشتركًا بينهما إلى نهاية خط الاشتراك مالم يقم الدليل على خلاف ذلك".

ب– تحليل النص

يتبين من خلال هذا النص أنَّ الأصل في الحائط –الجدار– الفاصل بين عقارين أنه يكون مشتركًا فعند التنازع يكون الأصل فيه الاشتراك مالم يقم أحدهما الدليل على خلاف الاشتراك وهذا الخلاف في القانون اليمني كما سنبينه لاحقًا.

ولم بين المرجحات لاكتفائه بالمرجحات الواردة في المادة الثالثة فإنها تشمل الملكية والحقوق العينية الواردة على الملكية، فسواء كان التنازع بين الجارين على الجدار من حيث الملكية أو من حيث حق الانتفاع والاستعمال والاستغلال وما يتفرع من حق الملكية، والحقوق العينية التابعة للملكية.

الفقرة الثالثة: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

اتضح من خلال إيراد أقوال الفقهاء في مسألة الترجيح بالقرائن في التنازع على الحائط أنَّ القانونين محل الدراسة لم يخرجا عن أقوال الفقهاء، فالقانون المغربي لم ينظم هذه المسألة تاركًا الترجيح عند التنازع لما ذكره في المادة الثالثة من المدونة، وأما القانون اليمني فإنه عالج الترجيح في هذه المسألة بناء على ما رجحه أئمة الفقه الزيدي.

وما تم ذكره في الترجيح بين القرائن هو في جانب المعاملات، ولكن قد تتعارض القرائن في الجانب الجنائي، وتختلف قوة وضعفا، وتتفاوت درجة القوة فيها وهنا على القاضي التأني، والروية، وإعمال الفكر، واجهاد القريحة للترجيح بين القرائن المتفاوتة؛ لأن الأمر يدق في الجانب الجاني، وتقصر الكتابة عن إيجاد معايير للترجيح بينها لكونها تخضع لسلطة القاضي التقديرية خصوصا مع ظهور وسائل علمية حديثة.

خلاصة الفصل: بأن الترجيح بقوة الحجة قد يكون في الدليل الواحد من الأدلة القضائية وقد يكون بين الأدلة المختلفة وذلك من خلال قوة وضعف الحجة، وتضح بأن الترجيح بقوة الحجة له دوره البارز في بعض الأدلة القضائية منها الشهادة والأدلة الكتابية والقرائن، وأن ما سار عليه الفقهاء من الترجيح بقوة الحجة لم يخرج القانونان –محل المقارنة– عن إطار ما رسمه الفقهاء.

الباب الثاني:

الترجيح بالقرائن بين الأدلة القضائية

في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

توطئة

تختلف مراتب العلم الظني للدليل القضائي، وتتفاوت درجاته من حيث نوعية الدلالة التي يقتنع بها القاضي، فمنه ما يقرب إلى اليقين، ومنه ما هو أقل، وكان في الدرجة الأدنى من اليقين العلم المستفاد من القرائن، فإنَّها في الظن أقلُّ من الإقرار والشهادة، ودلالتها تتفاوت من قرينة إلى أخرى، ولتفاوت دلاتها من حيث حجيتها أثر في الترجيح بها عند التعارض.

وفيما سبق تناولنا الترجيح بين القرائن في ذاتها قوةً وضعفًا، والترجيح بينها وبين بقية الأدلة القضائية، وفي الباب سنتناول القرائن باعتبارها مرجحًا للأدلة القضائية عند التعارض، وأحيانًا تكون مرجحة لدعوى المتداعيين.

فالاعتماد القرائن وشواهد الحال له أهمية بالغة في إثبات الحقائق وتمييز الدقائق، فاعتبارها حال البينات الظاهرة –كالإقرار والشهادة واليمين والكتابة– من أهم الدواعي لتحري الصدق وتوقي الزيف والزلل كما أنَّ إهمالها– لا سيما القرائن القاطعة– أو الاسترسال فيها والعمل بمظنوناتها مما يؤدي إلى إقامة الباطل وضياع الحقوق[1]، ولذا كان لها الدور الباز في الترجيح واعتبارها الفيصل عند تعارض الأدلة القضائية واستعصاء المواءمة بينها، وهي تتنوع في جميع المجالات القضائية إلَّا أنَّ هناك قرائن ظاهرة في الترجيح، فمثلاً اليد تعد مرجحًا في الأملاك، والقيافة تعد مرجحًا في الأنساب، والقسامة تعد قرينة قوية في الإثبات الجنائي وقد تتعارض فيما بينها بناء على اللوث الذي تبنى عليه، وإذا كانت هذه القرائن التي ورد بها نصوصٌ من الشرع وتناولها الفقهاء، فهناك نوع آخر من القرائن، وهي الوسائل العلمية الحديثة، والتي أضحت تزاحم القرائن المعروفة في الفقه الإسلامي، وهي قرائن متعددة المجالات، متنوعة الاستخدام، فيستدل بها في الملكية بأنواعها، وفي الجنايات والحدود، والتعازير، وفي الأنساب، وفي مسائل الأحوال الشخصية، ورؤية الأهلة، وبالجملة فإنَّ مجالها رحبٌ، وإعمالها يؤدي إلى حفظ الحقوق، ومن ثمَّ فإنها تعدُّ من المرجحات عند تعارض الأدلة

(1) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الحميضي، ص452.

القضائية، وتساويها فيما بينها، بل إنَّ بعض الجزئيات التي حكى فيها الفقهاء التساقط لتعذر الترجيح أصبحت هذه الوسائل العلمية قرينة مرجحة فيها، لذا سنتناول في هذا الباب الترجيح بالقرائن بين الأدلة القضائية وذلك في فصلين، وهي في الآتي:

الفصل الأول:

الترجيح بين الأدلة القضائية بقرينة اليد وحجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

توطئة

يعتبر الترجيح باليد من أهم المرجحات التي تناولها الفقهاء بالبحث والمناقشة، فتَتَرجح اليدُ على غيرها عند التعارض، ويُرجّح باليد بين أدلة الإثبات؛ لقوتها في نفسها عند تعارضها مع غيرها الأقل دلالة منها، ولزيادتها معنىً عند انضمامها لغيرها، وهي ذات أهمية في الجانب القضائي، إذ المعول عليها عند التداعي خصوصًا بين المنازعات العقارية، فتعدُّ سببًا للملكية، وقرينة عليها بل عدّ بعض الفقهاء اليد دليلًا مستقلًا للإثبات به، وما يهمنا في هذه الدراسة هو الترجيح باليد عند تعارض الأدلة القضائية، إلَّا أنَّ المنازعات العقارية في أغلبها ترتبط بصدور أحكام فيها، وهنا يكون الدليل القضائي قد اتصل بالقضاء، وهذا الاتصال يكون له الحجية التي يحوزها الحكم القضائي، التي تعد بمثابة قرينة أخرى، فاتصال الأدلة بالقضاء يكسبها قوة عند رفع النزاع مرة أخرى، ويستطيع من صدر الحكم لصالحة الدفع بصدور حكم في القضية، أو اتصال دليله بالقضاء ويعد هذا الاتصال مرجحًا، ويعدُّ الترجيح بقرينة اليد وقرينة حجية الحكم القضائي من القرائن التي لها قوة ترجيحية للأدلة القضائية عند التعارض وتعذر الجمع، إلاّ أنّ الترجيح بهما يتطلب شروطًا عند إعمالها، وهذا ما سنبينه بالتفصيل فيما يلي:

المبحث الأول: الترجيح بقرينة اليد في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

التداعي أمام القضاء ليس على ضربٍ واحدٍ، بل يتخذ أنواعًا متعددةً، وضروبًا مختلفةً، فمرةً يكون أحد المتخاصمين مدعيًا، وأحيانًا يكون متدخلًا تدخًلا انضماميًا، وتكون دعواه في هذه الحالة مبتدئة، ومرة أخرى يكون الخصم دافعًا دعوى المدعي، وهذا الدفع دعوى في حقيقة الأمر فيشترط فيه ما يشترط في الدعوى، إلَّا أنَّ الخصومة القضائية في التنازع على الملكية العقارية يفترض فيها ما يلي:

الأمر الأولى: أن يكون التداعي جارياً بين صاحب يدٍ وبين من لا يد له، وصاحب اليد يسمى في اصطلاح الفقهاء الداخل، ومن لا يد له يسمى الخارج بالإضافة إلى الداخل، فالخارج في مقام المدعيين وصاحب اليد سماه الفقهاء مدعى عليه فالخصومة لا تخلو من أمور:

-إما أن تكون الخصومة عَرِيةً عن البينة، وهذا القول قول صاحب اليد مع يمينه.

-إذا اشتملت الخصومة على البينة فله أحوال:

-أن يختص المدعي بالبينة: إذا أقام المدعي بينة، ولم يعارضه المدعى عليه فالبينة مقضي بها لا تعارضها – يمين صاحب اليد – وذلك؛ لأنَّ اليمين وإن كانت حجة فإنها تأتي من قبل المدعى عليه، وهي قوله: وإن كان مؤكدًا بذكر اسم الله تعالى، وبينة المدعي ثابتة من قبل غيره.

-أن يقيم صاحب اليد بينة أيضا مع بينة المدعي.

الأمر الثاني: فرض التداعي بين اثنين في عين تحت أيديهما على الاشتراك فهنا حالتان:

الحالة الأولى: إذا لم يكن لهما بينة فلا شك أنهما يتحالفان

الحالة الثانية: إذا كان في الواقعة بينة فلا يخلو إما أن يكون لأحدهما بينة أو لا، فإذا كان لأحدهما بينة وأقامها جرى القضاء بها أو يكون لكل منهما بينة.

الحالة الثالثة: أن تكون الدعويان على التناقض من خارجين على صاحب يدٍ وذلك إذا ادعى رجلان ملك دارٍ كل واحد منهما يدعيها لنفسه[1]، فهذه الأحوال التي يكون فيها التنازع على العين سواءٌ كانت عقارًا، أم منقولاً، أو محمولاً، وهذه الأحوال هي التي لا تخلو حالة التنازع عليها في العين، وتكون بينة الداخل والخارج خاصة بالترجيح في الملكية، ولا تنطبق في الترجيح بين العقود، لأن النزاع فيها ليس على العين، وإنَّما على صفة العقد، إلَّا أنَّ فقهاء الحنفية قد توسعوا في الترجيح باليد إلى الأنساب، فرجحوا باليد نسب الولد المتنازع عليه، وسيتم توضيحه في موضعه، لذا سيكون الحديث عن الترجيح باليد في مطلبين:

المطلب الأول: الترجيح بين بينتي الداخلين في حالة التزاحم والتساوي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

تعارض الأدلة القضائية في مجال الملكية عندما تكون بين متنازعين على عينٍ واحدة أحيانًا تكون بين متداعيين كل منهما واضع يده على الشيء المتنازع فيه، ولك منهما مدعٍ ومدعى عليه، وإلاّ أنهما قد يكونا في حالة تزاحم الأيدي، ومرة أخرى تتساوى الأيدي، وكلا الحالتين لها دلالتها في الإثبات والملكية باعتبار أنَّ عنصرًا مهمًا في الترجيح بين الأدلة في مجال الملكية العقارية، وهذا التزاحم أو التساوي قد يعسر إثباته خصوصًا مع تطاول الزمن؛ لذا فإنّ محل الدراسة يستدعي توضيح ذلك، وهو ما سيكون توضيحه في الآتي:

الفرع الأول: الترجيح بين الأيدي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

قد تتنازع أيدي متعددة على عين واحدة، فيدعي كلٌ منهما أحقيته بتلك العين ويستدل بيده عليها، وعند التنازع بالأيدي على العين، فإمَّا أن تختلف مراتب هذه الأيدي، وإما أن تتساوى، فعند الاختلاف يتعين ترجيح يدٍ من الأيدي، ولكن هذا الترجيح له ضوابطه، وهو ما سيكون الحديث عنه.

(1) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص94، 104، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص166، والقواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، حسين عبدالعزيز آل الشيخ، دار التوحيد، ط1، الرياض–المملكة العربية السعودية، 1428هـ–2007م، ج2، ص844.

أولاً: ماهية الترجيح باليد

اليدُ تتعددُ أنواعُها، وتختلف مراتبُها، وباختلاف درجاتها يختلف ترجيها عن الأخرى، فاليد ليست مرتبةً واحدةً، فقد تتعدد الأيدي على العين الواحدة وتختلف، هذه الأيدي من حيث القرب والبعد اتصالاً قريبًا أو بعيدًا.

الفقرة الأولى: ماهية اليد

لليد معانيها ودلالتها، ولها أقسام من يدٍ محقةٍ إلى يدٍ مبطلةٍ عادية، إلى يد مبهمة لا يعلم أنَّها محقة أو مبطلة، وكل ذلك يستلزم توافر شروط، وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

أ- تعريف اليد

لليد مدلولُ لغوي، وآخر اصطلاحي، وكلا المعنيين بينهما تقارب، وتوضيح ذلك فيما يلي:

-اليد لغة: تجمع على أيد، ويديّ، وتأتي بمعنى القوة، ويقال: هذا الشيء في يدي أي في ملكي، ويقالُ: هَذِه الصَّنْعةُ فِي يَدِ فلانٍ، أَي فِي مِلْكِه[1].

- اليد اصطلاحًا: عبارة عن القرب والاتصال[2]، فالقرب من الشيء، أو الاتصال به باستعمالٍ، أو استغلالٍ، أو غيره من أنواع الانتفاع يسمى يدًا، فلمن قَرُب من الشيءِ يسمى صاحبُ يد، ولمن اتصل به يسمى صاحب يد.

واليد والحيازة مترادفان في اصطلاح الفقهاء[3]، وكلاهما يدل على الآخر، وكذا يندرج في إطلاقات اليد الاستيلاء، وبالرغم أنَّ مصطلح الحيازة والاستيلاء يراد بهما اليد إلَّا أننا نختار اليد كمصطلح فقهي شهير بين أرباب المذاهب.

(1) مختار الصحاح، الرازي، مادة يدي، ص973، 974، وتاج العروس، الزبيدي، ج40، ص343.

(2) قواعد الأحكام، العز بن عبد السلام، ج2، ص120، والفروق، القرافي، ج4، ص1219.

(3) تعارض البينات القضائية، شرفي، ص35.

ب- التأصيل الفقهي للترجيح باليد

أصل الترجيح باليد له أساسه الأصولي عند فقهاء الشريعة، فلم تكن مجرد عملية اجتهادية ولدها الفقهاء عند تنظيرهم لمسائل التعارض والترجيح بل له مسنده الفقهي، وتقعيده الأصولي، يوضح هذا المعنى ما قاله الإمام الزنجاني: "مذهب الشافعي رضي الله عنه حصول الترجيح بكثرة الأدلة وانضمام علة إلى علة وإن صلحت كل واحدة أن تكون مستقلة، واحتج في ذلك بأنا إذا فرضنا دليلين متعارضين متساويين في القوة في ظننا ثم وجدنا دليلاً آخر يساوي أحدهما فمجموعهما لابد أن يكون زائداً على ذلك الآخر؛ لأن مجموعهما أعظم من كل واحدٍ منهما؛ وكل واحدٍ منهما مساوٍ لذلك الآخر، والأعظم من المساوي أعظم وأرجح.

وذهبت الحنفية إلى أنَّ الترجيح إنما يحصل بوضوح زيادةٍ تنشأ من عين أحد الدليلين على الآخر صفة ناشئة عنه، كقولهم: هذه الدراهم راجحةٌ إذا مالت كفة الدراهم على كفة الصنج بصفة، أما انضمام دليل إلى دليل فلا، واحتجوا في ذلك بأنا أجمعنا على أنَّ الشهادة والفتوى لا تتقوى بكثرة العدد، فإن شهادة الشاهدين، وشهادة أربعة فيما يثبت بشاهدين سواءٌ، وشهادة عشرة وشهادة أربعة فيما يثبت بأربعة سواء، وأيضا أجمعنا على أن الخبر الواحد لو عارضه ألف قياس يكون راجحاً على الكل، وذلك يدل على أن الترجيح لا يحصل بانضمام دليل إلى دليل، ويتفرع عن هذا الأصل:

أن بينة ذي اليد مسموعة، وتقدم على بينة الخارج عندنا لاعتضاد بينته باليد، وعندهم لا تسمع؛ لأن اليد دليل مستقل بإثبات الحكم فلا تصلح لترجيح بينة؛ لأنها منفصلة عن البينة"[1]، وبهذا يتبين بأن أصل الخلاف الفقهي في الترجيح بين الأدلة القضائية منشأه خلاف أصولي.

(1) تخريج الفروع على الأصول، شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (المتوفى:656)، تحقيق، محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، 1399هـ- 1979م، ص376، 377، 378.

ج- دلالة وضع اليد على الشيء

يعتبر وضع اليد على الشيء من أسباب الترجيح في دعوى الملكية إن لم يوجد حجة أقوى منها كالبينة فيقضي لصاحب اليد بيمينه باتفاق الفقهاء[1]، فإذا أقامت البينة لا يلتفت إلى اليد[2]، فالملك بوضع اليد لا يفيد إلا الظّنّ، واحتمال أن يكون المالك غيره احتمال وارد[3]، ويبقى جانب اليد وحدها الإثباتي ضعيف طالما أنها لم تتقو بغيرها من الحجج[4]، ولا فرق في الترجيح بها بين المنقول والعقار، إلاّ أن الخلاف في العقار أشدّ والمنازعات فيه تكثر.

د- أقسام اليد

قسم الفقهاء اليد إلى أقسام مختلفة، قال الكاساني: "لأن اليد قد تكون محقة، وقد تكون مبطلة، وقد تكون يد ملك، وقد تكون يدَ أمانة، فكانت محتملةً، والمحتمل لا يصلح حجة"[5]، وقال الجويني: "فإن الأيدي تنقسم، وتقع على أنحاء وجهات مختلفة"[6]، فتبين من هذا إلى أن اليد تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: يدٌ يُعلمُ أنَّها مبطلةٌ ظالمةٌ: وهي التي تدل القرائن الظاهرة على أنَّها باطلة، كَيَدِ المتهم بالسرقة على بعض الأموال الكثيرة التي يدعي ملكيتها، وصاحبها معروف بالفقر والحاجة فلا تعتبر يده، ومثلها أيضًا يد المستأجر على العين المؤجرة إذا ادعى ملكيتها، وكذا يد العبد، أو الأجير على الجواهر والأواني والأمتعة وغيرها، ويد الوديع على الوديعة، فلا تعتبر هذه اليد وسيلة للقضاء ولا تدل بحال على ملكية صاحبها لما في يده[7]، وهي ليس لها

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج36، ص63.

(2) العناية شرح الهداية، العيني، ج8، ص280.

(3) موسوعة القواعد الفقهية، ال بورنو، ج9، ص396.

(4) اثبات الملك بالحيازة في الفقه الإسلامي، يحيى بوهكو، ص26.

(5) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص274

(6) نهاية المطلب، الجويني، ج18، ص609.

(7) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص266، والطرق الحكمية، ابن القيم، ص135، والإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، إبراهيم محمد الفائز، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت، 1403هـ-1983م، ص290.

حجية في الإثبات عند التنازع، ولا يمكن أن يدفع بها في مواجهة البينة، ولا تكون مرجحاً عند التعارض، ويلزمه ما يترتب على يد الغاصب من ضمانات وغيرها.

القسم الثاني: يدٌ يُعلمُ أنَّها محقةٌ عادلةٌ: وهي التي تكون على عقارٍ، أو منقولٍ كمن حاز دارًا تُشاهد في يده السنوات الطوال يتصرف فيها كما يشاء من أنواع التصرفات كالهدم والبناء والعمارة والإجارة والإعارة، وينسب ملكيتها إلى نفسه من غير منازع طيلة هذه السنوات مع سطوته وشوكته، وجاء شخص كان يراه ويشاهده يتصرف فيها طوال تلك المدة، ولم يعارضه ولم يدع خلالها ملكيتها له، ثم ادعى أنه غصبها منه، واستولى عليها بغير حق مع أنه يمكنه خلال تلك المدة الطويلة فيما ادعى به؛ لأنَّ القرائن انصبت على كذب دعواه، وتعتبر يد الأول دليلاً على ملكيتها له فيحكم القاضي له بذلك على أن يدعى المدعى عليه بحقة[1]، وذلك لأنَّ اليد بهذه الصورة تدل على الملكية فوضعه يده عليها لمدة طويلة، بلا منازع، وتصرفه فيها تصرف الملَّاك، كل ذلك قرائن تدل على ملكيته لذلك الشيء، وأنَّ يده عليها بحق.

القسم الثالث: يدٌ يحتمل أن تكون محقةٌ: ويحتمل أن تكون مبطلة، كاليد على المنقولات، واليد المجردة عن التصرفات على العقارات، فهي قرينة تدل على ملكية صاحبها، و كذا لو اقترنت بالتصرف لمدة قصيرة فتعتبر قرينة ضعيفة؛ لاحتمال أن تكون يده إجارة، أو عارية، أو غصبٍ، أو وديعة، أو غير ذلك فهذه اليد تعتبر من المرجحات الأولية التي توجب على القاضي الحكم بموجبها إذا لم يوجد ما يعارضها من دليل أو بينة أقوى منها[2]، وتكون بمثابة بقاء ما كان على ما كان، حتى تترجح دعوى المدعي بدليل أقوى من اليد.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح باليد

تعتبر اليد مرجحًا من المرجحات بين أدلة الإثبات عند تداعي المتداعيين بشروط:

---

(1) حاشية الدسوقي والشرح الكبير، الدردير، ج4، ص233، 234، والاثبات بالقرائن، الفائز، ص290.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص242، وحاشية العبادي على تحفة المحتاج، ج10، ص266، والاثبات بالقرائن، الفائز، ص290.

الشرط الأول: ألاّ يُعلم حدوث اليد.

محل العمل باليد الموجودة ما لم يعلم حدوثها، فإذا علم حدوثها فاليد في الحقيقة هي للأول، فلو ادعى عينًا في يد غيره أنه اشتراها من زيد منذ سنتين، فأقام الداخل بينة أنه اشتراها من زيد منذ سنة، قدمت بينة الخارج؛ لأنها تثبت أن يد الداخل عادية[1]، فكثيراً ما يعمد المعتدين على ملك المالكين بوضع أيديهم عليها بالغصب مستخدمين في ذلك وسائل القوة والإكراه، ويحدثون من هذه اليد وضعًا ظاهرًا، ويُلجئون صاحب اليد إلى رفع دعوى، ويطول أمد النزاع، وتطول اجراءات التقاضي ويُستدل بذلك على أنَّه صاحب اليد، فعلى القاضي عند نظره للواقعة المعروضة عليه أن يتأكد من قِدم اليد، وحدوثِها، وأن يلزم الأطراف بإثبات ذلك، حتى يتحقق من قدم اليد وحدوثها.

الشرط الثاني: أن يجهل أصل اليد أو يعلم أن أصلها بحق.

فإذا جهل أصل اليد، مثل أن تكون اليد على العين بموجب الإرث، آلت للوارث من مؤرثه فتكون اليد مرجحة، أو يعلم أن أصل اليد بحق لصيرورتها إليه بتصرفٍ ناقل للملكية ممن يملكها، لذا يقول القرافي: "تكون اليد مرجحة إذا جهل أصلها، أو علم أصلها بحق، أما إذا شهدت بينة، أو علمنا نحن ذلك أنها بغصب، أو عارية، أو غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ملك فإنها لا تكون مرجحة البتة[21]، فتكون اليد من المرجحات فيما لم يعرف أصله عند تساوي البينتين في الشهادة بالملك، ويبقى الشيء المتنازع فيه بيد حائزه[3]، فإذا علم أصلها أنها يدٌ عادية سواءٌ من صاحب اليد، أو من أسلافه؛ وذلك أن يكون ممن اشتهر هو، أو أسلافه بالغصب، فإن اليد لا تكون مرجحة، فإذا ادعى مدعٍ بملكيته للعين على ذي اليد وقدم بذلك أدلته، ودفع المدعى عليه دعوى المدعي بملكيته لمحل الدعوى وقدم بذلك أدلته وعضد ذلك بالحيازة والثبوت على العين فهنا تكافأت الأدلة، وبقيتِ اليدُ، فإذ عُلم أنَّ

(1) صوب الركام في تحقيق الأحكام، ابن عبيدالله السقاف، ج2، ص296.

(2) الفروق، القرافي، ج4، ص78.

(3) شرح مختصر خليل، الخرشي، ج7، ص231.

أصلها عادية فعلى المدعي أن يثبت أن اليد عادية، فإذا أثبت ذلك؛ فإنَّها لا تكون مرجحةً، بل تكون غاصبةً.

الشرط الثالث: ألا يوجد مرجح آخر غير اليد.

تكون اليد مرجحًا عند عدم وجود مرجح غيرها، فلو تنازع اثنان على ملكية عين وتأريخ دليل أحدهما أسبق من الآخر فإن التأريخ يكون أرجح من اليد؛ لأنَّ وضع اليد بَعدَ ملكية الأول للعين تكون قد انتقلت إليه من غير ذي يد، ولذا قال التسولي: إن الترجيح بها –أي اليد– إنما يعتبر إن لم يوجد مرجح أصلًا[1].

ثانيا: حالات التنازع بين الأيدي

قد تتعدد الأيدي على مال معين، ويدعي كلُ واحدٍ ملكيته لجميع المال مستندًا في دعواه إلى يده، ففي هذه الحالة فإنَّ لتنازع أيدي المتداعيين على العين حالات مختلفة، ومراتب متابينة، ولاختلافها أثرٌ في الترجيح بين الأدلة القضائية عند تنازع المتداعيين في شيء كل منهما يدعي أنه في يده.

ومعنى تنازع الأيدي: أن تكون العين المتنازع في ملكيتها تحت أيدي المتنازعين، وكل يدعي ملكيته لها جميعاً[2].

الفقرة الأولى: تنازع المتداعيان

إذا تنازع المتداعيان في شيء كل منهما يدعي أنه صاحب يد، فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله –ﷺ–: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[3]؛ ولأن الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع الحاجة إلى إثبات كل واحد منهما بالبينة.

---

(1) البهجة، التسولي، ج1، ص260.

(2) اليد في الفقه الإسلامي سببا للملكية ودليلا عليها، فاضل محمد جواد السهلاني، دار الزهراء، ط1، بيروت، 1410هـ ص404، بتصرف.

(3) سبق تخريجه.

فإن أقاما جميعًا البينة يقضي بكونه في أيديهما؛ لاستوائهما في الحجة بعد أن يبَعَثَ الْحَاكِمُ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ الْحَالِ لِيَتَّضِحَ عِنْدَهُ وَلِيَتَبَيَّنَ أَنَّ الشَّيْءَ الْمُتَنَازَعَ فِيهِ فِي أَيْدِيهِمَا، وإن أقام أحدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعىً عليه، وإن لم تقم لأحدهما بينة فعلى كل واحدٍ من المتداعيين اليمين، لقوله -ﷺ-: «اليمين على من أنكر»[1]، وكل واحد منهما ينكر دعوى صاحب اليد فيحلف، هذا كله إذا قامت البينتان على الملك أو على اليد[2]، فإذا ثبت أنهما صاحبا يدٍ، وتنازعا في العين كل يدعي أنَّها له، ولكن اختلف نوع يدِ أحدهما، واختلفت درجة اليد من قوية إلى ضعيفة، فهنا يكون الترجيح، وتظهر ثمرة التنازع بين الأيدي.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح عند التنازع في الأيدي

اشترط الفقهاء في ثبوت التنازع بالأيدي شروطًا وهي[3]:

الشرط الأول: أن يقول كل منهما أنه في يدي، وأن هذا يمانعني.

الشرط الثاني: أن يكلف القاضي من يبحث عن أحوالهما لينكشف له الأمر أنه في أيديهما. فإذا تطابقت دعواهما مع أدلتهما، مع المكلفين من قبل القاضي للبحث عن أحوالهما فإنه في هذه الحالة يلجأ القاضي إلى مرجح آخر هو المعاينة؛ ليسمع من المجاورين لمحل الدعوى لينكشف له الحال بنفسه.

ثالثا: الترجيح بين الأيدي من حيث أنواعها ومراتبها

تتنوع اليد إلى أنواع مختلفة فقد تكون يداً حسية، وقد تكون يداً حكمية، وتنقسم من حيث الاتصال في القرب والبعد إلى أقسام، وتتعدد هذه المراتب، ولهذا التقسيم أثره في الترجيح، وهو على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: الترجيح بين الأيدي من حيث نوعها

اليد قد تكون مشاهدة حسية، وقد تكون حكمية ولكل منهما حكمه.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص343، وأسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص408.

(3) أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص408.

أ- اليد الحسية: هو أن يكون الشيء في قبضته، أو على عاتقة، أو يكون راكبًا عليه أي كالإمساك.

ب- اليد الحكمية: هو الحوز والاستيلاء والتصرف[1]، وبمعنى آخر تنقسم اليد إلى يدِ حكمٍ ويدِ مشاهدةٍ، وَيَدُ الْمُشَاهدَةِ أَنْ يَكونَ مَقْبُوضًا فِي أَيدِيهِمَا، وَيَدُ الْحُكْمِ أَنْ يَكُونَ فِي ملكهما[2]، فإذا كانت اليد تنقسم إلى حسية وحكمية، فعند اجتماع اليدين وتنازع صاحباها فأي اليدين ترجح؟

ج- ترجيح اليد المشاهدة- الحسية- على اليد الحكمية.

عند التعارض بين أيدي المتداعيين، فيدعي أحدهما أن يده على محل النزاع يد حسية، بأن يثبت بأنها في يده وتحت قبضه وتصرفه، ويدعي الآخر بأنه حائزٌ لها، وأثبت كل منهما ما ادعاه فإن اليد الحسية تترجح على اليد الحكمية، قال الكاساني: "اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية"[3].

وقال ابن حجر الهيثمي: "اليد الحسية أقوى من الحكمية"[4]، فأثرُ هذا التقسيم هو ترجيح اليد الحسية المشاهدة على اليد الحكمية عند التعارض؛ لأنّ اليد الحسية دلالتها على الملك أقوى.

الفقرة الثانية: الترجيح بين مراتب الأيدي

لليد مراتب تختلف في الدلالة على الملك قرباً وبعداً، وعند تَعدُدِها واختلاف المتخاصمين فيها فإنه تُرَجّح اليد ذي الدلالة القوية على اليد ذي الدلالة الضعيفة.

قال العز بن عبدالسلام: "للقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة، الأولى: أعلاها ما اشتدَّ اتصاله بالإنسان، كثيابه التي هو لابسها، وعمامته، ومنطقته، وخاتمه،

(1) أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص409، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص559، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص25.

(2) الحاوي، الماوردي، ج17، ص408.

(3) المبسوط، السرخسي، ج10، ص283.

(4) فتاوى ابن حجر، ج3، ص181.

وسراويله، ونعله الذي هو في رجله، أو دراهمه التي هي في كمه، أو جيبه، أو يده، فهذا الاتصال أقوى الأيدي لاحتوائه عليها ودنوه منها.

المرتبة الثانية: البساط الذي هو جالس عليه، أو البغل الذي هو راكب عليه.

المرتبة الثالثة: الدابة التي هو سائقها، أو قائدها، فإن يده في ذلك أضعف من يد راكبها.

المرتبة الرابعة: الدار التي هو ساكنها، ودلالتها دون دلالة الراكب والسائق والقائد؛ لأنه غير مسئوول على جميعها.

وهذه المراتب لليد تكون معيارًا للترجيح عند التنازع، فكلما كانت يد أحد المتداعين أقرب اتصالاً بالعين كلما كانت أرجح، وكلما كان تصرفه أقوى ويده آكد وهو المستوفي لمنفعتها كانت يده راجحة، لقوة يده [1]، ومسألة القرب والعبد مسألة موضوعية، على أطراف الدعوى إثباتها، وعلى القاضي الفصل فيها، مستهديًا في ذلك بقوة الدلالة على القرب بمعيار العرف، ودلالة الحال، وبهذا يظهر أن التنازع لا يخلو من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون إحدى الأيدي أكثر وأشد اتصالًا وقربا للمال من اليد الأخرى[2]، وفي هذه الحالة ترجح يد من أصله أقوى وقد ضرب الفقهاء لذلك أمثلة منها:

–التنازع بين راكب الدابة وسائقها، إذ يقرر الفقهاء ملكية الدابة لراكبها، معللين ذلك بأن تصرفه أقوى[3].

– التنازع على القميص أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه: فَهُوَ لِلَابِسِهِ بِلَا نِزَاعٍ، وأنه يعمل بظاهر الحال[4]. فهنا تم الترجيح بين المتنازعين بناء على قوة اليد.

(1) مواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص210، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص163.

(2) اليد في الفقه الإسلامي، السهلاني، ص404.

(3)البناية شرح الهداية، العيني،ج 9، ص406، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص373، والشرح الكبير على المقنع، ابن قدامة، ج12، ص164.

(4) الإنصاف، المرداوي، ج11، ص373، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص559.

الحالة الثانية: أن يتنازعا في ملكيتهما لعين تحت يديهما معاً، مع صدق مفهوم اليد لكليهما على السواء[1]، وفي هذه الحالة تكون اليد مشتركة بينهما لا تتميز إحداهما عن الأخرى، ويتعين قسمة المتنازع فيه، وذلك مثل التنازع على الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت، فهي بينهما بالسوية لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها[2].

الفقرة الثالثة: أثر اختلاف الفقهاء في قوة اليد على الترجيح عند اختلاف الزوجين في متاع البيت

عندما يحصل نزاع بين الزوجين أثناء قيام الزوجية، أو بعد انتهاء العلاقة الزوجية، أو بين ورثتيهما بعد مماتهما، فما مصير متاع البيت هل يكون للزوج، أم للزوجة، أم بينهما؟

حصل خلاف بين الفقهاء بخصوص هذه المسألة، وأساس اختلافهم في ذلك من باب اختلاف الظاهرين، فإن اليد ظاهرة في الملك، ولكلِ واحدٍ منهما يد، فظاهرٌ مستفاد من اليد، وظاهرٌ مستفاد من العادة الغالبة[3]، فتَساوَى الزوجان في اليد، فكيف يكون الترجيح بين هاذين الظاهرين، هل يكون بالعادة والصلاحية، وبالتالي يكون معيارا منضبطًا، أم أنه يقسم بينهما؟

تعددت آراء العلماء في ذلك وهي كما يلي:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية إلى الترجيح بين الزوجين في متاع البيت بقرينة الصلاحية، فما يصلح للرجال يكون للرجل، وما يصلح للنساء يكون للمرأة، وما كان يصلح لهما فهو بينهما نصفين، فما كان من عمائم وقصمان وجبان وأقبية وسلاح وأشباه ذلك، فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، وما كان من حلي ومقانع ومغازل، فالقول قول المرأة مع يمينها، وما يصلح لهما كالمفارش والأواني، فهو بينهما[4].

---

(1) اليد في الفقه الإسلامي، السهلاني، ص409.

(2) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص559.

(3) الذخيرة، القرافي، ج1، ص157.

(4) المبسوط، السرخسي، ج5، ص214، 215، وبدائع الصنائع، الكساني، ج2، ص65، 199، والذخيرة، القرافي، ج1، ص157، والبيان والتحصيل، ابن رشد، ج5، ص445، والبهجة، التسولي، ج1، ص477، وحاشية الدسوقي، ج2، ص336، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص283، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص25.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

– حديث علي –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله–ﷺ–: «متاع النساء للنساء، ومتاع الرجال للرجل»[1].

–إنَّ الاستعمال يدٌ فما يصلح للرجال فهو قريب من استعمال الرجال، وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها، فكانت يد المستعمل هنا أقوى فيما هو صالح لأحدهما، وأن الترجيح بالاستعمال لا بالشبه.

–إنَّ الظاهر شاهد للزوج فيما يصلح له، وشاهد للزوجة فيما يصلح لها، وأنَّ الشرع ورد بالترجيح بالعلامة، وأنَّه عند اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة، وأنَّه إذا تنازع فيما أيديهما، ولا مزية لأحدهما على صاحبه، فما كان يصلح لأحدهما هو له.

القول الثاني: عدم الترجيح بقرينة الصلاحية

ذهبت الشافعية إلى أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، ولو بعد الفرقة، فمن أقام بينة على شيء فهو له، وأن ما اختص به أحدهما باليد حسًا أو حكمًا كان في ملكه، وإن كان في يدهما حلف كل منهما لصاحبه، وهو بينهما بالسوية، واختلاف وارثيهما، أو ورثة أحدهما كذلك، وسواء ما يصلح للزوج كسيف ومنطقة، أو للزوجة كحلي وغزل، أو لهما كدراهم، أو لا يصلح لهما كمصحف وهما أميان، ونبل، وتاج ملك، وأنه لا يعتبر من المرجحات كون الدار لأحدهما، واستدلوا على ذلك بما يلي:

–قول النبي –ﷺ–: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[2].

وجه الدلالة من الحديث: أن كل واحد منهما مع اشتراكهما في اليد مدع، ومدعى عليه، ولأنه أثر مروي عن ابن مسعود، ولم يظهر له في الصحابة مخالف فصار كالإجماع[3].

---

(1) سنن سعيد بن منصور، سعيد بن منصور الخراساني (المتوفى: 227هـ)، تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، ط1، الهند، 1403هـ، كِتَابُ الطَّلَاقِ، باب ما جاء في متاع البيت إذا اختلف فيه الزوجان، حديث: (1497).

(2) سبق تخريجه.

(3) الحاوي، الماوردي، ج17، ص410.

-استحلَّ علي بن أبي طالب فاطمة -رضي الله تعالى عنهما- ببدن من حديد، وهذا من متاع الرجال، وقد كانت فاطمة في تلك الحال مالكة للبدن دون علي بن أبي طالب[1].

-أن الشافعي رأى امرأة بينه وبينها ضبّة سيف استفادته من ميراث أبيها بمال عظيم، ودرع ومصحف، فكان لها دون إخوتها، ورأيت من ورث أمه وأخته، فاستحيا من بيع متاعها فصار مالكًا لمتاع النساء، فإذا كان هذا موجوداً فلا يجوز فيه غير ما وصفت[2].

-إنَّ الاشتراك في اليد يمنع من الترجيح بالعرف، قياسًا على يد المشاهدة؛ ولأنَّ ما لم يترجح به يد المشاهدة، لم يترجح به يد الحكم، كتنازع الدباغ والعطار في عطره ودباغته.

-إنَّ ما سقط فيه اعتبار العرف في اليد المفردة سقط منه باعتباره في اليد المشتركة، كالغني والفقير في اللؤلؤ والجوهر، ولو كان العرف مع اشتراك اليد معتبرًا؛ لأوجب تنازع العطار والدباغ في العطر والدباغة، أن يجعل العطر للعطار، والدباغة للدباغ، وهم لا يقولونه -أي المخالفين- فكذلك في أثاث البيت، وهذا إلزام لا يتحقق عنه انفصال، ويد المشاهدة تدفع جميع ما استدلوا به[3].

رد فقهاء الشافعية على ما استدل به الجمهور بما يلي:

-إن يد الحَاكم توجب استيلاء كلَ واحدٍ منهما على جميعه استشهادًا بما ذكروه، فهي أنها دعوى تخالفهم فيها، وليس لكل واحد منهما في يد الحكم أن يدعيه إلا عليها، ولا يدعيه على أحدهما، وإنما يختص كل واحدهما منهما بدعوى نصفه اليد المشاهدة، فبطل احتجاجهم به، ثم لما صارت يد كل واحد منهما على جميعه، يكون موجبًا لتفرد أحدهما ببعضه، وعكسه في يد المشاهدة أشبه لتفرده باليد على البعض[4].

---

(1) الأم، الشافعي، ج5، ص103.

(2) المصدر السابق، ج5، ص103.

(3) الأم، الشافعي، ج5، ص103، ونهاية المطلب، الجويني، ج19، ص189، والحاوي، الماوردي، ج17، ص410، 411، والبيان في مذهب الإمام الشّافعي، العمراني، ج13، ص215، وروضة الطالبين، النووي، ج12، ص92، وجواهر العقود، الاسيوطي، ج2، ص401.

(4) الحاوي، الماوردي، ج17، ص410.

– قال الشافعي: "أرأيت دباغًا وعطارًا كَانَا فِي حانوت فيه عِطْرٌ وَدِبَاغٌ، كُل واحد منهما يدعي العطر والدباغ أَيَلْزَمُك أَنْ تُعْطِيَ الْعَطَّارَ الْعِطْرَ وَالدَّباغَ الدِّباغَ؟ فَإِنْ قُلْت إنِّي أَقْسِمُهُ بَيْنَهُمَا قِيلَ فلم لا تقسم المتاع الَّذِي يُشْبِهُ النِّسَاءَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالمرأة وَالْمَتَاعُ الذي يُشْبِهُ الرِّجَالَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ مثل الدباغ والعطار[1]، وتستوي هنا يد المشاهدة ويد الحكم[2].

القول الثالث: الترجيح بملكية أحدهما للبيت الذي فيه المتاع

ذهب الحسن البصري –رحمه الله– إلى أنه إذا كان البيت بيت المرأة، فالمتاع كله لها إلَّا ما على الزوج من ثياب بدنه، وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له؛ لأن يد صاحب البيت على ما في البيت أقوى، وأظهر من يد غيره، ولأن المرأة ساكنة في البيت.

ألا ترى أنها تسمى قعيدة، فإذا كان البيت لها، فالبيت مع ما فيه في يدها، وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول المتاع كله للزوج قال: لأن المرأة في يد الزوج، فما في بيتها يكون في يد الزوج أيضًا[3].

وعند الحنفية والشافعية: ملكية البيت لأحدهما ليس مرجحًا؛ لأنَّ العبرة لليد لا للملك[4].

القول الرابع: ذهب أبو يوسف –رحمه الله– إلى أنَّه تُعطى المرأة جهاز مثلها، والباقي للرجل، واستدل بدليل عقلي، وهو أنَّ القياس أن يكون الكل للزوج؛ لأنَّ المرأة مع ما في يدها في يد الزوج، إلَّا أنَّ الظاهر أنَّها لا تزف إلى بيت زوجها إلَّا مع جهاز مثلها، ففي مقدار جهاز مثلها يترك القياس للعرف الظاهر، ويجعل ذلك لها، وفيما زاد على القول، قول الزوج بطريق القياس الذي قلنا[5].

(1) الأم، الشافعي، ج5، ص103.

(2) الحاوي، الماوردي، ج17، ص408.

(3) المبسوط، السرخسي، ج5، ص213.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج2، ص310، وحاشية الجمل، سليمان الجمل، ج5، ص427.

(5) المبسوط، السرخسي، ج5، ص214.

وكذلك أن يد الزوج على ما في البيت أقوى من يد المرأة؛ لأن يده يد متصرفة، ويدها يد حافظة، ويدُ التصرفِ أقوى من يد الحفظ[1].

الرأي الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الترجيح بقرينة الصلاحية، وذلك لأن الزوجين يديهما ظاهرة على متاع البيت، فيرجح الظاهران بالعرف، فما يصلح للزوج فهو له، وما يصلح للزوجة فهو لها، وأنّ هذا التنازع يكون من قبِيل التنازع بين الداخلين مع استواءِ اليدينِ.

الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين الأيدي

لم يفصل القانون اليمني في الترجيح بين الأيدي عند التنازع، وإنما اعتبر اليد قرينة على الملك، ولكن على الرغم من عدم الحديث عن الترجيح بين الأيدي عند التنازع إلَّا أنَّه عند حصول تعارض في ذلك فإنه يتم الرجوع إلى الفقه الزيدي، والذي رجح اليد الحسية على اليد الحكمية كما تم ذكره سلفًا.

وأما بخصوص القانون المغربي، فإنه تحدث عن الحيازة، ولم يفصل في الترجيح بين الأيدي عند التنازع، وعند حصول تعارض في ذلك، فإنه يتم الرجوع إلى الفقه المالكي.

الفرع الثاني: الترجيح بين بينتي الداخلين في حالة التساوي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

قد ينشأ نزاع بين مشتركين في عين آلت إليهما بطريق المعاوضة أو الإرث، وكل منهما يدعي أنَّ العين التي هي محل النزاع له فيها نصفها أو أكثر أو أقل، وقد ينكر الطرف الآخر دعوى المدعي، وقد يوافقه عليها وكلا المتداعيين واضع يده على العين على سبيل الملكية، فينتفعون بالعين بجميع أنواع الانتفاع من استغلال أو غيره، فكيف يتم الترجيح بين بينتي الداخلين؟ هذا ما سنتاوله في هذا الفرع في على النحو الآتي:

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج2، ص309.

أولا: أقوال الفقهاء في التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين

يقوم أصل الترجيح على تحديد المدعي، من المدعى عليه، فإن من تَحدّدَ مركزه القانوني فيكون هو المكلف بعبء الإثبات، والمصطلح الفقهي أحيانًا يختلف التعبير عنه من باب إلى باب آخر، ومن ذلك المدعي والمدعى عليه، ففي باب الترجيح باليد يسمى المدعي خارجًا، والمدعى عليه داخلًا، وعندما تكون المراكز القانونية غير محددة فيسمى المتداعيان داخلين وهكذا، فصاحب اليد يسمى في اصطلاح الفقهاء الداخل، ومن لا يد له يسمى الخارج بالإضافة إلى الداخل[1].

الداخلان: هما المتداعيان على عينٍ، واضع كل منهما يده عليها، ويدعي كل منهما ملكيته لها، سواء كانا لهما بينة أم لا.

لذا تناول الفقهاء مسألة الترجيح بين الداخلين عند التعارض بين بينتهما على فرض أن كلًا منهما صاحب يد، وأنَّ اليد دليل على ملكية كل منهما للعين، وبيان ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: اختلاف الفقهاء في التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين

اختلف الفقهاء في الترجيح عند تعارض بينتي الداخلين على قولين:

القول الأول: اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية على أنه عند تعارض بينتي الداخلين، وكل بينة تشهد بالنصف الذي في يد الآخر أنه يقضي بينهما بالسوية، وبقيت العين بأيديهما، وكذا لو شهدت كل بينة بالكل، وأنه إذا كان لأحدهما بينة قضى له بكل العين.

ولمزيد من التوضيح سوف نورد نصوص بعض الفقهاء:

–فعند الحنفية: "وأما إذا كانت من صاحبي اليد أحدهما على الآخر بأن كان المُدَّعي في أيديهما، فإن أقام أحدهما البينة أنه يقضي له بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده تُرك في يده وهو معنى قضاء الترك، ولو أقام كل واحد منهما في ذلك النصف

(1) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص194

خارج، ولو لم تقم لأحدهما بينة يترك في أيديهما قضاء ترك حتى لو قامت لأحدهما بعد ذلك بينة تقبل؛ لأنه لم يصر مقضياً عليه[1].

فالحنفية رجحوا القسمة بين المتداعيين في العين محل الدعوى، والحكم بالقسمة نوع من استعمال البينتين، ولكن اشترطوا في ذلك ألَّا يدعي أحدهما الكل، فإن ادعى الكل فتكون بينته أولى؛ لأنه خارج، لِدعائه عَلَى صَاحِبِهِ النِّصْفَ الَّذِي فِي يَدِهِ وَمُدَّعِي النِّصْفِ لَا يَدَّعِي شَيْئًا هُوَ فِي يَدِ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي إلَّا النِّصْفَ وَالنِّصْفُ فِي يَدِهِ فَكَانَ مُدَّعِي الْكُلِّ خَارِجًا وَمُدَّعِي النِّصْفِ صَاحِبَ يَدٍ فَكَانَتْ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى فَيُقْضَى لَهُ بِالنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ وَيُتْرَكُ النِّصْفُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى حَالِهِ[2].

وسموا هذا القضاء ليس من باب قضاء الإلزام، وإنما قضاء الترك فتترك نصف العين في يد كل واحد منهما، ومتى ظهرت البينة عند عدمها أو المرجح قضي له.

وقال ابن فرحون: "فإن كان بأيديهما فقيل: يقسم على قدر الدعاوى وقيل: يقسم بينهما نصفين لتساويهما في الحيازة، على أن يُسلمَ أحدهما لصاحبه بعد حيازته"[3].

فابن فرحون اعتبر سبب القسمة هو التساوي في الحيازة، ويكون التسليم حكمي، وذلك بأن يسلم كل واحد منهما للمدعي الآخر.

وعند الشافعية: "لو كانت العين في يدهما وأقاما بينتين فشهدت بينة الأول له بالكل ثم بينة الثاني له به بقيت بيدهما كما كانت؛ إذ لا أولوية لأحدهما، ولو شهدت بينة كل منهما بالنصف الذي بيد صاحبه حكم له به وبقيت بيدهما"[4].

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص240،241.

(2) المصدر السابق، ج6، ص240

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص378.

(4) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ابن حجر، ج10، ص336.

وعند الحنابلة: "إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما، فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه، ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافًا؛ لأنّ يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه"[1].

وفي التاج المذهب: "ومتى كان الشيء المدعى به في أيديهما على سواء فإن اليد ثابتة لهما في جميع ذلك، فإن بيّنا معًا كل واحد أنه له أو لا بينة لهما فحلفا على دعواهما أو نكل كل واحد منهما عن اليمين قسم ما وقع فيه التنازع بين متنازعيه على الرؤوس"[2]، فوجهه واضح لاستوائهما بالنسبة إلى اليد[3].

تبين من خلال نصوص الفقهاء بأن العين تظل في أيدي المتداعين مع اختلافهما في نوع القضاء هل ترك أم إلزام، واستدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول.

الدليل من المنقول: ما رَوَى أَبُو مُوسَى –رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ– «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ –ﷺ– فِي بَعِيرٍ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَيْنِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ –ﷺ– بِالْبَعِيرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»[4].

الدليل من المعقول: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منهما دَاخِلٌ فِي نِصْفِ الْعَيْنِ، خارِجٌ عَنْ نصفها، فَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ منهما فيما فِي يَده عند مَنْ يُقَدِّمُ بيّنة الدَّاخل، وفيما فِي يَدِ صَاحِبِهِ عندَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيّنةَ الْخَارِجِ، فَيَسْتَوِيَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ من الْقَوْلينِ[5].

–شروط قسمة العين المتنازع عليها

اشترط جمهور الفقهاء القائلين بقسمة العين المتنازع عليها شروطًا، وهي تفهم مما سبق من نصوصهم وهي كما يلي:

(1) المغني، ابن قدامة، ج10، ص249.
(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص22.
(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص753.
(4) سبق تخريجه.
(5) المغني، ابن قدامة، ج10، ص249

الشرط الأول: أن تكون الدعويان متساويتين.

وذلك بأن يدعي كل منهما العين كلها أو نصفها أو ربعها، فإن ادعى أحدهما العين كلها والآخر نصف العين حكم بها لمدعي الكل أو الأكثر؛ وذلك لاختلاف مركزه القانوني، فهو مدع، ومدعى عليه، فيكون خارجًا في الكلِ.

الشرط الثاني: أن يتساويا في الحجة وعدمها.

فإن اختلفا بأن كان لأحدهما حجة قضي له بالعين.

الشرط الثالث: أن يحلفا اليمين؛ لأنَّ كل منهما مدع، ومدعى عليه، واليد حجة ضعيفة فتتقوى باليمين.

القول الثاني: ذهب بعض الحنابلة في غير الراجح إلى أنَّه يُقرع بين المتداعيين فمن خرجت له القرعة أخذ العين بعد حلفه اليمين.

قال ابن قدامة: "ذكرَ أَبُو الْخَطابِ فِيهَا، رِوَايَة أُخْرَى، أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنهُما، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، حَلَفَ أَنَّها لَا حَقَّ لِلْآخَر فِيها، وَكَانَت الْعَيْنُ له، كما لَوْ كَانَت فِي يَدِ غَيْرِهِما. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِلْخَبَرِ وَالْمعْنى"[1].

فما ذكره ابن الخطاب هو الترجيح بين الداخلين بالقرعة لاستواء المتداعيين في البينة، واعتبار القرعة مرجحًا، وهو قول غير معتمد عند الحنابلة.

الراجح: ما اتفق عليه الفقهاء من قسمة العين بينهما؛ لورود نص شرعي في ذلك، ولاستوائهما في اليد والله أعلم.

الفقرة الثانية: التكيف الشرعي لحكم القاضي ببقاء العين في أيديهما

اختلف الفقهاء في قضاء القاضي باليد بينهما هل ترجيح باليد أو بالسقوط، أو قضاء بالترك على ثلاثة أقوال:

(1) المصدر السابق، ج10، ص249.

القول الأول: ذهبت الحنفية إلى أنَّ القاضي يحكم بالترك وذلك؛ لأَنَّ بالتَرْكِ فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَليه لَمْ يَكنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ الْمُدَّعِيَين مقضِيًّا عَلَيْهِ حقيقةً فَتُسمَعُ مِنهما الْبَيّنةُ[1].

القول الثاني: ذهبت الشافعية إلى أنَّ الحكم بالبينة لا على جهة السقوط ولا الترجيح

قال النووي: "يكون المال في أيديهما كما كان لكن لا على جهة السقوط ولا بالترجيح باليد"[2]؛ أي بل بالبينة التي أقيمت[3]؛ لأنَّ اليد وإن كان الترجيح يقع بها لمن حصلت له فقد تساويا فيها فكان كتساويهما في البينة[4].

القول الثالث: ذهبت الحنابلة الى أن الحكم يكون بالسقوط لِأَنَّ الْبَيِّنَتَيْنِ لما تَعارَضتا منْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، وَجَب إسْقَاطُهُمَا، كالخبرين إذَا تَعَارَضَا وَتَسَاويا، وَإِذا سَقَطَا صَارَ الْمُخْتَلِفَانِ كَمن لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا[5].

الرأي الراجح: أن الحكم باليد لاستواء في البينتين.

ثانيا: موقف القانونين من التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين

نظمت نصوص القانون المدني أحكام التعارض بين بينة الداخل والخارج، وبين بينة الخارجين، ولم تنظم الترجيح بين بينة الداخلين، إلَّا أنَّ عدم تنظيم القانون لها لا يعني عدم إعمال قواعد الترجيح بينهما عند التعارض، بل يُنظر إلى نوع التعارض فإن كان تعارضًا في أنواع اليد، فإنَّه يتم تطبيق قواعد الترجيح عند تنازع الأيدي، فترجح اليد الحسية على اليد الحكمية، وإن كان من حيث مراتب اليد، فإنه ترجح اليد الأقرب اتصالًا، والأكثر انتفاعًا، وإن

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص240

(2) روضة الطالبين، النووي، ج12، ص52.

(3) حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، ج10، ص327.

(4) المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق، حميش عبد الحقّ، المكتبة التجارية، بدون ط، مكة المكرمة، بدون ت، ج2، ص1569.

(5) المغني، ابن قدامة، ج10، ص250.

كان التعارض من حيث الحيازة فإنَّ الحيازة الهادئة ترجح على العرضية، وذلك بناءً على نصوص المذهب الزيدي؛ لأنَّه المرجع التفسيري لنصوص القانون.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين

لم تنظم نصوص مدونة الحقوق العينية أحكام التعارض بين الداخلين ولم تحدد معايير الترجيح بين أدلة الداخلين عند التعارض، فمدونة الحقوق العينية لم تنص على اليد من ضمن المرجحات، ولكن تحكم تعارض بينتي الداخلين قواعد الترجيح التي تم ذكرها عند الحديث عن أحكام التعارض بين بينتي الداخلين في الفقه الإسلامي –خصوصًا المذهب المالكي– لأنَّه المرجع للقضاء المغربي عند انعدام النصوص القانونية.

المطلب الثاني: الترجيح عند تعارض بينة الخارجين وبينة الخارج مع بينة الداخل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

تعارض الأدلة القضائية في الأملاك قد تكون بين خارجين، وذلك بأن تكون العين المتنازع عليها في يد ثالثٍ، وقد تكون بين داخلٍ صاحب يدٍ وبين خارجٍ مدعٍ، وفي كلا الحالتين فإن الأدلة القضائية تتنوع، وتختلف حجيتها، واختلاف قوة الأدلة له أثره في الترجيح بين الأدلة القضائية بين الداخل والخارج، لاعتضاد الداخل بقرينة اليد بخلاف تعارض الأدلة القضائية بين خارجين، وهذا النوع من التعارض قد اختلف الفقهاء في الترجيح بينهما، وما هي الضوابط التي يعتمد عليها؟ وسلكوا في ذلك مذاهب شتى، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفرع الأول: الترجيح عند تعارض بينتي الخارجين في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

الترجيح بين الخارجين ارتبط ارتباطاً وثيقاً بالترجيح باليد كون الترجيح بين الخارجين مرتبطين باليد، ومتفرعين عنها، فعند تعارض بين بينتي الخارجين وذلك بأن يتداعى اثنان عيناً في يد ثالث ويكون لكل منهما بينة تثبت دعواه، ومستنداً يؤكد مقاله القضائي فكيف يتم الترجيح بينهما؟ هذا ما سيتم تناوله في الفروع الآتية:

أولًا: ماهية بينتي الخارجين

سيكون الحديث في بيان الماهية من حيث التعريف بها، وبيان شروطها، وذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: تعريف الخارجين

يطلق الخارجان ويقصد بهما: من لا يد لهما على محل الدعوى، بأن يدعي اثنان عينًا في يد ثالث وليس لأحدهما له على العين يد.

الخارج: مقابل ذي اليد وهو الخارج مكن التصرف، وذو اليد هو المتصرف في الشيء بحيث ينتفع به من عينه[1].

فمن لا يد له يسمى في اصطلاح الفقهاء الخارج، ويكون هو المدعي، وهو الذي يتحمل عبء الإثبات، وصاحب اليد يسمى الداخل وهو من العين محل الدعوى بيده وهو غير ملزم ببيان أدلته التي تثبت ملكيته للعين محل الدعوى، والفرض في هذا المطلب أن يدعي اثنان لا يد لهما على العين –عقارًا أم منقولًا أم محمولًا– ويقيما بينتهما على ثالث بيده العين، وتكون دعواهما دعوى استحقاق، فيكونان خارجين باعتبار أنَّ العين بيد غيرهما.

الفقرة الثانية: شروط دعوى الخارجين

حتى تكون دعوى الخارجين مقبولة لا بد من توافر شروط:

الشرط الأول: أن تتساويا دعواهما وبينتهما.

فإذا كانت دعوى الخارجين، أو بينتهما غير متساوية بأن ادعى أحدهما العين كلها، وادعى الآخر نصفها فهنا يكون مدعي الكل في مقام الخارج؛ لأنَّه تساوى مع المدعي الآخر في النصف، وزاد عليه في النصف الآخر، وهذا شرط جوهري في التعارض كما تم بيانه فيما سبق.

الشرط الثاني: أن تكون العين في يد شخص آخر غيرهما، ويشترط أن تكون العين محل الدعوى في يد شخصٍ ثالثٍ[2]، فإذا كانت العين في يد أحدهما فإن الحكم يختلف فيكون من بيده العين داخلًا ويكون مع بينته صاحب يد فتترجح بينته بيده.

---

(1) التعريفات الفقهية، المجددي، ص84.

(2) معين الحكام، الطرابلسي الحنفي، ص100، والذخيرة، القرافي، ج10، ص178، ومنهاج الطالبين، النووي، ص580، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص565.

الشرط الثالث: أنْ تكون الدعوى على ثالثٍ العين بيده، فإذا كانت العين ليست بيد المدعى عليه فإن الخصومة لا تنعقد، لعدم توجه الدعوى، وللمدعى عليه في هذه الحالة أن يدفع بعدم توجه الدعوى لكونه غير خصم في الدعوى؛ لأنه يشترط أن يكون محل الدعوى بيد المدعى عليه حقيقة أو حكمًا[1].

فلو ادعى الخارجان وادعى صاحب اليد وتكافأت بينة غير ذي اليد سقطتا وبقيت العين بيد صاحب اليد؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ جَرَّحَتْ صَاحِبَتَهَا قَالَ غَيْرُهُ لَيْسَ هَذَا جَرْحًا لَكِنِ التَّكَافُؤُ فَكَأَنَّهُمَا لَمْ يَكُونَا[2].

ثانيًا: أقوال الفقهاء في الترجيح بين بينتي الخارجين

المنازعات القضائية عندما تتردد بين متنازعين محل الدعوى بيدِ شخص آخر فهنا يزداد الترجيح صعوبة؛ لكون المدعى به لم يكن بيد أحدهما، ولكن اختلف الفقهاء في قواعد الترجيح التي تحسم التعارض بين بينتي الخارجين على أقوال:

القول الأول: ذهبت الشافعية والحنابلة إلى التفصيل بين دعوى الخارجين على ذي اليد على حالتين:

الحالة الأولى: أنْ يُقِرَ ذو اليد لهما أو لأحدهما.

فعند إقرار المدعى عليه بالعين فقد اختلف فقهاء الشافعية والحنابلة عن وقت اعتبار الإقرار، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

ذهبت الشافعية: إلى أنَّه إذا أقر ذو اليد بالعين لأحدهما بعد إقامة البينتين أخذه، واعتبر مرجحًا. فإن كان إقراره لأحدهما قبل إقامة البينتين صار المقر له ذا يد فتترجح بينته، وإن أقر به لهما جمعيًا فقياس ما تقرر أن يكون بينهما نصفين، وأنَّ الإقرار قبل قيام البينتين قضاء بالبينة، وبعد إقامة البيّنتين يقضى له باليد[3].

(1) السل الجرار، الشوكاني، ص746.

(2) الذخيرة، القرافي، ج10، ص178.

(3) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص407، وحاشية الجمل، سليمان الجمل، ج5، ص427.

وذهبت الحنابلة: إلى أنَّه إذا أقر لأحدهما بعينه لم ترجح بينة المقر له، وأنَّه إن كان إقراره بالعين لأحدهما قبل إقامة البينتين فالمقر له كداخل، لانتقال اليد إليه بإقراره من العين بيده كما لو كانت بيده ابتداءً والآخر غير المقر له الخارج؛ لأنها ليست بيده حقيقة ولا حكمًا[1]. أي إن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار المقر له صاحب اليد[2].

يتضح مما سبق: أنَّ الشافعية عدوا إقرار المدعى عليه لأحدهما مرجحًا سواء كان قبل إقامة البينتين أم بعد إقامة البينتين، فإن كان قبل إقامة البينتين، فيكون المقر له صاحب يد، فتترجح بينته بيده فيجتمع في حقه دليلان بينةٌ ويدٌ، وإن كان الإقرار بعد إقامة البينتين أخذ العين واعتبر الإقرار مرجحًا لبينته، ومسألة إقرار المدعى عليه بالعين تعتبر من المرجحات عند الشافعية، وقد نصوا على ذلك صراحة، ويندرج ضمن إقرار المدعى عليه ترجيح إحدى الوثيقتين المجردتين من أصل الملكية بإقرار المدعى عليه لأحدهما، فإذا تنازع شخصان على ملكية عقار وأبرزا شراءين مجردين من سند المتصرفين إليهما وعن الحيازة، وأقر المدعى عليه به لأحدهما، ترجح أحد المستندين بإقرار المدعى عليه، وتكون حجية الحكم في هذه الحالة قاصرة على طرفي الخصومة، وهو ما يسمى بنسيبة حجية الحكم القضائي، وذلك تفاديًا من أن يكون هناك تواطئ بين طرفي الخصومة.

أما عند الحنابلة فإن إقرار المدعى عليه لا يخلو من أمرين، أن يُقر قبل إقامة البينتين، أو يقر بعدهما، وفي كلا الحالتين يستوي الحكم، وهو أن المقر له لا تترجح بينته بإقرار المدعى عليه، وإنما إقرار المدعى عليه لأحدهما يجعل المقر له صاحب يد، ويكون كداخل ومن لم يقر له يكون كخارج، والقاعدة عند الحنابلة؛ ترجيح بينة الخارج على بينة الداخل عند التعارض، وقد تم توضيح ذلك فيما سبق.

الحالة الثانية: ألَّا يقر لهما ولا لأحدهما.

(1) شرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص565.

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص257.

إذا لم يقر المدعى عليه لهما ولا لأحدهما فإنَّ المسألة على رأيين في المذهبين

الرأي الأول: تسقط البينتان؛ لتعارضهما ولا مرجح، فأشبه الدليلين إذا تعارضا بلا ترجيح، وحينئذٍ فيحلف الثالث لكل منهما يمنيًا عند الشافعية، وعند الحنابلة يقترع المدعيان على اليمين[1].

استدلوا على ذلك بالآتي:

– ما روى ابن المسيب «أن رجلين اختصما إلى رسول الله –ﷺ– في أمر، وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي –ﷺ– بينهما»[2].

ومن المعقول: أنَّ البينتين حجتان تعارضتا، من غير ترجيح لأحدهما على الأخرى فسقطتا، كالخبرين[3].

– أنه يمتنع العمل بهما للقضاء بهما وبأحدهما؛ لأنَّه ترجيح من غير مرجح[4].

الرأي الثاني: تستعمل البينتان ولكن في كيفية الاستعمال تعددت الأقوال، وأن الاستعمال صيانة لهما عن الإلغاء حسب الإمكان فتنتزع من ذي اليد، وهذه الأقوال كما يلي:

القول الأول: تقسم العين بينهما بالسوية، واستدلوا: بحديث أبي موسى –رضي الله عنه– أنَّ رجلين اختصما إلى رسول الله –ﷺ– في بعير، وأقام كلٌ واحدٍ منهما البينة أنَّه له فقضى رسول الله –ﷺ– به بينهما نصفين[5]، ولأنهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته[6].

(1) نهاية المحتاج، الرملي، ج8، ص361، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص256، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص565.

(2) رواه الشافعي في مسنده هكذا ذكر ابن قدامة المقدسي، ولكن لم أجده في مسند الشافعي بعد البحث عنه، المغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

(4) الديباج، الزركشي، ج2، ص1174.

(5) سبق تخريجه.

(6) المغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

القول الثاني: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة رجح، واستدلوا: بأنه يقرع بينهما كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ.

القول الثالث: يوقف الأمر حتى يتبين الحال أو يصطلحا، وهذا عند الشافعية أمّا عند الحنابلة فلا يقولون بالوقف؛ لأنّ تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح، أسقطناهما، ورجعنا إلى دليل غيرهما[1].

والمعتمد عند الشافعية هو القول الأول وهو التساقط؛ لأنَّ محل التساقط إذا وقع تعارض حيث لم يتميز أحدهما بمرجح[2].

القول الثاني: ذهبت الحنفية والمالكية إلى أنَّه عند تعارض بينتي الخارجين فإنه يقضي بينهما لاستوائهما في الحجة إلَّا أنَّ الحنفية فصلوا في ذلك:

ففي معين الحكام "لو ادعيا ملكًا مطلقًا والعين في يد ثالث ولم يؤرخا، أو أرخا تاريخًا واحدًا وبرهنا يقضي بينهما؛ لاستوائهما في الحجة، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي للأسبق؛ لأنه أثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضي بالملك له ثم لا يقضي بعده لغيره إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه فلا يقضي له[3].

وذهبت الحنفية إلى أنَّ القول بالقسمة مع اشتراط عدم أسبقية أحدهما في التأريخ، فإن سبق أحدهما حكم له لأنَّ السبق دليل التقدم.

وقال السمناني: "وإذا ادعى الرجلان دارًا أو عرضًا في يد ثالثٍ وأقام كلُ واحد البينة أنه له والذي في يده الشيء ينكر ذلك فإنَّا نقضي بذلك لهما نصفين وهذا قول أصحابنا جميعًا"[4].

واستدلوا بالآتي:

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

(2) فتح المعين، المليباري، ص638.

(3) معين الحكام، الطرابلسي الحنفي، ص100.

(4) روضة القضاة، السمناني، ج4، ص1446.

-إنَّ البينة دليل من أدلة الشرع، والعمل بالدليلين واجبٌ بالقدر الممكن، فإنْ أمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه، وإن لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من وجهٍ كما في سائر دلائل الشرع من ظواهر الكتاب والسنن المشهورة وأخبار الأحاد والأقيسة الشرعية إذا تعارضتا، وهنا إن تعذر العمل بالبينتين بإظهار الملك في كل المحل أمكن العمل بهما بإظهار الملك في النصف فيقضي لكل واحدد منهما بالنصف[1].

فمذهبت الحنفية والمالكية استعمال البينتين بدون ترجيح لإحدى البينتين على الأخرى؛ لأن العمل بالبينتين ممكن والإعمال أولى من الإهمال.

القول الثالث: ذهبت الزيدية إلى التفصيل عند الترجيح بين بينتي الخارجين حال تعارضهما:

الحالة الأولى: أنْ يُقِيم كلُ واحدٍ منهما بينته أنَّه له ووجد مرجح لأحدهما، فإن بينته تترجح. والترجيح بينهما يكون بالنقل، والتحقيق، فإن كانت أحدهما محققة والأخرى غير محققة، فالمحققة أولى. وكذا إذا كانت أحدهما ناقلة والأخرى غير ناقلة فالناقلة أولى. وشهادة الشراء أولى من شهادة الهبة، وترجيح ما خالف الأصل اللغوي أو الشرعي أو العرفي[2].

فالمرجحات عند الزيدية بين بينتي الخارجين هي: الترجيح بالنقل، والترجيح بالتحقيق، وترجح المحققة على الناقلة عند التعارض بينهما، وترجيح الناقلة على غير الناقلة، وترجيح بينة الشراء على بينة الهبة، وترجح ما خالف الأصل اللغوي أو الشرعي أو العرفي، وأن سبب الترجيح لعدم وجود قرينة لأحد الخصمين على الآخر بالنسبة إلى يد المفيدة للظاهر[3]، ولمزيد بيان لما ذكره الزيدية، فسيتم توضيحه بما يلي:

-**البينة المحققة:** هي التي تتضمن المعاينة والمشاهدة لسبب الملك، ومثال ذلك إذا تنازعا دابة وأقام أحدهما البينة أنها ملكه، وأقام الآخر البينة أنها ملكه نتجت عنده، فبينة

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص236.

(2) ضوء النهار، الجلال، مصدر سابق، ح4، 2046، التاج المذهب، العنسي، ج4، ص21.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص753.

صاحب النتاج أولى؛ لأنها تتضمن المعاينة والمشاهدة لسبب الملك وهو النتاج[1]، وكذا لو أقام أحدهما البينة أنَّ البيت ملكه وأقام الآخر البينة أنَّها ملكه قام ببنائه بيده فترجح بينة الثاني؛ لأنها تتضمن المعاينة والمشاهدة والرؤية لسبب الملك فقد شهدت على التحقيق من وجود سبب الملك.

-**البينة الناقلة:** هي التي نقلت حكم الأصل، والأخرى مبقية عليه، وذلك مثل بينة الإرث، والشراء، فإنَّ بينة الشراء ترجح؛ لأنها ناقلة عن حكم البقاء على أصل ملك الميت[2].

الترجيح بما خالف الأصل اللغوي أو العرفي أو الشرعي: وذلك ترجيح الناقلة بعينه، فتقدم بينة وهبه لي على بينة باعه مني؛ لأنَّ الأصل في الأعيان التي لا يتسامح فيها الأعواض، وفي الطلاق والعتاق والمنافع والأعيان التي يعتاد التسامح بها عدم الأعواض، فتقدم بينة طلقني وأعتقني وأعارني بغير عوض على دعواهما بعوض من خلع أو كتابة أو إجارة[3]، فكل ما خلف الأصل اللغوي أو العرفي أو الشرعي يكون مرجحا.

ترجيح البينة المحققة على الناقلة: عند التعارض بين بينتي الخارجين فقالت بينة أحدهما إن هذا الثوب ملكه خاطه بيده، وشهدت البينة الأخرى أنَّه ثوبه اشتراه، وكذا لو شهدت بينة أحدهما أنّ جهاز الاتصال ملكه صنعه بيده، وشهدت الأخرى أنها ملكه اشتراه، فترجح بينة من شهدت بالملك مع الخياطة أو النسج وبينة من شهدت بصنع الهاتف على بينة الأخرى؛ لأنها شهدت على التحقيق المتضمن للمشاهدة والمعاينة لسبب الملك والأخرى بالنقل.

الحالة الثانية: إذا لم تكن إحدى البينتين أرجح من الأخرى فيقسم المدعي بينهما، مثال ذلك: "إذا أدعى رجلان دارًا في يد غيرهما وأقام أحدهما البينة أنَّها له وأطلق، أو زاد أنه أسكنه

(1) المنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص280.

(2) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2046.

(3) المصدر السابق، ج4، ص2046.

إياها عارية، وأقام الآخر البينة أنَّها له وأطلق، أو زاد أنه أجرها ممن هي في يده كانت الدار بينهما نصفين"[1].

ودل على القسمة ما وقع منه -ﷺ- من قسمة ما تنوزع فيه بين متنازعيه عند تعارض البينتين[2].

الرأي الراجح: ما ذهب إليه فقهاء الشافعية من أنَّ إقرار المدعى عليه بالعين لأحدهما يُعدُّ سببًا من أسباب الترجيح، ويكون بعد إقامة البينة قد اجتمع في حقه بينةٌ، ويدٌ، أما قبل إقامة البينة فيكون بينة وتصديق؛ لأنَّ تصديق صاحب اليد بالإقرار يعتبر مرجحًا له، وأن عند عدم الإقرار تتم القسمة بينهما لإمكان الاستعمال بالقسمة، وعند إنكار المدعى عليه لدعوى المتداعيين عليه اليمين، وإذا لم يقر المدعى عليه لأحدهما يكون الترجيح بالتحقيق، ثم النقل، ثم ما خالف الأصل اللغوي، أو الشرعي، أو العرفي.

ثالثا: موقف القانونين اليمني والمغربي من مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين

ذهب القانون اليمني إلى ما ذهب إليه المذهب الزيدي في كيفية الترجيح بين أدلة الخارجين فقد نصت المادة: (1113) من القانون المدني على أنه "إذا بين خارجان كان الترجيح بينهما بالتحقيق أو النقل، والتحقيق هو أن يثبت أن الشيء نتج عنه، والنقل هو أن يثبت أن الشيء انتقل إليه إمَّا بالشراء أو نحوه، أو بإبقاء كإرث أو نحو، ويرجح ضمان التحقيق على ضمان النقل، ويرجح ضمان الشراء ونحوه على ضمان الإبقاء، وإذا تساوت بينتا الخارجين قسم المدعي فيه بينهما"[3].

(1) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص21.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص753.

(3) القانون المدني، المادة: (1113).

وتوضيح ذلك: أن الترجيح بين خارجين في القانون المدني اليمني يكون وفقا للضوابط الآتية، وهي الترجيح بالتحقيق، والترجيح بالنقل، وترجيح ضمان التحقيق على ضمان النقل، ويرجح ضمان الشراء على ضمان الإبقاء.

والأصل الفقهي لهذا النص هو الفقه الزيدي وهو متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، وعند حصول لبس أو غموض في تطبيق النص، فيكون تفسيره بالمذكرة الإيضاحية، وعند عدم وجود تفسير لها فإن المرجع التفسيري هي شروح متن الأزهار، وبيان ما أورده القانون المدني فيما يلي:

– ترجيح شهادة من ثبت أن الشيء نتج عنده؛ لأن ملكيته محققه، على شهادة من ثبت أن الشيء انتقل إليه بشراء، أو نحوه، أو إبقاء كإرث أو نحوه[1]، فترجح المحققة على الناقلة وعلى المبقية على حكم الأصل، سواء كان أصلًا لغويًا، أم أصلاً عرفيًا، أم أصلاً شرعيًا، وذلك؛ لأنَّ الخارجين مدعيان على خلاف الأصل والظاهر، فيقدم المحقق الشاهد بالمعاينة للسبب على المبقي والناقل.

– يرجح ضمان النقل بشراء أو نحوه، على ضمان النقل بإبقاء أو نحوه لأن نقل الملكية في الحالة الأولى يتم بتصرف شرعي من الغير[2]، والقاعدة الشرعية أن الناقلة ترجح على المبقية، وهي قاعدة عامة بأي نوع من أنواع النقل.

– عند التساوي بين البينتين تتم القسمة بين المتدعيين، وتكون القسمة على الرؤوس[3]، وما أورده القانون المدني في الترجيح بين بينتي الخارجين عبارة عن مرجحات انفرد بها القانون من حيث الصياغة ومن حيث الإعمال، أما من حيث صياغة المرجحات فإنها وردت على منوال غير ما ورد عند فقهاء المذاهب الأربعة، أو في مدونة الحقوق العينية، واختلاف المرجحات في القانونين تبعا لاختلاف مأخذهما.

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ج2، ص510

(2) المصدر السابق نفسه، ج2، ص510.

(3) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص22.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين

سلك القانون المغربي في الترجيح بين الملكية وما يتفرع عنها من الحقوق العينية مسلك المالكية، ووضع بذلك قواعد للترجيح ولم يناقش مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين، ولكن عند حصول واقعة قضائية فيتم إعمال قواعد الترجيح الواردة في المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، فهو لم يسلك التفصيل الذي جرى عليه القانون اليمني في بيان الترجيح بين الخارجين، والداخل والخارج، بل أورد قواعد عامة في الترجيح عند تعارض أدلة الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها، وبالمقارنة بين القانونين في هذه المسألة يتبين أنَّ المقنن المغربي قد صاغ المرجحات وأطلقها فجاءت عامة، بخلاف المقنن اليمني فإنه فرق في الترجيح عند تعارض بينة الخارجين، إلاّ أنَّ الدعوى من خارجين تكون دعوى أحدهما أصلية ودعوى الآخر مستقلة بصورة تدخل طالبًا الحكم لنفسه بطلبٍ مرتبط بالدعوى الأصلية؛ لإنَّه "يجوز لكل ذي مصلحة أنْ يتدخل في الخصومة المنظورة أمام محكمة الدرجة الأولى منضمًا إلى أحد الخصوم، أو طالبًا الحكم لنفسه"[1].

الفرع الثاني: الترجيح عند تعارض بينة الخارج مع بينة الداخل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

القاعدة: ترجيح بينة الداخل على بينة الخارج.

نجد معظم المشاكل العقارية المقتضة بها المحاكم، والمنازعات المنعقدة بها الخصومات سببها نزاع حصل بين داخل وخارج، مدع، ومدعى عليه، خارجٌ يرفع دعوى استحقاق عقار، وآخر يرد على الدعوى بدفع، وآخر يقدم تدخل اختصاميًا، أو انضماميًا، وذاك يرفع دعوى استرداد حيازة والآخر يرد على الدعوى بدفع بملكيته لمحل الاسترداد وهكذا فيطول أمد الخصومة ويتأخر حسم النزاع، لكثرة الطلبات وتعددها مما يستلزم معه كثرة الردود فيظل القاضي حائرًا في ترجيح أدلة أحدهما على الآخر، فإبراز ضوابط الترجيح بين الداخل والخارج

(1) قانون المرافعات اليمني المادة:(200)، وينظر قانون المسطرة المدنية، الفصل:(30).

تساعد على حل إشكاليات كثيرة في الواقع العملي خصوصًا أنَّ الترجيح باليد جوهره وأساسه هو تعارض أدلة الداخل والخارج، وهو ما سيكون الحديث عنه في الآتي:

أولًا: ماهية الداخل والخارج

اصطلح الفقهاء في باب التعارض والترجيح على تسميات للمدعي والمدعى عليه ولبيان ذلك سيكون الحديث في الماهية عن تعريف الداخل والخارج وشروطهما.

الفقرة الأولى: تعريف الداخل والخارج

ذكرنا فيما سبق أنَّ الداخل من بيده الشيء أي هو صاحب اليد، والخارج من ليس بيده الشيء، فالخارج: من هو خلاف الأصل الظاهر[1]، فمن بيده العين محل الدعوى فهو الداخل، وسواءٌ كانت يده حسيةً، أو حكميةً، وسواءٌ اشتد اتصاله بها أم قَلَّ اتصاله بها، وسواءٌ كانت في أعلى المراتب أم في أدناها في جميع الحالات يُعدُّ صاحب يد، فصاحب اليد معه الظاهر، وهو من بيده الشيء فهو ملكه.

والخارج: من يدعي خلاف الأصل والظاهر، ومن العين ليس بيده.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين بينتي الداخل والخارج

للترجيح بين الداخل والخارج شروط أهمها ما يلي:

الشرط الأول: أن تكون العين بيد أحد المتداعيين.

يشترط للترجيح بين أدلة الداخل والخارج أن يكون الشيء المتنازع عليه بيد أحدهما، فإن كانت بيديهما أو بيد أجنبي؛ فإن الواقعة لا ينطبق عليها داخل وخارج[2].

الشرط الثاني: أن يتساويا في الإثبات، فإذا كان المدعى عليه ليس لديه بينة ملكٍ أو حيازةٍ فإنه يكون مدعًا عليه وليس داخلاً، فالمسمى الفقهي يختلف عند وجود أدلة للطرفين يكون المتداعيان أحدهما داخلًا، والآخر خارجًا وعند خلو المدعى عليه من الدليل يكون مدعى

(1) ضوء النهار، الجلال، ج4، ص2046.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص378، ومغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص428، المغني لابن قدامه، ج10، ص245.

عليه، لذا فتسمية الداخل للمدعى عليه، والخارج للمدعي عند استناد كلٍ منهما لأدلة تثبت دعواه.

ثانيًا: أقوال الفقهاء في الترجيح عند تعارض بينتي الداخل والخارج

أساسُ الترجيح باليد قائمٌ على مسألة الترجيح بين أدلة الداخل والخارج، وأصلُ الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة على بيان المدعي، والمدعى عليه، ومن يتحمل عبء الإثبات، فإذا ادعى شخصٌ ما على صاحب اليد وأقام بينةً، وأقام صاحب اليد البينة تعزز دفعه بأنَّه مالكٌ للمدعى به فأيُّ الدليلين يرجح؟

إذا أقام الخارج بينة وأقام الداخل بينة فهنا الأمر لا يخلو من حالين:

الحالة الأولى: أن تخلو الدعوى المرفوعة من الخارج عن البينة، إذا رفع الخارج دعواه ضد المدعى عليه، ولم يكن للخارج بينةٌ، والحال أنَّ المدعى عليه –الداخل– أنكر الدعوى فعلى المدعى عليه اليمين وتظل العين في يده[1].

الحالة الثانية: أنْ يُقَدم الخارجُ دعواه مع بينته ويدفع المدعى عليه –الداخل– بملكيته لمحل الدعوى ويقدم ببينته اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهبت المالكية والشافعية وراوية عند الحنابلة إلى ترجيح بينة الداخل – صاحب اليد– على الخارج.

قال ابن فرحون:" وإن كان الشيءُ في يد أحدهما وأقام كل واحد منهما بينة وتساويا في العدالة رجح جانب الذي بيده ذلك، كونه حائزًا فيحكم له به مع اليمين" وهذا معنى قولهم تقدم بينة الداخل على بينة الخارج عند التكافأ هذا هو المشهور[2].

وقال الشربيني: "وإن كانت العين بيد أحدهما ويسمى الداخلُ فأقام الخارج بها بينة وأقام الداخل بها بينة قدم صاحب اليد، أي بينته"[3].

---

(1) أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص407، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص255.

(2) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص378.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص428.

وقال ابن قدامة: "وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة، وأنَّ بينة المدعى عليه تُقدّمُ بكلِ حالٍ"[1].

أدلتهم: استدل القائلون بترجيح بينة الداخل على الخارج بما يلي:

– حديث جابر رضي الله عنه أنَّ رجلين تداعيا دابةً وأقام كل منهما بينة أنها دابته نتجها فقضى النبي –ﷺ– للذي هي في يده[2].

الشاهد من الحديث أن المدعى عليه إنما قدمت بينته ليده[3]، فدل على قبول بينة الداخل[4]، وأنَّ شريحًا قضى بذلك. فتكون اليد مرجحة للشهادة الموافقة لها[5].

– أنَّ يد الداخل على المدعى فيه أظهرت له السبق والأولوية، فيده قرينة دالّة على ملكيته، فهي له لفضل قوة سببه[6].

– أنَّ المتداعين –الداخل والخارج– استويا في إقامة البينة وترجحت بينت الداخل بيده فقدمت، كالخبرين إذا كان مع أحدهما قياس والجامع كون كل واحد منهما حجة[7].

– أنَّ بينة المدعى عليه أقوى؛ لأنَّ الأصل معه، ويمينه تُقدم على يمين المدعي، فإذا تعارضت البينتان وجب إبقاءُ يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما[8].

– إنَّ حديث جابر رضي الله عنه لا يعارض حديث البينة على المدعي؛ لأنَّه عامٌ مخصوصٌ بحديث جابر كما خُصَّ منه اليمين المردودة، والمتممة، والمؤكدة في إيجابها على

---

(1) المغني لابن قدامه، ج10، ص245.

(2) سبق تخريجه.

(3) المغني، ابن قدامة، ج10، ص245.

(4) الحاوي، الماوردي، ج17، ص304.

(5) سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، دار الحديث، بدون ط، وبدون ت،ج2، ص593.

(6) المعونة، القاضي عبدالوهاب، ج2، ص466.

(7) كفاية النبيه، ابن الرفعة، ج18، ص482.

(8) المغني، ابن قدامة، ج10، ص245.

المدعي[1]، وأنَّ جنبة الخارج أضعفُ من جَنبة الداخل، فلمَّا سمعت لليد مع الضعف كان سماعها مع القوة أولى[2].

القول الثاني: تقديم بينة الخارج على بينة الداخل.

ذهبت الحنفية وعبد الملك من المالكية والمشهور عند الحنابلة والزيدية على أنَّه إذا تداعى الخارج والداخل، وقدما بينة أنَّ يد الداخل لا ترجح دعواه.

قال الكاساني: "فإنْ قامتا – أي البنتين – على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج أولى عندنا"[3]. وهذا التقيد عند الحنفية في الملك المطلق فقط أما الملك المقيد بسبب، أو المؤرخ؛ فلا ترجح بينة الخارج لهما أحكام سنذكرها في بابها.

وقال ابن فرحون: "وقال عبدالملك لا ينتفع الحائز ببينته وبينة المدعي أولى"[4].

وقال ابن قدامة: "وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي، ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال، وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقالت: نتجت في ملكه، أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخًا قُدِّمت وإلَّا قدمت بينة المدعي، ورواية ثالثة؛ أنَّ بينة المدعى عليه تُقدم بكل حال"[5].

استدل أصحاب القول الثاني بالآتي: إنَّ البينة حجة المدعي[6]، لقوله –ﷺ– «البينة على المدعي»[7]، وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته، والدليل على أنه ليس بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي، أنه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه، والموصوف بهذه الصفة

(1) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، الحسين بن أحمد السياغي الصنعاني دار الجيل، دون ط، بيروت، بدون ت، ج3، ص452.

(2) الحاوي، الماوردي، ج17، ص304.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص232.

(4) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص378.

(5) المغني، ابن قدامة، ج10، ص245.

(6) المغني، ابن قدامة، ج10، ص245.

(7) سبق تخريجه.

هو الخارج لا ذو اليد؛ لأنَّه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيًا، فالتحقت بينته بالعدم فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها[1].

– أنَّ حديث جابرٍ ضعيفٌ ولا ينهض بالتخصيص، ثم لو سُلم صحته فهو حكاية فعل يتطرق إليه وجوه الاحتمال، كأن يكون –ﷺ– قضى بها لا لأجل البينة بل لإقرار سمعه في كلام المدعي، أو لسقوط بينته بأيّ أنواع المسقطات ولم يعرف الصحابي ذلك فحكى على مقتضى فهمه قال في المنار:" وعبارة الصحابي عن الأفعال النبوية وترتيبه أحكامًا عليها إنَّما تكون بحسب اجتهاده فتقبل منه صورة ما نقل وينظر في ذلك" انتهى[2].

– إنَّ بينة الخارج أظهرت له سبق الملك فكان القضاء بها أولى، كما إذا وقتت البينتان نصًا ووقت الخارج دلالة، ودلالة الوصف أنَّها أظهرت له سبق اليد؛ لأنَّهم شهدوا له بالملك المطلق.

– أنَّه بخصوص النتاج فإنَّ النتاج مما لا يحتمل التكرار فيطلب الترجيح من وجهٍ آخر فتترجح بينة صاحب اليد باليد[3].

– إنَّ بينة المدعي أكثرُ فائدة، فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ودليل كثرة فائدتها، أنها تثبت شيئًا لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرًا تدل عليه فلمْ تكنْ مفيدة[4].

– إن شهادة المدعي تشهد بالتحقيق، وشهادة الداخل تشهد على الظاهر، وهو ثبوت يده[5].

---

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص232، 233.

(2) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، السياغي، ج3، ص452.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص232، 233.

(4) المغني، ابن قدامة، ج10، ص245، وزاد المستقنع في اختصار المقنع موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي (المتوفى: 968هـ)، تحقيق، عبدالرحمن بن علي العسكر، دار الوطن للنشر، دون ط، الرياض– المملكة العربية السعودية، دون ت، ص240، وشرح منتهى الارادات، البهوتي، ج3، ص561، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص93.

(5) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص19.

– أنَّه روي عن علي رضي الله عنه أنه قال" من كان في يده شيء فبينته لا تعمل له شيئًا[1].

تبين من خلال ما استدل به أصحاب هذا القول: أن سبب الخلاف هو في بيان حقيقة المدعي من المدعى عليه، وأنهم اشترطوا شروطًا في ذلك وهي:

الشرط الأول: أنْ تكون الدعوى في ملكٍ مطلقٍ، فلو كانت الدعوى في ملك مقيد بسببٍ أو مؤرخ فإنَّهما يقدمان ولو من خارج.

الشرط الثاني: أنْ تكون بينة الخارج تستند إلى شيء أقوى مما تفيده بينة الداخل[2]، وأما مجرد أنه خارج فلا تكون بينته راجحةً.

القول الثالث: القسمة وإليه ذهب القاسم من فقهاء الزيدية أنه يقسم بينهما؛ لأن اليد مقوية لبينة الداخل فساوت بينة الخارج[3].

الرد على أدلة القائلين بعدم ترجيح بينة الداخل على بينة الخارج:

–ناقش القائلون بترجيح بينة الداخل الردود التي رد بها المانعون من ترجيح بينة الداخل بما يلي:

– الجواب على قوله –ﷺ–: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[4]، فمن وجهين[5]:

الوجه الأول: بأنه قد صار كل واحد منهما مدعيًا.

الوجه الثاني: إنَّه لا يمتنع قوله: «البينة على المدعي» أنَّها تُسمع من المدعى عليه على المدعي، واليمين على المدعى عليه أنَّها تسمع على المدعي؛ لأنَّ قوله على مقتضى

(1) سبل السلام، ابن الأمير الصنعاني، ج2، ص593.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص752.

(3) سبل السلام، ابن الأمير، ج2، ص593.

(4) سبق تخريجه.

(5) الحاوي، الماوردي، ج17، ص305.

ظاهره، أن يكون متوجهًا إلى من سمعت منه البينة وسمعت عليه اليمين فيكون الخبر محمولاً على تَأْوِيلَين مُسْتَعمَلَين، ثم أكثر ما فيه أن يكون عامًا في جنس الأيمان والبينات، والعموم يجوز تخصيص بعضه فيخص هذا بأدلتنا.

– أما الجواب عن قولهم: إنَّ اليد موجبةٌ للملك فلم يستفد صاحبها بالبينة ما لم يستفده بيده هو أن اليد تدل على الملك، ولا توجبه، لأنَّ اليد قد تكون لغصبٍ، أو أمانةٍ أو إجارةٍ فلم توجب الملك دون غيره، وإن كانت في الظاهر محمولة عليه مع اليمين، والبينة موجبة للملك بغير يمين. فصار مستفيداً بالبينة ما لا يستفيده بيده من وجهين:

الوجه الأول: إنها أوجبت الملك واليد لا توجبه.

الوجه الثاني: أنَّها أسقطت اليمين واليد لا تسقطها.

– إنَّ المدعي إنْ فُسِرَ بالطالب فصاحب اليد طالب لنفسه ما طلبه الآخر لنفسه فتكون البينة مشروعة في حقه، وإن فُسِرَ بأضعف المتداعيين سببًا فالخارج لمّا أقام بينة صار الداخل أضعف؛ فوجب أن يكون مدعيًا تُشرع البينة في حقه.

– إنَّ كلَّ واحدٍ منهما –أي المتداعيين– مساوٍ لصاحبه في الدعوى قبل البينة، إلَّا أنَّ صاحب اليد أقوى وأرجح بثبوت يده على الشيء، فلما انفرد بذلك قوي أمره فقدم على المدعي لرجحانه باليد[1].

– رد الإمام القرافي على المخالفين فقال عن الحديث الذي استدلوا به «البينة على المدعي».

– الجواب عن الأول: القول بالموجب، فإن الحديث جعل بينة المدعى عليه، وأنتم تقولون به فتعين أنْ يكون المراد بها بينة ذي اليد، لأنَّهما هي التي عليه، سلمنا عدم القول بالموجب لكم، المدعي إنْ فُسِر بالطالب فصاحب اليد طالب لنفسه ما طلبه الآخر لنفسه فتكون البينة مشروعة في حقه، وإنْ فُسر بأضعف المتداعين سببًا فالخارج لمَّا أقامَ بينة صار الداخل أضعف

(1) المعونة، القاضي عبدالوهاب، ج2، ص1571.

فوجب أن يكون مدعيًا تشرع البينة في حقه، سلمنا دلالته لكنه تعارض بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾[1].

– إنَّ العدل: التسوية في كل شيء حتى يقوم المخصص فلا تسمع بينة إحداهما دون الآخر، وبقوله –ﷺ– لعلي –رضي الله عنه–: «لا تقضي لأحدهما حتى تسمع من الآخر»[2]، وهو يفيد وجوب الاستماع منهما وأن من قويت حجته حكم بها وأنتم تقولون لا تسمع بينة الداخل[3].

– أنَّ أثر علي رضى الله عنه لم يصح، وعلى فرض صحته فمعارض بما سبق[4]، ويظهر ترجيح قول الجمهور في الترجيح باليد لعدة أمور:

– حديث جابر –رضي الله عنه– واضح وصريح في ترجيح النبي –ﷺ– لبينتي المتداعيين.

– لأننا قبلنا البينة من المدعى عليه مع بينة المدعي فتعارضتا وتقدم بينة المدعى عليه باليد، ولأنه عند تعارض البينات فيجب ترك المتنازع به مع صاحب اليد وهذا يؤدي إلى استقرار المعاملات والاطمئنان على الأموال والأملاك[5].

– إنَّ وضع صاحب اليد على العين قرينة على ملكيته للعين، لهذا ترجح بينة الداخل، لكن تظل المسألة تخضع لتقدير القاضي فيوازن بين أدلة الطرفين، ويستظهرها من واقع ملف القضية وملابساتها، فقد تظهر له قرائن تؤيد بينة الخارج فتطمئن نفسه لهذه القرائن فتترجح بينة الخارج، إلاَّ أنَّه عند تكافئ الأدلة القضائية فإنَّ بينة الداخل ترجح بيده، فتكون اليد قرينة مقوية لجانبه معززة لأدلته، صريحةً في ملكيته للشيء المتنازع فيه.

---

(1) سورة النحل، الآية: 90.

(2) سبق تخريجه.

(3) الفروق، القرافي، ج4، ص63.

(4) سبل السلام، ابن الأمير، ج2، ص5.

(5) وسائل الاثبات، الزحيلي، ج2، ص826.

ثالثًا: موقف القانونين اليمني والمغربي من مسألة الترجيح بين بينتي الداخل والخارج

الفقرة الأولى: الترجيح بين بينتي الداخل والخارج في القانون اليمني

وردت نصوص القانون المدني اليمني واضحة في النص على معايير الترجيح بين بينة الداخل والخارج، فنص في المادة: (1113) "إذا بين ذو اليد الثابتة وبين الخارج رجحت بينة الخارج إلا لمانع شرعي يمنع ذلك" وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون بما يلي: "أنَّ المادة تبين حكم الاختلاف في الشهادة على الحيازة بين شهود الخارج الذي لا يحوز الشيء، وشهود الداخل الذي يحوزه، ورجحت شهادة شهود الخارج؛ لأنَّه يدعي خلاف الظاهر فالبينة عليه، مالم يوجد مانع شرعي يمنع من الأخذ بشهادة شهود الخارج، كأنْ يشهد شهوده أنَّه اشترى الشيء من مالكه في تأريخ معين، فيشهد شهود الداخل أنَّه اشترى من نفس مالكه بتأريخ أسبق فالبيع الأخير باطل لزوال الملكية عن البائع ولا يعمل به مهما ثبت"[1]، وللحديث عن هذا النص القانوني الوارد في القانون المدني يستوجب من أين مأخذ هذا النص، أوضحنا فيما سلف أنَّ المقنن اليمني وضع قواعد الترجيح وفقًا للمذهب الزيدي، لذا فإنَّ النص القانوني مأخوذ من متن الأزهار في المذهب الزيدي، ومر سابقًا أنَّ الزيدية ترجح بينة الخارج، ونظرًا لكون النص مأخوذ من المذهب الزيدي، فإن الكتب الشارحة لمتن الأزهار تعتبر هي اللوائح التفسيرية لهذا النص خصوصًا أنَّ المذكرة التفسيرية للقانون المدني لم توضح هذه المدة.

قال صاحب متن الأزهار: "فإن بَينا معًا فللخارج"[2]، أي قدَّم ذو اليد والخارج أدلتهما، فيكون الخارج مدع وصاحب اليد مدعى عليه.

قال العنسي: "يحكم به وهو المدعي؛ لأنَّ شهادته تشهد بالتحقيق، ولا يعمل بشهادة الداخل وهو من الشيء في يده ولو كانت متقدمة التأريخ، أو محققة أو ناقلة؛ لأنَّها تشهد على الظاهر وهو ثبوت يده، إلَّا لمانع من العمل ببينة الخارج فإنَّه يعمل ببينة الداخل وذلك في مسائل، منها:

---

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، ج2، ص510.

(2) الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، المرتضى، ص265.

إذا ادعى رجل على رجل آخر أنه مملوكه، وأقام البينة على ذلك وأقام المدعى عليه البينة على أنه حرٌ فإنَّ البينة بينة المدعى عليه لقوة الحرية، منها:

إذا مات إنسانٌ وله ورثة مسلمون وورثة ذميون، وأقام لكل واحد منهم البينة على أنه مات على ملته فإنَّ بيِّنة من شهد له بالإسلام تقبل، ولو مات في دار الإسلام؛ لأنَّها هنا داخلة وهي أولى من البينة الخارجة وهي بينةُ الذمي.

ومنها: لو ادَّعى المشتري على الشفيع أنَّ الدار التي يستحق بها سبب الشفعة ليست له وإنَّما هو ساكن فيها وأقام البينة، وأقام الشفيع البينة أنَّها له كانت بينة الشفيع أولى، وإنَّما رجحت بينته هنا؛ لأنَّ الدعوى ليست في نفس الدار، وإنَّما هي في استحقاق الشفعة، والشفيع كالخارج وإن كان داخلاً بالنظر إلى الدار"[1].

وقال الإمامُ الشوكاني –رحمه الله– مستدركاً على صاحب متن الأزهار: أقول: علّلوا هذا بأنَّ بَينة الخارج تستند إلى شيء هو أقوى مما تفيده بينةُ الداخل، فإنَّها تستند إلى مجرد ثبوت اليد وهو لا يفيد إلَّا الاستصحاب، ولا يخفاك أنَّ هذا لا يتم إلَّا على تقدير أنَّ الشهادةَ الخارجةَ تستندُ إلى شيء هو أقوى مما يفيده بينة الداخل وحينئذٍ فليس المرجحُ لها كونها خارجة، بل المرجح لها قوةُ مستندها، فإنَّها لو شهدت بمستند مثل مستند بينة الداخل، أو كانت بينة الداخل بمستند مساوٍ لبينة الخارج غير مجرد الثبوت لم يكن لهذا الترجيح وجه، وبهذا تعرف أنه لا وجه لجزم المصنف بترجيح بينة الخارج على الإطلاق، وقد قلّل مفسدة هذا الأطلاق قوله: (إلا لمانع)، وإذا حمل على مثل ما ذكرناه لا على ما هو مراده، وأقوى من هذا التعليل الذي عللوا به ما قيل: إن الخارج هو المدعي والبينة على المدعي لا على المنكر، كما ثبت ذلك بالأدلة الصحيحة[2].

(1) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص20.

(2) السيل الجرار، الشوكاني، ص752.

وبهذا يتضح: أن القانون المدني اليمني عالج معايير الترجيح عند تنظيمه للحيازة وربط الترجيح بمعيار الداخل والخارج، وجعل اليد قرينة على الثبوت، وتطبيقًا لذلك فقد قضت المحكمة العليا بما يلي: "يتعين على محكمة الاستئناف باعتبارها محكمة موضوع أن تتحرى حول الحيازة والثبوت، باعتبار أنَّ يدَ الحائزِ لا تنزع إلَّا بحكمٍ طبقًا لنص المادة: (1111) مدني، والتي قررت أنَّ منْ حاز شيئًا أعتبر مالكًا له مالم تكن بينة الخارج محققة، والحكم المطعون فيه يُعدُّ معيبًا في الاستناد والتكيف والأسباب إنْ لم يتحققْ مِنْ الحيازةِ، ولا مِنْ بينةِ الخارجِ ثم يرجح بينهما طبقًا لأحكام القانون[1].

فالقاعدة القضائية الصادرة من المحكمة العليا أوضحت أنه من الواجب على محكمة الاستئناف باعتبارها قاضي الموضوع أن توائم ما بين يد الداخل –الحائز– ويد الخارج المدعي، فإذا كانت بينة الخارج محققة رجحت بينته على بينة صاحب اليد الحائز، وعدم مراعاة ذلك يعرض الحكم للنقض.

فتقديم بينة الخارج في القانون ليست على الإطلاق بل مقيد ذلك بعدم وجود مانع لتقدم تأريخ بينة يد الداخل أو قوة مستنده.

الفقرة الثانية: الترجيح بين بينتي الداخل والخارج في القانون المغربي

مدونة الحقوق العينية، أو ردت المرجحات على سبيل الحصر، ولم تذكر منها الترجيح باليد، ويبقى ذلك راجعٌ لسببين[2]:

السبب الأول: إما لعدم اعتباره مرجحًا، وعليه فإنَّ بقاء الشيء المتنازع فيه بيد صاحبه هو، حالة ضرورية لابد منها، فيكون التعبير عن الترجيح باليد في هذه الحالة تعبيرًا مجازيًا كما تقدم عند بعض الفقهاء.

---

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، القرار رقم: (46)، طعن رقم47899، لسنة 1434هـ، إعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء –العدد: (14)، ص143.

(2) قواعد الترجيح بين البينات في المجال العقاري –دراسة تفصيلية للمادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية في ضوء أحكام الفقه المالكي والعمل القضائي، ياسين ربيع أطروحة دكتوراه، بكلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبدالله بالمغرب، 1439هـ– 2018م، ص455.

السبب الثاني: اكتفاء المشرع المغربي بالإحالة على الراجح والمشهور، وما جرى به العمل من الفقه المالكي ضمن المادة الأولى من نفس القانون، ومن ثم يتعين التمسك في هذا الموضوع بالمشهور في المذهب، وتطبيقه باعتبار الترجيح باليد قاعدة من قواعد الترجيح يجب سلوكها، إلَّا أنه رغم من عدم النص على الترجيح باليد في القانون المغربي إلا أنَّ محكمة النقض قد نصت عليه، فقد جاء في القرار عدد: (3163) المؤرخ في 2007/10/03م على أنه: (يندرج الحوز والحيازة ضمن أسباب الترجيح بين البينات)، يقول الزقاق: "وإن يعدم الترجيح فاحكم لحائز "[1].

وبهذا يتبين أن اليد تعد من المرجحات عند جمهور الفقهاء، وفي القانون اليمني، والتطبيق القضائي المغربي، واعتبار اليد من المرجحات يكون من قبيل الترجيح بالقرائن، فاليد في ظاهر الحال تعدُّ قرينةً على الملك، وعند منازعة صاحب اليد واستدلاله بأدلة تساوي أدلة المدعي، فإنَّ أدلة الحائز تعضدها قرينة اليد، فتكون اليد ميزة تُغَلِّبُ أدلة المدعى عليه، وتقوي حججه وتعضد براهينه.

الفرع الثالث: ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

أولًا: ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة المجردة

ذكرنا سابقًا عندَ الحديثِ عنْ القرائنِ قرينةَ الحيازةِ، وكلامَ الفقهاءِ في دلالةِ الحيازةِ على الملكيةِ وأنَّ القانون اليمني اعتبرها قرينةً على الملك، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس. بخلاف القانون المغربي فقد اعتبر الحيازة سببًا من أسباب الملك، واعتبر الحيازة قرينة قابلة لإثبات العكس.

فإذا عرض على القاضي نزاع تقدم المدعي بأدلة تثبت الملك له في عين –عقار أو منقول– ورد المدعى عليه بدفع يتضمن حيازته لمحل الدعوى، وقدَّم بذلك تدحض مزاعم

(1) قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات، أوزوكار، ص92.

المدعي، وتؤيدُ دفعه، أو أنْ يَتقدم المدعي بدعوى استرداد الحيازة ويثبت دعواه بشاهدين ويرد المدعى عليه بملكيته لمحل الدعوى، فهنا تعارضت البينات ببينة الملكية وبينة الحيازة فأَيهما يُرجح؟ هذا ما سيكون الحديث عنه من خلال الآتي:

الفقرة الأولى: أدلة إثبات الملك

إثبات الملك من الأمور المهمة التي تناولها الفقهاء وتغيب عن كثير من المتفقهة، وذلك لدقة جزئياتها، وبناء على ذلك فإن الملك يثبت بما يلي:

أ- ثبوت الملك بالشهادة

تثبت الملكية بالشهادة، ولكن يشترط في شهادة الشاهد عند الإدلاء بالشهادة شروط:

- أن يشهد الشهود بالملك، والتصرف، والتسامع[1].

- تجوز الشهادة بالملك بتاتًا وسماعًا، والفرق بينهما أَنَّ الشَّاهد بِالْمِلْكِ عَلَى وَجْهِ الْبَتِّ يَعْتمد فِي الشَّهَادَةِ بِذَلِكَ عَلَى وَضْعِ الْيَدِ عليه وَالتَّصَرُّفِ فِيهِ تَصَرُّفَ المالك فِي ملْكه وَنسبتها مع ذلك لِنَفْسِهِ وَعَدَمِ الْمُنَازِعِ وَطُولِ الحِيازَةِ، وَأَمَّا الشَّاهِدُ بِالْمِلْكِ عَلَى وَجْهِ السَّمَاعِ فَيعْتمِدُ فِي شَهَادَتِهِ بِذَلِكَ عَلَى الْحِيَازَةِ، وَإِنْ لَمْ تَطُلْ وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ تَصَرُّفٌ[2].

قال ابنُ رحال: وكلُ إنسانٍ من الفقهاء إذا أنصف نفسَه أقرَّ أنَّه لم يطّلع على ما ذكره الناس في شروط الشهادة بالملكِ إلَّا بعد زمان طويل من ابتدائه في قراءة الفقهيات، وكثيرٌ من الطلبة الذين سألناهم عن هذا وهم يخضون في الفقه لم يعرفوه، والنادر، أو عدم الواقع هو عدم فهم العامة الملك[3]، والشهادة بالسماع في الملك قال بعضهم: ما اتّسع أحدٌ في شهادة السّماعِ اتساع المالكية فتجوز عندهم في الأحباسِ، والملكِ، والتقادمِ[4].

(1) روضة الطالبين، النووي، ج11، ص368.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص196.

(3) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال، ص297.

(4) العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، عبدالله بن عبدالله بن سلمون الكتاني (المتوفى: 741هـ)، تحقيق، محمد عبدالرحمن الشاغول، دار الإفاق العربية، ط1، مصر، 2011م، ص603.

ب- ثبوت الملك بالوثائق التي تثبت الملكية

تثبت الملكية بوثائق الشراء، أو غيرها من الوثائق التي تثبت المعاوضة، أو انتقال الملك، قال ابن رحال: الرِّباعُ لا تباع إلاّ بعد ثبوت الملك للبائع: إمَّا بالرسوم التي طالَ زمانُها، وثبتت صحتها، وتعددت فيها البياعات من الملاك[1].

يتضح مما تم ذكره أنَّ الملكية تثبت بشهادة الشهود الذين شهدوا باليد، والتصرف، وطول المدة، وعدم المنازع، وتثبت برسوم الملكية، وأنَّ اختلال شرط من شروط إثبات الملكية يكون دليلًا لإثبات الملكية باليد.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة

مما يقع به الترجيح، الشهادة بالملك، فتقدم على التي شهدت بالحوز، وهذه المسألة محلُّ اتفاق بين الفقهاء، وذلك في حالة ما إذا ادّعى الداخل أنَّ يده عليها ولم يدع ملكيتها، وأقام البينة بذلك، فترجح بينة الملك على بينة الحوز؛ وذلك لأنَّ الحوز قد يكون عن ملك وعن غيره فهو أعمُّ، والملك أخصُّ، والأعم لا يدل على الأخص، ونصوص فقهاء المذاهب في ذلك صريحة:

فعند الحنفية: "إذا قامت إحدى البينتين على الملك والأخرى على اليد فبينة الملك أولى، نحو ما إذا أقام الخارج البينة على أنَّ الدار له منذ سنتين وأقام ذو اليد البينة على أنَّها في يده منذ ثلاث سنين يقضي بها للخارج؛ لأنَّ البينةَ القائمة على الملك أقوى؛ لأنَّ اليدَ قد تكون محقةً، وقد تكون مبطلةً، كيدِ الغصب والسرقة، واليدُ المحقةُ قد تكون يدَ ملكٍ، وقد تكون يدَ إعارة وإجاره فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك"[2]، وقال ابن شاش: "لو شهدت بينة أحدهما بالملك وبينة الآخر بالحوز قضى ببينة الملك، ولو كان تاريخ الحوز متقدمًا"[3].

(1) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال المعداني، ص311.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص242.

(3) فتح العليم الخلاق، ميارة، ص307، والتاج والإكليل لمختصر خليل، المواق، ج8، ص257.

وعند الشافعية: "إذا أقام مدع بينة أنَّ الشيء له ملكه، وخصمه ادعى أنَّه في يده وأقام البينة عليه فبينة الملك راجحة؛ لأنَّ مجرد اليد أمر، مجتهد فيه"[1].

وعند الحنابلة: "قدمت الناقلة كبينةِ ملكٍ على بينةِ يدٍ"[2].

فنصوص الفقهاء واضحة في ترجيح دليل الملك الذي هو الشهادة على دليل الحيازة، وعلل الفقهاء ذلك بما يلي:

– أنَّ اليد قد تكون محقةً وقد تكون مبطلة، فهي محتملة والمحتمل لا يصلح أن يكون دليلًا.

– أنَّ اليد أمرٌ مجتهدٌ فيه، وما كان مجتهد فيه لا يقوى على معارضة المتيقن.

وكما تُرجح شهادةُ الملك على الحيازة، فكذلك تُرجح وثائق ومستندات الملكية على وثائق ومستندات الحيازة، وذلك في حالة ماذا أثبت الحائز حيازته بمستندٍ، أو رفع دعوى إثبات الحيازة، وتعارضت المستندات فمستند الملكية يرجح على مستند الحيازة.

ثانيًا: ترجيح دليل الملك والحيازة على دليل الملك في الفقه والقانون.

إذا كان الفقهاء نصوا على ترجيح بينة الملك على بينة الحيازة المجردة من دليل الملكية، فإن هناك مسائل يكون فيها الترجيح من باب أولى وهي:

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في ترجيح دليل الملك والحيازة على دليل الملك

عند تعارض أدلة الملك والثبوت والحيازة مع أدلة الملك، أو مع دليل الحيازة فهنا يرجح دليل الملك والحيازة على دليل الملك، فتُرجح وثيقة الشراء المستندة لأصل التملك المقرونة بالحيازة على الوثيقة الغير مقرونة بالحيازة، فإذا ادَّعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالثٍ بالشراء، وأحدهما قابضٌ، وأقاما البينة كانت بينة صاحب اليد أولى[3]؛ وذلك لأنَّ فعلَ المسلم

(1) الكشف عن غوامض الحكومات، الروياني، ص510.

(2) منتهى الإرادات، محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار(المتوفى:972هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1419هـ- 1999م، ج5، ص331.

(3) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص248.

محمول على الصحة ما أمكن؛ وذلك لأنَّ إحدى البينتين إذا تعارضتا على العقد تترجح إحداهما بالقبض[1]، وأنَّ القابض وغير القابض استويا في إثبات الشراء بالبينة، وللقابض أمر مرجح وهو يده الثابتة بالمعاينة، وأنَّ غير القابض يحتمل أن يكون هو القابض في العقد فينقض يد القابض، وأن يكون بعده في العقد فلا ينقض فصار أمره مشكوكًا فلا تنتقض اليد الثابتة بالشك[2]، إلَّا أنه يشترط في ذلك شروطًا[3]:

الشرط الأول: ألاّ يكون هناك تأريخ سابق.

الشرط الثاني: ألَّا يَعْلمَ بشراءِ الآخر.

الشرط الثالث: أن يكون من بائعٍ واحدٍ.

فإذا تعارض دليل الملك والحيازة مع دليل الملك سواء كان دليل الملك شهادة، أو وثائق ومستندات فالترجيح يكون لدليل الملك والحيازة على دليل الملك، وذلك لقوة دليل الملك والحيازة، مع بقاء سلطة تقديرية للقاضي في المقارنة بين أدلة الملكية ومعرفة تواريخهما، والتأكد من اليد ما إذا كانت عادية، وهذا كله يحتاج إلى مزيد تأملٍ وتحرٍ للواقعة المعروضة على القاضي.

الفقرة الثانية: موقف القانون من التعارض بين دليل الملك والحيازة مع دليل الملك

أ – موقف القانون اليمني من التعارض بين دليل الملك والحيازة مع دليل الملك

رجح القانون المدني اليمني دعوى الملك المستند على أدلة الملك على أدلة الثبوت والحيازة[4]، ومن باب أولى ترجيح دليل الملك والحيازة على الحيازة.

وتطبيقًا لذلك فقد قضت المحكمة العليا في القرار رقم: (70) على ما يلي: "سند الملكية الكتابي المعروف بالثبوت بالكتابة، والحيازة، سواءٌ بالمقاسمةِ أو الاستغلالِ مع أصل الملك

(1) المصدر السابق نفسه، ج8، ص248.

(2) المصدر السابق، ج8، ص253.

(3) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص320.

(4) القانون المدني اليمني، المادة: (1114).

يكون له الأولوية للترجيح والحكم على غيره من المستندات لإثبات الملك عند الموازنة، ويرفض أي طعن بخلافه"[1].

فتبين أن المحكمة العليا في قرارها قد رجحت سند الملكية الكتابي الذي توافر فيه الثبوت والملكية على المستند الكتابي، ولكن بشروط.

الشرط الأول: أنْ يستند الدليل الكتابي على أصل التملك.

وأصل الملكية تعتبر من الألفاظ الدقيقة التي قد تختلط بألفاظ أخرى تشابهها، فأصل التملك هو سبب تملك العقار، وكيف آل العقار إلى صاحب المستند الكتابي بإرث، أو شراء، أو وهبة، أو وصية، أو غير ذلك من أسباب الملكية، وأصل الملك يكون مجسدًا في الوثائق الناقلة للملكية.

الشرط الثاني: أنْ تكون هناك حيازة فعلية بناءً على مقاسمةٍ أو استغلالٍ.

فإذا اجتمع الشرطان فإنَّ الدليل الكتابي مع الحيازة يكون له الأولوية والترجيح على غيره.

فإذا تقرر ما تم ذكره، وتعارضت وثيقتا شراءٍ مستندة إحداهما لأصل الملك، أي مبينة سبب الملك وأصل السبب، والأخرى وثيقة تحكي شراءً مجردًا بدون أن تستند لأصل الملك ولا بيان سند المتصرفين إليه، ولا كيف آل محل الشراء إلى المشتري، فهنا في هذه الحالة ترجح الوثيقة الأولى؛ لأنَّها بينت سبب الملك، وبيان سبب الملك مرجح من المرجحات.

ب- موقف القانون المغربي من التعارض بين دليل الملك والحيازة مع دليل الملك

لم ينص القانون المغربي على هذه المسألة بخصوصها وإنَّما أورد نصوص عامة ومرجحات تنطبق على جميع الجزئيات، واتضح من أنَّ القانون المغربي يرجح الدليل على القرينة، فإذا تعارض دليل الملك والحيازة مع دليل الملك فإنَّ دليل الملك والحيازة يرجح على دليل الملك.

(1) القواعد القانونية والقضائية الصادرة عن المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، العدد: (13)، ص177.

ثالثًا: ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

في الواقع القضائي قد يتقدم المدعي بدعواه ضد المدعى عليه مستندًا في ذلك بملكيته لمحلّ الدعوى بعقد الشراء المجرد عن اليد والتصرف، أو أنْ يكون البائع باع ما يملكه، وما تحت يده وتصرفه بدون أن يستند في ذلك إلى أدلة ملكية من شهادة شهود بالملكية، أو وثائق ومستندات، فهل الحيازة تقدم على عقد الشراء المجرد؟ تفصيل ذلك في الآتي:

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد

وكلام الفقهاء في مسألة ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد مستفيض، ومن ذلك ما يلي:

قال الونشريسي: الاستظهارُ برسوم الأشرية لا يعارض الحوز، ولا يفيد المستظهر بها فائدة معتبرة في نظر الشرع إلَّا مع اتصال الحوز بها، واليد الشاهدة لها كالمعروف في شهادة السماع غير المفيد للعلم.

فكما لا تستقل بالإخراج من يد حائز فكذلك رسوم الأشرية وعقودها بالإخراج من يد حائز ولا توهن ما تحت يد إذا كان مع اليد ضميمة دعوى الملك في المحوز بوجهٍ من وجوه النقل من شراءٍ أو هبةٍ أو وصيةٍ أو ميراث هذا الذي دلت عليه النصوص وشهد لاعتباره المنصوص وتظافرت عليه أجوبة المشايخ الأعلام من الفقهاء ذي أصحاب النوازل والأحكام أو هو بلفظه.

ثم ذكر عن النوادر ما نصه: "إذا شهدت بينة بالشراء فلا ينتفع بها إلَّا أنْ يشهدوا له بطول الملك والتصرف والحوز وأن لا منازع، وسواءٌ ثبت ذلك بشهود الشراء أو غيرهم وسواء ذكروا الشراء أو لا، وتلقى هذا الفقه بالقبول والتسليم غير واحد من المشايخ، وأنَّ الشهادة

بالشراء لا يثبت بها الملك حتى يقولوا: إنّ فلانًا البائع علمنا أنَّه يملكه أو يحوزه حيازة الملك حتى باعه من هذا"[1].

وقال الحسن بن رحال المعدني: لا نقول الشراء لا يدل على الملك مطلقًا، لأنّ هذه الكلية لا يصح صدقها على المذهب بل إنْ ثبت أنَّ المشتري منه له ملك فإنَّ الشراءَ يدلُ على الملك[2].

وقال عبد الله بن يحيى الناظري[3]: إنَّ البصيرة –المراد بها الوثيقة من صكوك المبايعات وغير ذلك– المتضمنة لإثبات حقٍ من الحقوق إذا كان شهودها، وكاتبها، ممن تُعرف ديانتُهم وأمانتهم معمول بها شرعًا، وإن مات كاتبها وشهودها حيث كان ما تضمنته من الحقوق تحت يد من له البصيرة ثابتة عليه؛ لأنَّ اليد في أعلى مراتب القوة، والبصيرة وإنْ ضَعفت بموت شهودها فقد انظمت إلى قوى، وإذا انضم الضعيف إلى قوي كان قويًا كاليمين مع الشاهد، وأمَّا إذا كانت البصيرة في حق لا يد لصاحبها عليه فلا حكم لها، ولا يعول عليها، ولا يعمل بها شرعاً؛ لضعفها وعدم انضمامها إلى ما هو أقوى منها كاليمين مع شهادة المرأتين فإنَّه لا يعمل بها لانضمام الضعيف على مثله، ولعل الفائدة ما روى عن الإمام المتوكل على الله إسماعيل بن القاسم عليهما السلام أنَّه قال: من كانت الوثيقة التي على هذه الكيفية في يده يكون القول قوله مع يمينه، ولا يكلف البينة في ذلك حيث يظهرها لتأييد وضع يده ويدعي الشراء من الغير، فلا يقال قد رفع يده بدعوى الشراء فيكلف البينة ويصير خارجًا لدعواه الشراء، بل القول لمن هي في يده وعليه اليمين الأصلية فقط[4].

(1) المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي (المتوفى:914هـ)، تحقيق، جماعة من الفقهاء بإشراف، محمد حجي، دون ط، ودون ت، ج5، ص113.

(2) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال المعداني، ص271.

(3) من فقهاء الزيدية المتأخرين.

(4) التاج المذهب، العنسي ج4، ص120.

وقال ابن قدامة: وإنَّما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة، لأنَّ الإنسان قد يبيع ما لا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به، فإنْ انضم إلى ذلك الشهادة بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقدم اليد أو بالملك للمدعي أو لمن باعه، فالظاهر أنَّه ملكه؛ لأنَّ اليد تدل على الملك[1].

وفي النوادر وإذا شهدت البينة بالشراء لا ينتفع إلَّا أن يشهدوا له بطول الملك والحوز والتصرف، وإن لا منازع سواءً ثبت ذلك بشهود الحوز او بغيرهم سواء ذكروا الشراء، أم لا[2].

وفي مواهب الجليل: قال أبو الحسن: لابد من فصلين أنَّه ابتاعها منه، وأنَّه باعه ما ملك، وإذا لم يذكر في العقد إلا الشراء دون هذه اللفظة لم تعارض الحوز والبينة بل لا تعارض إلَّا الحوز وحده، قال ابن أبي زَمَنَين: وقف على هذه اللفظة فإنَّه أصل جيد وعليه تدور أحكامهم، وفائدته إذا كان في عقد الشراء عند ذكر التاريخ ثم استحقت الدار لم يحتج المشتري إلى إثبات الملك ثانية؛ إذ قد يطول الزمان وتموت البينات[3]، ولكن قد تكون هناك وثائق تعززها قرائن أخرى من الإشاعة، والشهرة، فتكون بمثابة اليد.

وعلى القاضي أن يسأل مدعي الشراء عن مستند المتصرفين إليه حتى يتضح له مستنده، قال ابن رحال قلت: لا تقول الشراء لا يدل على الملك مطلقًا؛ لأنَّ هذه الملكية لا يصح صدقها على المذهب، بل إنْ ثبت أنَّ المُشترى منه له ملك، فإنَّ الشراء يدل على الملك[4].

وتبين من خلال كلام الفقهاء أنّ الحيازة ترجح على عقد الشراء وهذا كقاعدة عامة، ولكن قد يظهر صحة الشراء وتكون اليد غاصبة وهنا يترجح عقد الشراء على الغصب، فعلى القاضي إعمال سلطته التقديرية بين مستند الشراء والحيازة.

(1) المغني، ابن قدامة، ج10، ص272.

(2) مواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص210.

(3) المصدر السابق، ج6، ص210.

(4) الارتفاق بمسائل من الاستحقاق، ابن رحال العداني، ص271.

الفقرة الثانية: التعارض بين وثيقة الملكية ويد ورثة البائع

قد يظهر رسم شراء عثر عليه وارث المشتري ولا زالت العين تحت يد وارث البائع ولم تسلم للمشتري ولا لوارثه فما الحكم عند تعارض وثيقة الشراء من المؤرث ويد الوارث؟

عالج الفقهاء هذا النوع من التعارض، ومن ذلك ما سئل عنه الونشريسي عن رجلٍ اشترى أرضًا وتوفي المشتري بعد انقضاء عامين وبقي بعض الأرض بورًا وبعضها محروثًا بعد مدة ثلاثين عاماً أو أربعين، ثم وجد وارث المشتري رسمًا بالشراء فقام الآن به، وقال: لا علم لي بأنَّ والدي اشتراه، وأنكر ذلك وارث البائع، لكونه توفي البائع لطول المدة فما ترون الحكم في ذلك، إن نظرنا الرسم وجدناه صحيحًا، وإن نظرنا اليد وجدناه مع الورثة أعنى ورثة البائع، فما الحكم في ذلك وقلت لهم: إنَّ الرسم لا ينتفع به إلَّا مع اليد؟

فأجاب: الشراء صحيح، ولا يحتاج فيه إلى حيازة، ولا يضر المشتري، ولا وارثه سكوته طول المدة المذكورة وإن علا، وإنما تنتفع الحيازة في دعوى الملك لمن ادعى الملك أو انتقاله عن المدعي إليه لشروط كما في كريم علمكم، وهو إذا قال وارث البائع: إنَّ الأرض المذكورة صارت إلينا ميراثًا من قبل مورثنا، فيقال لهم: مورثكم مقر بانتقالها عنه إلى مشتريها منه، وأمَّا إنْ قالوا: مالُنا، وملكُنا لم تصر إلينا من موروثينا. فهنا تكون لهم الحيازة شاهده بالملك ويكلف وارث المشتري إثبات ملك مورثهم لها حتى باعها من موروثهم إلى غير ذلك من الموجبات[1]، وهذه المسألة تعد من قبيل ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة.

وتمسك المدعي بالحيازة دون أن يدلي بما يفيد حيازته تعتبر قرينة قانونية قابلة للإثبات العكس، والأثر المترتب عن هذه القرينة هو إعطاء الحائز دور المدعى عليه[2].

الفقرة الثالثة: موقف القانون من ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد

موقف القانون اليمني من ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد

(1) المعيار المعرب، الونشريسي، ج5، ص274.

(2) حجية رسوم الأشرية، رضوان الريشي، ص140.

قرر القانون المدني اليمني في المادة: (1111) والتي نصت على ما يلي: "من كان حائزًا لشيءٍ أو حقٍ أعتبر مالكاً له مالم يقم الدليل على غير ذلك" وما جاء في قرار المحكمة العليا اليمنية والذي قضى بما يلي: اليدُ الثابتةُ أعلى مراتب الملكية مالم يثبت العكس[1]، وبهذا يتضح أن الحيازة أقوى من عقد الشراء المجرد من أصل الملك، لأن البائع قد يبيع ملك غيره.

وبخصوص مسألة التعارض بين وثيقة الشراء من المورث ويد الوارث، فإنَّ القانون اليمني قد أوضح ذلك من أنَّه لا تسمع دعوى الملك بعد مرور ثلاثين عامًا إلاّ إذا كان هناك قرائن قوية دالة على صدق المدعي فتسمع تأكيدًا لحفظ الحقوق[2]، فتبين أنَّ ظهور دلائل وقرائن قوية تدل على صدق المدعى من وثيقة شراء قديمة أو غيرها تعدُّ مرجحًا؛ لسماع دعوى المدعي وقبول بينته وترجيحها على أدلة الطرف الآخر.

ب- موقف القانون المغربي من ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد

قررت المادة (242) من مدونة الحقوق العينية ما يلي: "لا يكلف الحائز بيان وجه مدخله الا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه"، وعلى هذا فتترجح الحيازة على رسم الشراء المجرد، لذا فقد قضت محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بما يلي: رسم الشراء الذي لا يتضمن أصل تملك البائع، ولا باقي الشروط المتطلبة فقها وقضاء لا يثبت الملكية ولا يحتج به في مواجهة الغير[3].

وتطبيقًا لذلك فقد قضت محكمة فاس في نازلة تخلص إلى أنَّ المدعي رفع دعواه ضد مدعى عليها يطلب فيها إخلاء المدعى عليها للدار التي تسكن فيه، وعزز دعواه بنسخة طبق الأصل من عقد بيع أرض فلاحية، مصحح الإمضاء جماعة عين قنصرة، دفعت المدعى عليها بأنَّ العقد المستدل به عقد عرفي، وعدم القوة الثبوتية، لكونه مجردًا من أصل التملك، صدر الحكم للمدعى عليها، ولأهمية أسباب الحكم فسنورد حيثياته والذي جاء فيه ما يلي:

---

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية، المكتب الفني، العدد: (12)، ص110.

(2) القانون المدني، المادة:(1118).

(3) قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش، رقم: (189)، صادر بتأريخ 2008/04/23م، ملف رقم: 07/6/382-1، نقلاً عن حجية رسوم الأشرية، الريشي، ص238.

وحيثُ ثبت للمحكمة حقًا صحة ما أثارته المدعى عليها، ذلك أنَّ العقد المستدل به سند المدعي المصحح الإمضاء بتأريخ 2006/5/12م جماعة عين قنصرة خال من أصل التملك والحيازة بيد المدعى عليها بإقرار المدعي في مقاله فيبقى معه دفع المدعى عليها بالحوز والملك كاف لرد دعوى المدعي إذ عقود الأشرية المجردة لا ينتزع بها الملك من حائزه وفقًا لمقتضيات الفصل: (3) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أن: "عقود التفويت لا تفيد ملكية العقارات غير المحفظة إلَّا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية" وهو ما استقر قضاء محكمة النقض على العمل بمقتضاه جاء في قرار صادر عنه: "من المقرر فقهاً أن الشراء المجرد لا يثبت به الملك للمشتري وسببه أن الشراء يكون من المالك وغيره، فالشهادة به لا توجب الملك للمشتري...إلخ. ولمَّا كان الأمر كذلك، فإنَّ الثابت من أوراق الملف أن الطاعن دفع بأنه هو الحائز والمتصرف في زينة الدار موضوع النزاع، وأنَّ عقود الأشرية العرفية الثلاثة المستدل بها من الطرف المطلوب في النقض مجردة عن الحيازة، ولا حجية لها، ولا تثبت ملكية البائعة المؤرث المستأنف عليهم للمدعى فيه، فهي أوراق عادية منسوبة لأشخاص غير مشهود عليهم بالبيع إلَّا أنَّ المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم ترد بمقبول شرعًا عن ذلك كما هو منصوص عليه فقهًا مما كان معه قرارها ناقص التعليل" – قرار محكمة النقض عدد: (512) بتأريخ 2003/11/12م ملف عقاري 2003/1/2/303، وقد ثبت للمحكمة في دعوى الحال أن رسم الشراء المستدل به مجرد عن أصل التملك كما ثبت أن المدعى عليها هي الحائزة للعقار موضوع طلب الطرد بإقرار المدعي في مقاله مما يبقى معه دفعها بالحوز والملك مؤسس وتكون معه دعوى المدعي غير مؤسسة ويتعين رفضها، وخلصت المحكمة إلى القاعدة التي بنت عليها الحكم القضائي والتي تنص على ما يلي: "عقود الأشرية المجردة لا ينتزع بها الملك من حائزه وفقا لمقتضيات الفصل:

(3) من مدونة الحقوق العينية[1]. فهنا ترجحت القرينة والتي هي الحيازة أو اليد على الدليل الكتابي الذي هو عقد الشراء، فعلّلت المحكمة ترجيح الحيازة على عقد الشراء بكون عقد الشراء مجرد من أصل التملك، وأنَّ البائع قد يبيع مالا يملك.

يتبين مما سبق: اتفاق الفقه والتطبيقات القضائية في القانونين –محل الدراسة– على ترجيح الحيازة والثبوت على محررات الشراء المجردة من أصل الملك.

رابعا: ترجيح اليد على وثائق الملكية القديمة

منازعات الاستحقاقات العقارية الأكثر شيوعا غالبًا ما تكون دائرة بين صاحب يد – حائز– وبين صاحب وثيقة قديمة –محرر كتابي– فهنا تترجح اليد على المستند الكتابي، وقد وردت نصوص لبعض العلماء تحكي التعارض والترجيح، وذلك ما سنوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: التعارض بين قرينة اليد وقرينة الوثائق القديمة في الفقه

لم يتعرض فقهاء المذاهب لمسألة التعارض بين المحررات الكتابية الدالة على الملكية وبين اليد إلَّا أنَّ بعض الفقهاء قد عالج هذه المسألة.

قال الإمام الشوكاني: "إذا تطاول الزمن، وكان أحدُ الخصمين ثابتَ اليد على ما يحكي في رقم من الحكام المعروفة خطوطهم أنَّه لفلان، وكانت الأرض يد الشريعة فيها قاهرة، فإنَّ استصحاب كونها لثابت اليد أقوى من استصحاب كونها لصاحب الرقم بطول المدة، لا سيما مع انقراض المكتوب عليه والكاتب، وليس هذا من باب ترك العمل بالخط، بل بما هو أرجح منه، مع تسليم كونه خط فلان"[2]، ويتضح من كلام الإمام الشوكاني أنه أعمل قاعدة الاستصحاب في إعمال قرينة اليد على قرينة المستند الكتابي القديم.

وبهذا المعنى نقل المرداوي، فيمن بيده عقار، فَادَّعَى رجل بِمَثْبُوتٍ عِنْدَ الْحَاكِمِ أَنَّه كان لجده إلى موته، ثم لورثته، ولم يثبت أنه مخلف عن مورثه لَا يُنْزَعُ مِنْهُ بِذَلِكَ. لِأَنَّ أَصْلَيْنِ

(1) حكم عدد 743، بتأريخ 30، 11، 2016م، ملف عقاري عدد: (244، 1401، 2016م)، نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس، المادة المدنية، العدد: (1)، ج1، ص156، وما بعدها.

(2) الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني بحث بعنوان "العمل بالخط ومعاني الحروف النقطية"، محمد علي الشوكاني (المتوفى:1250)، تحقيق، محمد صبحي حلاق، مكتبة الجيل الجديد، ط1، صنعاء –اليمن، ج9، ص4652.

تَعَارَضَا. وأسباب انتقاله أكثر من الإرث، ولم تجر العادة بسكوتهم المدة الطويلة. ولو فتح هذا لانتزع كثير من عقار الناس بهذه الطريق [1].

وما نقله المرداوي صريح في ترجيح اليد على الوثيقة القديمة حفاظًا على الاستقرار العقاري لواضعي اليد، فقرينة اليد مع كون الشريعة قائمة وطول المدة يجعل دعوى المدعي غير مقبولة مع قوة برهانه؛ لأن سكوته هذه الفترة كلها دلالة على أن محل الدعوى ليس ملكه.

الفقرة الثانية: موقف القانون من ترجيح اليد على الوثائق القديمة

أ- موقف القانون اليمني من ترجيح اليد على الوثائق القديمة

نص القانون المدني على ما يلي: "لا تسمع دعوى الملك من حاضر على ذي اليد الثابتة الذي يتصرف تصرف المالك بلا مطالبة ولا قرابة ولا مصاهرة ولا ظروف غير عادية تَسُود فيها الفوضى، أو التغلب ويتعذر فيها الوصول إلى الحق وذلك بعد مضي ثلاثين سنة من يوم وضع اليد[2].

يتضح من النص القانوني أنَّ للمدعى عليه أنْ يدفع دعوى المدعي بالتقادم لمضي ثلاثين سنة من يوم وضع اليد، وتسمى وثيقته بذلك قديمة.

وتطبيقًا لذلك فقد قررت الدائرة المدنية بالمحكمة العليا في الطعن المدني رقم: (677) لعام 1420هـ، وخلصت في تسبيبها للحكم إلى ما يلي: "أما في الموضوع: فقد تبين للدائرة أنَّ البصيرة المؤرخة 1392هـ المبرزة من المدعيين قديمة التاريخ، مجردة من ثبوت أيديهم لمدة طويلة، فلم يُقَدِمُوا ما يدل على حيازتهم، أو ثبوتهم، أو استقرار ثبوتهم، ومعلوم شرعًا وقانونًا أنَّ الوثائق القديمة لا يعمل بها: إذا كانت مجردة عن الثبوت، حيث تعد وجائد لا يعمل بها ولا حجة لها إلَّا إذا كانت مؤيدة بالثبوت"[3].

---

(1) الإنصاف، المرداوي، ج11، ص273.

(2) القانون المدني اليمني، المادة: (1118).

(3) صدر عن الدائرة المدنية بالمحكمة العليا في جلستها المنعقدة، بتأريخ: 7/9/ 1999م، في الطعن المدني رقم: (677) لعام 1420هـ.

يتضح أنَّ ما ورد في الحكم القضائي نجد أنَّه إعمال لما قاله الإمام الشوكاني من ترجيح اليد على المرقوم، وما قاله الناظري[1]، من أنَّ المحرر الكتابي لا بدَّ أن يقارنه ثبوتٍ، فإنْ مضت عليه فترة زمنية أصبح وجيدة –وثيقة قديمة–[2]، وهذا ما أكدته نص المادة: (1118) من القانون المدني المذكورة سلفًا فحددت المادة مدة ثلاثين سنة لسماع الدعوى وبعد مرورها تكون غير مسموعة، إلاّ إذا وجدت قرائن قوية تدل على صدق المدعى كما تم بيانه سابقًا.

ب– موقف القانون المغربي من ترجيح اليد على الوثائق القديمة

لم ينص القانون المغربي على التعارض بين قرينة اليد والوثائق القديمة، لأنه اعتبر الحيازة سببًا من أسباب الملكية، لذا إذا تعارضت اليد مع الوثائق القديمة فإن اليد ترجح على الوثيقة؛ لكون اليد سببًا من أسباب الملكية[3]، إلاَّ أنَّ القضاء قد قرر ما يلي" أنَّ رسوم الأشرية القديمة وما في حكمها دليل على الحوز فيكون القول من هي في يده حتى يثبت العكس[4].

يتضح من الحكم القضائي: أنَّ رسوم الأشرية القديمة تكون لها حجيتها؛ إذا كانت مستندة إلى اليد.

خامسا: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة

تناول القانونان اليمني والمغربي مسألة التعارض والترجيح بين دليل الملك والحيازة، وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة

النصوص القانونية عالجت مسألة الترجيح بين الملك وحيازة وبينت الأدلة التي تثبت بها الملكية، وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

---

(1) من فقهاء الزيدية.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص120.

(3) مدونة الحقوق العينية، المادة: (239).

(4) قرارات المجلس الأعلى ، المجلس الأعلى، بدون ط، مطبعة المعرف، المملكة المغربية،1997م، القرار 506 الصادر بتاريخ 19/ إبريل، 1988م، ملف شرعي 85/4014، ص171.

أ-أدلة إثبات الملكية

قبل الحديث على موقف القانون اليمني من ترجيح بينة الملك على الحيازة لا بد من معرفة الأدلة التي تثب الملكية في القانون، وهي كما يلي: "إقرار ذي اليد الثابتة للمدعي، والمستندات الكتابية الخالية من شبهة التزوير المستوفية للشروط الشرعية، وشهادة العدول، والقرائن الدالة على الملكية، وتعتبر قرينة ذي اليد الثابتة إذا لم تعارض بقرينة أقوى منها مع عدم يمين ذي اليد دليلًا كافيًا"[1]، فهذه الأدلة التي تثبت بها الملكية مع مراعاة شروط كل دليل الواردة في قانون الإثبات.

ويعد التعارض بين دليل الملك والحيازة وبين غيرها من أكثر القضايا التي تزدحم بها المحاكم؛ لذا سيتم توضيح ذلك فيما يلي:

ب- الترجيح بين دليل الملك ودليل الحيازة

نص القانون المدني في المادة: (1114) على العمل بالقرائن لإثبات الملكية، ومنها اليد، فتكون عند فقدان دليل من أدلة الملكية، وأنه إذا تعارضت قرينة اليد مع قرينة أقوى منها، فإن القرينة الأقوى منها ترجح، فضلاً عن أدلة إثبات الملك، لذا فإن دليل الملك يترجح على دليل الحيازة عند التعارض.

وتطبيقًا لذلك فقد قضت المحكمة العليا بما يلي: "الحيازة ليست دليلًا على الملك متى أقيمت البينة الشرعية على الملك بالكتابة، أو الشهادة، أو القرائن"[2].

وتطبيقًا لذلك فقد قضت محكمة خَمِر الابتدائية- اليمنية- في دعوى رقم: (16) لسنة 1431هـ والتي تتلخص وقائعها قيام المدعى عليهم بالتعدي والإقدام على أملاك المدعين في الموضع المسمى الطوف من أوطان الأشراف المحدود في الدعوى، وذلك الاعتداء بقشب الموضع بتأريخ ١٠ربيع الآخر سنة 1429هـ الموافق 51/أبريل/2008م طالبين من المحكمة،

(1) القانون المدني اليمني، المادة: (1114).

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، القرار رقم: (78)، طعن رقم: (27051)، لسنة 1427هـ، مدني العدد: (10)، ص235.

ضبط المدعى عليهم، ورفع أيديهم عن أملاك المدعين، وتوقيفهم عن أي إقدام إليه حتى خروج حكم شرعي في ذلك، ردَّ المدعى عليه أنه منكر الدعوى، مدعيًا أنه قشب في ملكه، وأنكر الملك للمدعين، وأنَّه للمدعى عليهم، سارت المحكمة في إجراءات نظر القضية، حيث استمعت إلى مرافعات، ومدافعات، ودفوع، وردود الطرفين، وما قدمه كل طرف من أدلة صامتةٍ، وناطقةٍ، كما قامت بالانتقال إلى موضع النزاع للتأكد من موقعه وطبيعته حاله، هل هو صالب أم مزروع؟ بمعرفة وتروية العدول والشهود والأطراف... إلخ، جاء في حيثيات الحكم والذي ورد فيه بعد أن استعرضت المحكمة ما قدمه الطرفان، ومناقشتها من محررات وبصائر، ومن ذلك رقم الصلح المبرز من المدعى عليهم المؤرخ: /رجب/1393هـــ بين الطرفين معمدًا من حاكم خَمِر في حينه- المحبشي-، والذي قرر محرره موضع الطرف الأسفل ملك المدعى عليهم، ورد المدعون بأنَّه لا صحة للمحرر، وأنَّ بني رطاس زارعون وثابتون، وما أبرزه المدعون من محرر، ومن ذلك محرر مؤرخ 1227هـ ذكروا أنه لأجدادهم ولم يأتوا بعلاقتهم بالنسب بالتدريج، كما ناقش شهادة شهود الطرفين على الثبوت، إلى أن قالت المحكمة: "تبين أنه عند الموازنة والترجيح بين ما احتج به الطرفان، الثبوت من قبل المدعين وهي شهادة الشاهدين، والملك من قبل المدعى عليهم، **(فأدلة الملك أرجح من أدلة الثبوت)** حيث إنَّ تاريخ المحرر المستدل به من قبل المدعى عليهم سنة 1393هـ أي قبل 37سنة تقريبًا -أي من رفع الدعوى أو إعداد مسودة الحكم القضائي- وأنَّه كان وقتذاك المدعى عليهم قاصرين كما جاء في المحرر، أمَّا الثبوت من قبل المدعين فكان قبل خمسة وعشرين عامًا كما جاء في الشهادة» أي بعد تاريخ المحرر باثنتي عشرة سنة، وأنَّ المدعى عليهم كانوا حينئذ ضعفاء، ما يرجح أدلة الملك على الثبوت، أمَّا ما أبرزه الطرفان غير ما ذكره فإن المحكمة لم تطمئن إلى ذلك للأسباب التي أوضحناها سابقاً ولعدم إيراد ما يعضدها كما يطلع المتأمل، وقد تم الأخذ بما جاء في المحرر المبرز من المدعى عليهم آنف لتدوين، لإفادته أنَّ الملك لهم، وأنَّه مُعَمد من رئيس المحكمة في حينه، ولا يوجد ما يؤثر في صحة ما احتواه، وأمَّا شهادة الشاهدين اللذين

أحضرهما المدعون والمتضمنة الثبوت منهم في التاريخ التي تضمنته الشهادة فقد تم الأخذ بها؛ لاطمئنان المحكمة إلى صحة محتواها، وأن ما أتى به وكيل المدعى عليهم لم يؤثر في سلامة الشهادة" وأنه تم بعد ذلك الترجيح بين أدلة الطرفين وبحسب ما تم تفصيله أنفاُ ثم أصدرت حكمها والمتضمن لما يلي: قنوع المدعين عن دعواهم"[1]، وعقبت المحكمة العليا على حكم محكمة الاستئناف التي قضت بقبول الاستئناف في حيثيات المحكمة العليا في قرارها رقم: (59103) مدني، ما يلي: "تجاهلت محكمة الاستئناف لما ساقته محكمة أول درجة في حكمها في مناقشة عميقة، وموازنة حصيفة، بين بينتي الطرفين الكتابية والناطقة، وترجيح ما ظهر لها من قوة دلالته الشرعية، ورجاحة حجته، مستندة في ذلك إلى المعايير الشرعية والقواعد القانونية المبينة في نصوص المواد من: (1112، إلى 1115) من القانون المدني"[2]، وقضت المحكمة العليا بإعادة ملف القضية إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيه مجددًا.

تبين من خلال حيثيات الحكم الابتدائي، أنه قرر قاعدة ترجيح أدلة الملك على أدلة الثبوت–اليد– وأعمل في حيثيات الحكم ما نصت عليه المادة: (1116) من الخطوات التي يسلكها القاضي عند الترجيح والواردة في الفقرة: (ب) والتي نصت على ما يلي "ينظر إلى مدة ثبوت ذي اليد، ومتى بدأت، فإن كانت متأخرة عن التأريخ الذي كتب فيه المرقوم فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد. ونصت الفقرة: (ج) إلى أنه ينظر الى المتمسك بالمرقوم هل كان حاضراً في مكان الشيء المتنازع عليه في مدة ثبوت ذي اليد، أم كان ضعيفًا أم غائبًا"، فثبوت ذي اليد جاء متأخرًا عن وقت تأريخ محرر مدعين الملك، في وقت كان المدعى عليهم قاصرين –ضعفاء– فرجح الحكم دليل الملك على الحيازة، لتوافر سببين أحدهما: تأخر ثبوت وحيازة لمدعين على تأريخ تحرير المحرر، والآخر أنَّ المدعى عليهم كانوا موجودين

(1) في جلسة 1438/1/1هـ الموافق: 2017/8/23م، قرار رقم: (59103) مدني، غير منشور تم أخذه من المحكمة العليا مباشرة.

(2) المرجع السابق نفسه.

في محل النزاع، ولكن كانوا ضعفاء، وبهذا يتضح أن التطبيقات القضائية واضحة في ترجيح أدلة الملك على أدلة الثبوت.

ج- ترجيح الحيازة على دعوى الملك المجردة

الدعوى المجردة عن البينة يكون اعتبارها ضعيفًا؛ أو احتمال الصدق فيها مرجوحًا ولهذا لم يكن لصاحبها في القضاء إلا يمين المدعى عليه لرد الدعوى وقطع الخصومة[1]، وعند التعارض بين دعوى الملك المجردة والحيازة التي يتمسك بها المدعى عليه في الواقعة محل الدعوى، فإن اليد والحيازة ترجح على دعوى الملك، وهذا باتفاق الفقهاء، والأصل فيمن حاز شيئا أنه له والإخراج من يده لا يكون إلَّا بأمر أقوى منه[2]؛ لأنَّ اليد دليل الملك عند عدم وجود دليل أقوى منها، فتكفي اليد المجردة لمنع معارضة الغير فلا يكلف واضع اليد في مثل هذه الحالة بإثبات ملكيته للمال الموجود تحت يده إنما تترتب كلفة الإثبات على الخارج[3]، وهذا ما نص عليه القانون المدني في المادة: (1114) فقد نصت على ما يلي: "تسمع دعوى الملك على ذي اليد الثابتة مطلقًا ... وتعتبر قرينة اليد الثابتة إذا لم تعارض بقرينة أقوى منها مع يمين ذي اليد دليلا كافيا"، فإذا عورضت قرينة اليد بالدعوى المجردة فإن اليد ترجح على الدعوى لدلالتها على الملك.

د- ترجيح دليل الملك والحيازة على عقد الشراء المجرد من الحيازة

إذا تعارض المحرر الكتابي المقترن باليد مع المحرر الكتابي المجرد عن اليد فإن المحرر الكتابي مع اليد يرجح، وتطبيقا لذلك فقد أيدت المحكمة العليا في الطعن بالنقض (60270-ك) في حكم المحكمة الابتدائية، والاستئنافية، في دعوى رفعت من المدعي يطلب فيها توقيف المدعى عليهما عن العمل مستدلاً بمحرر شراء بتأريخ 1413هـ، فرد المدعى عليهما بإنكار الملك لمحل الدعوى للمدعي ولمن باع إليه، وأحضروا شهودًا على الحوز والقبض وقدما مع

(1) القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، الحيضي، ص595.

(2) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال المعداني، ص388.

(3) القاضي والبينة، عبد الحسيب عبد السلام يوسف، ص531.

ذلك محررًا مؤرخ بتأريخ: (1279هـ) فصدر الحكم الابتدائي، والاستئنافي لصالح المدعى عليهما، وعللت المحكمة الاستئنافية لحكمها بما يلي: "بأنَّ حيازة المستأنف ضدهما لموضع النزاع بعد مؤرثهما يؤكد صحة بصيرتهما المبرزة منهما أمام محكمتي أول درجة وثاني درجة، وهي المؤرخة في صفر 1297هـ وحيث لم يستجد أمام الاستئناف دليل جديد منه قِبل المستأنف سوى ما طرحه أمام محكمة أول درجة بصيرة شرائه من ...الخ فإن تمسكه بتلك الحجة المؤرخة 1413هـ لا تثبت له حقا في الموضع المتنازع عليه، حيث إن حيازة وقبض بيت الوزان- المدعى عليهم- لموضع النزاع من سنيين طويلة قبلها بأكثر من شهادة شاهد شهدوا بذلك، واليد الثابتة قرينة على الملك وفقا لأحكام المادة: (1111) قانون مدني[1]، وبهذا يتضح أن العمل القضائي رجح اليد ودليل الملك على دليل الشراء؛ لأن الشراء قد يكون من غير المالك.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة

عالج القانون المغربي الأدلة التي تثبت الملكية، ونص على ترجيح بينة الملك على الحيازة وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ- أدلة إثبات الملكية

نص قانون الالتزامات والعقود في الفصل: (406) على طرق الإثبات وذكر الشهادة والإقرار واليمين والأدلة الكتابية، ونصت المادة الثالثة من الحقوق العينية على ما يلي: "لا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفظة إلا إذا استندت على أصل التملك فحاز المفوّت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية" فنص المادة المذكورة واضح في اعتبار الوثائق أدلة لإثبات الملكية، إلا أن وثائق الشراء كوسيلة من وسائل الإثبات يستمد قوته الثبوتية من توافر شرطين وهما: استناد رسم الشراء لأصل التملك، وحيازة صاحب رسم الشراء للعقار

(1) قرار جلسة بتأريخ: 15، 2، 1440هـ/ 24، 10، 2018م، الطعن بالنقض رقم: (60270-ك)، غير منشور تم أخذه من المحكمة العليا مباشرة.

حيازة مستوفية لشروطها القانونية لكن قبل تحقق المحكمة من هذين الشرطين فإنها تتحقق من مجموعة من الشروط الواجب توافرها في رسم الشراء[1].

فإذا كانت وثيقة الشراء مستندة إلى أصل ملكية صحيح مما تثبت به الملكية فتكون لها حجيتها باعتبارها وثيقة مكتملة الأركان والشروط، وإذا كانت وثائق الشراء غير مستندة الى أصول ملكية أي مجردة، أو كانت مستندة لأصول ملكية غير صحية فإنها لا تتمتع بالقوة الثبوتية ولا تعارض الوثائق المستندة لأصل الملكية، أو الحيازة المعتبرة فضلاً عن ترجيحها عليها، وتطبيقًا لذلك فقد قرر القضاء المغربي أنَّ رسم الشراء لا ينتزع به الملك من يد حائز ولا تفيد عقود التفويت ملكية العقارات غير المحفظة، إلَّا إذا استندت إلى على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية[2]، وبهذا يتبين بأن الفقه والقانون محل اتفاق في هذه المسألة.

ب- ترجيح بينة الملك على بينة الحيازة

نصت المادة: (3) من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار، أو حق عيني وكان الجمع بينهما غير ممكن فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: -تقديم بينة الملك على بينة الحوز[3]، فالنص صريح في ترجيح بينة الملك على بينة الحيازة، وقد مرت تطبيقات قضائية تتضمن ترجح دليل الملك على الحيازة.

الفرع الرابع: الترجيح بأقوى العقود

قسَّم الفقهاءُ العقود إلى عدة أقسام، منها: عقود ضمان، ومنها عقود تبرع، وغير ذلك من العقود، وجعلوا بعض العقود أولى من بعض عند التنازع؛ وذلك لما يؤول إليه العقد، وقد يستوي العقدان في الضمان أو التبرع أو غيره؛ فيكون هنا من باب الاستواء، والقوة في العقود

(1) حجية رسوم الأشرية في إثبات الملكية العقارية دراسة مقارنة في ضوء العمل القضائي، رضوان الريشي، مطبعة النجاح، ط1، الدار البيضاء، 2021م، ص94.

(2) حكم عدد: (523)، بتأريخ 30/ 6/ 2016، في الملف العقاري، عدد: 2012/1401/337م، نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس، المادة المدنية، العدد: (1)، ج1، ص92.

(3) مدونة الحقوق العينية، المادة: (3).

منهم يعبر عنها بقوة السبب، وبعضهم عبر عنها بقوة العقد، ويعد الترجيح بقوة العقد من المرجحات التي يسلكها القاضي وذلك بعد استفراغ الوسع وبذل المجهود في البحث عن المرجحات فيلجأ إلى الترجيح بقوة العقد، وذلك لوجود مزية فيه وهي القوة، وهذه القوة قرينة على أرجحيته، ومسألة الترجيح بقوة العقد هو مذهب الحنفية[1]، والزيدية[2]، ووجه عند الشافعية قال الروياني: "فلو ادعى رجل دارًا في يده، وأنَّه اشتراها من صاحب اليد، وادعى الآخر أنَّ صاحب اليد وهبها منه، وسلمها إليه، وأقام كل واحد منهما البينة، فقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يقال: يؤخذ بالبيع؛ لأنه أقوى من عقد الهبة، وفيه نظر"[3].

والمعمول به عند الشافعية أنهم يحكمون في هذه المسألة بالتعارض، والتساقط [4]، وبيان ذلك ذلك فيما يلي:

أولا: الترجيح بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات

الفقرة الأولى: عقد الضمان أقوى من عقد التبرع

فإذا تداعيا اثنان بأن العين انتقلت إليهما، فأحدهما ادَّعى الرهن، والآخر الهبة، وأقاما على ذلك بينتين، فيترجح عقد الضمان الذي هو الرهن على عقد التبرع الذي هو الهبة؛ وذلك أنَّ الهبة تفيد ملك العين، والرهن لا يوجب فكان السبب الموجب لملك العين أقوى.

فوجه الاستحسان هنا: أنَّ الرهن عقد ضمان، والهبة عقد تبرع، وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع، ولأنه يثبت بدلين، المرهون والدّين، والهبة لا تثبت إلا بدلًا واحدا، فكان الرهن أولى من الهبة، وكذلك الرهن أولى من الصدقة؛ وذلك لأنَّ البيع عقد ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلَّا عند الهلاك معنىً لا صورة[5].

---

(1) البناية شرح الهداية، العيني، ج9، ص389،

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص25، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص280.

(3) روضة الحكام، الروياني، ص345.

(4) آداب القضاء، الغزي، ص209.

(5) المبسوط، السرخسي، ج17، ص60، وتبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص318، والبناية شرح الهداية، العيني، ج9، ص389، والبحر الزخار، المرتضى، ج5، ص400.

الفقرة الثانية: ترجيح عقدي الشراء أو الرهن على عقد الهبة

أ- ترجيح عقد الشراء على عقد الهبة

يترجح عقد الشراء على عقد الهبة، فإذا ادَّعى أحدُهما شراءً من شخصٍ، وادَّعى الآخر هبة وقبضًا من ذلك الشخص بعينه، وأقاما البينة، ولا تأريخ معهما، كان الشراء أولى لأنَّه أقوى، لكونه عقد معاوضة من الجانبين مثبتًا للملك بنفسه، وأنَّه عقد ضمان يوجب الملك في العوضين، والهبة تبرع لا توجب الملك إلَّا بالقبض[1].

ب- ترجيح عقد الرهن على عقد الهبة

فلو ادعى أحدهما رهنًا وقبضًا، والآخر هبة وقبضًا من صاحب اليد، وأقاما البينة، ولم يكن مع أحدهما تاريخ ولا قبض، كان الرهن أولى؛ لأنَّ الرهن مضمون، والهبة أمانة، والمضمون أقوى فكان أولى، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والزيدية ووجه عند الشافعية[2].

الفقرة الثالثة: الترجيح بين العقود من حيث إفادة الحكم وقبول النقض

العقود من حيث إفادتها للحكم بنفسها تنقسم إلى قسمين: فعقود تفيد الحكم بنفسها، وعقود تفيد الحكم بغيرها، وكذا من العقود ما يكون قابلًا للنقض، وقد يكون غير قابل للنقض، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ- ترجيح العقد الذي يفيد الحكم بنفسه على العقد الذي لا يفيد الحكم بنفسه

يرجح العقد الذي يفيد الحكم بنفسه على العقد الذي لا يفيد الحكم بنفسه، كالترجيح بين عقد النكاح على عقد الهبة "وذلك ما إذا اجتمع النكاح مع الهبة والصدقة، أو الرهن، فالنكاح أولى؛ لأنه عقد يفيد الحكم بنفسه، فكان أقوى"[3].

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص59، وتبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص317، والبناية، العيني، ج9، ص387، وآداب القضاء، الغزي، 209، والتاج المذهب، العنسي، ج4، 25، وشرح الأزهار، ابن مفتاح، ج9، ص280.

(2) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص318.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239.

ب- ترجيح العقد الذي لا يقبل النقض على غيره من العقود التي تقبل النقض

العقود تنقسم إلى عقود لازمة للطرفين، وعقود جائزة من الطرفين، وعقود لازمة من طرف، وجائزة من طرف[1]، فالعقود اللازمة من الطرفين غير قابلة للفسخ فلو حصل التنازع في العتق والشراء، وذلك بأن كانت أَمَةٌ في يد رجل، وأقام الرجل البينة على الشراء منه، وأقامت الأمة البينة على العتق أو التدبير فإن بينتها أولى؛ لأنَّ كل واحد من البينتين موجب الحق لنفسه، والعتق أقوى، فإنه لا يحتمل النقض بعد وقوعه، وكذا التدبير بخلاف الشراء[2]، ومثل ذلك عقد التدبير يرجح على عقد الهبة، وهكذا في جميع العقود ينظر إلى السببين، فإن كان أحدهما أقوى يعمل به؛ لأنَّ العمل بالراجح واجب[3]، ولكن ليس ذلك على إطلاقه، وإنما بشروط:

الشرط الأول: ألَّا يكون هناك مرجح آخر غير قوة العقود، فإذا وجد مرجح من تاريخ، أو قبض فإنه يعمل به، فالهبة أولى من الشراء إذا كانت الهبة مؤخرة[4].

الشرط الثاني: أنْ يكون سبب العقد قد صدر من واحد، أما إذا صدر من اثنين فله حكم آخر[5].

الفقرة الرابعة: الترجيح عند استواء العقدين في القوة

الترجيح عند استواء العقدين في القوة يعمل بهما بقدر الإمكان[6]، وذلك مثل الشراء والمهر، فهما سواءٌ، فإذا ادَّعى أحدُهما شراء عين من رجل، وادَّعت المرأة أنَّ ذلك الرجل

(1) متن التحرير، العلامة شيخ الإسلام زكريا الأنصاري (المتوفى: 926هـ)، تحقيق، طه محمد الزيني، مكتبة النهضة الحديثة، ط1، مكة- باب السلام، 1373هـ، ص94.

(2) المبسوط، السرخسي، ج17، ص61، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص25.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239.

(4) حاشية البناني، ج4، ص317.

(5) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239.

(6) المصدر السابق، ج6، ص239.

تزوجها على تلك العين، فهما سواء؛ لاستواء البينتين في القوة؛ ولأنَّ كل منهما عقد معاوضة، ومثبت الملك بنفسه[1].

وهذا التفصيل هو عند الأحناف، والزيدية، ووجه عند بعض الشافعية في بعض المسائل وهو ما تم ذكره سلفًا.

ثانيا: الترجيح بقوة العقود في القانونين اليمني والمغربي

الفقرة الأولى: الترجيح بقوة العقود في القانون اليمني

نص القانون المدني في المادة: (1113) على ترجيح بعض العقود على بعض فنص على ترجيح ضمان الشراء على ضمان الإبقاء، وهو مأخوذ من الفقه الزيدي الذي نص على ترجيح بعض العقود على بعض كما مر سابقًا، وبهذا يتبين أنَّه إذا تعارضت العقود فيما بينها فإنه يترجح العقد القوي على الضعيف، وقوة العقد من ضعفه يستمد من نوع العقد، وقابليته للفسخ والانحلال.

الفقرة الثانية: الترجيح بقوة العقود في القانون المغربي

لم ينص القانون المغربي على الترجيح بين العقود، ولكن عند وجود تعارض فإنَّ قواعد الترجيح تنطبق على العقود، خصوصًا في الترجيح بالتاريخ الذي أكثر الإشكالات تكون ناتجة عنه.

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص318.

المبحث الثاني: الترجيح بالحكم القضائي (قرينة حجية الشيء المقضي به) في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

حسْمُ الخصوماتِ، وقطعُ النزاعاتِ، وإحقاقُ الحقِ، وإعادته الى مستحقيه، وتحقيق الردع العام والخاص، هي الغاية المنشودة التي توخاها الشرع المطهّر من نصب القضاة، فإذا ترافع خصمان أمام القضاء، وأبرز كل منهما حججه ومستنداته، واكتملت الخصومة القضائية مستوفية إجراءاتها، وصدر فيها حكم فاصل حاز حجية الأمر المقضي به، وأصبح الحكم عنوان الحقيقة، فتتطابق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية، فهنا يكون القضاء قد تحققت مقاصده بصدور حكم منهي للنزاع، محقق استقرار المعاملات، فإذا صدر حكم بهذه الكيفية، ثم بعد ذلك رفع من صدر الحكم ضده دعوى أخرى ويطلب سماع دليله ليصدر الحكم لصالحه فهل يحق له ذلك؟ أم أنَّ من صدر الحكم القضائي لصالحه يترجح جانبه هذا ما سنتناوله في هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي والترجيح به في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

الحكم القضائي عبارة عن بناءٍ منطقي مشتمل على وقائع دعوى المدعي ودفوع المدعى عليه، وأسانيد وحجج الأطراف مختتمًا بقرار يحسم تداعي المتداعيين، وهو ما يسمي بالحكم القضائي، فهو عنوان الحقيقة، يحسم جدل التنازعين بقرار ينهي الخصومة، ويقطع الجدال الواقع بين المتداعيين إلَّا أنَّ بيان ماهية الترجيح بالحكم القضائي تحتاج إلى شيء من التفصيل؛ لذا سوف نبينه فيما يلي:

الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي والترجيح به في الفقه الإسلامي

تصدر قرارات قضائية متعددة أثناء انعقاد الخصومة القضائية، وليست كل هذه القرارات القضائية على درجة واحدة من القوة والحجية، إلَّا أنَّ قرار الحكم القضائي هو الغاية من التقاضي فبيان ماهيته والترجيح به بحاجة إلى بيان؛ لذا سيكون الحديث عنه فيما يلي:

أولا: تعريف الحكم القضائي وحجيته

لبيان الترجيح بالحكم القضائي لابد من بيان تعريف الحكم القضائي وذلك؛ لأنَّ القرارات الصادرة في الخصومة القضائية قد تتعدد فمنها قرارات وقتية، ومنها قرارات تحفظية، وأخرى تمهيدية، وقد يكون القرار حاسم لموضوع النزاع، وهو المراد من انعقاد الخصومة القضائية، ولمعرفة ذلك سيكون بيانه فيما يلي:

الفقرة الأولى: تعريف الحكم القضائي

الحكم القضائي هو: فصل الخصومة بقولٍ أو فعلٍ يصدر عن القاضي، ومن في حكمه بطريق الإلزام واللزوم، أو هو: ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه فاصلاً في الخصومة متضمنًا إلزام المحكوم عليه بفعل، أو الامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له[1].

فتبين أنَّ الحكم القضائي لا بد من اشتماله على أركان، قاض ذي ولاية مكانية وزمانية، وأطراف الخصومة القضائية، مدع، ومدع عليه بالأصالة أو الوكالة، وموضوع الدعوى محل الخصومة القضائية.

الفقرة الثانية: الترجيح بالحكم القضائي

الترجيح بالحكم القضائي تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه، فمنهم من عبر عنه بالترجيح بحكم الحاكم، ومنهم من عبر عنه بالترجيح باتصال البينة بالقضاء. فسمى فقهاء الأحناف الترجيح بالحكم القضائي الترجيح باتصال البينة بالقضاء[1]، وسماه فقهاء الشافعية الترجيح بحكم الحاكم[2].

---

(1) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، دار النفائس، ط3، الأردن، 1425هـ- 2005م، ص643، ونظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، عبد الناصر موسى أبو البصل، دار النفائس، ط1، الأردن، 1420هـ- 2000م، ص52.

(2) أدب القضاء، الغزي، ص203.

الترجيح بالحكم القضائي هو: كل بينتين تعارضتا واتصل بأحدهما قضاء القاضي فترجح[1].

ومعنى ذلك أن يقيم أحد المتداعيين بينة فيحكم له، ثم يتداعيا مرة أخرى، ومع من صدر الحكم ضده بينة ويطلب الفصل بناء على البينة التي أحضرها، فيحتج من صدر الحكم لصالحة بصدور حكم بناء على بينته، فتترجح البينة التي صدر الحكم القضائي بناء عليها، بالحكم القضائي.

وهو ما يعبر عنه بحجية الشيء المحكوم به، أي أنَّ للحكم الصادر بين الخصوم حجية والزام من حيث عدم جواز إعادة النزاع من جديد أمام المحكمة التي أصدت الحكم أو أمام غيرها، إلَّا باتباع طريق من طرق الطعن بالحكم[2]، فحكم الحاكم قرينة على الحق ودلالة عليه، فلا يسوغ نقضه ولا يقبل تغيره، وهذه قرينة ينص عليها علماء القانون ويقررونها بالبحث، وهذا ثابت في الشرع[3]، وتعد من قبيل القرائن القاطعة التي لا تقبل إثبات عكسها، وذلك حفاظًا على استقرار الأحكام القضائية، ومنع تجدد النزاع بلا حد ولا نهاية[4].

الفقرة الثالثة: حجية الأمر المقضي به

حجية الأمر المقضي به من المسائل التي تلازم الحكم القضائي بعد صدوره ويراد به احترام ما حكم به القاضي، وعدم جواز إعادة النظر في الدعوى، وطرح النزاع الذي صدر فيه الحكم، وتجديده مرة أخرى على القضاء؛ وذلك حسمًا للتداعي، ومنعًا من تأييد الخصومات، فالمحكمة التي أصدرت الحكم النهائي لا تملك تعديله أي كانت، فإذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها مرة أخرى تعين عدم قبولها، ووجب التسليم بما فصل فيه دون البحث

(1) المصدر السابق، ص203.

(2) نظرية الحكم القضائي، أبو البصل، ص488.

(3) الإثبات بالقرائن، إبراهيم الفائز، ص293.

(4) القرائن ودورها في الإثبات، دبور، ص100.

مجددًا، وهذا الأثر يسمى خروج النزاع من ولاية المحكمة بالحكم فيه أو نقض يد القاضي بالحكم[1]، وهذه الحجية من لوازم الحكم القضائي.

ثانيا: أقوال الفقهاء في الترجيح بحكم الحاكم (الحكم القضائي)

إذا صدر الحكم القضائي مكتمل الأركان والشروط في خصومة قضائية انعقدت أمامه فهل هذا الحكم يكون مرجحًا لبينة المدعى عليه عند رفع دعوى عليه من المدعي؟

اختلفت أقوال الفقهاء في الترجيح باتصال البينة بالقضاء في المسائل الاجتهادية على أقوال:

القول الأول: ذهبت الحنفية، والبغوي –من الشافعية– إلى أن اتصال إحدى البينتين بالقضاء تعتبر مرجحًا على غيرها.

قال السرخسي: "فإن جاءت إحدى البينتين قبل صاحبتها، فحكم بها، ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها؛ لأنَّ الأولى تأكدت بقضاء القاضي فتعين الكذب في الأخرى، إذ لا يجوز نقض القضاء بالشك وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما البينة واستويا لم يقض القاضي لواحد منهما، ولو سبق أحدهما بإقامة البينة وقضى له، ثم أقام الآخر البينة لم تقبل ببينته لهذا المعنى"[2].

وقال المرغيناني: "وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيدًا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنَّه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتان؛ لأنَّ أحدهما كاذبة بيقين وليست أحداهما بأولى من الأخرى، فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل؛ لأنَّ الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينتقض بالثانية"[3].

---

(1) السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، محمد عبدالرحمن البكر، الزهراء للإعلام العربي، ط1، القاهرة، 1408هـ- 1988م، ص179.

(2) المبسوط، السرخسي، ج6، ص154.

(3) الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني، تحقيق، طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بدون ط، بيروت، ج3، ص127.

وفي حاشية ابن عابدين: "ولو حكم بصحة إجارة وقف وأنَّ الأجرة أجرة المثل بعد أنْ أقيمت البينة بذلك، ثم أقيمت بينة بأنها دون أجر المثل فيعمل ببينة بطلانها أم لا؟

فأجاب: أجاب الشيخ نور الدين الطرابلسي ببينة الإثبات مقدمة، وهي التي شهدت بأن الأجرة أجرة المثل وقد اتصل بها القضاء، فلا تنقض"[1].

قال ابن عابدين قلت: وهذا حيث لم تكن الشهادة الأولى يكذبها الظاهر وإلَّا فلا تقبل وتنقض كما في الحامدية[2].

وفي الفتاوى الهندية: إذَا قَضَى الْقَاضِي فِي حَادِثَةٍ بِبَيِنة ثُمَّ قَالَ: رَجَعْت عَن قَضائِي أَوْ بَدَا لي غيْر ذَلِكَ أَوْ وَقَعْت فِي تَلبيس الشُّهُودِ، أَوْ أَبْطَلْت حُكْمِي وَنَحْوُ ذَلِكَ لَا يُعْتبر، وَالقضاء مَاضٍ إنْ كَانَ بَعْدَ دَعْوَى صَحيحةٍ وَشهادَةٍ مُسْتقِيمَةٍ[3].

قال البغوي –من فقهاء الشافعية–: "ويترجح بحكم فلو أقام الحاكم بينة بدار في يد غيره وقضى له بها أي –ولم يسلمها بعد– ثم جاء أجنبي فادعى بعد القضاء للخارج أنها ملكه، وأقام بينة فأقام الخارج بينة بقضاء القاضي له حكم للخارج؛ لأنَّه يترجح جانبه بالقضاء كما لو وضع باليد، وكما لو تنازع خارجان دارًا فأقام أحدهما بينة أنَّها ملكه وأقام الآخر بينة أنَّ القاضي قضى له يحكم لمن قضى له إذا كان له بينة؛ لأنَّه يترجح جانب القضاء كما لو ترجح باليد، كذلك كلُ بينتين تعارضتا واتصل بأحدهما قضاء القاضي فيترجح كما تترجح بينة اليد"[4]. وقال الإسنوي: "وإنْ كان في حكم [قضائي] فلا يخير الخصمين، بل يجب عليه الحكم بينهما؛ لأنَّ كل واحد منهما يختار ما هو أوفق لهواه، وعلى هذا فلو حكم بإحدى الإمارتين لم يجز له بعد ذلك أنْ يحكم بالأمارة الآخرى"[5].

---

(1) حاشية ابن عابدين، ج6، ص27.

(2) المصدر السابق نفسه، ج6، ص27.

(3) الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط2، بيروت، 1310هـ، ج6، ص443.

(4) أدب القضاء، الغزي، ص203.

(5) نهاية السول شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت– لبنان، 1420هـ– 1999م، ص373.

أدلة القائلين بالترجيح:

– إن الحكم بالثانية ينافي الحكم بالأولى، وقد صحت ظاهرًا حيث اتصل الحكم بها ينتقض الكذب، فبقيت كما كانت، ونظيره رجل معه ثوبان، أحدهما نجس فوقع تحريه على أحدهما وصلى فيه، ثم وقع تحريه على الآخر لا يجوز الصلاة فيه؛ لأنَّ الأول اتصل به حكم فلا ينقض بتحري الآخر[1].

– لما روى عبد الرحمن بن أبي بكرة –وكان عاملاً على سجستان– قال: كتب لي أبو بكرة يقول سمعت رسول الله –ﷺ– يقول: «لا يقضين أحدٌ في قضاء بقضاءين، ولا يقضي أحدٌ بين خصمين وهو غضبان»[2].

وفي لفظ آخر: "لا يقضين القاضي بين اثنين وهو غضبان، ولا يقضينَّ في أمرٍ قضاءين"[3]، فبِقَضَائِهِ تَعَيَّنَ مَعْنَى الصِّدْقِ فِي شَهَادَةِ الْفَرِيقِ الْأَوَّلِ فَيَتَعَيَّنُ مَعْنَى الْكَذِبِ فِي شَهَادَةِ الْفَرِيقِ الثَّانِي[4].

– فإِنَّهُ حِينَ قَضَى القاضي بِالْأُولَى كان لَا مُعَارِضَ لَهَا إذْ ذَاكَ فَنفذ شرْعًا، فَلَا يَتَغَيرُ الْحكْمُ الشرعيُّ الَّذِي ثَبَتَ شرْعًا بِحُدُوثِ مُعَارِضٍ[5].

القول الثاني: ذهبت المالكية والشافعية إلى عدم الترجيح بالقضاء بإحدى البينتين على الآخر بحكم الحاكم.

– مذهب المالكية: قال الحطاب: من أقام بينة على شيء فقضي له بها، ثم أقام المدعى عليه بينة بخلاف ما شهدت به البينة الأولى فإنَّه من تعارض البينتين وينظر في أعدلهما،

(1) البناية شرح الهداية، العيني، ج9، ص173.

(2) سنن النسائي الصغرى، أحمد بن شعيب بن علي النسائي، تعليق، محمد بن ناصر الدين الألباني، اعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، ط2، الرياض، 1429هـ، كتاب، باب النهي عن أن يقضي في قضاء بقضاءين، حديث: (5421).

(3) سنن الدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام، حديث، (4469).

(4) المبسوط، السرخسي، ج6، ص154.

(5) بدائع الصنائع، ابن الهمام، ج7، ص347.

وَنَقَلَ الْبُرْزُلِيُّ عَنْهُ –ابن رشد– فِي مسائل الضَرَرِ نَحْوَ ذَلِكَ وَنَصُّهُ إذا ثبت حُكْمُ الْقَاضِي بِقَطْعِ جَرْيِ الْمَاءِ فِي الطَرِيقِ ببينة عَادِلَةٍ لَا مَدْفَعَ فِيهَا بَطَلَ حَقُّ أَصْحَابِ الْجَنَّاتِ إلَّا أَنْ يَقْدِرُوا عَلَى قَطْعِ ضَرَرِ الطريق أَوْ يَثْبُتُوا أَنَّهُ لَيْسَ بِضَرَرٍ عَلَى الطرِيقِ بِبينة أَعْدِلَ مِنْ الْأُولَى أَوْ تجْرِيح شُهُودِ الْعَقْدِ الذين حَكَمَ بِهِمْ الْحَاكِمُ فَهم حِينَئِذٍ أَحَقُّ بِالْمَاءِ انْتَهَى[1].

وهذا يدل على ان الحكم القضائي لم يحز على قوة الشيء المقضي به وأنه يحكم البينتين قواعد التعارض وعلى ضوئها يكون الترجيح وفقا لقاعدة الترجيح بالأعدلية.

–مذهب الشافعية: قال ابن حجر: "ولا [يرجح] بينة انضم إليها الحكم بالملك على بينة ملك بلا حكم على المعتمد كما قاله الإسنوي وغيره خلافاً للبغوي"[2]، فحُكْمِ قَاضٍ بِبينة شَرْعِيَّةٍ عَادلَةٍ فَلَا يرفع إلَّا بِمَا يعادل ذَلِكَ كَبَيِنَةٍ أُخْرَى مُسْتَوْفِيَةٍ لشروط الْبَيِّنَاتِ وَالتعارض شَهِدَتْ بِمَا يَقْتَضِي بطْلَانَ ذَلِكَ الحكم فهذا هُوَ الَّذِي يَرْفَعُهُ[3].

وقال الرملي: "عدم الترجيح بالحكم هو الأصح – وأنه لا يعمل بحكم الحاكم ولا بما شهدت به البينة الثانية إلَّا بمرجح من المرجحات كاليد، وزيادة العلم، أو سبق التأريخ"[4].

فلو أزيلت يده ببينة حسًا بأن سلم المال لخصمه، أو حكمًا بأن حكم عليه به فقط ثم أقام بينة بملكه مستندًا إلى ما قبل إزالة يده، واعتذر بغيبة شهوده أو جهله بهم أو بقبولهم مثلاً سمعت وقدمت إذ لم تزل إلا لعدم الحجة، وقد ظهرت فينقض القضاء"[5].

فتبين من خلال نصوص فقهاء الشافعية في المعتمد عندهم إلى أنهم لا يرجحون باتصال البينة التي صدر بناء عليها حكم قضائي، وأنَّ هذا الحكم معرض للنقض، ولا يعتبر سببًا من أسباب الترجيح، ولم نجد لأصحاب هذا القول أدلة على ما ذهبوا إليه.

(1) مواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص212.

(2) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص337.

(3) الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر، ج4، ص330.

(4) فتاوى الرملي، ج4، ص185.

(5) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص329.

القول الثالث: وهو التفصيل في الترجيح بالحكم القضائي.

ذهبت الحنابلة والزيدية إلى التفصيل في مسألة الترجيح بالحكم القضائي إذا اتصل به الدليل، إلَّا أنَّ كلا المذهبين اختلفا في التفصيل على النحو الآتي:

– مذهب الحنابلة: قال ابن قدامة: وإذا ادعى زيدٌ شاة في يد عمرو، وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم، ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة، فإن قلنا: بينة الخارج مقدمة، لم تسمع بينة عمرو ؛ لأن بينة زيد مقدمة عليها، وإن قلنا: بينة الداخل مقدمة، ونظرنا في الحكم كيف وقع، فإن كان حكم بها لزيد؛ لأن عمراً لا بينة له، ردت إلى عمرو؛ لأنه قد قامت له بينة، واليد كانت له، وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه؛ لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه، وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضًا، وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضاً؛ لأنَّ الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم اعادها بعد لم تقبل، وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض؛ لأنَّ حكم الحاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة، فلا ينقض بالاحتمال، فإن جاء ثالث فأعادها وأقام بها بينة، فبينته وبينة زيد متعارضتان، ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته؛ لأنَّها قد شهدت، ووقف الحكم على البحث عن حالها، ثم بانت عدالتها، فإنها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا هاهنا[1].

يتضح من نصوص الحنابلة أن التفصيل حول الآتي:

– بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل، فإذا حكم للخارج لم تسمع بينة الداخل ويحوز الحكم حجية الشيء المقضي.

–أن تكون البينة مقدمة من الخارجين فهنا يكون من باب التعارض فيكون البحث عن العدالة.

– ألَّا يعلم كيف وقع الحكم فإن الحكم لا ينقض لجريانه على العدل والإنصاف سبب.

(1) المغني، ابن قدامة، ج10، ص248.

– مذهب الزيدية: قال الإمام الشوكاني: "قال في الغيث[1] ما لفظه: تنبيه؛ أما إذا عرضت دعوى في شيء قد حكم به حاكم، فإما أن يكون ذلك مضافًا إلى سبب أولاً. وإن كان غير مضاف بل حكم لزيد بالملك المطلق، ثم ادعى آخر أنَّه اشتراه من مالكه أو نحو ذلك فهاهنا لا ينقض الحكم، ولو قامت البينة بذلك، ذكره المؤيد بالله في الزيادات؛ لأنَّ الحكم يقابل تلك البينة، إلَّا أنْ يدعي الانتقال بعدم حكم الحاكم من المحكوم له، وأمَّا إنْ أضاف حكمه إلى سبب نحو أن يحكم لزيد بملك هذه الدار بحق الشراء من عمرو ثم قامت شهادة بخلاف ذلك، نظر في البينتين، فإن كانت لا حكم معها متقدمة على بينة الحكم نقض. ومثاله أن يشهد الشهود أن بائعها زيد أقر بها لآخر قبل بيعه، أو وهبها أو نحو ذلك، فإن كانت بينة الحكم لا تبطل نحو ان يدعي أحدهم شرائها من مالكها وهو زيد وحكم له والآخر من مالكها وهو عمرو ولا تأريخ لأيهما فإن الحكم لا ينقض، لأنَّ مع كل واحد منهما بينة لكن رجحنا السنة التي فيها الحكم. وكذا إذا كانت المسألة خلافية كبينة الداخل والخارج فإن الحكم لا ينقض"[2].

ثم تابع كلامه فقال: "وقد استفدنا منه أن الحكم الذي لا يجوز نقضه إنما هو المطلق؛ لأنَّه ناجز غير مضاف إلى سبب يقتضي أن يكون الحكم مشروطًا بصحة كون ذلك السبب سببًا. وأما إذا كان مضافًا إلى سبب فإنه يجوز نقضه بما يوجب بطلان سببية ذلك السبب من الأصل كما تقدم في شهادة إقرار البائع لخروج المبيع من ملكه قبل صدور البيع منه إلى المشتري الذي أقام البينة على الشراء. وهكذا يجوز نقض الحكم المضاف إلى سبب لمستند أرجح من سند الحكم –كما يفيد كلام الغيث المذكور– ومثل الصورة التي مثل بها صاحب الغيث في الشهادة المتقدمة الصورة التي عرضت المذاكرة فيها، وهي استناد الحكم إلى شهادة الإقرار بأنَّ الدين على فلان لفلان، ثم قيام شهادة أخرى محققة إن ذلك الإقرار صدر عن تواطئ بين المقر والمقر له أن الإقرار ليس على حقيقته بل المال للمقر، وإنَّما كان الإقرار

(1) إشارة إلى كتاب (الغيث المدار)، أحمد يحيى المرتضى في الفقه الزيدي لم يطبع.

(2) رفع الخصام في الحكم بعلم الحكام، الشوكاني، ج74، ص75.

لغرض، فإنَّ الشهادة على التواطؤ تقضي ببطلان السبب الذي استند إليه الحكم وهو الإقرار، ولكن هذا إذا صحت الشهادة على التواطؤ وسلمت من القادح[1].

وفي التاج المذهب "ولا ينقض حكم نفسه ولا حكم الحاكم إلَّا لمخالفة قاطع، أو لانكشاف بينة ناقضة لبينته التي حكم بها الحاكم من نقل أو غيره، كأن يحكم ببينة زيد أنه اشترى الجار من عمرو ثم تقوم بينة أخرى أن عمرا أقر بها قبل البيع لعمرو"[2].

ومقتضى مذهب الزيدية التفصيل بين الحكم بالملك المطلق والحكم بالملك المضاف إلى سبب، فالحكم المطلق لا يجوز نقضه بدليل آخر، والحكم المبني على سبب يجوز نقضه بدليل آخر إذا كان موجبه قويًا.

اتضح من نصوص الفقهاء: أن حكم الحاكم لا ينقض في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد لأن القاعدة الفقهية تنص على أن "الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"[3]، وَإِنَّمَا لَا يُنْقَضُ الِاجْتِهَادُ مَعَ التَّكَافُؤِ، وَاحْتِمَالُ التَّرْجِيحِ[4].

فإذا كان الذي قضى به خطأ فيما اختلف فيه فإنه في هذه الحالة لا ينقضه ويمضيه لما في ذلك من المصلحة في نفوذ الأحكام وثبوتها ولما فيه من المفسدة لو لم ينفذ[5].

والأصل في ذلك ما رواه البيهقي وغيره أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في الشركة أنَّ الثلث بين الأخوة للأم والأخوة الأشقاء فقال له رجل إنك لم تشرك بهم فيما مضى فقال: عمر تلك على ما قضيناه يومئذ وهذا على ما تقضي[6].

---

(1) رفع الخصام في الحكم بعلم الحكام، الشوكاني، ج74، ص75.

(2) التاج المذهب، العنسي، ج4، ص203.

3) شرح أدب القاضي، الخصاف، ج1، ص224.

(4) الحاوي، الماوردي، ج17، ص379

(5) مقاصد القضاء في الإسلام إحقاق الحق، حاتم محمد بوسمة، كتاب الأمة مجلة دورية تصدر عن إدارة البحوث والدراسات الإسلامية، دولة قطر، ط1، العدد:(150)، 1433هـ، ج2، ص143.

(6) السنن الكبرى، البيهقي، كتابُ أدبِ القاضى، بابُ مَنِ اجتَهَدَ مِنَ الحُكّامِ ثُمَّ تَغَيَّرَ اجتِهادُه أوِ اجتِهادُ، حديث: (20400).

وتوضيحًا لذلك فقد قال الإمام السرخسي: فإن كان مما يختلف فيه أمضاه على حاله وقضى فيما يتقبل بالذي أدى إليه اجتهاده، ويرى أنَّه الأفضل؛ لأنَّ القضاء الأول حصل في موضع الاجتهاد فنفذ ولزم على وجه لا يجوز إبطاله[1]، وذلك لأنَّ أثر الحكم القضائي يكمن في فصل الخصومة وإنهاء النزاع من جديد[2].

وأنَّ الحكم لا بد فيه من الإلزام، فلزوم الحكم للحاكم الذي أصدره يظهر في عدم جواز رجوعه عنه، ولزومه للحكام الآخرين، ويظهر في عدم جواز نقضه، وفي وجوب احترامه، ولزوم الحكم للخصم المحكوم له وعليه، ويظهر في عدم جواز إعادة طرح النزاع من جديد، ولزوم الحكم وأثره على المحكوم به –الشرع المطبق– يظهر في رفع الخلاف الفقهي إن كان ثمة خلاف[3].

ثالثا: شروط الترجيح بالحكم القضائي

الراجح من أقوال الفقهاء هو الترجيح باتصال البينة بالقضاء وصدور حكم قضائي بناءً عليها، ولكن بشروط، فالترجيح بحكم الحاكم، أو اتصال الدليل بالقضاء ليس مطلقًا بدون قيود، أو مراعاة أي ضوابط أو شروط بل لا بد من توافر شروط يجب مراعاتها وهي:

الشرط الأول: وحدة الخصوم والموضوع والسبب.

اشترط الفقهاء لترجيح البينة التي اتصل بها حكم الحاكم وحدة الخصوم، والموضوع والسبب، وتوضيح ذلك فيما يلي:

– وحدة الخصوم: الحكم القضائي جزئي الأثر من حيث أطراف النزاع فلا يلزم بالحكم غير المحكوم عليه وهذا كأصل عام[4]، وقد تضافرت نصوص الفقهاء على وحدة الخصوم قال السرخسي "وإذا كانت شاةٌ في يد رجلٍ، فأقام رجل البينة أنَّها شاته ولدت في ملكه، فقضى

(1) المبسوط، السرخسي، ج16، ص484.

(2) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، أبو البصل، ص414.

(3) المرجع السابق، ص421.

(4) نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، أبو البصل، ص443.

القاضي له بها، ثم جاء آخر، وأقام البينة أنَّها شاته ولدت في ملكه، وقال ذو اليد للقاضي: قد قضيت لي بالولادة بالبينة فإن اكتفيت بذلك وإلَّا أعدتُها فإنه يأمره أن يعيد بينته؛ لأنَّ القضاء بالبينة الأولى كان على خصمه خاصة، فيجعل إقامتها في حق الثاني وجودًا وعدمًا بمنزلته؛ لأنَّ المقضي به للملك، وثبوت الملك بالبينة في حق شخصٍ لا يقتضي ثبوته في حق شخصٍ آخر"[1]، وهذا يدل على حجية الحكم لمن كان طرفاً فيه لا يتعداه إلى غيره.

وقال ابن نجيم: "إنَّ القضاء يقتصر على المقضي عليه"[2]، وقال ابن عبد البر: "إنَّ الأحكام تكون بين المدعي والمدعى عليه"[3].

وقال ابن تيمية: "حكم الحاكم العادل يلزم قومًا معينين تحاكموا إليه في قضية، ولا يلزمُ جميع الخلق"[4].

فالحكم القضائي يكون حجة في منازعة قامت بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم الشرعية ونعوتهم إعمالاً لقاعدة نسبية أثر الحكم القضائي، ومن ثم فإنَّه لا يكفي لكي يتمتع الحكم القضائي بحجية الشيء المقضي فيه أن يكون الخصم حاضراً بنفسه في خصومة الدعوى التي صدر فيها الحكم، أو يكون ممثلاً فيها بوساطة أحد، وإنما يجب أن يكون الخصم واحد في الدعويين سواء أكان حاضراً بنفسه، أم بوساطة ممثله أي أن يمثل في الدعوى الثانية بالصفة والنعت الذي كان له في الدعوى الأولى[5]، إلَّا أنَّ الفقهاء قد استثنوا حالات يكون الحكم فيها ساريًا إلى غير أطراف النزاع وذلك لعلل ذكروها، وهذه الحالات ذكرها يجعلنا نخرج عن مقصود البحث، فحجية الأمر المقضي لها نطاق محدود لا تتعداه إلى غيره ولا تتجاوز

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص78.

(2) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ج1، ص184.

(3) الكافي، ابن عبد البر، ج2، ص955.

(4) مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، تحقيق، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ- 1995م، ج35، ص372.

(5) نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، الحمادي، ص344.

إلى سواه ، والحجية تكون للعمل القضائي فقط دون غيره من الأعمال الأخرى، والحجية تأتي بعد منطوق الحكم وفعل القاضي وإشارته[1].

– وحدة الموضوع: فالأصل في الحكم القضائي أنه جزئي الأثر، فمن حيث الواقعة المحكوم بها يقتصر حكم القاضي في تلك الواقعة فقط، ولا يتعدى إلى ما يماثلها من الوقائع، وعليه أن يجتهد في كل مرة على حدة، فقد يحكم القاضي في واقعة معينة بحكم معين ثم يتغير اجتهاده فيحكم بما يخالفه، ولا يؤثر ذلك على ما سبق من أحكام[2].

وقد أوضح هذا المعنى الإمام الدسوقي حيث قال: "فلا يكون حكمه –أي القاضي– في مسألة مانعًا له أو لغيره من الحكم بخلافه في نظيرتها، نعم لا يجوز لغيره إذا رفعت إليه تلك النازلة التي حكم الأول فيها بعينها أن ينقضها"[3]، وقال ابن جعيط: "إنَّ القضاء شرع لقطع النزاع والخصومات بين العباد، وهو إنما يتعلق بالجزئيات، لا بالكليات؛ قال في التوضيح: إن الحكم بالاجتهاد لا يكون كليًا بل هو جزئيٌ لا يتعدى الصورة التي هي محل الحكم، وذلك أنَّ حكم القاضي لا يتعلق بالجزئيات، لأنَّ معظم ما ينظر فيه القاضي، يحتاج إلى بينة، والبينة إنما تشهد بما رأته وشهادته، وذلك جزئي"[4].

وأساس وحدة الموضوع قول النبي –ﷺ– «لا يقضين أحدٌ في قضاء بقضائين، ولا يقضين القاضي في أمر قضائين»[5]، ومفاد هذا النص التشريعي الذي يحدثنا عن المسألة المقضي فيها أي الشيء المحكوم فيه فصل من الحق الموضوعي المتنازع عليه محل الواقعة في الدعوى[6].

---

(1) السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، البكر، ص188.

(2) المرجع السابق، ص443.

(3) حاشية الدسوقي، ج4، ص158.

(4) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، محمد العزيز جعيط، مطبعة الإرادة، ط 2، تونس، دون تاريخ النشر، ص256.

(5) سبق تخريجه.

(6) نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، الحمادي، ص355، 356.

وحكم القاضي في القضية الحادثة إذا كان مثابراً لحكمه في قضية سابقة مماثلة لا يعد من قبيل النقض لذلك الحكم؛ لأن مجال الحكم كما أسلفنا لا يتعدى القضية التي تم البت فيها بل يقتصر على المتحاكمين فيها[1]، وتجاوز القاضي لمحل الموضوع والفصل في طلباتٍ غير واردة في مقال المتقاضين تجعل الحكم معيبًا، وقابلًا للنقض.

– وحدة السبب: وحدة السبب شرطٌ لازمٌ لإعطاء الحكم حجية الأمر المقضي به، ويعد السبب واقعة مادية لا بد من بيانها مثل الإجارة وغيرها، وقد ذكر الفقهاء ذلك بالنص الصريح، قَالَ الْمَازِرِيُّ: "وَكذا تسمع دَعْوَاهُ إِنْ ادَّعَى بِمَجهول وَبين السبب نحو لي عليه شيء من بَقِيَّةِ مُعَامَلَةٍ مَثَلًا ولكن لم أعلم قدره فَيُلْزَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يجيبه بِشَيْءٍ مُحَقَّقٍ، أَوْ بِالْإِنْكَارِ وَيُحَلَّفُ. وَإِلَّا يَدَّعِ بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ بِأَنْ ادَّعَى بِمجهول أَوْ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُحَقَّقٍ لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ كَ أَظُنُّ أَنَّ لِي عَلَيْهِ شَيْئًا، أَوْ أَنَّ لِي عَلَيْهِ دِينارًا، وإن بين السبب خِلَافًا لِبَعْضِ الشرَّاح، ثُمَّ إِذَا ادَّعَى بِمُحَقق مَعْلُومٍ، أَوْ مَجْهُولٍ عَلَى قَوْلِ المازري فلا بد من بيان السبب، وَكَفَاهُ فِي بَيَانِ السَّبَبِ ولي عنده ثمنه وَتَزَوَّجْت مَثَلًا وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ الصِّحَّةَ وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ حَتَّى يَتبين خِلَافُهُ بِأَنْ يَقُولَ مِنْ بَيْعٍ، أَوْ سَلَفٍ أَوْ قِرَاضٍ وَنَحْوَ ذلك، أَوْ تَقول الْمَرأة مِنْ نِكَاحٍ، أَوْ نَفَقَةٍ إِلَّا يُبين الْمُدَّعِي السَّبَبَ يَسأله الحاكم عن السبب وُجُوبًا فَإِنْ غَفَلَ فللمدعى عليه السؤال عَنْهُ فَإِنْ قَالَ لَا عِلْمَ عِنْدِي بِهِ، أَوْ لَا أُبَيِّنُهُ لَمْ تُسْمَعْ"[2].

وجاء في مجلة الأحكام العدلية مَادَّةُ: (1837) "لَا يَجُوزُ رُؤْيَةُ وَسَمَاعُ الدَّعْوَى تَكْرَارًا الَّتِي حَكَمَ وَصَدَرَ إعْلَامٌ بها تَوْفِيقًا لِأُصُولِهَا الْمَشْرُوعَةِ أَيْ الْحُكْمُ الَّذِي كَانَ مَوْجُودًا فِيهِ أَسبابه وَشُرُوطُهُ)[3]، لا يجوزُ لِلْقَاضِي الَّذِي أَصدر حُكْمًا فِي دَعْوَى رُؤْيَةِ وَسَمَاعِ تِلْكَ الدَّعْوَى تَكْرَارًا

(1) نقض الأحكام القضائية، أحمد بن محمد بن صالح الخضيري رسالة دكتوراه، منشورات جامعة محمد بن مسعود الإسلامية ط1، المملكة العربية السعودية، 1427هـ- 2006م، ج1، ص15.

(2) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، الدردير، ج4، ص144.

3 مجلة الأحكام العدلية، ج1، ص374.

التي حَكَمَ وَصدرَ إعْلَامٌ بِهَا تَوْفِيقًا لِأُصُولِهَا الْمشروعة أَيْ الْحُكْمُ الذي كَانَ مَوْجُودًا فِيهِ أَسبابه وَشروطه الْمُبَيِّنَةُ"[1].

وبهذا يتضح أنَّ الفقهاء يشترطون اتحاد السبب وعدم جواز الفصل في القضية مرة أخرى عند اتحاد السبب.

فإذا صدر الحكم القضائي متحدًا في الأطراف والموضوع والسبب فإنه يحوز الحجية الكاملة، ويصبح عنوان الحقيقة وقرينة لا تقبل إثبات العكس، إلا أنَّ هذه الحجية تعتبر حجية نسبية خاصة بالأطراف الذين صدر في حقهم الحكم القضائي ولا تمتد الحجية إلى غيرهم، لكونها ليست مطلقة إلا ما استثني بنص شرعي.

الشرط الثاني: أن يكون الدليلان متساويين في القوة

اشترط الفقهاء الذي أجازوا الترجيح باتصال البينة بالقضاء، المساواة في الإثبات[2] – سبق الفصل في الخصومة– تساوي البينتين، البينة التي صدر الحكم القضائي بناء عليها، والبينة المرفوعة أمام القاضي في القضية التي صدر الحكم القضائي على ضوئها، ففي درر الحكام: إذا كانت البينتان متساويتين، أي لم تكن إحداهما راجحة والأخرى غير مرجوحة، فإذا سبقت إحدى البينتين وحكم بموجبها فلا تسمع بينة الآخر، ولا يبطل الحكم، فلو شهد شاهدان أنَّ عمرًا قتل زيدًا في مكة، وشهد آخران أنَّ عمرًا المذكور قتل زيدًا المذكور يوم النحر في القاهرة فترد الشهادتان، أما إذا شهد الأولان وحكم بموجب شهادتهما، ثم شهد الآخران على الوجه المذكور تبطل الشهادة الثانية[3].

وفي منحة الخالق: والحاصل أنَّه يُفرق بين ما إذا تساويا فتترجح الأولى باتصال القضاء بها، أو سبق القضاء بالمرجحة إذ لا معارض لها وقته، وبين ما إذا كانت إحداهما أولى

(1) درر الحكام، علي حيدر، ج4، ص684.

(2) المبسوط، السرخسي، ج16، ص157.

(3) درر الحكام شرح غرر الأحكام، ملا خسرو، ج4، ص546.

بالقبول فيقضى بغيرها ثم أقيمت عليها يعمل بها ولو اتصل القضاء بغيرها لأولويتها فالمرجحة أقوى قبل اتصال القضاء بها فهي متأكدة فينتقض القضاء بغيرها لأرجحيتها قبله[1].

وقال التسولي: "فلو تزوج السفيه بعد ثبوت رشده عند القاضي وحكم له به، فهو ماض، وفيه الصداق والميراث قولا واحدا، والحكم ماض، ولا يرد بشهادة من شهد بسفهه، ولو كانوا أعدل لحكم القاضي بشهادة الأولين وفات موضوع الترجيح، وإنما يسفه في المستقبل، قاله البرزلي"[2].

فتبين من نصوص الفقهاء أنَّه لا بد من تساوي البينتان في القوة، فعند التساوي وصدور الحكم فينضم إلى البينة المحكوم بها الحكم القضائي فيزيد البينة قوة، وهذا التساوي عند انعقاد الخصوم وصدور الحكم، أو أن يتم القضاء بناء على البينة الراجحة، ولا معارض لها في حينيها، أما إذا انعدم التساوي، أو لم تكن أحدهما راجحة، بل كان هناك سبب يقتضي عدم القبول فإن البينة تسمع، والله أعلم.

الفرع الثاني: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالحكم القضائي (حجية الأمر المقضي به)

أولا: موقف القانون اليمني من الترجيح بالحكم القضائي

القانون اليمني حدد حجية الحكم القضائي بالنسبة لأطرافه، وللغير، وحددّ مطلق الحجية، ونسبيتها، واعتبر حجية الأمر المقضي قرينة، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: قرينة حجية الأمر المقضي به

تضمن القانون اليمني وكذا القانون المغربي النص على قاعدة حجية الأمر المقضي، فقد نص على هذه القاعدة المقنن اليمني في قانون الإثبات مادة: (159) حيث تقضي تلك المادة بأن "الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي يعد حجة في النزاع إذا اتحد اشخاصه، وموضوعه،

(1) منحة الخالق، ابن عابدين، ج7، ص115

(2) البهجة شرح التحفة، التسولي، ج1، ص457.

وسببه، كما يعد قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس"، فيعد الحكم القضائي قرينة قاطعة لا يقبل لا إثبات عكسه.

كما نص قانون المرافعات في المادة: (233) بأنَّ "الأحكام القطعية الفاصلة في الموضوع تحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدورها وفقاً للشرع والقانون"، إلَّا أنَّ هذه الحجية ذات أثر نسبي تقتصر على أطراف الخصومة، وموضوعها، وسببها، كما نصت على ذلك المادة: (234) من قانون المرافعات غير أن هناك أحكامًا جعلها القانون ذات حجية مطلقة وهي:

الأحكام الصادرة بعدم دستورية القوانين.

الأحكام الصادرة في دعاوى إلغاء القرار الإداري.

الأحكام الجنائية العامة الصادرة بالبراءة.

الأحكام الصادرة بالإفلاس.

الأحكام الصادرة بالنسب طبقاً لنص المادة سالفة الذكر.

واعتبرت المادة: (186) من قانون المرافعات الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها من النظام العام.

ويهدف المقنن اليمني من ذلك إلى احترام الأحكام عن طريق منع تجديد الخصومات التي فصلت بأحكام قضائية أمام نفس المحكمة، أو أيةِ محكمة أخرى، وذلك تحقيقاً لاستقرار الحقوق والمركز القانونية[1]، ويتضح ذلك جليًا مع ما نصت عليه المادة: (12) من قانون المرافعات والتي نصت على ما يلي: "لا يجوز للقاضي أن يفتح نزاعًا حسم بحكم قائم صدر من ذي ولاية قضائية أو من محكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وتطبيقًا لذلك فقد نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (23) طعن رقم: (26670) لسنة 1427هـ على ما يلي: "حجية الأحكام مقصورة على أطرافها إلا ما استثني بنص

(1) الموجز في أصول قانون القضاء المدني دراسة في أساسيات قانون المرافعات اليمني رقم: (40) لسنة 2002م، سعيد خالد علي جباري، مكتبة الصادق ط3، صنعاء- الجمهورية اليمنية، 2004، ص551.

قانوني"[1]، ونصت في القاعدة رقم: (56) لسنة 1425هـ على ما يلي: "الحكم الحائز قوة الأمر المقضي به حجة بما فصل فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية"[2]، وكذا نصت المحكمة العليا في القاعدة رقم: (94) لسنة 1427هـ على ما يلي:

حجية الأحكام ثابتة مستقرة، لا تسقط بمرور الزمن، وهي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس بأي حال من الحوال، القرينة الشرعية تغني في إثبات الواقعة عن أي دليل آخر كقرينة الولد للفراش، وحمل المرأة المتزوجة، وحجية الحكم[3].

وبهذا يتضح: أن القانون والتطبيقات القضائية قد نصت على اعتبار الأحكام القضائية قرائن غير قابلة لإثبات العكس.

الفقرة الثانية: ترجيح الحكم القضائي (قرينة حجية الأمر المقضي به) على قرينة اليد

فإذا تعارضت قرينة حجية الأمر المقضي به مع قرينة الثبوت –اليد– فإنه تترجح قرينة الحكم القضائي على قرينة اليد وهو ما نص عليه القانون المدني فقد نص في المادة: (1115) على ما يلي: "عند التعارض بين المستند الكتابي المقدم من مدعي الملك وبين قرينة الثبوت يتبع ما يأتي:

– إن كان المستند الكتابي صادرا من أحد الحكام المعروفين وصرح فيه بلفظ يفيد الحكم، فهو حكم، ويعمل بما جاء فيه، مالم يثبت الغاؤه؛ أو تعديله من جهة أعلى لها اختصاص بمراجعته".

تبرز هذه المسألة أكثر وضوحا في وارث عثر على حكم قضائي صدر لمؤرثه، وصاحب اليد وارث لمؤرث كان ذا يد على محل صدور الحكم القضائي.

(1) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، المكتب الفني، العدد: (10)، ص69.

(2) القواعد القانونية والمبادئ القضائية التجارية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، ط2، صنعاء– الجمهورية اليمنية، 2014م، العدد: (6)، ص128.

(3) القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، العدد: (8)، ص232.

فإذا تنازع اثنان أحدهما يستدل بملكيته لمحل النزاع بموجب مستند كتابي –حكم قضائي– صدر له أو لمؤرثه، والآخر يستدل بقرينة الثبوت واليد فإن القاضي يرجح المستند الكتابي على اليد؛ لقوة قرينة الحكم القضائي على قرينة اليد، فدلالة الحكم القضائي على الملكية أقوى من دلالة اليد، لأن اليد قد تكون غاصبةً بخلاف ما ثبت بالحكم القضائي من حجج ومستندات، وعلى هذا إذا تعارض الحكم القضائي باعتباره قرينة مع قرينة اليد، فرينة الحكم القضائي تترجح لقوت الحكم القضائي.

ثانيًا: موقف القانون المغربي من الترجيح بالحكم القضائي

الفقرة الأولى: حجية الأمر المقضي به

اعتبر القانون المغربي الحكم القضائي–منطوق الحكم– يحوز حجية الشيء المقضي، وأنَّ هذه الحجية قرينه عند اتحاد الأطراف والموضوع والسبب، فقد في نص الفصل: (450) من ظهير قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: القرينة القانونية هي التي يربطها القانون بأفعال، أو وقائع معينة كما يلي وذكر منها 3–الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي.

ونص في الفصل: (451) على ما يلي: قوة الشيء المقضي لا تثبت الا لمنطوق الحكم، ولا تقوم الا بالنسبة الى ما جاء فيه، أو ما يعتبر نتيجة حتمية ومباشرة له. ويلزم:

أن يكون الشيء المطلوب هو نفس ما سبق طلبه.

أن تؤسس الدعوى على نفس السبب.

أن تكون الدعوى قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة.

الفقرة الثانية: الحكم بالصحة والموجب

لم يناقش القانون المغربي الترجيح بين الحكم بالصحة والموجب وإنما اعتبر حجية الحكم قرينة قانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل اثبات، ولا يقبل أي اثبات يخالف القرينة القانونية طبقا لمقتضيات الفصل: (453) من ظهير قانون الالتزامات والعقود.

وبهذا يتضح: أنَّ القانونين محل الدراسة اعتبرا الحكم القضائي قرينة، وأنَّه لا يقبل إثبات العكس، ومنح الحكم القضائي هذه القوة من الحجية يترجح على غيره من الأدلة والقرائن عند التعارض.

المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

الحكم القضائي يعتبر قرينةً غير قابلة لإثبات العكس، ويحوز حجية الأمر المقضي به، ولكن هل هذه الحجية تحصن الحكم القضائي على جهة الإطلاق، من تعرضه للنقض، هذا ما سيكون الحديث عنه في الفروع التالية:

الفرع الأول: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في الفقه الإسلامي

أولًا: ماهية نقض الحكم القضائي وحالاته

يعتبر نقض الحكم القضائي من الحالات الاستثنائية التي تطرأ على الحكم القضائي فتبطله وتلغي الزاميته وتجعله هو والعدم سواء، وقبل بيان الحالات لا بد من معرفة ماهية نقض الحكم القضائي.

الفقرة الأولى: بيان ماهية نقض الحكم القضائي

-لغة: نقْض الحُكْم: إبطال الحُكْم إذا كان قد صدر مبنيًّا على خطأ في تطبيق القانون أو تأويله، أو كان هناك خطأ جوهريّ في إجراءات الفَصْل أو بطلان في الحكم. والنَّقض قد يصيب الحكم المدنيّ، والحكم الجنائيّ -على السَّواء- متى كان أحدهما قد صدر نهائيًّا من المحاكم الابتدائيّة[1].

- اصطلاحًا: نقض الحكم القضائي هو: إبطاله من قبل القاضي الذي صدر منه الحكم هو أو غيره ممن له ولاية ذلك، عند وجود سببه[2].

(1) معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار، ج1، ص539.

(2) نقض الأحكام القضائية، الخضيري، ج1، ص182.

والمراد بذلك هو: إظهار بطلانه وأنَّه لم يصادف محلاً، قال ابن حجر: "ومتى حكم بشاهدين فبانا كافرين، أو عبدين، أو حبيبين نقضه هو وغيره، ومعنى النقض هنا: إظهار بطلانه وأنه لم يصادف محلاً[1].

فالظَّاهِرَ مِنْ حُكْمِ الْحَاكِمِ نُفُوذُهُ عَلَى الصحة، حتى يعلم فَسَادُهُ[2]، وفساد الحكم هو توافر حالة تستوجب نقضه.

الفقرة الثانية: حالات نقض الحكم القضائي

نقض الأحكام القضائية ليست أمرًا محظورًا في الشريعة الإسلامية، بل هو أمر مشروع، وذلك إذا وجدت حالات النقض التي نص عليها الفقهاء، وهي إذا خالف الكتاب، أو خالف السنة، أو خالف الإجماع، أو خالف القياس الجلي.

قال النووي: "وإذا حكم باجتهاد ثم بان خلاف نص الكتاب، أو السنة، أو الإجماع، أو قياس جلى، نقضه هو، وغيره"[3].

وقال القرافي: "الصحيح أنَّه لا ينقض اجتهاد باجتهاد، أما متى كان مجمعًا عليه، فالنقض في الحقيقة ليس للحكم، بل التغيير إنما يلحق السبب بمعنى أنَّ الذي اعتقد سببًا لم يوجد سببًا، أمَّا حكم ذلك السبب لا سبيل إلى نقله عنه"[4].

وقال ابن القيم: "ولم يوجب أحد من الأئمة نقض حكم الحاكم ولا إبطال فتوى المفتي بكونه خلاف قول زيد أو عمرو ولا يُعلم أحد سوغ النقض بذلك من الأئمة والمتقدمين من أتباعهم وإنما قالوا ينقض من حكم الحاكم ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماع الأمة"[5].

وفي هذه الحالة لا تترتب الآثار الشرعية على الحكم المخالف لما ذكر.

---

(1) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص239.

(2) الحاوي، الماوردي، ج17، ص375.

(3) منهاج الطالبين، النووي، ص561.

(4) الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، القرافي، ص177.

(5) أعلام الموقعين، ابن القيم، ج4، ص224.

وبذلك يتضح: أنَّ حجية الشيء المقضي فيه وصفٌ يُوصَفُ بالحكم القضائي الذي يفصل في الحق الموضوعي محل الطلب في الدعوى، بحيث لا يقبل المناقشة في الأمر المقضي فيه، ويمنع على أي من الخصمين إعادة رفع الدعوى بذاتها وعينها التي سبق الحكم فيها، أو يعاود القضاة الحاكمون مناقشة الأمر المحكوم فيه[1].

وأنَّ هذه الحجية خاصة بمسائل الاجتهاد، ولكن بشرط أنْ يتصل الاجتهاد بالقضاء، فيمتنع نقض الاجتهاد بمثله إذا اتصل به القضاء، وهذا في أحكام القضاء الاجتهادية، وأمَّا مما يتعلق باجتهاد المجتهد الذي لا تعلق له بالقضاء، فلا يجوز نقضه إذا اتصل به الإمضاء. وهو العزم والدخول في العمل[2].

و الحكم قد يصدر في أمر غير مجتهد فيه: فإن كان موافقًا لما تقتضيه النصوص والأجماع فلا شك في وجوب تنفيذه على جميع من يعرض عليهم بعد ذلك، وأمَّا إن كان مخالفًا للنصوص والإجماع فإنَّه يسعى لنقضه، ولا يجوز تنفيذه[3].

والحكم القضائي الباطل هو الحكم الذي فقد اعتبار الشارع له بحيث لا تترتب الآثار الشرعية عليه وإن كان موجودًا في الحس والواقع، وكذلك استحق الحكم الباطل النقض، والإعادة، وعدم الاعتداد به، إضافة إلى أنَّ الفقهاء نفوا عن الحكم الذي به خلل من ترتيب أي أثر كالنفاذ واللزوم ورفع الخلاف أو قطع الخصومة ابتداءً[4]، ومتى ما بطل الحكم فإنَّه لا يجوز الاحتجاج به في مواجهة الأدلة التي تظهر بعد صدوره لتبين بطلان المستند الذي بني عليه.

(1) نظرية حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، الحمادي، ص355، 356.

(2) نقض الأحكام القضائية، الخضيري، ج1، ص150،

(3) نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية، محمد نعيم، ص463.

(4) نظرية الحكم القضائي، أبو البصل، ص506.

ثانيا: ماهية الحكم بالصحة والموجب والترجيح بينهما

تعارض الأحكام القضائية كتعارض أدلة الإثبات في الترجيح بينها؛ لتنوع الأحكام القضائية، واختلافها فقد يحدث تعارض في أنواعها، وهنا يستلزم الترجيح بين أنواعها من حكم بالصحة إلى حكمٍ بالموجب، وهو ما سيكون الحديث عنه في الآتي:

الفقرة الأولى: ماهية الحكم بالصحة والموجب

الحكم بالصحة والموجب له دلالته الفقهية، ومعناه الخاص، وقد سار فقهاء الشريعة في تقسيم الحكم إلى حكمٍ بالصحة وحكمٍ بالموجب بخلاف ما عليه النظم المعاصرة من تقسيم الأحكام إلى أحكامٍ منشئةٍ، وتقريريةٍ وبيان ذلك فيما يلي:

– تعريف الحكم بالصحة، الحكم بالصحة: عبارة عن قضاء من له ذلك، في أمرٍ ثبت عنده وجوده، بشرائطه الممكن ثبوتها أنّ ذلك الأمر صدر من أصله في محله على الوجه المعتبر عنده في ذلك[1]، فهو عبارة عن قضاء القاضي بصدور ذلك العقد من أهله في محله على الوجه المعتبر شرعًا[2].

– تعريف الحكم بالموجب: قضاء المتولي بأمرٍ ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصًا أو عامًا على وجه المعتبر عنده في ذلك شرعًا، وإن شئت قلت إظهار المتولي قضاء إلى أخر التعريف فيهما[3].

وبهذا يتبين أنَّ الحكم بالصحة يكون فيما اكتملت فيه الأركان والشروط، والحكم بالوجب؛ ما كان مبنيًا على سبب موجبٍ للحكم به.

الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الحكم بالصحة والموجب

فلو تعارض حكمان بأن أثبت كل من المتداعيين أن معه حكم القاضي لكن أحدهما بالموجب والآخر بالصحة فأيهما يرجح؟ اختلف الفقهاء في ذلك على أقوالٍ:

---

(1) الفتح المُوهب في الحكم بالصحة والموجب، سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني (المتوفى: 805هـ)، تحقيق، بن يطو عبد الرحمن، دار ابن حزم ط، 1، بيروت– لبنان، 1434هـ– 2013م، ص225.

(2) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية، ابن جعيط، ص270.

(3) الفتح المُوهب في الحكم بالصحة والموجب، البلقيني، ص225.

القول الأول: ذهبت الحنفية إلى أنه لَا فَرْقَ بَيْنَ الْحُكْمِ بِالصِّحَّةِ، وَالْحُكْمِ بِالْمُوجِبِ، فَإِنْ وَقَعَ التنازع بين خصمين في الصحة كان الحكم بها صَحِيحًا، وَإِنْ لَمْ يَقَعْ بينهما تَنَازُعٌ فِيهَا فَلَا، وَكَذَا الحكم بِالْمُوجِبِ إنْ وقع تَنَازُعٌ فِي مُوجِبٍ خَاصٍّ مِنْ مَوَاجِبِ ذَلِكَ الشيء الثَّابِتِ عِنْدَ الْقَاضِي وَوَقَعَتْ الدَّعْوَى بِشرُوطِهَا، كَانَ حُكْمًا بِذَلِكَ الْمُوجِبِ فقط دُونَ غَيْرِهِ، وَإِلَّا فَلَا[1].

القول الثاني: ذهبت الشافعية إلى ترجيح الحكم بالصحة؛ لأنَّه يستلزم ثبوت الملك بخلاف الأول[2].

القول الثالث: وعند المالكية والحنابلة الحكم بالموجب أقوى، قال ابن فرحون: "إذَا كَانَ الْحُكْمُ بِالْمُوجِبِ مستَوْفِيًا لما يُعْتَبَرُ فِي الْحُكْمِ بِالصِّحَّةِ كَانَ أَقْوَى؛ لوجود الْإِلْزَامِ فِيهِ وَتَضَمُّنِهِ الحكم بِالصِّحَّةِ[3].

الرأي الراجح: ترجيح الحكم بالصحة على الحكم بالموجب عند التعارض لقوة تعليل أصحاب هذا القول، وذلك لأنَّ الحكم بالموجب أقل رتبة من الحكم بالصحة، فالحكم بالصحة يشترط فيه ثلاثة أشياء: أهلية التصرف وصحة صيغته، وكون التصرف في محله، والحكم بالموجب يستدعي صحة التصرف وصحة الصيغة[4].

الفرع الثاني: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في القانونين اليمني والمغربي

إذا كان الأصل في الحكم القضائي أنه يحوز حجية الأمر المقضي به، ويعدّ عنوان الحقيقة، وأن الحقيقة القضائية قد طابقت الحقيقة الواقعية إلا أن الحكم القضائي قد يشوبه عيب جسيم يؤدي إلى إلغائه ويعدمه الترجيح به وفيما يلي بيان للأسباب التي تؤدي إلى نقض الحكم.

(1) الاشباه والنظائر، ابن نجيم، ج1، ص92.

(2) مجموعة القضاء الشرعي الجامعة لغالب كل شرط مرعي، بونمي، ص176.

(3) تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج1، ص124، وكشاف القناع، البهوتي، ج 6، ص323،

(4) جواهر العقود، الأسيوطي، ج2، ص302.

أولاً: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في القانون اليمني

الفقرة الأولى: نقض الحكم القضائي في القانون اليمني

نص القانون اليمني على أسباب تستوجب نقض الحكم القضائي وهي كما يلي[1]:

الحالة الأولى: إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيًا على مخالفة الشرع والقانون، أو خطأ في تطبيق أي منهما، أو تأويله، أو لم يبين الأساس الذي بني عليه.

الحالة الثانية: إذا وقع بطلان في الحكم، أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو كان منطوق الحكم مناقضًا بعضه لبعض.

الحالة الثالثة: إذا حكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه.

الحالة الرابعة: إذا تعارض حكمان نهائيان في دعويين اتحد فيهما الخصوم والموضوع والسبب. وبهذا يتضح: أن ما تم ذكره من أسباب لنقض الحكم القضائي لا تخرج في مضمونها عما أورده فقهاء المذاهب مع إضافة لبعض الأمور الإجرائية، وأنَّ هذه الأسباب تفقد الحكم حجيته وتعرضه للبطلان، ومتى ما بطلت الحكم القضائي فإنه لا يكون مرجحاً.

الفقرة الثانية: الترجيح بالصحة والموجب في القانون اليمني

لم يتعرض القانون اليمني للترجيح بين الحكم بالصحة والموجب، وإنما نص على أن تعارض الأحكام القضائية المتحدة في الأطراف والموضوع والسبب يجعلها قابلة للطعن بالنقض[2].

ثانياً: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في القانون المغربي

الفقرة الأولى: نقض الحكم القضائي في القانون المغربي

نص قانون المسطرة المدنية على ما يلي: يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على محكمة النقض مبنية على أحد الأسباب الآتية[3]:

---

(1) قانون المرافعات اليمني، المادة: (292).

(2) المصدر السابق، المادة: (292)، الفقرة: (4).

(3) قانون المسطرة المدنية، الفصل: (359).

السبب الأول: خرق القانون الداخلي، والسبب الثاني: خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف، والسبب الثالث: عدم الاختصاص، والسبب الرابع: الشطط في استعمال السلطة، والسبب الخامس: عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل.

وبهذا يتضح: أن أسباب نقض الحكم مرتكزة على انعدام الأساس القانوني للحكم سواءً من حيث الموضوع أو الإجراءات.

الفقرة الثانية: الترجيح بالصحة والموجب في القانون المغربي

لم ينص القانون المغربي على الترجيح بين الحكم بالصحة والموجب وإنما نص على تعارض الأحكام القضائية فنص قانون المسطرة المدنية على ما يلي[1]:

يمكن لمحكمة النقض –في حالة تناقض بين أحكام أو قرارات غير قابلة للطعن صادرة عن محاكم أو محاكم استيناف مختلفة بعد تقديم المقال إليها وفقًا للإجراءات المنصوص عليها في الفصل: (354) أنَّه تبطل عند الاقتضاء دون إحالة أحد الأحكام المقدمة إليها.

فتبين من نص القانون أنه عند تعارض القرارات القضائية يحق لمحكمة النقض أن تبطل أحد الأحكام المقدمة إليها، وهذا الإبطال هو إعمال لأحد الحكمين وإلغاء للآخر، وهو نوع من الترجيح بين الأحكام القضائية، ولكن دون فرق بين نوعية الأحكام.

وبهذا يتبين أن الحكم القضائي قد يعرض للإبطال في الفقه أو القانون وذلك إذا وجد خطأ جسيم كمخالفته لقطعيات الشرعية، أو وجود خطأ إجرائي جسيم، وأنَّه عند إبطال الحكم القضائي فإنَّه لا يعد قرينة يقوي حجة من صدر الحكم لصالحه، وأنه عند تعارض الأحكام القضائية فإنه يحق لمحكمة النقض ترجيح أحد الحكمين على الآخر، وأنَّ الترجيح بالحكم القضائي في القانونين محل الدراسة يكاد يكون غائبًا كون القانونان قد قننا الدفع بسبق الفصل في الدعوى.

(1) قانون المسطرة المدنية،الفصل: (390).

الفصل الثاني:

الترجيح بقرينة الوسائل العلمية المعاصرة وقرينة القيافة والقسامة واستعمال القرعة والقسمة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

توطئة

الخصومة القضائية لا تقتصر على الملكية بل تمتد إلى التنازع حول النسب وتتعارض فيه الأدلة القضائية ما بين مثبتٍ له ومنفٍ، ويتجاذب ذلك قرائن اجتهادية ووسائل علمية وتتفاوت قوةً وضعفاً، وإلى جانب ذلك توجد قرائن شرعية كقرينة الولد للفراش، وهذه قد تتعارض مع أدلة إثبات النسب، وأحياناً تتعارض مع قرائن أخرى وهنا يستلزم الترجيح بين هذه القرائن، وهذا التعارض يستدعي بيان الأصول الشرعية لإزالته، ودور وسيلة القيافة وما أشبهها في إزالة التعارض بين الأدلة، وإلى جانب القيافة توجد قرينة القسامة تخص الجانب الجنائي وهي قرينة في بابها على نسبة الفعل الجنائي لمن أقسموا عليه، وهي قد تتعارض مع أدلة جنائية أقوى منها، وقد تتعارض مع وسائل علمية حديثة قريبة منها، وكل هذا التعارض يستدعي الموازنة والمواءمة، أو المفاضلة والترجيح، إلا أن القاضي أثناء السير في الخصومة القضائية قد يتعذر عليه الترجيح وهنا يلجأ إلى القرعة أو قسمة الشيء المتنازع عليه وذلك من باب إعمال الأدلة القضائية، وفي هذا كله يكون لليمين أثر عند استعمال الأدلة الترجيح، وسنوضح ذلك بالتفصيل فيما يلي:

المبحث الأول: الترجيح بالقرائن العلمية المعاصرة والقيافة والقسامة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

شهدت الحياة المعاصرة تقدمًا تقنيًا هائلاً في جميع مجالات الحياة، ومنها ظهور وسائل علمية في مجال الإثبات القضائي، والتي ساهمت إلى حد كبير في حل إشكاليات كثيرة، كانت بمثابة حجر عثرة أمام تحقيق العدالة، فقد كان لها الدور الفعّال في اكتشاف الجرائم وتعقب مرتكبيها، وتعد بمثابة أدلة قضائية، إلَّا أنَّ هذه الوسائل العلمية الحديثة لم تكن في درجة واحدة من حيث إفادتها للإثبات، فمنها ما هو قطعي في إفادته للمدلول؛ لبنائه على نظريات سليمة، وقواعد علمية، وأسس فنية، تؤدي إلى دقة النتائج، وقلة الاحتمالات الواردة عليها، ومنها ما هو غير قطعي في دلالته، لعدم دقة النتائج التي تؤدي إليها، وتختلف قوتها من باب إلى آخر، ففي باب النسب تعد قرينة قوية في الإثبات وتضعف في النفي، حالها في ذلك حال القيافة المبنية على اجتهادات وخبرة تقليدية تعتمد على الظواهر والأشباه، وقد تخطئ، وقد تصيب، إلَّا أنَّ الشارع تشوف لإثبات الأنساب، فهي في باب النسب أقوى دلالة، ولا يعتد بها في باب النفي، كون طرقه محصورة، وحالاته ضيقة تكمن في الإقرار، واللعان.

وتعدُّ الوسائل العلمية في باب الجنايات من قبيل اللوث، والذي تحكمه قرينة أخرى هي الإثبات بالقسامة، والتي جاءت على خلاف القاعة العامة سواءً من حيث مخالفتها لقاعدة: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، أو مخالفتها في العدد، والقسامة قد تتعارض مع أدلة الإثبات، وقد تتعارض مع الوسائل العلمية الحديثة، وهذا التعارض يستوجب الترجيح عند تعذر الجمع، لذا قسمت الحديث في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الترجيح بين الوسائل العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

ينبني جزءٌ من الوسائل العلمية الحديثة جزء على قاعدة مستقرة غير منخرمة، ونوع آخر من الوسائل منخرم غير ثابت على قاعدة مستقرة، وثبات الوسيلة العلمية على قاعدة مستقرة ناتج عن الدراسات العلمية التي أحاطت بها، والتي بلغت بها حدّ اليقين في الإثبات، وقد

تتعارض هذه الوسائل العلمية الحديثة فيما بينها، وقد تتعارض مع وسائل الإثبات المنصوص عليها عند الفقهاء، وهذا التعارض قد يتعذر معه الجمع، وهنا يتعين على القاضي الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة فيما بينها، أو بينها وبين غيرها، مع مراعاة أنَّ هذه الوسائل العلمية هي من قبيل القرائن، وأنها تختلف قوةً وضعفًا، وبيان ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: ترجيح الوسيلة العلمية الحديثة التي لا تنخرم قاعدتها على الوسيلة العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها

لا تخرج وسائل الإثبات العلمية المعاصرة في تكيفيها باعتبارها قرائن، وهذه القرائن تختلف قوةً وضعفًا بحسب ما يصاحبها من أمور تضفي لها الثقة، وتم الاصطلاح على هذه القرائن بمصطلح الأدلة العلمية كونها قائمةً على دراساتٍ وأبحاثٍ ميدانيةٍ وأسس علمية، وتتعدد مجالات إعمال الوسائل العلمية الحديثة، فقد يكون إعمالها في الأنساب، وقد يكون مجال إعمالها في الجنايات وغير ذلك، إلَّا أنَّ مجالها الخصب في الجانب الجنائي الذي يحتاج في جانبه الإثباتي إلى نوعين من الأدلة: أدلة وقوع، وأدلة إسناد، فلا تكفي أدلة وقوع جريمة القتل، أو السرقة، أو خيانة الأمانة، أو الاحتيال، بل لا بد مع ذلك من توافر دليل إسناد هذه الوقائع وغيرها إلى فاعل محدد، والوسائل العلمية الحديثة منها ما يدل على وقوع الجريمة، ومنها ما يدل على وقوعها ونسبتها لواحد بعينه، وتَفاوتُ هذه الوسائلِ من حيث دلالتها، وقوتها، وضعفها، يرجع إلى مدى نسبتها لمن ارتكب الفعل الإجرامي، فكلَّما دلت على الجاني كلَّما كانت قوية، وعند تعددت الاحتمالات في دلالتها على الجاني كلما دل على ضعفها، لذا سيكون الحديث على النحو الآتي:

أولا: ماهية الوسائل العلمية الحديثة التي لا تنخرم قاعدتها

الوسائل العلمية التي لا تنخرم قاعدتها هي: تلك الأدلة التي ينعقد بها الجزم واليقين لدى القاضي لا الظن والاحتمال، ولا تحتاج إلى تعزيزها بأدلة أخرى.

فالوسائل العلمية التي تكون نتائجها دقيقة في مجال في الإثبات القضائي كثيرة لذا سيقتصر الحديث عن الوسائل العلمية الأكثر شيوعًا وهي البصمة الوراثية، وتحليل فصائل الدم، والتحليل الكيميائي للدم، وبصمات الأصابع، وتوضيح ذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: البصمة الوراثية

التقدم العلمي الحديث أدى إلى اكتشاف علمي عجيب، وهو ما يسمى بالبصمة الوراثية الموجودة في جينات جميع الحيوانات كان لها أثرها الفعّال في مجال الإثبات، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أ-تعريف البصمة الوراثية

لغة: البَصْمة الجينيَّة: (حي) تحليل من (DNA) لعيِّنات أنسجة أو سوائل الجسم؛ للتعرُّف على الأفراد[1].

اصطلاحًا: هي "تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزءٍ أو أجزاءٍ من حمض الدنا المتمركز في نواة، أي خلية من خلايا جسمية، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين، كل سلسلة بها تدريج على شكل خطوط عرضية، أي مسلسلة وفقًا لتسلسل القواعد الأمينية على حمض الدنا، وهي خاصة لكل إنسانٍ تميزه عن الآخر في الترتيب، وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية. تمثل إحدى السلستين الصفات الوراثية من الأب -صاحب الماء- وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم "صاحب البويضة"[2].

ب- حجية البصمة الوراثية في الإثبات

اختلف الفقهاء المعاصرون في حجية البصمة الوراثية أو ما يسمى بحمض الدنا على قولين.

---

(1) معجم اللغة العربية المعاصر، أحمد مختار، ج1، ص214.

(2) البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، سعدالدين مسعد الهلال، مكتبة وهبة، ط1، القاهرة، 1431هـ-2010م، ص35.

القول الأول: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، ومنهم الدكتور على الكعبي إلى اعتبار حمض الدنا قرينة قوية لا تُقدم على أي دليل شرعي نهائيا، ولا يقام بها الحكم على استقلال مالم تدعمها بينات أخرى، وعدم اعتبارها قرينة قطعية للأسباب التي قللّت من أهمية البصمة الوراثية عند أهل القضاء، واستدل على ذلك بما يلي:

-إن البصمة الوراثية غير مؤثرة في نفسية القاضي إلا بشكل بسيط مما يجعله يتردد في الأخذ بها كدليل قاطع، وبالتالي يتضارب وجدان وضمير القاضي بين القطع والشك في صحتها، بخلاف أدلة الشرع الأخرى كالإقرار والشهادة فهي مؤثر في نفسية القاضي ويقينية في ذاتها، بدليل أن الرسول -ﷺ- أقام بها حدودا كقوله -ﷺ- «واغدو يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[1]، وجاءت الأدلة الآمرة بعدم كتمان الشهادة، قال تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾[2]، ورفض سماع الشهادة نوع من الكتمان.

-إنَّ الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن الظروف أهدرت قيمتها، فالبصمة الوراثية الأصل في نتائجها قطعية ويقينية غير أنَّ الظروف المحيطة بها من عاملين، أو أجهزة، أو ظروف جوية من حيث الناقلون للعينة وكيفية الحصول على النتيجة النهائية والقائمة على الخلط والمزج بين بعض السوائل لتحضير البصمة الوراثية كل ذلك أهدر من قيمتها عند أهل القضاء[3].

القول الثاني: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين ومنهم سعدالدين الهلالي إلى اعتبار البصمة الوراثية قرينة قاطعة بنسبة: (100%)، وعلل رأيه بما يلي:

---

(1) صحيح البخاري، كِتَابُ الحُدُودِ، بَابُ الِاعْتِرَافِ بِالزِّنَا، حديث: (6827)، وصحيح مسلم، كِتَابُ الْحُدُودِ، بَابُ مَنِ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَى، حديث: (1692).

(2) سورة البقرة، الآية: 283.

(3) البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، خليفة علي الكعبي، دار النفائس، ط1، الأردن، 1426هـ-2006م، ص301، 302، 306.

-إنَّ البصمة الوراثية حدث علمي جديد، تدل باليقين على صاحب الأثر المتروك في ساحة الجريمة، ولكن ليس بالتأكيد أنَّ صاحب هذا الأثر هو الجاني، فربما تصادف وجوده لحظة ارتكابها دون أن يكون هو الفاعل أو المشارك، ولذا نرى المحاكم الأوروبية والأمريكية تأخذ بالبصمة الوراثية للتعرف على المتهمين، ليست على أنَّها الدليل وإنما هي قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك في جرائم السرقة والقتل والاغتصاب والجرائم الجنسية، وليس هناك ما يمنع في فقهنا الإسلامي من الاعتماد على البصمة الوراثية قرينة نفي، أو اثبات تعتمد الأثار البشرية كالدم واللعاب والشعر ونحوها، بل وفي الأخذ بها مزيد من الضمانات للمتهمين، وتقليلا للسلطة التقديرية في يد القضاء[1].

الرأي الراجح أنَّ البصمة الوراثية تعدُّ قرينة من القرائن القوية في مجال النسب والجنايات، وهي في ذلك كله تخضع لسلطة القاضي التقديرية.

ج- مجالات استعمال البصمة الوراثية

البصمة الوراثية لها دور في أسلوب الترجيح بين الأدلة الشرعية الظنية والحقائق العلمية القطعية في حال التعارض، إذ ينبني التعامل مع هذا التعارض كالتعامل بين الأدلة الشرعية فيما إذا اختلفت أو تعارضت فيما بينها، فيقدم القطعي على الظني لفك هذا الخلاف[2].

فتستعمل البصمة الوراثية في حالة تعارض البينتين، أو المستلحقين للولد الذين لا بينة لهما، أو لهما بينة لكنهما متفقتان في البينة فإن الفاصل في هذه الحالة هو البصمة الوراثية[3].

يقول محمد الأشقر: "إنه لن يكون مقبولاً شرعًا استخدام الهندسة الوراثية، والبصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعي صحيح من الطرق التي تقدم بيانها، ولكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات، أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح، كحالة الشخص

(1) البصمة الوراثية، سعدالدين الهلالي، ص274.

(2) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته "دراسة فقهية تحليليه"، سفيان بن عمر بورقعة، كنوز اشبيليا، ط1، المملكة العربية السعودية، 1428هـ- 2007م، ص366.

(3) البصمة الوراثية، الكعبي، ص313.

المجهول النسب إن ادعاه اثنان فأكثر، وكحالة مجهول النسب إن ادعى هو أنَّه ابن فلان، أو فلان من الناس وأراد الأب المقر له أو ورثته التأكد من صحة ذلك"[1].

الرأي الراجح: أنَّ البصمة الوراثية لها حجيتها في مجال تميز المشتبه بهم من المواليد والأطفال والجثث أثناء التفحم، وفي مجال الجرائم التعزيرية، ولا يثبت بها قصاصٌ ولا حدٌ؛ لأنَّ الشرع المطهر ضيق الإثبات في جانب القصاص والحدود فلا بد فيهما من إقرار صريح لا لبس فيه ولا غموض ناتج عن إرادة حرة، أو الشهادة، وأن هذه الحجية لها قوتها الدليلية عند التعارض، كذا مجالها في الإثبات والنفي ويختلف من باب إلى آخر.

الفقرة الثانية: تحليل فصائل الدم

يعد تحليل فصائل دم الإنسان من القرائن التي يثبت بها النسب، ولكن قد تتعارض هذه القرينة مع قرائن أخرى من جنسها أو من غير جنسها، وهذا التعارض عند تعذر الجمع يتعين الترجيح وبيان ذلك فيما يلي:

أ – تعريف فصائل الدم

تعني فصائل الدم أخذ عينات دموية من كل من الرجل والمرأة والطفل وتدرس فصائلهم الدموية[2]، تستخدم الفصائل الدموية في الطب الشرعي لتقديم حقيقة مادية لرجال القضاء وخاصة في مجال الاستعراف على هوية المجرمين[3]، فلا يمكن لأبناء أن يحصلوا على فصائل دموية من أبوين لا يملكانها، فلو فرضنا أن فصيلة دم الأم هي (N) وفصيلة الأب أيضا (N) –فلا يمكن لأبنائهما أن يكونوا من ذوي فصيلة– (M) أو(N) وإنما وجوبا يكونوا من ذوي الفصيلة (N)[4].

---

(1) أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، محمد سليمان مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2001م ، ص262، نقلًا عن النسب، بورقعة، ص346.

(2) المرجع السابق، ص15.

(3) فصائل الدم بين الطب والقضاء، ممدوح يوسف الجاسم، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، ط1، طرابلس– ليبيا، 1982م، ص13، 14.

(4) المصدر السابق نفسه، ص13، 14.

ب- حجيته في الإثبات

تحليل فصائل الدم له حجيته في إثبات النسب والتميز عند الاشتباه، وذهب الدكتور عبدالكريم زيدان -رحمه الله- إلى جواز الاعتماد على تشابه فصيلة الدم في كل من الولد المتنازع في نسبه، واستدل على جواز ذلك أنه إذا كان من الثابت طبياً أن دم الولد يشبه دم أبيه وأمه أو أحدهما، فهذه قرينة معتبرة لإثبات نسب الولد بناءً عليها، وإلحاقه بالرجل باعتباره أباه أو بالمرأة باعتبارها أمه بناءً على تشابه الدم(1)، فالفحوصات المخبرية والتي منها فصيلة الدم هي غاية في الدقة فهي تكشف في مجال إثبات البنوة(2)، وبهذا يتبين بأن تحليل فصائل الدم ذو حجية في إثبات النسب لتوفره على قرينة التشابه بين الفصائل الدموية.

الفقرة الثالثة: التحليل الكيميائي للدم

أ- التحليل الكيميائي للدم

التحليل الكيميائي للدم هو تحليل البقع الدموية الموجودة على جسم المجني عليه، أو المشتبه به ومعرفة مدى مطابقتها للضحية أو المتهمين.

ب- حجيته في الإثبات

من القرائن وجود آثار الجريمة جانب الجاني، كأن تكون عملية القتل تمت بِمُحَدَدٍ، وتلطخ ثياب القاتل بالدم، أو غير ذلك. ونظرًا لتقدم العلوم في هذا الزمان يمكن إجراء التحليل الكيميائي للدم ومعرفة نوع كل من دم القتيل والدم الموجود على هذه الثياب محل الاشتباه، فإن كان النوع واحداً، وسواءً كان ذلك حال تواجد القاتل بمكان القتل، أو بعد فراره إلى مكان آخر وتتبع من الناس، وتم القبض عليه في هذه الحالة كان ذلك قرينة قوية على قيام ذلك الشخص بالجناية وذلك أقوى من الحالة التي ذكروها في اللوث بالقسامة(3).

(1) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، زيدان، ج9، ص414.

(2) فقه الممكن، السويد، ص298.

(3) القاضي والبينة، عبد الحسيب عبدالسلام، ص469، وأصول الإثبات فقهاً وقانوناً، بسيوني، ص40.

الفقرة الرابعة: بصمات الأصابع

أ- تعريفها:

-البصمة لغة: "بَصْمَة [مفرد]: ج بَصَمات وبَصْمات: أثر الإصبع في شيء ما، أثر الختم بالإصبع "تُطلب من الأمّيين بَصماتهم على العقود وغيرها- طابق البَصَمات ترَكَ بَصَماته: كان له أثر"[1].

-البصمة في الاصطلاح هي: علامة تُرسم على قماش أو ورق ونحوهما[2].

فالبصمات: عبارة عن خطوط بارزة دقيقة، يتخللها فراغ، وتوجد فوق باطن اليد، وأطراف الأكف، والأصابع، وباطن القدم[3].

ب- حكمها:

من القرائن بصمات الأصابع: فلقد أدى تقدم العلوم إلى أن اكتشف الإنسان بأن بصمات الشخصين لا تتطابق مهما كانت درجة القرابة بينهما- قدرة الله الذي خلق كل شيء فقدره تقديرًا- فمن وجدت بصماته في مكان الجريمة كان ذلك لوثًا على وجوده في الحادثة أو اشتراكه فيها، فإذا كانت الحادثة زنًا أو سرقة انضمت إليهما قرينة أخرى تقويها وهي مجيء المتهم- خفية، فإذا انضمت إلى ذلك معرفة الناس للمتهم باعتياده ارتكاب إحدى الجريمتين وشاع في الناس خبره، قويت هذه القرينة ولا يشك أحدٌ بعد ذلك في ارتكاب المدعى عليه لهذه الجريمة مع وجود هذه القرائن، وإذا كانت الحادثة قتلاً أو محاولته، ووجدت في زمان الحادثة المناسب ومكانها بصمات المدعى عليه- مع قرينة العداوة بين المدعى عليه والقتيل عداوة تؤدي إلى القتل- كان وجود البصمات من أقوى القرائن الدالة على اقتراف المدعى عليه الجريمة منفرداً أو مشترِكاً[4]، فيجب العمل بقرينة البصمة، إذا لم تعارض بشهادة الشهود، أو قرائن أخرى

(1) معجم اللغة العربية المعاصر، أحمد مختار، ج1، ص214.

(2) المصدر السابق، ج1، ص214.

(3) القرائن، دبور، ص205.

(4) القاضي والبينة، عبد الحسيب عبدالسلام، ص470.

أقوى منها، أمَّا أنَّه يجب العمل بها؛ فلأنَّها مبنية على أسس علمية صحيحة، وأمَّا أنَّه لا يجب العمل بها عند وجود شهادة أو قرائن أخرى تعارضها؛ فلأنَّه ليس بلازم أن يكون صاحب البصمة هو المرتكب للجريمة[1]، فهي دليل تنهض حجيتها إلى عدم إثبات العكس[2].

يتضح مما سبق: أنَّ الوسائل العلمية المذكورة سلفًا لها حجيتها في الإثبات لقيامها على أسس علمية أدت إلى دقة النتائج وسلامتها من الاحتمالات أو المؤثرات.

ثانيا: ماهية الوسائل العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها.

الوسائل العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها هي: تلك الأدلة العلمية التي ترجع الى عدم قدرة النظريات العلمية التي تقوم عليها تلك الأجهزة على إبراز عناصر المضاهاة الفردية والثابته والتي لا يحتمل تكرارها في شخصين بأي حال[3].

اكتشف العلم الحديث وسائل علمية في مجال الإثبات ذات دلالة متفاوتة ومختلفة على ثبوت الواقعة، ونسبتها للمدعى عليه، سنذكر منها، التصوير المرئي، والتسجيل الصوتي، الكلاب البوليسية، جهاز كشف الكذب، التنويم المغناطيسي، لكون هذه الوسائل العلمية أضحت تزاحم الأدلة المعروفة في الفقه الإسلامي، وتوضيح ذلك فيما يلي.

الفقرة الأولى: التصوير المرئي

عند طرح النزاع أمام القضاء قد يستدل المجني عليه، أو الادعاء العام على ثبوت الواقعة الاجرامية بالتصوير المرئي، فما مدى حجية ذلك في الإثبات وكيف يتم الترجيح عند التعارض بينها وبين بقية الوسائل العلمية؟ وهذا التساؤل يطرح جملة من القضايا، نوضحها فيما يلي:

(1) القرائن، دبور، ص208.

(2) أصول الإثبات شرعاً وقانوناً، بسيوني، ص40.

(3) الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، بوادي، ص48، 109.

أ-تعريف التصوير المرئي

التصوير المرئي هو: تسجيل لجريمة أو حدث معين تسجيلا متحركا على مادة الكترونية قابلة لحفظ التصوير، بحيث يمكن إعادة مشاهدته أكثر من مرة بما يسهم في إثبات الجريمة، أو نفيها عن المتهم أو المتهمين[1].

ب- حجية التصوير المرئي

دلالة الصورة على من أسندت اليه أحيانًا تكون دلالتها واهية ومزورة، خصوصًا إذا تم التقاط صورة لشخص ما، وتم التقاط صورة أخرى لمكان وتم دبلجتهما، وتكون من جراء ذلك أنْ أسند لهذا الشخص قيامه بأفعال محظورة فهذه الاحتمالات تقلل من حجية الصورة، ولكن لا تضعفها الى حد ما، فهي تختلف باختلاف الوقائع والأماكن والمحلات فقد توضع كاميرات التصوير في الأسواق الكبيرة والمتاجر والمنشئات الحكومية، والدوائر الرسمية، والنقاط الأمنية؛ بغية الضبط لأي اختلال، أو تصرفات والإثبات بها أمام القضاء إذا استدعى ذلك المقام، فهنا يخضع الأمر لسلطة القاضي التقديرية فقد يستعين بخبراء لفحص التصوير، وما إذا كانت قد تدخلت فيه عوامل أخرى تقلل من قيمته في الوثوق به فقد يقوى عنده الإثبات بها، وقد يضعف فهو مجرد قرينة تختلف قوة وضعفًا حسب ما يقارنها من قرائن أخرى تساندها، ويظهر ذلك عند معارضتها لبقية الوسائل المضادة لها أثناء النزاع، إلَّا إهدارها وعدم التعويل عليها لا بد أنْ يُعلل، خصوصًا عند تقارب زمن الفعل الجنائي وعرض التصوير على المتهم من قبل السلطات الضبطية، فإنّ التصوير على كل حال يعدُّ قرينة، وباعتباره قرينة فإنَّه قد يتعارض مع غيره من الأدلة القضائية.

الفقرة الثانية: التسجيل الصوتي

أثناء التقاضي قد يعجز المدعي من إثبات دعواه بأدلة الإثبات المباشرة فيستدل بإقرار صوتي للمدعى عليه، صدر منه أثناء الحديث معه، أو بناء على تسجيل مكالمة هاتفية وذلك

(1) التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة في ضوء التشريعات واجتهادات الفقه والقضاء، عمار عباس الحسيني، المركز العربي، ط1، مصر، 1483هـ- 2017م، ص25.

لغرض توثيق الفعل الذي صدر من المدعى عليه، كقذف، أو سب وغيرهما، فما مدى حجية التسجيل الصوتي في الإثبات؟

أ – التسجيل الصوتي

التسجيل الصوتي هو: حفظ الصوت على مادة الكترونية مخصصة لحفظ الأصوات لإعادة سماعها.

ب– حجية التسجيل الصوتي في الإثبات

الأصل أن التجسس منهيٌّ عنه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجَسَّسُوا﴾[1]، ولكن نص الفقهاء على جواز أن يتجسس المحتسب إذا كان هناك حرمة يفوت استدراكها قال الماوردي: "فإن غلب على الظن استسرار قوم بها لأمارات دلت، وآثار ظهرت، فذلك ضربان: أحدهما: أن يكون ذلك في انتهاك حرمة يفوت استدراكها، مثل: أن يخبره من يثق بصدقه أن رجلًا خلا بامرأة ليزني بها، أو برجل ليقتله، فيجوز له في مثل هذه الحالة أن يتجسَّس ويقدم على الكشف والبحث، حذرًا من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم، وارتكاب المحظورات، وهكذا لو عرف ذلك من المتطوعة جاز لهم الإقدام على الكشف، والبحث في ذلك، والإنكار[2].

وفي حاشية الجمل: وليس لأحدٍ البحث والتجسس، واقتحام الدور بالظنون، نعم إن غلب على ظنه وقوع معصية، ولو بقرينة ظاهرة، كإخبار ثقة، جاز له ووجب عليه التجسس إن فات تداركها كقتل وزنا، وإلا فلا[3].

يتضح من نصوص الفقهاء جواز التجسس إذا كان هناك منكر يتعذر استدراكه إلَّا به، وهذا يعني جواز سماع الأحاديث الخاصة، وإذا كان ذلك جائزًا في الكلام المباشر، فما مدى حجية ذلك في الإثبات؟

---

(1) سورة الحجرات، الآية: 12.

(2) الأحكام السلطانية، الماوردي، ص366.

(3) حاشية الجمل، سليمان الجمل، ج5، ص182، 183.

قد يتعرض التسجيل الصوتي للتزييف والتزوير والتلاعب والإضافة والزيادة والنقصان، لوجود التشابه في الأصوات وإمكانية تقليدها أو محاكاتها[1]، وهذه أمر تقلل من حجيته ولكن تبقى حجيته مرهونة بتوافر شرطين، وحتى يكون للتسجيل حجية فإنه يلزم توافر شرطين[2]:

الشرط الأول: أن يكون النقل بواسطة جهاز التسجيل نقلاً أميناً يطابق الواقع، خالياً عن عيوب التداخل التي تطمس عناصره وخصائصه، أو عيوب التشويش التي تؤثر على وضوح مضمونه وتفاصيله.

الشرط الثاني: ألاّ يتعرض التسجيل بعد نقل الصوت على الشريط إلى عوامل، أو مؤثرات مفتعلة باستبدال، أو تغير، أو حذف، أو إضافة، أو نقل لإعطاء مضمونه، أو عناصره الذاتية دلالات لا تمثل الحقيقة.

وبغير توافر هذين الشرطين يظل التسجيل الصوتي قرينة ضعيفة غير كافية للإثبات تحتاج إلى أدلة أخرى تساندها وتقويها وتعضدها، ويظهر ذلك جليا عند التعارض بينه وبين الوسائل الأخرى، والترجيح بينهما.

الفقرة الثالثة: الكلاب البوليسية

أ-مدى استعانة أجهزة الأمن بالكلاب البوليسية المدربة

قد يستعان في الكشف عن الجريمة والتعرف على مرتكبها، نتيجة لما يتميز به الكلب عن غيره من سائر الحيوانات بقوة حاسة الشم ودقة حاسة السمع، وقد ذهب البعض على أن حاسة الشم عند الكلب تفوق حاسة الشم عند بنسبة: (200%)، وبالطبع فإنَّ هذه النسبة تختلف من كلب لآخر، فهل إذا رفقت سلطة التحقيقات بملف القضية تقريرًا أرفقته الجهات الأمنية بواقعة تتضمن اسناد التهمة إلى المتهم بناء على استعراف الكلب البوليسي[3]، فما

(1) فقه الأدلة القضائية ومستجداتها دراسة فقهية مقارنة، محمد زكريا محمود صاري الشافعي، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة بيروت الإسلامية بكلية الشريعة، 1438هـ- 2016م، ص621.

(2) الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، حسنين المحمدي بوادي، منشأة المعارف، بدون ط، الإسكندرية، 2008م، ص67، 68.

(3) أدلة الاثبات في الفقه الإسلامي، الفراج، ص29.

مدى حجية التقرير المرفق من سلطات التحقيق والمتضمن إسناد التهمة إلى المتهم بناءً على استعراف الكلب البوليسي؟ وما مدى قوته الإثباتية عند تعارضه مع غيره من القرائن؟

ب–قيمة الدليل الذي يقدمه الكلب البوليسي في الإثبات الجنائي

مع التسليم بما للكلاب لبوليسية من مقدرة فائقة على التعرف على المجرمين إلَّا إنَّه لا يمكن الاستناد إلى تعرف الكلب المعلم البوليسي في إدانة المتهم أو تبرئته.

فالدليل الذي يقدمه الكلب يعد قرينة ضعيفة لا يصح التعويل عليها وحدها، بل لا بد من دعمها بقرائن أخرى، وذلك للأسباب التالية[1]:

السبب الأول: إنَّ الأساس العلمي الذي بنيت عليه الاستعانة بالكلاب البوليسية يعتمد على الرائحة وهذه الرائحة –وإن ثبت أنها تختلف من شخص لآخر من حيث طبيعة خروجها من الجسم دون تدخل–إلَّا أنَّ الروائح قد تتشابه وذلك نتيجة لفعل الإنسان بتناوله مشروب.

السبب الثاني: إنَّ اعتماد الكلب على مقارنة الرائحتين: الرائحة المعثور عليها في مكان الجريمة، والرائحة المنبعثة من المشتبه فيه بناء على الظن والتخمين لتشابه الروائح عليه.

السبب الثالث: إنَّ الكلب البوليسي لا يناقش بمعنى أنَّ المحكمة لا يمكنها مناقشة الدليل الذي يقدمه فلماذا وقف الكلب عند هذا دون ذاك؟

فتعرف الكلب البوليسي قرينة لا يصح التعويل عليها وحدها في الإدانة، بل لا بد من دعمها بقرائن أخرى، إذ من المحتمل أن يكون الكلب غير مدرب التدريب الكافي، وقد ينسى الرائحة المعطاة له ليستعين بها على التعرف على الجاني[2].

فاستعراف الكلب مبني على دراسة وتجربة وخبرة وبحوث ميدانية إلَّا أن النتيجة التي يتوصل بها الكلب البوليسي تعتريها عدة احتمالات تقلّل من قوتها، وتوهن من حجيتها خصوصًا

(1) القضاء بالقرائن المعاصرة، عجلان، ج2، ص702، 704.

(2) القرائن، دبور، ص218.

الاحتمالات الواردة في النتيجة التي توصل إليها، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، وهذا الضعف في الحجية يؤثر فيه التعارض بينه وبين بقية القرائن الأخرى.

الفقرة الرابعة: جهاز كشف الكذب

أ-ماهية جهاز كشف الكذب.

مع تطور التكنولوجيا أفررت الحياة المعاصرة جهازًا تستعمله السلطات الأمنية في انتزاع الإقرار من المتهمين بناءً على مؤثرات نفسيةٍ.

ب-حجية جهاز كشف الكذب في الإثبات

اعتراف المتهم أثناء استعمال هذا الجهاز لا يؤاخذ به؛ لأنَّ القيمة العلمية لاستخدامه غير محققة، ولتأثيرها على إرادته وفضلاً عن ذلك فإنَّه لا يمكن الاعتماد على نتيجة وتحليل ما توصل إليه الخبراء من استعمال هذا الجهاز؛ لأنَّ ما توصلوا إليه هو من قبيل الظن والتخمين، وذلك جورٌ واستبدادٌ[1]، ولكن يظل ما ينتج عن استخدام جهاز كشف الكذب قرينة لكنها ضعيفة جدًا.

الفقرة الخامسة: التنويم المغناطيسي

أ- التنويم المغناطيسي

التنويم المغناطيسي هو: عبارة عن طريقة سيكولوجية خاصة فيها يكون الشخص في حالة سهو عن الواقع الخارجي المحيط به، ولا يكون لإرادته سيادة المواقف، وتبدأ تظهر قدرات جديدة من تأثير الروح على الجسم، أو العمل على مستوى اللاشعور[2].

ب- حجيته في الإثبات

يقول المتخصصون في هذا المجال، إنَّ التنويم المغناطيسي لم يصل بعد إلى الدرجة الكافية من الثقة العلمية، حيث أثبتت التجارب التي أجريت في مجال التنويم المغناطيسي، أن

(1) أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، فراج، ص298.

(2) التنويم المغناطيسي، نبيل إبراهيم غالي، دار الأمين، ط1، القاهرة- مصر، 1417هـ- 1997م، ص123.

نتائجه في أغلب الأحيان غير مؤكدة؛ وذلك لأنَّه لا يمكن تنويم كل شخص بنفس الدرجة التي ينام بها شخص آخر[1].

وما دام أن هذه الوسيلة لا زلت درجته الثقة العلمية فيها غير كافية، فإن حجيتها تكون ضعيفةً بل منعدمة؛ لأنَّ الإرادة والاختيار هما عماد الإقرار فإذا زال هذان العنصرين أهدر الإقرار.

الفرع الثاني: معايير الترجيح بين وسائل الإثبات العلمية المعاصرة

الترجيح بين الوسائل المعاصرة قائم على معيارين، أحدهما درجة الوثوق بالوسيلة العلمية المعاصرة، والأخر مدى قابلية الوسيلة العلمية لتطرق الاحتمالات إليها من عدمها، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

المعيار الأول: الترجيح بناء على درجة الوثوق بالوسيلة العلمية الحديثة.

الوسائل العلمية الحديثة تعدُّ من قبيل القرائن التي تتفاوت قوتها وتتباين درجاتها، والوسيلة العلمية ذات الفصيل الواحد تختلف قوتها من باب إلى آخر، وتفاوتها في القوة ناتج على درجة الوثوق بها في الإثبات، ومن ثم الترجيح عند التعارض، فالوسيلة العلمية الحديثة التي لا تنخرم قاعدتها؛ ترجح على الوسيلة العلمية التي تنخرم قاعدتها، وذلك لعدة أسباب:

السبب الأول: إنَّ قوة الدليل القضائي راجع الى درجة الوثوق التي يتمتع بها هذا الدليل، فكلما ولّدت الوسيلة العلمية الثقة لدى القاضي، كلَّما كانت حجيتها قوية في ذاتها ومترجحة على غيرها عند التعارض.

السبب الثاني: إنَّ الدليل العلمي إذا كان قائمًا على قواعد علمية سليمة، وأسس فنية متينة، وخبرات وتقنية عالية، وخبرة عملية دقيقة كانت قرينة قوية تترجح على غيرها من الوسائل التي قائمة على نظريات مجردة، وافتراضات غير مُعْتمِدة على أسس علمية، فالحمض الجيني، والبصمات، وتحليل الدم، وفحوصات الدم، قائمةُ على قواعد علمية سليمة ثابتة، تتمتع

(1) أدلة الإثبات، فراج، ص301.

بدرجة وثوق بها كبيرة؛ وذلك لدقة النتائج التي توصلت إليها، وهذا بحد ذاته كافٍ لمنحها حجية في الإثبات، وترجيحها على الوسائل العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها والتي قائمة على دراسة علمية إلَّا أنها في النتائج غير دقيقة، ويرجع ذلك إلى عدم قدرة النظريات العلمية التي تقوم عليها تلك الأجهزة على إبراز عناصر المضاهاة الفردية والثابتة والتي لا يحتمل تكرارها في شخصين بأي حال[1].

السبب الثالث: إنَّ الوسائل العلمية التي لا تنخرم قاعدتها تعتبر قرائن كافية بحد ذاتها لا تحتاج إلى أدلة أخرى تعزز من قيمتها أو تساندها، بخلاف الوسائل العلمية التي تنخرم قاعدتها؛ بحاجة الى أدلة أخرى تعزز من قيمتها وتقويها على غيرها.

المعيار الثاني: ترجيح الوسيلة العلمية الحديثة التي لا يتطرق إليها احتمالات على الوسيلة العلمية الحديثة التي يتطرق اليها احتمالات

الوسائل العلمية المعاصرة ليست على درجة واحدة في القوة الإثباتية بل تختلف من وسيلة الى أخرى، وسبب ذلك يرجع إلى قطعية القرينة في الدلالة، أو أنَّ هناك احتمالات تضعف دلالتها عند مقارنتها بغيرها من القرائن، وهذا التفاوت يطرأ على الوسائل التي تنخرم قاعدتها، والوسائل التي لا تنخرم قاعدتها، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: ترجيح الحمض الجيني على غيره من الوسائل

أضحى الحمض الجيني يتصدر الوسائل العلمية المعاصرة وله قوة ثبوتية تفوق جميع القرائن المعاصرة، فالحمض الجيني أوسع دلالة، واحتمال الخطأ فيه نادر لسلامة النتائج المستحصلة من جراء عملية التحليل، وتوضيح ذلك فيما يلي:

أ- ترجيح الفحص الطبي بحمض دنا (DNA) على نتائج الفحوصات المخبرية في تحليل نتائج الدم.

(1) الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، بوادي، ص48، 109.

يبرز دور تحليل الدم في عملية تحديد فصيلة الدم، حيث إنَّ تلك الفصائل قد تكون ذات فائدة كبرى في إنهاء القضية إيجابيا في حالة نفي النسب فقط دون الحاجة الى الفحص الحمض النووي "دنا" أما في حالة توافق الفصائل فلا يمكن إثبات النسب عن طريق الدم لتشابه الفصائل عند كثير من الناس، فهنا يمكن اللجوء الى البصمة الوراثية، فلو كانت بصمة الأب (أ) مثلًا والطفل فصيلته (أ) أيضًا فهناك احتمال بأنه أبوه الحقيقي، ولكن لا نستطيع الجزم بصحة الصفات الوراثية إلَّا بالبصمة الوراثية، والشاهد من هذا أنَّ تحليل الدم قد يكون في نفي النسب فقط، ويبقى دوره في معرفة الفصائل وليس الصفات الوراثية. وأما في البصمة الوراثة فبعد معرفة العدد الحقيقي للكروموسومات في الخلية المخصبة للإنسان "الجنين" ثلاثة وعشرون زوجا من الكروموسومات المتشابهة نصفها من الأب عن طريق الحيوان المنوي ونصفها الآخر من الأم عن طريق البويضة[1]، فالقوة الإثباتية هنا ضعفت أمام حمض دنا فجعلته يترجح عليها عند التعارض.

فوجود زمرة دموية لدى الطفل وغيابها عند كل من أمه والرجل الذي أشار إليه إشارة استفهام، يعني أن هذا الرجل غريب اطلاقًا عن كونه أبًا للطفل المذكور، وبذلك يثبت براءته من التهمة الموجهة إليه. أمّا إذا لم يحصل هذا التناقض لدراسة فصائل الدم للأشخاص الثلاثة فهذا لا يعني أبداً إثبات أبوة الطفل من الرجل المذكور؛ لأنَّ العدد المدروس من فصائل الدم بكاملها الموجودة لدى الجنس البشري[2]، وقواعد استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب إلا بعد تحديد فصائل الدم لوجود تشابه بين الفصائل[3].

(1) البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، الكعبي، ص255، و256.

(2) فصائل الدم بين الطب والقضاء، الجاسم، ص15، 16.

(3) فقه الممكن، السويد، ص300.

ب- ترجيح الفحص الطبي بحمض دنا (DNA) على التحليل الكيميائي للدم وبصمات الأصابع

ترجيح الفحص الطبي بحمض دنا (DNA) على التحليل الكيميائي للدم وبصمات الأصابع، وذلك لتطرق إليها الاحتمال في نسبتها إلى شخص معين بخلاف الحمض الجيني فإنّه قطعي في الدلالة والنسبة، ويشمل الإثبات والنفي.

الفقرة الثانية: ترجيح التحليل الكيميائي للدم على بصمات الأصابع

يترك الجاني آثار مادية في محل الواقعة الإجرامية من بقع دموية وغيرها، وقد توجد بصمات على الأداة المستخدمة ومخلفات الجريمة فعند التعارض ما بين تحليل الدم، وفحص البصمات، فإنه يترجح التحليل الكيميائي للدم؛ لدلالته على الجاني أكثر من البصمات؛ لأنَّ البصمات المعثور عليها في مسرح الجريمة قد تكون لأشخاص آخرين أتوا إلى محل الواقعة لإنقاذ المجني عليه، أو غيرها من الاحتمالات التي تضعف القوة الإثباتية لها في مقابل التحليل الكيميائي للدم، والذي يدل على علاقة من وجد فيه التشابه في البقع الدموية -المتهم- بالضحية -المجني عليه-.

الفقرة الثالثة: ترجيح التصوير المرئي على التسجيل الصوتي والكلب البوليسي

التصوير المرئي على الرغم من العوارض التي قد تعتريه فتوهن من حجيته، وتقلل من قيمته الإثباتية، وأحيانًا قد تعدمها إلَّا أنَّه يظل في دائرة القرائن التي تضعف وتقوى بحسب ما تصاحبها من عوامل تؤدي إلى دقتها وسلامتها من التزيف والتزوير، فكلّما كان التصوير مؤديًا إلى التحقق من هوية الأشخاص المصوَرين كلّما كانت حجيته قوية أمام التسجيل الصوتي الذي يشوبه من العوارض والتزوير أكثر من التصوير؛ لأنَّ الأصوات تتشابه وهذا التشابه يضعف من حجيته أمام التصوير، وذلك كأن يكون نزاع نشب بين اثنين وأسفر عن واقعة جنائية، وتعارض تصوير الواقعة مع التسجيل الصوتي؛ لمعرفة المعتدي منهما، ومن كان منهما في حالة دفاع شرعي.

ويترجح التصوير المرئي على استعراف الكلب البوليسي لدلالة التصوير على الواقعة بخلاف الكلب البوليسي الذي يتتبع الأثر وربما يصيب وقد يخطأ.

الفقرة الرابعة: ترجيح التصوير المرئي على التنويم المغناطيسي وجهاز كشف الكذب

فالتصوير يقوم بنقل الواقعة كما حصلت، وقد يصاحب التصوير المرئي صوت، فعند التعارض ما بين الإقرارات الواردة في التسجيل الصوتي مع الإقرارات المنتزعة عبر التنويم المغناطيسي وجهاز كشف الكذب، فإنَّ التصوير يترجح وتظل هذه المسألة محل تنظير فقط، ليست لها علاقة بالواقع في الحياة العملية.

المعيار الثالث: مشروعية الوسيلة العلمية

لابد أنْ تكون الوسيلة العلمية مشروعة في ذاتها وفي الإجراءات التي تمت بها، وهذه المشروعية إمّا أنْ تستمد من نصوص الشريعة العامة، وإما أنْ تنص عليها القوانين الإجرائية، فعدم مشروعيتها يجعلها بمنئى عن الموازنة والترجيح.

الفرع الثالث: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة

القانونان اليمني والمغربي لم ينصا على جميع الوسائل المعاصرة، وإنّما نصا على بعضها من حيث مشروعيتها، ومدى حجيتها، وتركا بعضها تخضع لسلطة القاضي التقديرية، وتوضيح ذلك في الآتي:

أولًا: موقف القانون اليمني من الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة

نصت المادة: (12) الفقرة رقم: (2) من قانون الإجراءات الجزائية على ما يلي: "حرية وسرية المراسلات البريدية والسلكية واللاسلكية وكافة وسائل الاتصال مكفولة وفقًا للدستور. لا يجوز مراقبتها، أو تفتيشها، أو إفشاء سريتها، أو تأخيرها، أو مصادرتها إلّا في الحالات التي يبينها القانون وبأمر من النيابة العامة، أو من المحكمة المختصة"، ونصت المادة: (14) "لا يجوز المساس بحرية الحياة الخاصة للمواطن في غير الأحوال المصرح بها في هذا القانون، ويعتبر مساسًا بها ارتكاب أحد الأفعال الآتية: استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات التي تجري في مكان خاص أو عن طريق الهاتف أو عن طريق جهاز من الأجهزة أيًا كان نوعه.

- التقاط أو نقل صورة شخص في مكان خاص بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه.

– الاطلاع على الخطابات أو الرسائل أو البرقيات أو مصادرتها".

يتضح: أن القانون اليمني جرّم التسجيل الصوتي إلَّا بناء على قرار قضائي، وكذا التقاط الصور ولكنها عند الإذن بهما –التسجيل أو التصوير– أو غيرهما من الأدلة تعتبر من قبيل القرائن المنصوص عليها في المادة: (323) من قانون الإجراءات الجزائية، ولم يحدد القانون القيمة الإثباتية لحجية الوسائل العلمية، وإنما عدها من قبيل القرائن، وقوة القرينة وضعفها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، والتي يتم من خلالها الترجيح بين الوسائل العلمية عند التعارض، وتعارض القرائن العلمية بين النفي والإثبات يخضع لسلطة القاضي منى خلال ملابسات الواقعة وشواهد الحال، وما احتف به من قرائن.

ثانيا: موقف القانون المغربي من الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة

لم يتعرض المقنن المغربي في قانون المسطرة الجنائية (وهو قانون الاجراءات الجنائية) لمسألة التصوير المرئي والتسجيل الصوتي أو غيرهما –عدا حمض دنا– بنصوص صريحة وإن كان الفصلان: (86) (89) من هذا القانون قد اعطت لقاضي التحقيق إمكانية اتخاذ أي إجراءٍ يراه مفيداً في كشف الحقيقة، سواءً بنفسه، أم بتكليف ضباط الشرطة القضائية بذلك بناءً على إنابة قضائية وفق الضوابط المنصوص عليها في الفصلين: (166) (167)، كما نص الفصل: (90) من هذا القانون على "يمكن لوكيل الملك سواء في التماسه الأصلي بإجراء التحقيق أو في التماس إضافي في أية مرحلة من مراحل التحقيق أن يطلب من قاضي التحقيق القيام بكل إجراء يراه مفيدًا لإظهار الحقيقة وإن كان قبول هذا الاجراء مقيدًا باحترام ضوابط المشروعية وعدم المساس بحقوق الافراد (116)، وكلا القانونين لم يعالجا الترجيح بين هذه لوسائل العلمية الحديثة، ويعود السبب في ذلك إلى أنَّ الوسائل العلمية الحديثة تستخدم في الجانب الجنائي، ومسألة الإثبات في الجانب الجنائي تحكمها قاعدة: "عدم تمتع أي دليل بقوة مسبقة في الإثبات"[1]، بل يخضع ذلك كلة لسلطة القاضي التقديرية فهو الذي يرجح بين هذه

(1) قانون الإجراءات الجزائية المادة: (221).

الوسائل عند تعارضها وفقا للسلطة الممنوحة له في ضوء مبدأ الاقتناع القضائي، وعلى القاضي عند الترجيح الموازنة الدقيقة بين الوسائل التي تثبت والتي تنفي، والترجيح بين الوسائل العلمية يحتاج أن يناقش القاضي تفاصيل التقرير الفني مع المختصين حتى يتأتى له الترجيح وهذا يتطلب قدر مناسب من الإلمام بالأصول العامة لتقدير أعمال الخبرة الفنية والترجيح بين الوسائل العلمية[1].

وبهذا يتضح: أن الوسائل العلمية الحديثة تعدُّ من قبيل القرائن، وهي بذلك وسيلة من وسائل الإثبات، وقد تتعارض فيما بينها وعند التعرض ترجح الوسيلة العلمية ذات الدلالة القوية على غيرها وترجح الوسيلة العلمية على الوسيلة التقليدية عند التعارض، وهي تحتاج إلى إعمال القاضي لسلطته التقديرية في القوة التدليلية لكل وسيلة لترجيحها على غيرها عند التعارض، وهذا يتطلب معرفة تامة للوسائل العلمية.

المطلب الثاني: الترجيح بالقيافة والقسامة وبينهما وبين الوسائل العلمية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

القيافة والقسامة قرينتان من القرائن التي حظيت باهتمام كبير من قبل الفقهاء، إلَّا أنَّ القيافة تعد قرينة في إثبات النسب، والقسامة قرينة في إثبات الجناية، وكلا القرينتين قد تتعارض مع بقية أدلة الإثبات ومع الوسائل العلمية المعاصرة، وقد تتعارض أدلة الإثبات وتكونا وسيلة ترجيحية، إلَّا أنَّ القيافة يبدو دورها واضحًا في الترجيح عند التنازع في النسب بخلاف القسامة، وهذا التعارض يستدعي الترجيح عند تعذر الجمع، وهذا ما سيكون الحديث عنه في الآتي:

الفرع الأول: الترجيح بين قرائن إثبات النسب والوسائل العلمية المعاصرة

تناول الفقهاء مسألة إثبات النسب بدراسة مستفيضة وذلك لأهميته، وتوسعوا في إثباته لتشوف الشارع إلى ذلك، وعرف الإمام الشربيني النسب بالقرابة، فقال: " فصل في الإقرار

(1) الجرائم الجنسية، عزمي، ص395، بتصرف.

بالنسب، وهو القرابة"[1]، وعُرف أيضا بأنه: العلاقة الاجتماعية التي تربط الفرد الإنساني بأبويه وأقاربه الذين يشتركون معه في ولادة قريبة أو بعيده[2].

بماذا يثبت النسب؟ أتفق الفقهاء على أن النسب يثبت بالإقرار، والبينة، والفراش، واختلفوا في القيافة، والقرعة، وميلان الطبع، واختلف الفقهاء المعاصرون في مستجدات عصريه حول مدى إثبات الانساب بها، مثل الحمض النووي، وغير ذلك، وليس الحديث هنا عن عرض أقوال الفقهاء فيما تقدم ذكره، وإنما الذي يهمنا هنا إذا تعارضت الوسائل التي يثبت بها النسب فأيهما يقدم في الترجيح؟ وبيان ذلك فيما يلي:

أولًا: الترجيح بين قرائن إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

تعدُّ القيافة وسيلة من وسائل إثبات النسب، اعتمدت عليها العرب في إثبات النسب، وأقرتهم الشريعة على ذلك، ووسيلة ترجيحية عند التعارض، لذا فإنَّ القيافة قد تتعارض مع غيرها من الأدلة والقرائن، والوسائل العلمية الحديثة؛ لذا فإن الحديث عن تعارضها مع أدلة إثبات النسب والقرائن يستدعي بيان ماهيتها ومشروعيتها.

الفقرة الأولى: ماهية القيافة والترجيح بها

الحديث عن القيافة يتطلب بيان تعريفها، ومشروعيتها.

أ- ماهية القيافة

-تعريف القيافة: القَائِفُ لغة: الَّذِي يَعرف الْآثَارَ، وَالْجَمْعُ القَافَةُ، يُقَالُ: قُفْت أَثره إِذَا اتَّبعْته مِثْلَ قَفَوْت أَثَره[3].

-القيافة شرعًا: تطلق على إلحاق نسب الولد بمن يشبهه عند الاشتباه، بناءً على الفراسة والنظر إلى أعضاء المولود[4].

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص304.

(2) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، بورقعة، ص54.

(3) لسان العرب، ابن منظور، مادة قوف، باب القاف، ج9، ص293.

(4) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية على إثباته، بورقعة، ص291.

-القائف: من يلحق النسب نظيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك[1].

قال عياض: "القيافة جمع قائف، وهو الذي يعرف الشبه، وهو علم صحيح"[2].

-عمل القائف:

-القافة: هو الذات التي خصها الله تعالى بمعرفة النسب بالشبه، تنظره والشريكين لتلحقه بأحدهما أو بهما[3].

ب- مشروعية القيافة

اختلف الفقهاء في جواز إلحاق مجهول النسب أو المشتبه فيه بطريق القيافة عند عدم وجود الدليل، أو عند وجود دليلين متعارضين، واعتبار القيافة قرينة مرجحة على قولين.

القول الأول: ذهبت المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز الحاق مجهول النسب بطريق القيافة، إلَّا أنَّ المالكية خصوا القيافة بالإماء دون الحرائر[4].

القول الثاني: ذهبت الحنفية والزيدية إلى عدم مشروعية الإثبات والترجيح بالقيافة عند التنازع على المولود[5].

وعند الأحناف: إنَّ تَعَارُضَ الْبَيِّنَتَيْنِ في النسب، إمَّا أن يكون بين الخارج وبين ذي اليد، وإمَّا أن يكون بين خارجين وبين ذي اليد، فإن كان بين الخارج وذي اليد، فبينة ذي اليد أولى؛ لأنَّهما استويا في البينة فيرجح صاحب اليد باليد، وإن كان بين الخارجين وبين ذي اليد، فإن

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص488.

(2) منح الجليل، عليش، ج9، ص490.

(3) المصدر السابق، ج9، ص489.

(4) التاج والإكليل، المواق، ج7، ص263، ومواهب الجليل، الحطاب، ج5، ص247، والنجم الوهاج، الدميري، ج10، ص454، وحاشيتا قليوبي وعميرة على كنز الراغبين، ج4، ص351، والمغني، ابن قدامة، ج6، ص125، 127، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص455.

(5) بدائع الصنائع، الكساني، ج6، ص244، وفتح القدير، ابن الهمام، ج5، ص53، والبحر الزخار، المرتضى، ج3، ص144.

أمكن ترجيح أحدهما بوجه من الوجوه من الإسلام، والحرية، والعلامة، واليد، وقوة الفراش، وغير ذلك من أسباب الترجيح يعمل بالراجح، وإن استويا، يعمل بهما، ويثبت النسب منهما[1].

-أدلة القائلين بمشروعية القيافة:

الدليل الأول: لما في الصحيح عَنْ عَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: «أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنِفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»[2].

وَوَجْهُ الِاسْتِدْلَالِ: أَنَّ النَّبِيَّ -ﷺ- سُرَّ بِذلك[3]، فَرِحَ لِكَوْنِهِ وَجَدَ فِي أمته مَنْ يُمَيِّزُ أَنْسَابَهَا عِند اشْتِبَاهِهَا وَلَوْ كَانَتِ القيافة باطلة لم يحصل بذلك سرور[4].

ونوقش ذلك بأن فرح النبي -ﷺ- وترك الرد وَالنُّكُرِ فاحتمل أنه لم يكن لاعتباره قول القائف حجة بل لوجه آخر، وهو أن الكفار كانون يطعنون في نسب أسامة-رضي الله عنه- وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القائف ذلك: فَرِحَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن بما هو دليل الزوال والمحتمل لَا يَصْلُحُ حُجَّةً[5].

الدليل الثاني: ما روي عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- قال: "إن أول لعان كان في الاسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن السحماء بامرأته، فأتى النبي -ﷺ- فأخبره بذلك، فقال له النبي -ﷺ- «أربعة شهداء وإلا حد في ظهرك»، يردد ذلك عليه مرارًا، فقال له هلال: ولله يا رسول الله، إن الله عز وجل ليعلم أني صادق، ولينزلن الله عز وجل عليك ما يبرئ

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص254.

(2) صحيح البخاري، كِتَابُ الفَرَائِضِ، باب القائف، حديث: (6770)، وصحيح مسلم، كِتَابُ النِّكَاحِ، باب العمل بإلحاق القائف الولد، حديث: (1459).

(3) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام، ابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية، بدون ط، وبدون ت، ج2، ص206.

(4) شرح مسلم، النووي، ج10، ص41.

(5) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص244.

ظهري من الجلد، حينما هم كذلك إذ نزلت عليه آية اللعان (والذين يرمون أزواجهم....) إلى آخر الآية، فدعا هلال، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم دعيت المرأة، فشهدت أربع شهادات بالله إنه من الكاذبين، فلما كان في الرابعة أو الخامسة قال رسول الله -ﷺ-: «وقفوها فإنها موجبه!، فتلكأت، حتى ما شككنا أنها ستعترف»، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت على اليمين، فقال رسول الله -ﷺ-: «انظروها، فإن جاءت به أبيض سبطًا قفي العينين فهو لهلال بن أميه، وإن جاءت به آدام جعداً ربعاً حمش الساقين، فهو لشريك بن السحماء، فجاءت به آدام جعداً ربعاً حمش الساقين، فقال رسول الله -ﷺ-: لولا ما سبق فيها من كتاب الله لكان لي ولها شأن»[1].

وجه الاستدلال: فَاعْتَبَرَ النَّبِيُّ -ﷺ- الشبه وجعلهُ لِمشبهه[2].

ونوقش هذا الاستدلال: بِأَنَّ معرفته ذَلِكَ -ﷺ- مِنْ طريق الْوَحْيِ لَا القيافة[3].

وتم الرد، بأن ماورد في الحديث حجة عليكم؛ لأنَّه -مع صريح الشبه- لم يلحقه بِمُشْبهه في الحكم.

وأجيب عنه: إنَّما منع إعمال الشبه لقيام مانع اللعان، ولهذا قال -ﷺ-: «لَوْلَا الأيمانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شأْنٌ» فاللعان سبب: أقوى من الشبه، قاطع للنسب[4].

الدليل الثالث: وروى مالك أن عمر دعا قائفين في رجلين تداعيا مولودًا[5].

(1) سنن النسائي، باب كيف اللعان، حديث: (3469)، السنن الكبرى، البيهقي، كتابُ اللِّعانِ، بابُ الدَّليلِ على أن لِغَلَبَةِ الأشباهِ تأثيرًا في الأنسابِ، وأنَّ لها حُكمًا، حديث: (21318).

(2) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج2، ص587.

(3) فتح القدير، الكمال ابن الهمام، ج5، ص53.

(4)الطرق الحكمية، ابن القيم، ج2، ص587، 588.

(5) النجم الوهاج، الدميري، ج10، ص451.

فالشاهد مما ذكر أن فيه دلالة على مشروعية القيافة لذا قال ابن القيم: وَمَعْلُومٌ أَنَّ القافة مُرَجَّحَةٌ: إمَّا شَهَادَةً، وَإِمَّا حُكْمًا، وَإِمَّا فُتْيَا[1]؛ وأن القافة ليست علة موجبة، بل حجة مرجحة لشبهه بالقرائن[2].

- أدلة المانعين للقيافة:

الدليل الأول: اجْمَاعُ الصَّحَابَةِ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ – فَإِنَّهُ رُوِيَ أَنه وَقَعَتْ هَذِهِ الْحَادِثَةُ فِي زمن سَيِّدِنَا عُمَرَ – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – فَكَتَبَ إلَى شريح لَبَّسَا فَلُبس عَلَيْهِمَا وَلَوْ بَيَّنَا لَبين لَهُمَا هُوَ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنْ الصَّحَابَةِ وَلَمْ يُنْقَل أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِ مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا[3].

ونوقش ذلك بما أخرجهَ يَزِيدُ بْنُ هَارُونَ فِي الْفَرَائِضِ بِسَنَدٍ صَحِيحٍ إلَى سعيد بن المسيب أَنَّ عُمَرَ كَانَ قَائِفًا[4]، وأنه عَمَلُ خُلَفَائِهِ الراشدين وَالصَّحَابَةِ مِنْ بَعْدِهِمْ[5].

الدليل الثاني: إنَّهُ لَوْ كَانَتْ الْقِيَافَةُ مُعْتَبَرَةً لَكَانَ شرعية اللِّعَانِ تَخْتَصُّ بِمَا إذَا لَمْ يُشْبِهَ الْمَرْمِيَّ بِهِ أَشْبَهَ الزَّوْجَ أَوْ لَا لِحُصُولِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ حِينَئِذٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ ابنا للنافي، وَهُوَ يَسْتَلْزِمُ الْحُكْمَ بِكَذِبِهَا فِي نَسَبِ الْوَلَدِ[6].

الراجح: أنَّ القيافة تعد دليلًا من أدلة الإثبات عند عدم الدليل، وقرينة مرجحة لإحدى الدليلين عند التنازع على في النسب، وذلك لصراحة النص الشرعي في أمر أسامة وزيد رضي الله عنهما، وحديث الشبه في واقعة اللعان فإنهما صريحان في اعتماد الشبه إلَّا أنَّ حديث عائشة رضي الله عنها في أسامة أشد صراحة، ومادام أنَّ القيافة وسيلة إثبات فإنَّه يصح الترجيح بها عند تنازع المتداعيين، أو تعارض الأدلة.

---

(1) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص196.

(2) الإنصاف، المرداوي، ج9، ص231.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص244.

(4) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، ج12، ص57.

(5) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص181.

(6) فتح القدير، ابن الهمام، ج5، ص53

ج- الترجيح بالقيافة

تعدُّ القيافة قرينة ترجيحية لإثبات النسب عند التنازع وانعدام الدليل، أو وجود أدلة إثبات متكافئة ومتساوية، فتكون القيافة وسيلة ترجيحية لإحدى الدليلين، وذلك لأنَّ ما صح إثبات النسب به صح اعتباره وسيلة ترجيحية لدعوى المتداعيين، أو عند تساوي الأدلة.

د- موقف القانونين اليمني والمغربي من القيافة

لم ترد القيافة في قانون الإثبات وقانون الأحوال الشخصية اليمني، ولا في قانون الالتزامات، ولا مدونة الأسرة المغربية، وإنَّما ورد مصطلح الخبرة لإثبات النسب، والقيافة تدخل في مصطلح الخبرة، وما صح اعتباره وسيلة للإثبات صح الترجيح به عند التعارض، وهذا كقاعدة عامة إلَّا أنه في التطبيقات القضائية لم نعثر على حكم قضائي تم الترجيح بين أدلته بالقيافة وسنتناولها بالتفصيل في مظانها.

الفقرة الثانية: ماهية قرينة قوة الفراش والترجيح بها

إذا تعارضت الأدلة في إثبات النسب فإنه يقدم أقواها فيقدم دليل الفراش الذي هو قيام حالة الزوجية على الشهادة، وتقدم الشهادة على الإقرار، ويقدم الإقرار على التسامع[1].

أ- ماهية قرينة قوة الفراش

المراد بالفراش: الزوجية القائمة حين ابتداء الحمل[2]. والأصل في ذلك ما رواه الشيخان، عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي -ﷺ- قال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[3]، ومعنى الولد للفراش كما قال الإمام النووي: " وأما قوله الولد للفراش فمعناه أنه إذا كان للرجل

(1) البصمة الوراثية، الهلالي، ص313.

(2) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، مطبعة دار الكتب المصرية، ط2، القاهرة، 1357هـ- 1938م، ص158.

(3) صحيح البخاري، كِتَابُ الفَرَائِضِ، بَابٌ الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً، حديث: (6749)، وصحيح مسلم.، كِتَابُ الرِّضَاعِ، بَابُ الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَتَوَقِّي الشُّبُهَاتِ، حديث: (1457).

زوجة أو مملوكة صارت فراشًا له، فإذا أتت بولد لمدة إمكان كونه منه، لحقه الولد، أي صار ولدًا له يجري بينهما التوارث، وغيره من الأحكام"[1].

وعلة ثبوت النسيب بالفراش أنَّ مقتضى عقد الزواج الاختصاص، وأن تكون الزوجة مقصورة على زوجها وحده، ولا يحل لغيره أن يستمتع بها، ومقتضى هذا الاختصاص أن تكون علقت بحملها من زوجها، القائمة زوجيتها به حيث حملت؛ لأنَّ الأصل حمل الناس على الصلاح، وعدم اعتبار الاحتمالات المبنية على سوء الظن، المؤدية إلى الفضيحة وضياع الأولاد[2].

ب- ترجيح قرينة الفراش على قرينة الشبه

والولد للفراش هو المعول عليه في قواعد الشرع، والمنظور فيه عند حصول الشبهة في نسب المولود، وكونه من صاحب الفراش، كما لو جاءت الزوجة بولد يختلف لونه عن لون الزوج والزوجة، كما لو جاءت به ولدًا أسودًا وهما أبيضان، أو جاءت به بتقاطيع وجهه على نحو تختلف اختلافًا كليًا مع تقاطيع الزوج والزوجة، فلا اعتبار لهذه الشبهة المتأنية مع اختلاف الولد مع الزوج، أو معه ومع الزوجة في اللون أو تقاطيع وسمات الوجه ونحو ذلك؛ لأنَّ هذه الاختلافات قد يكون مردها قوانين الوراثة التي يخضع لها المولود، فيكون مثلاً لونه أسود مع أن لون الزوجين أبيض؛ لأنَّ أجداد هذا المولود كان أسود اللون، فجاء لون هذا الحفيد للون جده البعيد [3].

وكذلك قول النبي -ﷺ- في أبن أمة زمعة، حين رأى شبهًا بينًا بعتبه بن أبي وقاص: "احتجبي منه يا سودة"، نعمل بالشبه في حجب سودة عنه، ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها، لشبهه بالمقذوف. قلنا: إنما لم يعمل به في ابن أمه زمعة؛ لأنَّ الفراش أقوى،

(1) شرح صحيح مسلم، النووي، ج10، ص37، 38.

(2) أحكام الأحوال الشخصية، خلاف، ص186.

(3) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، زيدان، ج9، ص320.

وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها لا يوجب الاعراض عنها إذا خلت عن المعارض[1].

قال النووي: في الحديث دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الشَّبَهَ وَحُكْمَ الْقَافَةِ إِنَّمَا يعتمد إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ أَقْوَى مِنْهُ كَالفراش[2]، فاتضح أنه يَحْكُمُ بالشبه في موضع لم يوجد فيه شَيْءٌ أَقوى مِنْهُ كَالْحُكْمِ بِالْقَافَةِ[3]. وَكذا ما روي عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ عَنْ جاريته فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ أَسْوَدَ فَشقَّ عَلَيْهِ فقال مِمَّنْ هُوَ فَقَالَتْ مِنْ رَاعِي الْإِبِلِ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثنى عَلَيْهِ، وَلَمْ يَلْتَزِمْهُ[4].

فالشبه حجة على ثبوت النسب لكن يجب أن يعضد هذه الحجة قرينة أخرى، منها أن يكون نزاع حول الولد، وألَّا تعارض الشبه حجة أقوى منه، ووجود الشبه بين الأب والابن شيء ثابت لا يحتاج إلى الاستدلال عليه، والاعتماد عليه في إثبات النسب من باب الاعتماد على القرائن المغلبة للظن[5]، وحيث اعتبر الشبه في لحوق النسب فإنَّما ذاكَ إذا لم يقاومه سبب أقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم بالولد للفراش، وإن كان الشبه لغير صاحبه[6].

فالولد الذي الحقه فراش النكاح لا يؤثر فيه قيافة، ولا انتساب يخالف حكم الفراش بل لا ينتفي ولد الحقه الفراش إلا باللعان[7].

الفقرة الثالثة: ترجيح البينة في إثبات النسب على الإقرار

تعدَّ البينة في إثبات النسب أقوى من الإقرار؛ إذ إنَّه لو الحق نسب طفل إلى رجل بالإقرار، واستطاع آخر إقامة البينة على أنَّه له، ثبت نسب الطفل من الثاني الذي أقام

(1) المغني لابن قدامة،ج 6، ص126.

(2) شرح مسلم، النووي، ج10، ص39.

(3) طرح التثريب في شرح التقريب، عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمن العراقي (المتوفى: 806هـ)، أكمله ابنه: أحمد بن عبد الرحيم (المتوفى: 826هـ) ، الطبعة المصرية القديمة، بدون ط، ج7، ص128.

(4) تبين الحقائق، الزيلعي، ج3، ص102.

(5) وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ابن معجوز، ص219، 220.

(6) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج2، ص588.

(7) نهاية المطلب، الجويني، ج19، ص187.

البينة[1]، فالإقرار يعدُّ الوسيلة الثالثة لإثبات فراش النسب، وهي أضعف من الشهادة، لأنَّها تقوم على شهادة واحد، وإنما اعتبرت تلك الوسيلة لأنَّه يشهد على نفسه بحق للغير، ولذلك كانت حجيته قاصرة على المقر[2]، بل إنَّ ثبوت النسب بالبينة أقوى من ثبوته بمجرد الدعوة والإقرار[3]، فإذا ثبت نسب بالدعوة، أي بمجرد ادعاء المدعي، وصدر حكم القاضي بذلك، جاز نقضه بإصدار حكم بناء على بينته مدعي نسبه[4].

جاء في بدائع الصنائع"إذا ادعى اللقيط رجل الملتقط أو غيره وثبت مدعى نسبه من المدعي، ثم ادعاه رجل آخر وأقام البينة يقضى له؛ لأنَّ النسب وإن ظهر بنفس الدعوة، ولكنَّه غير مؤكد ما احتمل البطلان بالبينة" [5]، والقاعدة الفقهية أن الإقرار حجة قاصرة، والشهادة حجة متعدية.

الفقرة الرابعة: ترجيح قرينة الفراش على الوسائل العلمية المعاصرة

دَلتْ الاكتشافات الطبية أنه يوجد في داخل النواة التي تستقر خلية الانسان (46) من الكروموسومات، التي تتكون من المادة الوراثية (الحمض النووي)، التي يرث كل إنسان نصفها عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنصف الأخر يرثها عن أمه بواسطة البويضة، فينتج عن ذلك كروموسومات خاصة به، لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كل وجه، ولا مع كروموسومات أمه من كل وجه، وإنما جاءت خليطٌ منهما[6]، فإذا ولد مولودٌ على فراش رجل، وتشابه في كروموسوماته مع رجل آخر، يكون قد تعارض هنا أصل وظاهر، فالأصل أن الولد

(1) القضاء بالقرائن المعاصرة، العجلان، ج1، ص259.

(2) البصمة الوراثية، الهلالي، ص306.

(3) النسب وأثاره، محمد يوسف حوس، دار المعرفة، القاهرة، ط 3، 1988م، ص32.

(4) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، زيدان، ج9، ص404.

(5) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص254.

(6) القول الباهر في الترجيح بين الأصل والظاهر، الشراري، ص433.

لصاحب الفراش، لقوله -ﷺ-: «الولد للفراش»[1]، والظاهر أن تشابه الكروموسومات يدل على البنوة[2].

الفقرة الخامسة: الترجيح باللبن عند التنازع على المولود

إذا تنازعتا امرأتان بادعاء كل منهما ولد الأخرى، وذلك بأن ولدت امرأة ذكراً وولدت امرأه أخرى أنثى، وتنازعا وادعت كل واحدة منهما أن المولود الذكر ولدها دون الأنثى، ففي هذه الحالة تعرض المرأتان مع ولديهما على القافة، فيلحق كل واحد منهما بمن ألحقته القافة، فإن لم توجد قافة اعتبر اللبن خاصة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى، أي إن لبن أم الذكر يخالف لبن أم الأنثى في طبعه وزنته، فقد قيل لبن الذكر أثقل من لبن الأنثى، وإن كان لبنها لبن الذكر فهو ولدها والأنثى للأخرى، وإن كان الولدان ذكرين أو اثنتين وادعتا أحدهما تعين عرضه أي عرض الولد المتنازع فيه على القافة، فيلحق بمن الحقته بهما القافة[3]، ويتبين بهذا أن القيافة تترجح على لون اللبن وطعمه، وأنه يكون وسيلة ترجيحية عند عدم القيافة.

الفقرة السادسة: الترجيح بميلان الطبع عند الولد إلى أحد الرجلين

عند انعدام القيافة وغيرها من القرائن المرجحة يبقى الترجيح بالوازع الطبعي، وهو ميلان الطفل إلى أحد المتداعيين، وقد تتعارض هذه القرينة بعد حصولها مع قرينة القيافة، هذا ما سيكون الحديث عنه.

أ- الترجيح بميلان الطبع عند انعدام القيافة

تناول الفقهاء قرينة ميلان الولد إلى أحد الرجلين بالاهتمام والدراسة، وجعلوه من ضمن إثبات النسب عند تعذر ما هو أقوى منه، نظرًا لشوف الشارع إلى إثبات الانساب، ومن الأدلة الضعيفة التي صار إليها الفقهاء في إثبات النسب عند تعذر ما هو أقوى منها، ميل الطبع

(1) سبق تخريجه.

(2) القول الباهر، الشراري، ص435.

(3) المغني، ابن قدامة، ج6، ص132، وكشاف القناع، البهوتي، ج2، ص438، 439، والمفصل في أحكام المرأة، زيدان، ج9، ص414.

عند الولد إلى أحد الرجلين بحكم الجبلة، فإذا لم تقم بينة لدى أحد المتنازعين ترجح جانبه، اعتبر ميلان الطبع لدى الطفل إلى أحدهما مرجحًا يلزم عنه لحوق النسب دون منازعة، وهذا يبرز مدى أولوية الحفاظ على النسب، والوقف وجه ضعيف وأنّ ذلك أفضل من ضياعه[1]، ونصوص الفقهاء تظافرت على ذلك، من ذلك ما أورده ابن القيم بقوله: "وقد اكتفى كثير من الفقهاء بانتساب الصغير، وميل طبعه إلى من دعاه من رجلين أو أكثر، اعتماد على الظن المستفاد من ميل طبعه، وهو من أضعف الظنون، ولذلك كان في آخر رتب الالحاق عندهم عند عدم القائف"[2]، وقال الشربيني: "لو عدم القائف بدون مسافة القصر، أو أشكل عليه الحال بأن تحير أو الحقه بهما أو نفاه عنهما، وقف الأمر حتى يبلغ عاقلاً، ويختار الانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، ويحبس ليختار إن اقتنع من الانتساب إلَّا إن لم يجد ميلاً إلى أحدهما فيوقف الأمر"[3]، وذلك لما رواه البيهقي بسند صحيح "أنَّ رجلين ادعيا رجلاً لا يدري أيهما أبوه، فقال –عمر رضي الله عنه–: اتبع أيهما شئت"[4]، وَلِأَنَّ طَبْعَ الْوَلَدِ يَمِيلُ إلَى وَالِدِهِ وَيَجِدُ بِهِ مَا لَا يَجِدُ بِغَيْرِهِ[5].

ب– ترجيح القيافة على ميلان الصغير لأحد الرجلين

ميلان الصغير لأحد الرجلين هو انتسابه لأحدهما، فإذا انتسب لأحدهما ثم جاءت القيافة ونسبته لأخر فإن القافة تقدم فإِنْ وُجِدَتْ قَافَةٌ بَعْدَ انْتِسَابِهِ، فَأَلحقته بِغَيْرِ مَنْ انتسب إلَيْهِ، بَطَلَ انسابه أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى، فَبَطَلَ بِهِ الِانْتِسَابُ كالبينة مَعَ قَوْلِ الْقَافَةِ[6]؛ وذلك لأنَّ القرائن متفاوتة

(1) النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته، بورقعة، ص303.

(2) إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق، محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، بدون ط، الرياض– المملكة العربية السعودية، ج2، ص63.

(3) مغنى المحتاج في معرفة معاني الفاظ المنهاج، الشربيني، ج6، ص605.

(4) السنن الكبرى، البيهقي، كتابُ الدعوى والبيناتِ، بابُ القافَةِ ودَعوَى الوَلَدِ، حديث: (21304).

(5) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص615.

(6) المغني، ابن قدامه،ج 6، ص131.

في القوة والضعف، فلا يعدل إلى الضعيف، إلَّا عند انعدام القوي، فإذا وجدت القرينة القوية؛ فإنه يعدل عن القرينة الضعيفة إلى القوية.

وترجح القيافة على القرعة[1].

الفقرة السابعة: الترجيح بين القيافة وبين الإقرار والشهادة.

قد يحصل تعارض ما بين الأدلة والقرائن في إثبات النسب، وعند التعارض يتعين الترجيح، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أ-ترجيح الإقرار في إثبات النسب على القيافة.

الإقرار وسيلة من وسائل إثبات النسب، وهو دليل كامل، بخلاف القيافة فإنها قرينة، وعند التعارض يرجح الدليل على القرينة.

ب- ترجيح البينة على القيافة

الحكم المبني على القيافة، هل ينقض بالبينة إذا صدر حكم الحاكم بثبوت نسب ولد من شخص معين بناء على قول القائف، فهل يجوز نقض هذا الحكم، وإثبات نسب الولد إلى غير من نسب إليه أولاً، بناء على بينة وشهادة شهود تقدم إلى الحاكم؟[2].

قال ابن قدامة: "فأما إن لحقته القيافة بواحد، ثم جاءت قيافة أخرى فألحقته بآخر، كان لاحقًا بالأول، فإن أقام الآخر بينة أنه ولده، حكم له به وسقط قول القائف؛ لأنَّه بدل، فيسقط بوجود الأصل كالتيمم مع الماء"[3]، و يقول زيدان: وهذا الذي ذكره ابن قدامة -رحمه الله تعالى- دون أن يفصل هل إلحاق القيافة الأولى الولد بمن الحقته به كان بناءً على عرض الحاكم الولد عليها، وفق لما صدر حكم الحاكم بالحاق الولد بمدعيه، بناءً على قول القيافة، أم أن المتنازعين عرضوا الولد على القيافة دون اللجوء إلى الحاكم، فألحقته القيافة بمن الحقته به، ثم تقدم شخص إلى الحاكم ببينه لإلحاقه به، لم يفصل ابن قدامه ذلك.

---

(1) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج 2، ص321.

(2) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، زيدان، ج9، ص410، 411.

(3) المغني، ابن قدامة ج6، ص128.

ويبدو لي أن قوله يتسع للقول بأن حكم القاضي بثبوت نسب الولد بناءً على قول القائف، وينتقض هذا الحكم إذا تقدم أحدهم إلى الحاكم ببينه تثبت نسب الولديه، والراجح أن القاضي ما دام ينظر قضية إلحاق نسب الولد بمدعيه، ولم يصدر حكمه فيها، وإن عرضه على القائف، وجاء قول القائف بإلحاق الولد بمدعيه أو بأحد مدعي نسبه، فعلى الحاكم أن يأخذ بقول البينة في إثبات نسب الولد وإن خالف قول القائف، ويصدر حكمه بناءً على هذه البينة التي قدمها من يدعي نسب الولد منه، ولكن إذا صدر حكم الحاكم بإلحاق نسب الولد بمدعيه بناءً على قول القيافة، ثم جاء شخص يدعي نسب الولد منه، ويطعن بقول القائف، ويطلب من الحاكم سماع بينته، ونقض حكمه الأول، والحكم له بنسب الولد منه بناءً على بينته، فأرى عدم سماع بينة هذا المدعي، لأن حكم الحاكم صدر بحجة معتبرة، فلا يجوز إعادة النظر في القضية، ولا تسمع البينة لنقض الحكم فيها، ولأن النسب إذا ثبت بحجة معتبرة، فلا يجوز رفعه ونقضه[1].

الفقرة الثامنة: الترجيح بين أدلة إثبات النسب الشرعية والوسائل العلمية المعاصرة

عند التعارض بين الإقرار، والشهادة، والاستلحاق وبين البصمة الوراثية؛ فإن وسائل إثبات النسب ترجح على البصمة الوراثية.

وفي ذلك يقول وهبة الزحيلي: "ويقدم على البصمة الوراثية الطرق المقررة في شريعتنا لإثبات النسب أو لنفيه، أما الإثبات، فيكون بالبينة أو الاستلحاق أو الإقرار بالنسب، والفراش أي العلاقة الزوجية، وذلك لأنَّ هذه الطرق أقوى في تقدير الشرع، فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية والقيافة إلَّا عند التنازع في الإثبات وعدم الدليل الأقوى، أو عند تعارض الأدلة"[2].

(1) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، زيدان، ج9، ص411.

(2) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، وهبة الزحيلي، مجمع الفقه الإسلامي، ط1، مكة المكرمة، بدون ت، ص22.

ومن مجالات استخدام البصمة الوراثية تحديد مالك السيارة، أو الثوب، أو البيت من خلال ما يوجد فيه من إفرازات تحدد صاحبها يقينا[1]، فإذا تعارضت البصمة الوراثية فيما تم ذكره مع الدليل الكتابي، فإن الدليل الكتابي يرجح.

الفقرة التاسعة: الترجيح بين القرائن الشرعية والقرائن العلمية الحديثة

تعارض قرائن إثبات النسب واردة في الممارسات القضائية، وهذا التعارض يعين فيه الترجيح، وذلك على النحو الاتي:

أ- ترجيح البصمة الوراثية وحمض (DNA) على القيافة

للمستجدات المعاصرة دور في الترجيح بين القرائن الاجتهادية القائمة على الخبرة والمراس وبين غيرها، وفي الوقت المعاصر يتوقع أن يحدث تنازع في نسب الطفل في حالات معينة ويكون للبصمة دور في فض هذا التنازع.

فإذا حصل خلاف بين اجتهاد القائف وبين نتائج البصمة الوراثية، فإن البصمة الوراثية ترجح على القيافة.

وقد ذهب المجمع الفقهي الاسلامي إلى أن نتائج البصمة الوراثية أقوى من القيافة، فقد جاء في القرار ما يلي: "إن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، وفي إسناد العينة (من الدم أو المني أو اللعاب) التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية، والتي هي إثبات النسب بوجود الشبة الجسماني بين الأصل والفرع"[2].

وقال القاضي محمد بن يحيى المطهر[3]: "كما أرى أن الطب في عصرنا هو وسيلة من وسائل القيافة، إن لم يكن أقوى وسائلها الآن، لإمكان التعرف بأجهزته على الجينات الوراثية

---

(1) البصمة الوراثية، ياسين بن ناصر الخطيب، بحث في مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد: (41)، 1430هـ، ص205.

(2) القرار السابع الصادر عن مجلس المجمع الفقهي، في دورته السادسة عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة في المدة: 21-1422/10/26هـ- 5-2002/1/10م.

(3) رئيس محكمة استئناف تعز -بالجمهورية اليمنية- سابقاً.

وفصائل الدم ونحو ذلك، فتكون النتائج أدق وأتقن من الوسائل القديمة للقيافة، فإذا قرر طبيبان إلحاقه بأبيهما دون غيره كان كقرار القائفين في الحكم"[1]، فإذا تعارض قول أخصائي التحليل المخبري مع قول القائف، فإن قول أخصائي التحليل المخبري يجب أن يقدم على قول القائف، لأن قوله مبني على التحليل العلمي المخبري الذي لا يكاد يحتمل الخطأ، أما قول القائف فهو مبني على الاجتهاد[2]، أضف إلى ذلك أن القيافة قائمة على مراعاة الصفات الخارجية للإنسان غالباً، وكثيراً ما يحصل التشابه في هذه الصفات، أمَّا البصمة الوراثية فإنَّها تراعي الصفات الداخلية التي يتميز بها كل انسان عن غيره ويختص بها، ولذلك فإنَّ البصمة الوراثية أدقُ من القيافة وأضبط منها[3]، ويؤكد هذا المعنى ما ذكره فقهاء الشافعية بقولهم: إذا ألحقه قائف بأحدهما بالأمارة الظاهرة، والآخر بالأمارة الخفية كالخلق وتشاكل الأعضاء فأولاهما الأمارة الخفية؛ لأن فيه زيادة حذق وبصيرة[4].

وهناك رأي آخر: على أنه لو تعارض قول القائف، وخبراء البصمة الوراثية في حالة عرض مجهول النسب عليهما فالأولى في الأخذ بأحدهما راجع إلى اجتهاد الحاكم الشرعي، فيأخذ بما يرى أنه أولى بالأخذ به والحكم بمقتضاه حسب ما يظهر له من قرائن وأحوال تستدعي ترجيح أحد القولين على الآخر[5].

الرأي الراجح: هو ترجيح الحمض الجيني على القيافة، وذلك لأن حمض الدنا يبحث في التشابه في الأشياء الباطنية، بخلاف القيافة فإنها مبنية على التشابه على الأمور الظاهرة، والقاعدة ترجيح الباطن على الظاهر.

---

(1) أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، محمد بن يحيى المطهر، الناشر شركة العرسان، بدون ط، وبدون د، 2008م، ج1، ص429، 430.

(2) الإثبات بالخبرة، عبد الناصر شينور، ص216.

(3) الحاجة وأثرها في الأحكام دراسة نظرية تطبيقية، أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، كنوز إشبيليا، ط1، المملكة العربية السعودية، 1429هـ- 2008م، ج1، ص762.

(4) النجم الوهاج، الدميري، ج10، ص457.

(5) البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، عمر السبيل، دار الفضيلة، ط1، السعودية، 1423هـ-2002م، ص58.

ب- ترجيح تحليل فصيلة الدم على القيافة

ذكرنا سابقًا أن النسب يثبت بتحليل فصيلة الدم، ولكن ما الحكم إذا تعارضت القيافة مع التحليل المخبري.

يبدو الخلاف بين القيافة وعملية فحص الدم من حيث إن القيافة وسيلة لإثبات النسب، والفحص المخبري وسيلة لنفيه[1]، ولكن عند التعارض فعلى القاضي إعمال السلطة التقديرية في كليهما لعسر الترجيح بينهما.

ج- ترجيح اللعان على القيافة وحمض(DNA) والشبه

اختلف الفقهاء المعاصرون في البصمة الوراثية حول إحلال البصمة الوراثية محل اللعان وتقديمها عليه، أم أنّ اللعان لا تقدم عليه البصمة على رأيين:

الرأي الأول: ترجيح اللعان على البصمة الوراثية: يقول الدكتور ناصر الميمان: "إذا ثبت النسب بإحدى طرق الإثبات الشرعية، فإن الشارع الحكيم قد حصر نفي هذا النسب في طريق واحد فقط، وهو اللعان، واللعان لا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النسب، فضلاً أن تتقدم عليه، وهذا ما أكد عليه المجمع الفقهي الاسلامي برابطة العالم الإسلامي، حيث جاء ضمن قراراته الصادرة في الدورة السادسة عشرة في البصمة: فلا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان"[2].

ويقول الدكتور علي الكعبي: "إن البصمة الوراثية لا تقدم على اللعان ولا تستخدم في نفي النسب[3].

واستدلوا بمايلي:

(1) القرائن ودورها في الإثبات، المخلافي، ص136.

(2) البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، ناصر عبد الله الميمان، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الأمارات، 2002م، ج2، ص617.

(3) البصمة الوراثية، الكعبي، ص450.

– عن أنس بن مالك قال: "إن أول لعان كان في الاسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن السحماء بامرأته، فأتى النبي –ﷺ– فأخبره بذلك، فقال له النبي –ﷺ– «أربعة شهداء وإلا حدّ في ظهرك»، يردد ذلك عليه مراراً، فقال له هلال: ولله يا رسول الله، إن الله عز وجل ليعلم أني صادق، ولينزلن الله عز وجل عليك ما يبرئ ظهري من الجلد، حينما هم كذلك إذ نزلت عليه آية اللعان " والذين يرمون أزواجهم.... إلى آخر الآية[1]، فدعا هلال، فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم دعيت المرأة، فشهدت أربع شهادات بالله إنه من الكاذبين، فلما كان في الرابعة أو الخامسة قال رسول الله –ﷺ–: «وقفوها فإنها موجبه! فتلكأت، حتى ما شككنا أنها ستعترف»، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت على اليمين، فقال رسول الله –ﷺ–: «انظروها، فإن جاءت به أبيض سبطاً قفي العينين فهو لهلال بن أميه، وإن جاءت به آدام جعداً ربعاً حمش الساقين، فهو لشريك بن السحماء، فجاءت به آدام جعداً ربعاً حمش الساقين، فقال رسول الله –ﷺ–: لولا ما سبق فيها من كتاب الله لكان لي ولها شأن»[2].

قال ابن قدامه: "يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلّا الأيمان، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه"[3]، وتقديم اللعان عليه (الشبه) لا يمنع العمل به عند عدمه، كاليد تقدم عليها البينة ويعمل بها[4]، فَاللِّعَانُ سَبَبٌ أَقْوَى مِنْ الشَّبَهِ، قَاطِعُ النسب، وَحَيْثُ اعْتبرنا الشَّبَهَ فِي لُحُوقِ النَّسَبِ فَإِنَّمَا ذَاكَ إذَا لَمْ يُقَاوِمْهُ سَبَبٌ أَقْوَى مِنْهُ، وَلِهذا لَا يُعْتَبَرُ مَعَ الْفِرَاشِ، بَلْ يحكم بالولد لِلْفِرَاشِ، وَإِنْ كَانَ الشَّبَهُ لِغَيْرِ صَاحِبِهِ[5]، فتقديم اللعان على الشبه،

(1) سورة النور، الآية: 6.

(2) السنن الكبرى: البيهقي، كتابُ اللِّعانِ، بابُ الدَّليلِ على أن لِغَلَبَةِ الأشباهِ تأثيرًا في الأنسابِ، وأنَّ لها حُكمًا، حديث: (21318)، وسنن النسائي، باب كيف اللعان، حديث (3469).

(3)المغني لابن قدامه، ج6، ص126.

(4) المغني لابن قدامه، ج6، ص127.

(5) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج2، ص588.

وإلغاء الشبه مع وجوده، فهو من تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما، وذلك لا يمنع العمل بالشبه مع عدم ما يعارضه[1].

– الأصل أنَّ إحلال البصمة الوراثية بدل اللعان، إنما هي من النوازل العصرية، لا دليل عليه ولا مستند له يمكن التعويل عليه.

– إن الأخذ بالقول بأن بالبصمة الوراثية تصلح لأن تنفي النسب محل اللعان هو في الحقيقة منفذ ومفتاح باب الشر والفساد، إذ كل من شك في زوجته لأدنى سبب بسيط، تسارع إلى نفي النسب بالتحاليل الكيميائية، وبالتالي ضاعت الأنساب وتدهورت أواصر الأسرة المسلمة[2].

الرأي الثاني: يرى بعض الفقهاء المعاصرين أنَّ البصمة الوراثية تحل محل اللعان، منهم سعدالدين الهلالي والذي قال:" إنَّ اللعان إنَّما هو لدفع الحد عن الزوجة لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء أو شبهة، وأنَّ البصمة الوراثية ينحصر على أنه دليل مع الزوج أو ضده فإن كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنى. وإن كان ضده، وتبين أن الولد منه وجب عليه القذف غلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه. أو يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنى وليس من أجل نفي الولد[3].

واستدلوا على ذلك:

أنه إذا تيقن الزوج أن زوجته لم تحمل منه، لأنه استبرأها بحيضة واحدة ولم يمسها بعد ذلك، وظهر بها حمل فإنه يستأني به إلى الوضع، ثم يقدم القارئ بعد التثبت ما كشفته له

(1) زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، ط27، الكويت، 1415هـ- 1994م، ج5، ص378.

(2) البصمة الوراثية، الكعبي، ص451.

(3) البصمة الوراثية، الهلالي، ص358.

القراءة من اتصال بين الأب والمولود، أو عدم الاتصال ويكون ذلك مغنيا عن اللعان. ذلك لأن اللعان هو الاستثناء لا القاعدة[1].

فإذا تعارضت الصمة الوراثية مع اللعان وذلك في حالة ما إذا تم اللعان وأتت نتيجة البصمة الوراثية بعكس ما أراده الزوج؟

لا يوجد تعارض بين البصمة الوراثية واللعان لعدم وجود علة تربط بينهما، فإن جاءت البصمة الوراثية وأثبتت شرعية الولد قبل اللعان وأصر الزوج على الملاعنة فله ذلك ولا يمنع، وإن جاءت البصمة الوراثية وأثبتت شرعية الولد بعد اللعان، فلا أثر لها على اللعان؛ لأنَّ اللعان دليل قطعي والصمة الوراثية قرينة لا ترقى لليقين والقطع، فمتى أراد الزوج الاحتكام للعان فله هذا ومن ثم لا يجب منه من أجل البصمة الوراثية وهذا ما ينفي التعارض[2].

الرأي الراجح: هو ترجيح اللعان على الفحص الجيني وغيره وذلك، لأنَّ اللعان يختص بالنفي دون الإثبات، والقيافة تجمع بين النفي والإثبات[3]، وأن اللعان جاءت فيه نصوص صريحة قطعية تحسم النزاع وتقطع الخصومة بين الزوجين، وتنهي العلاقة الزوجية، وإعمال ما يعارضه مصادمة لنصوص الشرع المطهر.

- الترجيح بين شهادة الميلاد-الازدياد- والبصمة الوراثية

شهادة الميلاد بمجردها ليست حجة في إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه[4]، فما ضمن بدفتر الحالة المدنية لا ينهض حجة قاطعة على إثبات النسب أو نفيه-وإن تعلق الأمر في حقيقته بوثيقة إدارية رسمية- لا يعد وسيلة قاطعة لإثبات النسب أو نفيه، ويترتب على ذلك أنه يمكن لذوي المصلحة إثبات عكس ما ضمن بذلك الدفتر عن طرق الوسائل التي يعتد

(1) إثبات النسب بالبصمة الوراثية، محمد المختار السلامي، ص509، نقلا عن البصمة الوراثية، الكعبي، ص446.

(2) البصمة الوراثية، الكعبي، ص496.

(3) الحاوي، الماوردي، ج17، ص390.

(4) طرق الإثبات الشرعية، أحمد بك، ص695.

بها شرعا[1]، فإذا ادعى شخص بأنه ابن شخصٍ واستدل بشهادة الازدياد وأنكر المدعى عليه بنوة المدعي، فإذا لجأ الطرفان إلى الخبرة الجنية وخلصت نتائجها إلى تدعيم إنكار المدعى عليه؛ فإنها ترجح على شهادة الازدياد، لأن قرينة البصمة أرجح من قرينة شهادة الازدياد.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين قرائن الإثبات في النسب

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بين قرائن إثبات النسب

في القانون اليمني يثبت النسب بما يلي[2]: بالفراش، والإقرار، والشهود، والسماع. وينتفي النسب باللعان[3]، ولم ينص القانون اليمني على الخبرة كوسيلة نفي حتى يتم مناقشة التعارض بينها وبين غيرها من الأدلة عند التعارض وأنه عند التعارض تقدم قرينة الفراش على غيرها، وترجح الشهادة على الإقرار وهكذا، وأنه متى ما ثبت النسب بالإقرار فلا رجوع عنه وتترتب عليه جميع أحكام النسب[4].

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بين قرائن إثبات النسب

نصت مدونة الأسرة في المادة في المادة: (152) على ما يلي: أسباب لحوق النسب: الفراش، والإقرار، والشبهة، ونصت في المادة: (153) على ما يلي: يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، ولا يمكن الطعن فيه إلَّا من الزوج عن طرق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع. ونصت المادة: (158) على ما يلي: يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعًا بما في ذلك الخبرة القضائية.

فما ورد في المادتين هو أسباب ثبوت النسب ونفيه، والذي يعنينا في هذا المقام أحكام الترجيح عند التعارض ما بين أسباب ثبوت النسب وما بين أسباب نفيه.

---

(1) الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، محمد الكشبور، لا يوجد دار النشر، ط5، 2003م، ص489، 490.

(2) قانون الأحوال الشخصية، المادة: (121، 124)، وقانون الإثبات، المادة: (27).

(3) قانون الأحوال الشخصية، المادة: (110).

(4) المصدر السابق، المادة: (126).

أ – التعارض بين قرينة الفراش والخبرة الطبية

القضاء المغربي كان ولا يزال حريصًا على التمسك بقرينة الفراش لإثبات النسب، ولو عارضتها الوسائل الحديثة في هذا المجال بما في ذلك تحاليل البصمة الوراثية[1]، وعلى الرغم من تمسك القضاء المغربي بقرينة الفراش إلَّا أنَّ هناك اجتهادات في بعض المحاكم قدمت الخبرة الطبية على اللعان، ورجحت الخبرة الطبية على قرينة الفراش، ففي حكم صادر عن قسم الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، التمس الزوج نفي الولد عنه بسلوك مسطرة اللعان، وأدلى بعديد من الشواهد الطبية المثبة لعقمه، وأعرب عن استعداده للخضوع لتحليل الحامض النووي مما اعتبرته المحكمة دلائل قوية على ادعائه، وجاء في حيثيات الحكم "وحيث إنَّ المحكمة لجأت إلى الخبرة الجينية، ولم تُبْقِ على طلب اللعان، ولم تسلك مسطرته مادام المدعي قد أدلى بشواهد طبية صادرة عن عدة أطباء الَّذين أكدوا عقمه، وذلك بعد فحصهم المدعي فحصًا سريريًا، وإجراء التحاليل البيولوجية كما هو ثابت من نتائج التحليل المدلي بها"[2]، وأمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية خلصت على أثرها إلى نفي نسب البنت عن المدعي[3]، وبهذا نخلص إلى أنَّ الخبرة الطبية إذا عارضت قرينة الفراش فإنها تترجح عليه في ضوء مدونة الأسرة؛ لأنَّ مدونة الأسرة ساوت بين اللعان والخبرة في نفي النسب، وهذه المساواة تجعل الخبرة الطبية تهدم قرينة الفراش وتترجح عليها عند التعارض.

ب– الترجيح بين الإقرار والخبرة الطبية

يعدُّ الإقرار دليلًا من أدلة ثبوت النسب، فإذا أقر شخصٌ ببنوة طفل مجهول النسب، ثم بعد إقراره به أراد نفيه بالخبرة الطبية، ورفع بذلك دعوى، وطلب إثبات دعواه بالخبرة الطبية،

(1) المستجدات العلمية وأثرها على النسب، البركاوي إدريس، ص72.

(2) 22 –ح ع95، 06، بتأريخ: 3/1/ 2006م، مجلة قضاء الأسرة، ع، 3، م، س، ص168، نقلا عن ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الدعاوى السرية، محمد التازي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، نوقشت في جامعة سيدي محمد بن عبدالله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2015–2016م، ص277.

(3) ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الدعاوى السرية، محمد التازي، ص277.

وأثبتت الخبرة الجينية أن المقر به ليس ابنًا للمقر، فهنا تعارض الإقرار والخبرة الطبية فما موقف القانون من هذا التعارض؟

لم تعالج مدونة الأسرة هذا الفرض من التعارض ولكن بالرجوع إلى المادة: (400) من مدونة الأسرة والتي نصت على ما يلي: "كل مالم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

وبالرجوع لنصوص الفقه المالكي بخصوص الرجوع عن الإقرار نجد أن رجوع المقر غير معتبر، فمن المقرر في الفقه المالكي، أَنَّ مَنْ اسْتَلْحَقَ وَلَدًا فانه يَلْحَقُ بِهِ فَإِنْ أَنكره بَعْدَ ذَلِكَ بِأَنْ قَالَ مَا هو ولدي ثُم مَاتَ الْوَلَد فَإِنَّ الْأَبَ لا يَرِث الْوَلَدُ الْمَذْكُورُ؛ لِأَنَّه نَفَاهُ وَيُوقَف مَالُهُ فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ الْمُقِرُّ فَيُعْطَى الْمَالُ الْمَوْقوف لِوَرَثَةِ الْأَبِ لِأَنَّ إنْكاره لِلْوَلَدِ لَا يَقْطَعُ حَقَّ وَرَثَةِ الْأَبِ وَيُقْضَى بِمَالِ الْوَلَدِ دَيْنُ الْأَبِ الْمقر وَإِنْ قَامَتْ الْغُرَمَاءُ عَلَى الْأَبِ وَهُوَ حَيٌّ فَإِنَّهُمْ يَأْخُذُونَ ديونهم مِنْهُ وَمَا بَقِيَ يُوقَفُ حَتَّى يَمُوتَ الْأَبُ، فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ الْمُسْتَلْحَقُ قبل الِابْنِ وَرِثَهُ الِابْنُ بِالْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ والاستلحاق الذي سبق ولا يسقط نسبه بإنكاره بعد استلحاقه [1]، فعلى هذا إذا تعارض الإقرار والخبرة الجينية فإن الإقرار يرجح ولا عبرة بالخبرة الطبية إلَّا أنَّ نص المدونة يظل سلاحًا ذو حدين فعلى ضوء المادة: (153) من المدونة فإنَّ الخبرة الطبية تترجح على الإقرار فإذا كانت تترجح على قرينة الفراش فمن باب أولى ترجيح بالخبرة الطبية على الإقرار.

ج- الترجيح بين اللعان والبصمة الوراثية عند التعارض

اعتَدتْ مدونةُ الأسرة باللعان والخبرة لنفي النسب ولكن ما الحكم إذا تعارضت الخبرة مع اللعان بأن لاعن الزوج زوجته، ثم طلبت المرأة إجراء الحليل الجيني وحدثت النتيجة العكسية؟

(1) شرح مختصر خليل، الخرشي، ج6، ص108، والشرح الكبير، الدردير، ج3، ص419.

لم تعالج المدونة هذه المسألة[1]، ولكن باستطلاع الأحكام الصادرة عن القضاء المغربي في الموضوع يبدو أن القضاء المغربي يرجح اللعان على الخبرة الطبية.

وبهذا يتبين أنَّ الفقه الإسلامي اعتد بالقيافة في إثبات النسب وجعلها وسيلة ترجيحية عند تعارض الأدلة القضائية، وأنَّه يعتد بالوسائل العلمية المعاصرة في الترجيح بين وسائل إثبات النسب، وأنَّ القانونين محل الدراسة لم يخرجا في إثبات النسب ولا نفيه عما هو منصوص عند الفقهاء إلَّا أن القانون المغربي توسع في الترجيح بالخبرة الطبية عند تعارضها مع اللعان، أو قرينة الولد للفراش، وما ذهب إليه لم يكن بدعًا من القول، وإنما هو أراء لبعض الفقهاء المعاصرين؛ وإن كان الراجح خلافه.

ثالثا: الترجيح عند التنازع على التقاط اللقيط في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

يعتبر اللقيط من بين المسائل المهمة التي حظيت بالاهتمام الكبير لدى الفقهاء، فقد تناولوا مسائله بالتفصيل، خصوصًا ما يتعلق منها بالتنازع عليه عند الالتقاط، وقبل أن نشرع في قواعد الترجيح الخاصة باللقيط لا بد من ماهيته.

الفقرة الأولى: ماهية اللقيط

تتضمن ماهية اللقيط تعريفه، والأصل في مشروعيته وبيان ذلك فيما يلي:

أ – تعريف اللقيط

اللقيط هو: صغير منبوذ في شارع أو مسجد أو نحو ذلك، ولا كافل له معلوم، ولو مميزًا لحاجته إلى التعهد[2]، ولا يشترط أن يكون اللقيط ابن زنى بل ولا يلزم ذلك، وإنما يشترط فيه أنَّه لمْ يُعْلم أبوه[3].

(1) المستجدات العلمية وأثرها على النسب، البركاوي، ص58.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص598.

(3) حاشية الدسوقي، ج2، ص279.

ب- الأصل في مشروعية التقاط اللقيط

الأصل في مشروعيته قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[1]، وقَوْله تَعَالَى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ﴾[2].

الفقرة الثانية: الترجيح بين المتنازعين على اللقيط

إذا حصل نزاع بين اثنين في التقاط اللقيط، فهنا لا يخلو الأمر من حالين:

الحالة الأولى: أن يكون أحدهما ذا أهلية في الالتقاط، وذلك بأن يكون مستجمعًا شروط الالتقاط من بلوغ، وإسلام، وعدالة، وغير ذلك من الشروط المنصوص عليها عند الفقهاء، ويكون الأخير غير ذلك، فهنا يكون اللقيط لِمَنْ يُقرُ في يده[3]، ويكون هنا ليس من باب الترجيح، وإنما من باب استكمال الشروط، لأنَّ شرط الترجيح التساوي في المعتبرات الشرعية.

الحالة الثانية: إذا كان كل من الملتقطين أهل لالتقاط اللقيط، ولم يسبق أحدهما الآخر، وحصل تنازع بينهما، فهنا يكون الترجيح بين المتنازعين بناء على الضوابط الآتية:

الضابط الأول: يرجح الملتقط الغني على الفقير، وها هو مذهب الحنفية والحنابلة والقول الأصح عند الشافعية؛ لأن الغني قد يواسي اللقيط بماله فكان تسليمه إليه أنفع له[4]، وعند المالكية يقدم الأصلح لحفظه، والقيام به[5].

الضابط الثاني: يرجح المُعدَّل باطنًا بكونه مزكى عند القاضي على مستور الحال، أي عدل ظاهر بأن لم يعلم فسقه، ولا تزكيته عند القاضي[6].

---

(1) سورة المائدة، الآية: 2.

(2) سورة الحج، الآية: 77.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص599، والشرح الكبير، الدردير، ج4، ص126، وحاشية المنتزع الختار، ج9، ص142.

(4) البناية شرح الهداية، العيني، ج7، ص317، ومغني المحتاج، ج 3، ص599، وفتح الوهاب، زكريا الأنصاري، ج1، ص317، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص446.

(5) الشرح الكبير، الدردير، ج4، ص126، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص249، والتاج والإكليل، المواق، ج8، ص57.

(6) البناية شرح الهداية، العيني، ج7، ص317، ومغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص599، وفتح الوهاب، زكريا الأنصاري، ج1، ص317، والمغني، ابن قدامة، ج6، ص121، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص442.

الضابط الثالث: يرجح المقيم في بلده على المسافر[1].

الضابط الرابع: يرجح الحضري على البدوي، والبصير على الأعمى، والسليم على المجذوم، والأبرص[2].

الضابط الخامس: الترجيح باليد.

ذهبت الحنفية إلى أن اليد كما تكون سببًا للترجيح في الأملاك، فكذلك تعتبر في اللقيط، فلو أنَّ صبيًا في يد رَجُل، وأقام رجل بينة أنه ابنه من امرأته هذه، وأقام ذو اليد بينة أنه ابنه من امرأته هذه، فذو اليد أولى؛ لأنَّه أثبت الولادة، وهو القابض فكان أولى كما في النتاج فكذلك في إثبات النسب[3].

وذهبت الشافعية إلى أنَّه لا يرجح باليد فإذَا ادَّعَيَا لَقِيطًا في يد أَحَدِهِمَا وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ أَنَّهُ لَا يُرَجَّحُ صاحِبُ الْيدِ؛ لِأَنَّ اللَّقِيطَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ[4]، وأنه إذا تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَانِ قُدِّمَ بِسَبْقٍ اسْتِلْحَاقٌ مِنْ أَحَدِهِمَا مَعَ يَدٍ لَهُ مِنْ غير لَقْطٍ لِثُبُوتِ النَّسَبِ مِنْهُ مُعْتضِدًا بِالْيَدِ فاليد عَاضِدَةٌ لَا مُرَجِّحَةً؛ لِأَنَّهَا لَا تُثْبِتُ النَّسَبَ بِخلاف الْمِلْكِ أَمَّا يَدُ اللَّقْطِ فَلَا عِبْرَةَ بِهَا[5]. وأنه لو كان مدعيا اللقيط خارجين، أحدهما مسلم والآخر ذمي، وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم. فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أو على الأمر باليد[6]، فَإِنْ تعارض التَّرْجِيحَانِ، فَكَانَ

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، 600، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص442.

(2) البناية شرح الهداية، العيني، ج7، ص317، ومغني المحتاج، الشربيني، ج3، 600، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص440.

(3) أحكام الصغار، محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني (المتوفى:632هـ)، تحقيق، مصطفى صميدة، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1418هـ- 1997م، ص307.

(4) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص428.

(5) فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، زكريا الأنصاري، ج1، ص319.

(6) البناية شرح الهداية، العيني، ج7، ص317.

السلم فَقِيرًا وَالْكَافِرُ مُوسِرًا، فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ لَهُ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنْ النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِيَسَارِهِ مَعَ كُفْرِهِ[1]، والإسلام بحد ذاته يعد مرجحًا[2].

وعند الشافعية أن اليد لا تدل على النسب، وإنما تدل على الملك[3].

وعند الحنابلة، قال ابن قدامة: "وإن كان اللقيط في يد أحدهما فهل تقدم بينته على بينة الآخر أو تقدم بينة الخارج؟ وفيها وجهان مبنيان على الروايتين في دعوى المال[4]، والصحيح أن بينة الخارج تقدم[5]، وهذا بناءً على مذهب الحنابلة بأن بينة الخارج تقدم عند التنازع ما بين بينة الداخل والخارج.

الضابط السادس: ترجيح المرأة على الرجل في إمساك اللقيط

إذا تنازع الرجل والمرأة في التقاط اللقيط، فهل ترجح المرأة على الرجل؟

عند الشافعية والحنابلة والزيدية لا تقدم المرأة على الرجل في إمساك اللقيط، وإن قدمت في الحضانة[6].

وفي ذلك يقول عبدالكريم زيدان: والذي أراه ترجيح المرأة على الرجل إذا كان اللقيط رضيعًا، والمرأة يمكنها أن ترضعه بنفسها إذا كان طفلًا صغيرًا؛ لأنَّ المرأة أقدر على حضانته، ورعايته من الرجل كما هو معروف، أو كان اللقيط أنثى؛ لأنَّ تربية المرأة للأنثى أولى من الرجل، ففي هذه الحالة ينبغي ترجيح المرأة ما دام أنَّ الترجيح يقوم على أساس ما هو الأنفع للقيط. والمرأة في هذه المواضع أنفع له من الرجل، على أن يلاحظ أنَّ إمساك المرأة للقيط، وترجيحها على الرجل في هذه المواضع، مشروط فيه إذن زوجها له في إمساكه إن كانت ذات زوج؛ لأنَّ إمساكها للقيط وتربيته ورعايته، قد يؤثر ذلك في استيفاء الزوج حقه منها بموجب

(1) المغني، ابن قدامة، ج6، ص121.
(2) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص311.
(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص616.
(4) المغني، ابن قدامة، ج6، ص 133.
(5) الإنصاف، المرداوي، ج6، ص455.
(6) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص600، وحاشية الأزهار، ج9، ص142.

عقد النكاح[1]، وترجيح المرأة على الرجل في حضانة اللقيط يعدُّ من باب الترجيح بالأصلح بين المتنازعين لتغليب مصلحة الطفل الملتقط.

الضابط السابع: الترجيح بالقرعة

يكون ذلك عند استواء المتنازعين على اللقيط في الأهلية، فإن كان كل منهما صالح لالتقاطه، واستويا كذلك في وضع اليد، فهنا يكون الترجيح بالقرعة لعدم الأولوية؛ لأنَّ القرعة في الكفالة في شرع من قبلنا في قصة مريم، قال تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾[2]، أي اقترعت الأحبار على كفالتها بإلقاء أقلامهم، ولم يرد في شرعنا ما يخالفه. هذا عند الحنفية، والمالكية، والشافعية[3]، وعند الحنابلة أن القرعة لا تثبت النسب[4].

الضابط الثامن: الترجيح بالبصمة الوراثية في مجهول النسب.

جاءت البصمة الوراثية التي تحدد الصفات الوراثية للإنسان، وبها يمكن معرفة صدق المدعين من كذبهم، كما أنَّ يمكن البحث عن أهل "مجهول النسب" بإجراء البصمة على المشتبه فيهم.

وبهذا تنحصر فائدة" البصمة الوراثية" على هذا الصنف من " مجهولي النسب" في كشف صدق الادعاء بالاستلحاق، وفي البحث عن أهله من المشتبه فيهم، دون ما حاجة إلى الاحتكام بالطريقة البدائية (القيافة) التي لم يكن الناس يعرفون سواها[5].

فيعمل بالصمة الوراثية لإثبات نسب المجهول؛ لأنَّ الفقهاء اتفقوا على إثبات الواقعة بالخبرة والمعاينة، والخبرة: هي الاعتماد على رأي المختصين في حقيقة النزاع بطلب القاضي.

---

(1) منج الجليل، عليش، ج8، ص249، والإنصاف، المرداوي، ج6، ص442، والمفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، زيدان، ج9، ص443.

(2) سورة آل عمران، الآية: 44.

(3) البناية شرح الهداية، العيني، ج7، ص317، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج4، ص26، ومغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص600.

(4) المغني، ابن قُدامة، ج6، ص135.

(5) البصمة الوراثية، الهلالي، ص403.

والمعاينة: هي الاعتماد على ما يشاهده القاضي بنفسه أو بنائبه من محل النزاع الذي يختصم فيه الخصمان، ولأن نتيجة أو قرار الصمة الوراثية قطعية لأنه يثبت النسب، أو ينفيه بنسبة: (99%) فأكثرن وهذا أوثق من القيافة، لأنَّ القائف: من يعرف الآثار معتمدًا على الحدس والتخمين[1].

الرأي الراجح: أنَّه عند التنازع على التقاط اللقيط فإنَّه يرجح الأصلح للقيط من بين الملتقطين على ضوء الضوابط السابقة، وإذا حصل التنازع على مجهول النسب؛ فإنّه ترجح الخبرة العلمية على الخبرة الاجتهادية.

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح عند التنازع على اللقيط

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح عند التنازع على اللقيط

نظم القانون اليمني معاقبة كل من عثر على وليد، أو طفل ولم يبلغ به، أو يوصله إلى الجهات المختصة[2]، وهذا يدل على أن مسألة التنازع على اللقيط قد حسمها القانون بإلزام الملتقط بإبلاغ، أو إيصال الملتقط إلى الجهات الحكومية.

ب- موقف القانون المغربي من الترجيح عند التنازع على اللقيط

نظم القانون المغربي أحكام اللقيط في القانون المتعلق بكفالة الأطفال

والقانون المذكور نظم كفالة الأطفال وتوضيح ذلك فيما يلي:

الطفل المهمل: يعتبر الطفل مهملا من كلا الجنسين الذي لم يبلغ سنة ثمان عشر سنة شمسية كاملة إذا وجد في إحدى الحالات الآتية:

-إذا ولد من أبوين مجهولين، أو ولد من أب مجهول وأم معلومة تخلت عنه بمحض إرادتها...إلخ[3]، وحسم القانون مسألة التنازع على اللقيط والترجيح بين المتنازعين، وألزم من

(1) البصمة الوراثية، وهبة الزحيلي، ص20.

(2) القانون رقم: (45) لسنة 2002م، بشأن حقوق الطفل، المركز الوطني للمعلومات، الجمهورية اليمنية، المادة: (155).

(3) القانون رقم: (15.01) المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، القانون رقم: (15.01) المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الاخرة 1423هـ 19 أغسطس 2002، وزارة العدل والحريات المادة: (1).

عثر على طفل وليد مهمل أن يبلغ عنه على الفور مصالح الشرطة أو الدرك أو السلطات المحلية[1]، ومن ثم فإن وكيل الملك هو الذي يتولى إتمام إجراءات الطفل المهمل، عند تعدد الطلبات في كفالته يكون الترجيح على النحو الاتي[2]:

-تمنح الأسبقية للزوجين اللذين ليس لهما أطفال.

-تمنح الأسبقية للزوجين اللذين تتوفر لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل.

فأناط القانون الترجيح للزوجين اللذين ليسا لهما أطفال، وعند التزاحم للزوجين اللذين لهما أفضل الظروف لضمان المصلحة الفضلى للطفل، وما ذهب إليه القانون يقرب إلى حدٍ ما إلى الفقه المالكي في إناطته لكفالة اللقيط بالأصلح كما تم بيانه سلفًا.

الفرع الثاني: الترجيح بين قرينة القسامة وبين الأدلة القضائية

الجناية على النفس، وعلى ما دونها من الأعضاء والمنافع والمعاني تخضع في الإثبات للقواعد العامة، إلَّا أنَّ الأمر يزداد هنا خطورة كون الحكم فيها يعتبر نوعًا من العقوبة التي لا يمكن تداركها، ولا يجوز للقاضي أن يهجم عليها إلَّا بناء على أدلة يقينية، لذا كانت دائرة الإثبات في الجنايات حدودها ضيقة جدًا؛ لأنَّ العقوبات الشرعية تحكمها مبادئ، منها: "لأن يخطئ القاضي في العفو أحب من أن يخطئ في العقوبة"، ومنها: "درء الحدود بالشبهات" "وإن حقوق الله مبنية على المساهلة، والمسامحة، وحقوق العباد مبنية على المشاحة".

وهذه المبادئ تؤثر في إثبات وقائع الجنايات، والحدود والتعازير عند التعارض، مع ما لما للجنايات من بعض الخصوصيات في الإثبات، كإثباتها بالقسامة، كل هذا يدعونا للتساؤل عن الترجيح بينها وبين الأدلة القضائية عند تعارضها في الجنايات وهو ما سيكون الحديث عنه فيما يلي:

(1) المصدر السابق نفسه، المادة: (3).

(2) المصدر السابق نفسه، المادة: (8، 10).

أولًا: ماهية القسامة ومشروعيتها وصور اللوث فيها

سيتم الحديث عن تعريف القسامة وأهميتها وشروطها وخلاف العلماء في مشروعية القسامة والجرائم التي تكون منها القسامة والفرق بين القسامة في الدم والأيمان في الحقوق وذلك فيما يلي:

الفقرة الأولى: ماهية القسامة ومشروعيتها

ولما كان التعارض والترجيح بينها وبين بقية الأدلة يتوقف على معرفة القسامة وأهميتها وشروطها والجرائم التي تتكون فنها القسامة وخلاف العلماء في مشروعية القسامة استلزم بيان ذلك في الآتي:

أ- تعريف القسامة

- **القسامة لغة:** الحسن والجمال، والقسامة اليمين[1]، وفي النهاية لابن الأثير: القسامة بالفتح: اليمين كالقسم، وحقيقتها أن يقسم من الأولياء خمسون نفرًا على استحقاقهم دم صاحبهم إذا وجدوه قتيلاً بين قوم ولم يعرف قاتله، فإن لم يكونوا خمسين أقسم الموجودون خمسين يمينًا ولا يكون فيهم صبي ولا امرأة، ولا مجنون ولا عبد، أو يقسم بها المتهمون على نفي القتل عنهم، فإن حلف المدعون استحقوا الدية، وإن حلف المتهمون لم تلزمهم الدية.

وقد جاءت بناءً على الغرامة والحَمالة، لأنها تلزم أهل الموضع الذي يوجد فيه القتيل.

قال: ومنه حديث عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- "القسامة توجب العقل" أي: توجب الدية لا القود[2].

- **القسامة شرعًا:** تعددت تعاريف الفقهاء للقسامة ولأهمية ذلك سوف نورد هذه التعاريف. وهي القسامة عند الحنفية: هي اليمين بالله تبارك وتعالى بسب مخصوصٍ وعددٍ مخصوصٍ،

(1) المعجم الوسيط، الزيات وآخرون، ج2، ص735.

(2) النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، ج4، ص62.

أو على شخصٍ مخصوصٍ، وهو المدعى عليه على وجه مخصوصٍ، وهو أن يقول خمسون من أهلِ المحِلةِ إذا وجد قَتيل فيها بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً[1].

تنبيه: المحلة: هي قرية البوادي والمحاشر والقياطن وكذلك القبائل والمياه والأحياء[2].

– القسامة عند المالكية: هي أن يحلف أولياء الدم خمسين يمينًا في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس أنَّ هذا قتله[3].

– القسامة عند الشافعية: هي: اسم للأيمان التي تقسم على أولياء الدم[4]، أو هي: حلف مدعٍ بقتل على معين[5]، فالمراد بها عندهم الأيمان في الدماء[6].

– القسامة عند الحنابلة: هي الأيمان المكررة في دعوى القتل[7].

– القسامة عند الزيدية هي: أن يوجد القتيل في موضع يختص محصورين غير القتيل، ولا يدعي الوارث القتل على غيرهم أو على معينين[8].

---

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص286.

(2) فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر، رتبه واختصر تخريجه، محمد بن عبد الرحمن المغراوي، دار مجموعة التحف النفائس الدولية، ط1، الرياض– المملكة العربية السعودية، 1416هـ– 1996م، ج11، ص225.

(3) القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، تحقيق، ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط1، بيروت، لبنان، 1434هـ– 2013م، ص336.

(4) مغني المحتاج، الشربيني، ج5، ص378، والسراج الوهاج بشرح منهاج الطالبين، محمد الزهري الغمراوي (المتوفى: 1337هـ)، مؤسسة الكتب الثقافية، ط2، بيروت– لبنان، ج1، ص445.

(5) متن التحرير، زكريا الأنصاري، ص183، والياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس، السيد أحمد بن عمر الشاطري العلوي الحسيني التريمي (المتوفى: 1360هـ)، دار التيسير، بدون ط، صنعاء، مكتبة الثقافة، عدن، اليمن، 1425هـ – 2005م، ص164.

(6) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي (المتوفى: هـ) حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه، علي عبد الحميد أبو الخير، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، ط3، دمشق، 1422هـ، ص561، شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع المسمى "فتح القريب المجيب" في شرح ألفاظ التقريب، محمد بن قاسم الغزي(المتوفى: 819هـ)، عنى به بديع السيد اللحام، دار الخير، ط3، 1419هـ، ، ص189.

(7) المغني، ابن قدامة، ج8، ص487.

(8) البحر الزخار، المرتضى، ج6، ص295.

يتضح مما سبق: أن القسامة هي الأيمان المكررة من أولياء الدم في حالة ما لو وجد شخص مقتول في محلة أو موضع أو دار أو في سفينة أو خباء أو فلاة أو غير ذلك من الأمكنة ولم يعرف قاتله، أما إن وجدت البينة بشاهدي عدل أو تحقق الإقرار من الجاني فقد استبانت المسألة واستقر الحكم، فإمَّا القصاص أو الدية أو العفو إن كان القتل عمدًا، وإما الدية أو العفو إن كان خطأ أو شبه عمد، ولكن إذا لم يعرف القاتل فلا مندوحة حينئذ عن العمل بالقسامة إحقاقًا للحق، وحفظًا للدماء أنْ تذهب هدر[1]، ومما أورده الفقهاء في معنى القسامة يتبين بأنَّها أيمان بالله تعالى مكررة يحلفها أولياء الدم أو المدعى عليهم عند وجود قتيل لا دليل كامل على قاتله.

ب- أهمية القسامة

تكمن أهمية القسامة في الآتي: تعتبر القسامة طريقًا مستقلة في الإثبات[2]، وفيها دلالة على مشروعية القرائن في الشريعة الإسلامية، وذلك لأنّها تعتمد على الشُبهة واللوث وهما قرينتان[3]، فهي تهدف إلى حقن الدماء[4]، والحفاظ عليها وصيانتها من الإهدار، وذلك للمتهم بالقتل من القصاص عند الجمهور والاكتفاء بالدية[5]، وزجر المعتدين[6]، وكف أيدي المتغالين؛ لأن القتل أكثر ما يقع اغتيالاً ويعز إثباته بالشهادة، فاحتاط الشرع وأثبت البداية بالأيمان مشروطة بظهور اللوث ثم غلظ الأمر بتعديد الأيمان حتى لا يجازف المدعي ولا يهاجم[7]، كما أن القسامة تدعو إلى بعث روح اليقظة الجماعية في الحفاظ على الأمن والسلام فإذا

(1) الفقه الجنائي في الإسلام، أمير عبد العزيز، دار السلام، ط1، القاهرة- مصر، 1417هـ- 1997م، ص88.

(2) القرائن ودورها في الإثبات، المخلافي، ص103.

(3) المصدر السابق نفسه، ص103.

(4) نهاية المطلب، الجويني، ج17، ص76.

(5) الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، الفائز، ص281.

(6) نيل الأوطار، الشوكاني، ج4، ص43.

(7) نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، ج17، ص76.

قصرت الجماعة في ذلك وجب عليها تحمل المسؤولية باليمين والدية[1]، فشرعت ليظهر القصاص بتحرزهم من اليمين الكاذب، فإذا حلفوا حصلت البراءة من القصاص[2].

ج- مشروعية القسامة

كانت القسامة طريقًا من طرق الإثبات في الجاهلية فأقرها الإسلام فقد روى الإمام مسلم عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل «أَنَّ رَسُولَ اللهِ -ﷺ- أَقَرَّ الْقَسَامَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ»[3]، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَثْمَةَ -قَالَ يَحْيَى وَحَسِبْتُ قَالَ- وَعَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، أَنَّهُمَا قَالَا: خَرَجَ عَبْدُ اللهِ بْنُ سَهْلِ بْنِ زَيْدٍ، وَمُحَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودِ بْنِ زَيْدٍ، حَتَّى إِذَا كَانَا بِخَيْبَرَ تَفَرَّقَا فِي بَعْضِ مَا هُنَالِكَ، ثُمَّ إِذَا مُحَيِّصَةُ يَجِدُ عَبْدَ اللهِ بْنَ سَهْلٍ قَتِيلًا فَدَفَنَهُ، ثُمَّ أَقْبَلَ إِلَى رَسُولِ اللهِ -ﷺ- هُوَ وَحُوَيِّصَةُ بْنُ مَسْعُودٍ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ سَهْلٍ، وَكَانَ أَصْغَرَ الْقَوْمِ، فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ قَبْلَ صَاحِبَيْهِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ -ﷺ-: «كَبِّرِ الْكُبْرَ فِي السِّنِّ»، فَصَمَتَ، فَتَكَلَّمَ صَاحِبَاهُ، وَتَكَلَّمَ مَعَهُمَا، فَذَكَرُوا لِرَسُولِ اللهِ -ﷺ- مَقْتَلَ عَبْدِ اللهِ بْنِ سَهْلٍ، فَقَالَ لَهُمْ: «أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا فَتَسْتَحِقُّونَ صَاحِبَكُمْ أَوْ قَاتِلَكُمْ»، قَالُوا: وَكَيْفَ نَحْلِفُ، وَلَمْ نَشْهَدْ؟ قَالَ: «فَتُبْرِئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا»، قَالُوا: وَكَيْفَ نَقْبَلُ أَيْمَانَ قَوْمٍ كُفَّارٍ؟ فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ رَسُولُ اللهِ -ﷺ- أَعْطَى عَقْلَهُ[4].

قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم في القسامة[5].

---

(1) الإثبات بالقرائن، الفائز، ص281.

(2) الفقه الحنفي وأدلته، الشيخ أسعد بن محمد سعيد الصاغرجي، دار الكلم الطيب، ط1، دمشق، بيروت، 1420هـ - 2000م، ج3، ص237.

(3) صحيح مسلم، كِتَابُ الْقَسَامَةِ وَالْمُحَارِبِينَ وَالْقِصَاصِ وَالدِّيَاتِ، بَابُ الْقَسَامَةِ، حديث: (1670).

(4) صحيح مسلم، كِتَابُ الْقَسَامَةِ وَالْمُحَارِبِينَ وَالْقِصَاصِ وَالدِّيَاتِ، بَابُ الْقَسَامَةِ، حديث: (1669)، وسنن الترمذي في سننه، أَبْوَابُ الدِّيَاتِ عَنْ رَسُولِ اللهِ -ﷺ- باب ما جاء في القسامة، حديث: (1422).

(5)، سنن الترمذي، الترميذي، ج3، ص83.

ويقول الشيخ الزرقاني: "وفي هذا الحديث مشروعية القسامة وبه أخذ كافة من الصحابة والتابعين وعلماء الأمة كمالك والشافعي في أحد قوليه وأحمد[1].

ويقول ابن عبد البر: "ولا أصل لمن أوجب الحكم بالقسامة غير قصة عبد الله بن سهل الحارثي المقتول بخيبر على ما قد ذكرنا من الروايات بذلك على اختلاف أنواعها[2].

وقال الحافظ بن حجر نقلاً عن القاضي عياض هذا الحديث أصل من أصول الشرع وقاعدة من قواعد الأحكام، وركن من أركان مصالح العباد وبه أخذ كافة الأئمة من السلف من الصحابة والتابعين وعلماء الأمة وفقهاء الأمصار من الحجازيين والكوفيين وإن اختلفوا في صورة الأخذ به[3].

د- اختلاف العلماء في مشروعية القسامة

بالرغم من النصوص السابقة الدالة على مشروعية القسامة، إلَّا أنَّ الفقهاء اختلفوا في الأخذ بالقسامة ما بين مثبت لها وبين من أنكرها ودفعها جملة واحدة.

وبالتالي فإننا سوف نقوم بذكر آراء العلماء في مشروعية القسامة وأدلتهم والنتيجة التي يمكن الخروج بها من هذا الباب.

القول الأول: الذين أثبتوا القسامة فريقان من أهل العلم[4]:

الفريق الأول: مالك والشافعي والليث يعتبرون الشبهة واللوث واللطخ وما غلب على القتل والظن، فهم يطلبون ما يتطرق به إلى حراسة الدماء ولم يطلب أحد منهم الشهادة القاطعة ولا العلم الصحيح البات.

الفريق الثاني: طائفة من أهل العراق والكوفيين، والبصريين يوجبون القسامة والدية لوجود القتيل على أهل الموضع ما يعتبرون غير ذلك.

---

(1) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (المتوفى: 1122هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411هـ- 1990م، ج4، ص259.

(2) فتح البر، ابن عبدالبر، ج11، ص626.

(3) فتح الباري، ابن حجر، ج12، ص253.

(4) الاستذكار، ابن عبد البر، ج8، ص197، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، ج2، ص506.

وكذلك مذهب الزيدية يوجبون القسامة والدية بالتهمة[1].

استدل المثبتون للقسامة بأدلة:

-الدليل الأول: منها الحديث الذي رواه الترمذي وهو السابق ذكره في مصدر القسامة التشريعي وفيه، فقال لهم: تحلفون خمسين يمينًا فتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟ قالوا: كيف نحلف ولم نشهد. قال: تبرئكم يهود بخمسين يميناً. قالوا: كيف نقبل أيمان كفار[2].

وجه الدلالة من الحديث:

أفاد الحديث أنَّ الأولياء إذا تعذرت عليهم البينة وحلفوا خمسين يمينًا على رجل معين أنَّه هو القاتل مع وجود لوث يرجح دعواهم، دُفع إليهم هذا الرجل لينالوا حقهم منه، وقد أبى الأولياء أن يحلفوا لأنهم لم يحضروا ولم يشهدوا القتل فعرض عليهم النبي -ﷺ- أن يحلف لهم اليهود أيضاً بكفرهم فواده -ﷺ- من عنده كراهة أن يهدر دمه، والنبي -ﷺ- لا يعرض إلَّا ما كان مشروعًا، فدل هذا العرض على مشروعية القسامة.

-الدليل الثاني: ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن ناس من الأنصار من أصحاب النبي -ﷺ-: «أنَّ القسامة كانت في الجاهلية قسامة دم وأقرها رسول الله -ﷺ- على ما كانت عليه في الجاهلية، وقضى بها رسول الله -ﷺ- بين ناس من الأنصار من بني الحارثة في قتيل ادعوه على اليهود»[3].

وجه الدلالة من الحديث:

بيان أنَّ القسامة كانت قبل الإسلام وأن رسول الله -ﷺ- أقرها من جملة ما أقره من أمور الجاهلية لكونها سبيلاً من سبل صيانة الدماء وعدم ضياع الحقوق[4].

---

(1) البحر الزخار، المرتضى، ج6، ص299.

(2) سبق تخريجه.

(3) صحيح مسلم، كِتَابُ الْقَسَامَةِ وَالْمُحَارِبِينَ وَالْقِصَاصِ وَالدِّيَاتِ، بَابُ الْقَسَامَةِ، حديث: (1670).

(4) القسامة في الفقه الإسلامي، محمد إسماعيل البسيط، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت- لبنان، 1402هـ، ص38.

الدليل الثالث: أنَّ حدوث القتل بِمَحَلٍ قرينةٌ على ترجيح دعوى الأولياء القتل على من يتهمونه به، فإذا انضم ذلك حلفهم خمسين يمينًا أنَّ قاتله فلانًا بناءً على غلبة ظنهم، قام ذلك مقام البينة إذا تعذرت، فإن وجود القتيل في محلة أعدائه أو قريتهم وانحصرت شبهة القتل فيهم كان ذلك داعيًا للأخذ بالقسامة لئلا تهدر الدماء، ويترك الحبل على الغارب للمجرمين يعثون في الأرض الفساد[1].

القول الثاني: عدم مشروعية القسامة.

قال ابن عبد البر: "وقد أنكرت طائفةٌ من العلماء الحكم بالقسامة ودفعوها جملةً واحدةً ولم يقضوا بشيء منها وممن أنكرها:

سالم بن عبد الله بن عمر، وأبو قلابة الجرمي، وعمر بن عبد العزيز، ورواية عن قتادة وهو قول مسلم بن خالد الزنجي، وفقهاء وأهل مكة، وإليه ذهب ابن علية"[2]، ومن المنكرين لها كذلك من أهل البيت الناصر[3].

أدلة المنكرين لمشروعية القسامة: لقد استند الفريق الثاني بمجموعة من الحجج وهي كالآتي:

الدليل الأول: إنَّ القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها.

الدليل الثاني: إنَّ من الأصول أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر[4]، و لم يكن في حديث الباب حكم بالقسامة، وإنما كانت القسامة من أحكام الجاهلية فتلطف لهم النبي -ﷺ- ليريهم كيف بطلانها[5].

(1) المرجع السابق، ص32.

(2) الاستذكار، ابن عبد البر، ج8، ص208.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص913.

(4) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ج2، ص507.

(5) نيل الأوطار، الشوكاني، ج7، ص46.

الدليل الثالث: ما روي عن ابن عباس أن النبي –ﷺ– قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[1].

وجه الدلالة من الحديث: إن أصحاب الحقوق لا يأخذون حقوقهم بالدعوى العارية عن البينة وهذا بعمومه يفيد عدم مشروعية القسامة، ثم إنه جعل في الحديث الأيمان على المدعى عليه فقط عند تعذر البينة، وهذا يناقض أحكام القسامة[2].

مناقشة الأقوال: رد المثبتون للقسامة على المنكرين لها بالآتي:

–أجيب بأن القسامة أصل من أصول الشريعة مستقل لورود الدليل بها فتخصص بها الأدلة العامة ولا يحل طرح سنة خاصة لأجل سنة عامة[3].

إذاً: القاسمة شرع مستقل لا يضرها مخالفتها لبعض ما تقرر اعتباره على جهة العموم، فإن بناء العام على الخاص واجب[4].

–وعدم الحكم في حديث سهل بن أبي حثمة لا يستلزم عدم الحكم مطلقًا.

–وأما دعوى أنه قال النبي –ﷺ– ذلك للتَّلطف بهم وإنزالهم من حكم الجاهلية فباطلة[5].

–وكذلك اعترض بن عبد البر على رادي القسامة بقوله: "إن الذين دفعوا القسامة جملة واحدة وأنكروها ولم يقولوا بها فإنَّما ردوها بآرائهم لخلافة للسنة بخلاف هذه السنة المجتمع عليها عندهم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه المنكر، والاعتراض بهذا على رد القسامة فاسد... [إلى أن قال]: والأصول لا يرد بعضها ببعض ولا يقاس بعضها على بعض

(1) صحيح البخاري، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، بَابٌ: اليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الأَمْوَالِ وَالحُدُودِ، (2668)، صحيح مسلم، كِتَابُ الْأَقْضِيَةِ، بَابُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، (1711).

(2) القسامة في الفقه الإسلامي، البسيط، ص34.

(3) نيل الأوطار، الشوكاني، ج7، ص46.

(4) السيل الجرار، الشوكاني، ص913.

(5) نيل الأوطار، الشوكاني، ج7، ص46.

بل يوضح كل واحد منهما موضعه كالعرايا والمزابنة، وكالمساقاة، والقراض مع الإجارات، ومثل هذا كثير، وعلى المسلمين التسليم في كل ما سن لهم رسول الله -ﷺ-"[1].

يتضح مما سبق أن القول الراجح هو القول بمشروعية القسامة لما فيها من حفظ الدماء، وكف أيدي الفاسدين خصوصًا في زمننا هذا الذي انتشرت فيه الجريمة بجميع أنواعها وعلى رأسها جريمة القتل.

هـ- أنواع الإبراء من القسامة

الإبراء من القسامة على وجهين[2]: إمَّا إبراءٌ صريحٌ وإما إبراءٌ ضمني.

النوع الأول: الإبراء الصريح: هو التصريح بلفظ الإبراء، وما في معناه كقوله: أبرأت أو أسقطت أو عفوت عن المدعى عليه وما أشبه ذلك.

النوع الثاني: الإبراء الضمني: وهو أن يدعي ولي القتيل على رجل من غير أهل المحلة أنه قتل القتيل فيبرأ أهل المحلة من القسامة والدية؛ لأنَّ ظهور القتيل في المحلة لم يدل على أن هذا المدعى عليه قاتلاً، فإقدام الوالي على الدعوى عليه يكون نافيًا للقتل عن أهل المحلة، فيتضمن براءتهم عن القسامة.

و- الفرق بين القسامة في الدم والأيمان في الحقوق

يظهر الفرق بينهما من نواحٍ شتى وهي كالآتي:

الفرق الأول: من حيث الاستثبات وعدمه.

قال الإمام مالك رحمه الله تعالى: "وإنَّما فُرِّق بين القسامة في الدم والأيمان في الحقوق أنَّ الرجل إذا داين الرجل استثبت عليه في حقه، وأنَّ الرجل إذا أراد قتل رجل لم يقتله في جماعة من الناس وإنما يلتمس الخلوة، فلو لم تكن القسامة إلَّا فيما تثبت فيه البينة، ولو عمل فيها كما يعمل في الحقوق هلكت الأموال واجترأ الناس عليها إذا عرفوا القضاء فيها، ولكن

(1) الاستذكار، ابن عبدالبر، ج8، ص209.

(2) الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بدون ط، بيروت، 1412هـ- 1991م، ج4، ص212.

إنَّما جعلت القسامة إلى ولاة المقتول يبدئون فيها ليكف الناس عن الدم، ليحذر القاتل أن يؤخذ في ذلك بقول المقتول[1].

الفرق الثاني: من حيث التغليظ في الأيمان وعدمه.

قال المرتضي: "ويندب التغليظ –أي في أيمان القسامة– في اللفظ والعدد والزمان والمكان وبإحضار المصحف ووضع يد الحالف عليه "وهذا كله لا يوجد في أيمان الحقوق[2].

الفقرة الثانية: اللوث الذي يؤدي إلى القسامة

لما كانت القسامة لها سبب موجب لها وهو اللوث الذي هو قرينة لصدق المدعي فلا بد من بيان اللوث ومشتملاته.

أ- تعريف اللوث

اللوث في اللغة: يأتي اللوث في اللغة بمعنى الطي، تقول لثت العمامة ألوثها يعني طويتها، ويأتي بمعنى التلوث وهو التلطخ، تقول لوثته في التراب، ولوثته بمعنى لطخته[3].

اللوث في الاصطلاح له تعريفات عند أصحاب المذاهب الفقهية:

عند المالكية: هو أمارة على القتل غير قاطعة[4]، وعرف أيضا بأنه الشاهد الواحد العدل أو الجماعة التي ليست بقاطعه على اختلاف من قول مالك في الجماعة التي ليست بعدول[5].

عند الشافعية: هو العلامات الدالة على صدق المدعي[6]، وعرف أيضا بأنه: وجود قرينة لصدق المدعي[7]، بأن توقع تلك القرينة في القلب صدقه[8].

(1) الاستذكار، ابن عبد البر، ج8، ص206.

(2) البحر الزخار، المرتضى، ج6، ص298.

(3) النهاية، ابن الأثير، ج4، ص274.

(4) القوانين الفقهية، ابن جزي، ص574.

(5) الكافي في فقه أهل المدينة، ابن عبد البر، ج2، ص1117.

(6) نهاية المطلب في دراية المذهب، الجويني، ج17، ص6.

(7) مغني المحتاج، الشربيني، ج5، ص454.

(8)، شرح ابن قاسم الغزي، الغزي، ص189.

عند الحنابلة: روي عن الإمام أحمد روايتان في اللوث[1]: بأنه العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه، وأنه ما يغلب على الظن صدق المدعي، وذلك في دار أو غيرها.

تعريف اللوث عند الحنفية والزيدية، وأما الحنفية والزيدية فليس لهم تعريف للوث على اعتبار أنهم لا يعتبرونه شرطًا مستقلاً للقسامة كاعتبار جمهور الفقهاء له.

عند الأحناف: فالحنفية يشترطون أن توجد الجثة في محلة وبها أثر القتل[2].

عند الزيدية: فيقول المرتضى: "اللوث غير مشروط في وجوب القسامة عند الزيدية[3]، وإنما جعلوا التهمة قائمة مقام اللوث"[4].

وقال الإمام العكبري: "تجب القسامة وإن لم يكن بالقتيل أثر إذا كان هناك لوث خلافًا لأبي حنيفة[5].

إذاً: فاللوث يراد به عند القائلين به القرينة الحالية، أو المقالية التي ترجى بالظن من الدلالة على وقوع القتل ولم يكن ثمة بينة[6].

فإذا فهم اللوث على الجملة فإنّ نخوض بعد هذه التوطئة في إيضاح صور اللوث.

ب- صور اللوث، وتعارضها

لم يتفق الفقهاء القائلون باشتراط اللوث على ما يعتبر لوثًا وما ليس بلوث وكل إمامٍ من الأئمة وضع صورًا للّوث وبيان ذلك فيما يلي:

---

(1) المغني لابن قدامة، ج8، ص491، 492

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص287، وقارن، كذلك نيل الأوطار، ص. ج4، ص43، وأصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، ص614، والقسامة في الفقه الإسلامي، محمد إسماعيل البسيط، ص64.

(3) البحر الزخار، المرتضى، ج6، ص298.

(4) السيل الجرار، الشوكاني، ص915.

(5) رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، حسين محمد العكبري (من علماء القرن الخامس الهجري)، تحقيق، ناصر سعود سلامة، دار إشبيليا، ط1، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1421هـ- 2001م، ج5، 548، وينظر الفقه الجنائي في الشرع الإسلامي، فقه العقوبات، محمد عبد القادر الوفاء، دار الفرقان، ط1، عمان- الأردن، 1426هـ - 2005م، ص735.

(6) الفقه الجنائي في الإسلام، أمير عبدالعزيز، ص98.

- صور اللوث عند المالكية:

للوث صور عند المالكية وهي: شهادة العدل على القتل لوث، وشهادة عدلين على الجرح لوث، إذا عاش المجروح بعد الجرح وأكل وشرب، وأن يحصل المقتول في دار مع قوم فيقتل بينهم أو يكون في محل قوم أعداء له، وقول المقتول"فلان قتلني: أو"دمي عند فلان"[1].

- صور اللوث عند الشافعية:

صور اللوث عند الشافعية هي[2]: أن يوجد قتيل في محلة قوم أو في قرية أو قبيلة لا يشاركهم غيرهم في السكن، وبينهم وبين المقتول عداوة ظاهرة وسواءً كان المقتول منهم أو من غيرهم، فإن ذلك لوث على أهل المحلة أو القرية، وأن يوجد قتيل في دار قوم أو قريتهم أو حصن أو قبيلة ولا يخالطهم غيرهم في السكنى ولا يدخل إليهم غيرهم في تجارة ولا غيرها، وأن يوجد القتيل طرياً في الصحراء وبقربه رجل معه سيف مخضوب بالدم أو غيره من السلاح وليس هناك غيره فإنه يكون لوثاً عليه، وإذا تقابل صفان فوجد قتيلاً في أحد الصفين فهذا لوث في لواء الذين كانوا يقاتلون هؤلاء، وإذا ازدحم جماعة في مسجد أو طواف أو سوق فوجد قتيل فهو لوث عليهم، وأن يوجد رجل قتيلاً فتشهد جماعة نساء أو عبيد أن فلاناً قتله، وخبر العدل.

- صور اللوث عند الحنابلة:

كنحو ما بين الأنصار وخيبر، وكما بين القبائل التي يطلب بعضها بعضاً بثأر كما هو في ظاهر المذهب، كما بين البغاة وأهل العدل، وما بين الشرطة واللصوص على الأشهر[3]، والعداوة المذكورة، وأن يتفرق جماعة عن قتيل فيكون ذلك لوثًا في حق كل واحد منهم، وأن يوجد قتيل لا يوجد بقربه إلَّا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ولا يوجد غيره ممن يغلب

(1) الاستذكار، ابن عبد البر، ج8، ص198، والقوانين الفقهية، ابن جزي، ص574، ومواهب الجليل، الحطاب، ج6، ص273، وحاشية الدسوقي، ج4، ص199.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني، ج13، ص222، ونهاية المطلب، الجويني، ج17، ص8، وكفاية الأخيار، الحصني، ص562.

(3) المغني لابن قدامة، ج8، ص491، 492، وأصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، محمد راشد العمر، دار الفرات، ط1، مصر، 1429هـ- 2008م، ص621.

على الظن أنَّه قتله، وأن تقتتل فئتان فيتفرقون عن قتيل من أحدهما فاللوث على الأخرى، وأن يشهد بالقتل عبيد أو نساء فهذا فيه عن أحمد روايتان، وأنه لوث. ب- ليس بلوث، وأن يشهد به فساق أو صبيان فيكون لوث على إحدى الروايتين[1]، على أن الشبهة في معانيها تتفاوت بين الفقهاء تفاوتًا غير بعيد من خلال ما يظهر من كواشف وقرائن تحوم حول جريمة القتل[2].

ويلاحظ أن جميع الصور السابقة التي ذكرها الفقهاء هي أمارات وعلامات على القتل فهي قرائن ودلائل على حصول القتل، لم ترق إلى مرتبة الدليل الكامل المعتبر شرعًا.

ويتبين أن الفقهاء اختلفوا في اللوث الذي يعتبر قرينة، وموجب للقسامة، ما بين موسع ومضيق، وهذه الصور قد تتعارض فيما بينها، فقد تتعارض شهادة العدل مع شهادة الصبيان أو مع شهادة النساء، وهذا التعارض يستوجب مع الترجيح؛ لأنَّ اللوث من قبيل القرائن، والقرائن عند تعارضها يتعين فيها الترجيح حتى لا تذهب الدماء هدر، وتسجل الواقعة الجنائية ضد مجهول.

ج- مبطلات اللوث

تحدث الفقهاء عن مبطلات اللوث فقالوا: يبطل اللوث بالآتي:

-تكاذب الورثة: فإذا تكاذب أولياء دم المجني عليه فإن قرينة اللوث تبطل، قال الإمام النووي: "لو ظهر لوث فقال أحد بنيه قتله فلان وكذبه الآخر بطل اللوث"[3]، فحصل تعارض ما بين تكذيب أحد الورثة واللوت فيبطل اللوث[4].

-إنكار المدعى عليه اللوث في حقه، "وقال لم أكن من المتفرقين فيه "صدق بيمينه وسقط اللوث ويبقى مجرد الدعوى.

(1) المغني لابن قدامة، ج8، ص492، والواضح في شرح مختصر الخرقي، عبدالرحمن بن عمر بن أبي قاسم الضرير، تحقيق، عبدالملك دهيش، دار الخضر، ط1، بيروت- لبنان، 1421هـ، ج4، ص335..

(2) الفقه الجنائي، أمير عبد العزيز، ص98.

(3) منهاج الطالبين، النووي، ص495.

(4) مغني المحتاج، الشربيني، ج5، ص384.

-ظهور اللوث بأصل القتل دون تقيده بصفة عمد وخطأ وشبه عمد فلا قسامة في الأصح[1].

الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الإثبات بالقسامة والترجيح بينها وبين أدلة الإثبات

أ- موقف القانون اليمني من الإثبات بالقسامة والترجيح بينها وبين أدلة الإثبات

القسامة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات فقد نص عليها القانون اليمني، لذا فقد اعتبرها قانون الإجراءات الجزائية وسيلة من وسائل الإثبات فتصت المادة: (303) على أنه "إذا طلب أولياء الدم إثبات دعواهم بالقسامة وتحققت شروطها الشرعية"[2]، فاعتبرها وسيلة من وسائل الإثبات، ونظم قانون الجرائم والعقوبات أحكام القسامة في الفصل الثالث من الباب الثالث في القسم الثاني؛ وهو العقوبات، فقد ذكر في الفصل الثالث القسامة تحت عنوان أحكام القسامة، وذكر أحكامها في عشرة مواد من المادة: (81) إلى المادة: (90) ومن ذلك نصت المادة: (82) شروط قبول القسامة في القانون وهي كالآتي:

ثبوت القتل والجرح، حيث نصت: (81) بقولها: "ولا قاسمة في جرح دون الموضحة، وأن يكون الاتهام من أولياء الدم مجهولاً في محصورين، ووجود لوث (شبهة) يغلب معه الظن أن الفاعل من بين المتهمين كوجود جثة القتيل في محل أعدائه أو تفرق جماعة عن قتيل بينهم".

وذكر القانون من ضمن أحكام القسامة مسقطات القسامة حيث قال: "وتسقط بالتناقض في الادعاء[3].

تبين من نصوص القانون اليمني: أنَّ القسامة وسيلة من وسائل الإثبات، وأدلة الإثبات تتعارض فيما بينها، واعتبر التناقض مبطلاً للقسامة، ولكن لم يناقش مسألة التعارض في

(1) المصدر السابق، ج5، ص385.

(2) قانون الإجراءات الجزائية، المادة: (303).

(3) قانون الجرائم والعقوبات، المادة: (19-20).

القسامة وموجبها، وبينها وبين وبقية أدلة الإثبات، إلاَّ أنَّ مسألة الترجيح بين صور اللوث، وبين القسامة وبين بقية الأدلة القضائية تخضع لسلطة القاضي التقديرية وذلك من خلال ظروف الواقعة وملابساتها.

ب- موقف القانون **المغربي من الإثبات بالقسامة والترجيح بينها وبين أدلة الإثبات**

لم ينظم القانون المغربي القسامة باعتبارها دليلًا من أدلة الإثبات في الوقائع الجنائية، ولهذا لا يتأتى تعارضها مع غيرها من أدلة الإثبات.

ثانيًا: التعارض والترجيح بين القسامة وبين الأدلة القضائية

تتعارض القسامة باعتبارها قرينة من القرائن مع غيرها من أدلة الإثبات، وقد تتعارض مع قرائن أخرى فكيف يتم الترجيح عند التعارض، هذا ما سنوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: التعارض والترجيح بين القسامة وبين الشهادة والإقرار

أ - التعارض والترجيح بين البينة والقسامة

إذا كانت القسامة قرينة في إثبات واقعة القتل، فإنه قد يحصل في الواقع أن يحلف المدعون أيمان القسامة ويستحقون الدية، وبعد ذلك يأتي المدعى عليه، أو عليهم ببينة تبرئهم من اللوث الذي وقع في حقهم، وهنا ترجح البينة على أيمان القسامة.

قال الشّافعي: وإذا حلف ولاة الدم على رجل أنه قتل لهم قتيلًا، وحده وأخذوا منه الدية، أو من عاقلته، ثم جاء شاهدان بما فيه البراءة للذي أقسموا عليه من قتل قتيلهم، ردّ ولاة القتيل ما أخذوا من الدية على من أخذوها منه؛ وذلك أنَّ يشهد شاهدان أنَّ الذي أقسموا عليه كان معهم قبل طلوع الشمس إلى زوال الشمس، وإنَّما قتل القتيل في هذا الوقت، أو ما في معنى هذا، مما يثبت الشاهدان أنَّ هذا المقسم عليه بريء من قتل صاحبهم[1]، وفي أسنى المطالب "وَإِنْ قَامَتْ الْبينة بِأَنَّ الْقَاتِلَ غَيْرُهُ أَوْ أَنه كَانَ فِي مَكَان آخَرَ، أَوْ أَقَرَّ الْمُدَّعِي بذلك بَعْدَ الْقَسَامَةِ وَالْحُكْمِ بِمُوجِبِهَا قَضَ وَاسْتَرَدَّ الْمَالَ"[2].

(1) الأم، الشافعي، ج6، ص103.

(2) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص100.

وعلة ترجيح البينة على القسامة؛ لأنّ الظن المستفاد من البينة أقوى من الظن المستفاد من القسامة، وتبين بعد القسامة ما يبطلها، وهو البينة، وأنَّ القسامة تُعدُّ قرينة والقاعدة العامة أنَّ الشهادة أقوى من القرينة، وعند التعارض تُرجح عليها.

ب- التعارض والترجيح بين الإقرار والقسامة

إذا حلف المدعون واستحقوا الدية بعد حلفهم ثم جاء شخص آخر من غير المدعى عليه، أو عليهم، وأقر بالواقعة الجنائية محل القسامة وأنَّ المقسوم عليه أو عليهم لم يقوموا بالفعل سواه فهنا يرجح الإقرار على القسامة، ويجب على أولياء الدم رد ما أخذوا من الدية؛ وذلك لأن الإقرار أقوى من القرينة، والقسامة نوع من القرينة وهي ضعيفة عند الإقرار، والضعيف لا يقاوم القوي، وعند التعارض يرجح عليه، وهذا كله ما تظهر قرائن تدل على كذب المقرّ في إقراره، أو أن إقراره كان معيبًا بعيب من عيوب الإرادة، أو الإدراك.

الفقرة الثانية: التعارض والترجيح بين القسامة وأدلة الإثبات والوسائل العلمية المعاصرة

يشترط في صحة القسامة وجود لوث وهي القرينة على صدق المدعي كما مر، و يشترط في اللوث ألَّا يعارضه ما يبطله[1].

وقد يعارض اللوث لوث آخر يضعفه، ويقلل من صدق دعوى المدعي بِأَنْ لَا يَكُونَ ثُمَّ مَا تُمْكِنُ إحَالَةُ الْقَتْلِ عَلَيْهِ[2]، فإن عارضه لوثًا قبل القسامة أثر في الدعوى، وقد يبطلها، ولكن ما حكم القسامة التي بنيت على لوث عارضه لوث آخر بعد القسامة؟ هذا ما سيتم تناوله فيما يلي:

أ- تعارض البصمة الوراثية مع الشاهد في المجال الجنائي والترجيح بينهما

تُعدُّ البصمة الوراثية من حيث قيمتها وتأثيرها على اقتناع القاضي ليستْ مِنْ قَبِيل الدليل الكامل، وهو الدليل الذي يكفي وحده لبناء اقتناع القاضي ويقينه وتأسيس حكمه، وإنَّما تُعدُّ من

(1) أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص98.

(2) المصدر السابق نفسه، ج4، ص98.

قبيل الدليل الناقص الذي يقتصر تأثيره على عقيدة القاضي على مجرد إنشاء احتمال أو شبهة وجود موضوع الدليل، فالبصمة الوراثية تفيد وجود المتهم في مسرح الجريمة ولا تفيد ارتكابه لها بطريق القطع واليقين، وإنما على سبيل الشك والاحتمال[1].

فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسبة الفعل الجنائي إلى شخص ما، وشهد عدلٌ بمشاهدة شخص آخر يقترف الفعل الجنائي فإنَّ شهادة الشاهد أقوى من البصمة الوراثية في اللَّوث؛ لأنَّ الشهادة قائمة على رؤية الفعل من الجاني ونسبته إليه، والبصمة الوراثية تفيد تواجد المتهم بمسرح الجريمة، فإذا بُنيت القسامة على شهادة شاهد واحد، وبعد القسامة تم الفحص بواسطة الحمض، وظهر خلاف ما ورد في شهادة الشاهد؛ فإن قرينة القسامة تترجح على قرينة الحمض النووي.

ب- التعارض بين القسامة وبين البصمات أو التحليل الكيميائي للدم والترجيح بينهما

قد يتعارض اللوث الموجب للقسامة، فأحيانًا التعارض يكون بين اللوث المحسوس كالشاهد، وبين بصمات للمتهم بالقتل على الآلة المستخدمة في القتل، فالبصمة قرينة على المتهم تعارضها شهادة الشاهد، أو حصل تعارض بين الشاهد وبين التحليل الكيميائي، ونظرًا لتقدم العلوم في هذا الزمان يمكن إجراء التحليل الكيميائي للدم، ومعرفة نوع كلٍ من دم القتيل، والدم الموجود على هذه الثياب، فإن كان النوع الواحد؛ سواء كان ذلك حال تواجد القاتل بمكان القتل، أو بعد فراره إلى مكان آخر وتتبع من الناس، وتم القبض عليه في هذه الحالة كان ذلك قرينة قوية على قيام ذلك الشخص بالجناية وذلك أقوى من الحالة التي ذكروها في اللوث بالقسامة[2].

فإذا حصل تعارض فإن يرجح اللوث الأقرب، والأقوى دلالة على نسبة الفعل، فإذا ووجد تعارض بين هذه القرائن في واقعة معروضة أمام قاضي التحقيق والادعاء، فإنه يتعين عليه

(1) المستجدات العلمية وأثرها على النسب، البركاوي إدريس، دون د، دون ط، 2021م، ص57، 58.

(2) القاضي والبينة، عبد الحسيب عبدالسلام، ص469.

الترجيح بين هذه القرائن لترسوا الدعوى على نسبة الفعل لأحد المتهمين، فإذا تعارضت الدعوى العامة، مع دعوى أولياء الدم وتعارض اللوث لديهم واختلفوا في تقديم القرائن، ونسبة فعل القتل إلى أشخاص متعددين، فإن على القاضي أن يرجح بين الدعويين من خلال قوة القرائن المقدمة أمامه، فإذا كانت التهمة في التحليل الكيميائي، أو البصمات أو البصمة الوراثية أقوى كانت أرجح في التهمة من بقية القرائن العادية من شهادة عدل أو نسوة، أو صبيان أو وجود عداوة أو غير ذلك، وهنا يتعين على القاضي إعمال السلطة التقديرية في الترجيح بين اللوث الموجب للقسامة، أو الترجيح بين القسامة وبين بقية القرائن التي تظهر بعد القسامة، وتعارضها مع القسامة.

ج- ترجيح البصمة الوراثية على الإقرار والشهادة في الجانب الجنائي

قد يتهم الإنسان في جريمة من الجرائم وهو بريء منها، ولا يستطيع تبرئة نفسه وإظهار صدقه إلَّا عن طريق الأخذ بها، وذلك من خلال عدم مطابقة بصمته الوراثية للبصمات الوراثية للأثار الموجودة في مكان الجريمة[1].

ولذلك يمكن القول بتقديم البصمة الوراثية على الإقرار والشهادة إذا خالفتهما؛ لأنهما ضنيان وهي قطعية، والقطعي مقدم على الظني، وقد أشار ابن القيم إلى قريب من هذا المعنى حينما تكلم عن قطع يد السارق بقرينة وجود المال معه[2]، إذ قال: "لم تزل الأئمة والخلفاء يحكمون بالقطع إذا وجد المال المسروق مع المتهم، وهذه القرينة أقوى من البينة والإقرار، فإنهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب، ووجود المال معه، نص صريح لا يتطرق إليه شبهه"[3]، وهذا كله مع إعمال السلطة التقديرية للقاضي، مع مراعاة ما تم ذكره سلفًا.

(1) الحاجة وأثرها في الأحكام، الرشيد، ج2، ص771.

(2) المرجع السابق، ج2، ص770.

(3) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص12.

الفقرة الثالثة: التعارض والترجيح بين الدليل الفني والدليل القولي

إنَّ الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية قد صاغوا لهم نظرية واضحة، وهي أنه إذا تعارض الدليل القولي– وهم شهود الإثبات– مع الدليل الفني القاطع الذي أثبته تقرير الخبير، فإنَّ الدليل الفني هو الذي يقدم؛ لأنه لا يكذب بما يستعصي على الملاءمة بين الدليل القولي والدليل الفني؛ وذلك إذا شهد أربعة شهود في واقعة الدعوى الجزائية بأنَّ المتهم قد ارتكب حد الزنى وأنهم رأوه عيانًا، في حين أنَّ تقرير الطبيب الشرعي أثبت أنَّ المتهم مجبوب، ليس لديه آلة الفعل، فإن الدليل القولي الظني تعارض مع الدليل الفني القاطع بما يستعصي على المواءمة والتوفيق، مما يجب فيه على محكمة الموضوع طرح الدليل القولي، وترجيح الدليل الفني[1]. ومن ذلك لو ثار شك لدى المحكمة في إدراك المتهم أو حالته النفسية، وأدلى الشهود بشهادتهم باكتمال إدراك المتهم وسلامة حالته النفسية، وتم عرض المتهم على الخبير، وأصدر تقريرًا بعدم اكتمال إدراك المتهم وعدم سلامته نفسيًا، فإنه في هذه الحالة يقدم الدليل الفني على الدليل القولي.

كما أنه في بعض الأحيان يتعين على محكمة الموضوع، أن توازن بين الأدلة الفنية والقولية، فترجح الأدلة القولية لأنها أرجح من الأدلة الفنية، إذا كان لصالح المتهم في نفي التهمة عنه[2].

وبهذا يتبين دور القرائن في الترجيح بين الأدلة القضائية المتعارضة، وأنّ كل قرينة من القرائن السابقة وسيلة ترجيحية في بابها، فاليد قرينة في الملكية سواءً كانت الملكية عقارًا أم منقولاً، فتعتبر وسيلة ترجيحية بين الأدلة، ويصاحب هذه القرينة قرائن كُثر في بابها كما تم بيان ذلك مفصلاً عند تعارض أدلة الملك وأدلة الثبوت، وتعارض اليد ووثائق الشراء، كما تبين أنَّ الوسائل العلمية لها شأن كبير في الترجيح بين الأدلة القضائية سواءً في باب النسب، أو في باب الجنايات، وأن الوسائل العلمية تُعدُّ وسيلة ترجيحية في جوانب أخرى مثل رؤية الهلال،

(1) تعارض الأدلة القضائية، الحمادي، ص191.

(2) المصدر السابق، ص202.

وعند اختلاف المسّاحين في دعاوى القسمة وغير ذلك، كما تبين أن قرينة القسامة تعتبر قرينة ترجيحية في تنازع المتداعيين في أمر الدماء، وكذا عند تعارضها مع الوسائل العلمية، أو أدلة الإثبات الأخرى، كما تبين أن قرينة القيافة، وما شابهها من القرائن تعدّ وسيلة ترجيحية في باب النسب، وفي هذا كله يعدّ اتصال الدليل بالقضاء؛ وسيلة ترجيحية عند رفع الدعوى مرة أخرى، وبهذا العرض يتضح: أن القرائن هي العمود الفِقَري للمرجحات، وهي دستور قواعد الترجيح عند تعارض الأدلة القضائية.

المبحث الثاني: استعمال القرعة والقسمة عند تعذر الترجيح وحكم اليمين مع الدليل الراجح

قد يتعذر الترجيح بين الأدلة القضائية لانعدام المرجحات، أو لتساويها في الترجيح، وفي هذه الحالة اختلف الفقهاء في كيفية استعمال الأدلة القضائية، وفض النزاع بين المتخاصمين، فذهب بعض الفقهاء إلى إعمال القرعة، واختلفوا في إعمالها هل باعتبارها وسيلة ترجيحية، أم من باب تطيب القلوب، فذهب بعضهم إلى عدّها وسيلة ترجيحية، والبعض الآخر ذهب إلى أنها تطيب لقلوب المتنازعين، وذهب فريق آخر إلى أنّه يتم قسمة المتنازع فيه، وتفصيل ذلك في الآتي:

المطلب الأول: استعمال القرعة عند تعذر الترجيح

تعتبر القرعة مرجحًا من المرجحات عند تعذر إعمال المرجحات التي مر ذكرها سلفا، وهي في نفس الوقت وسيلة لإعمال إحدى الدليلين وإهمال الآخر، واعتبرها مرجحًا لا من باب التقابل بينها وبين بقية طرق الإثبات، وإنما عند تعذر الترجيح، إلَّا أنَّها لم تكن محل اتفاق من الفقهاء، وقبل الخوض في ذكر أقوال الفقهاء فيها لا بد أن نبين ما هيتها.

الفرع الأول: ماهية القرعة وخلاف الفقهاء فيها

أولا: ماهية القرعة

القرعة لغة: السهمة[1].

وعرفها التهانوي فقال: "إنها طينة مدورة أو عجية مدورة –مثلًا– يدرج فيها رقعة يكتب فيها اسم المتنازعين في قسمة الشيء، ثم تسلم إلى صبي يعطي لكل واحد من المتنازعين واحدة منها"[2].

(1) لسان العرب، ابن منظور، فصل القاف، ج8، ص266، وتاج العروس، الزبيدي، باب قرع، ج21، ص538،

(2) موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد الفاروقي التهانوي (المتوفى: بعد 1158هـ)، تحقيق، علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، ط1، بيروت، 1996م، ج2، ص1119.

-وقال صاحب معجم لغة الفقهاء: " استهام يتعين به نصيب الإنسان"[1].

فالقرعة تعتبر وسيلة يرجح بها القاضي بين طرق الإثبات عند التعارض وتساوي المستحقين في الاستحقاق، قال الإمام الشافعي: "فلا تكون القرعة – والله أعلم- إلا بين قوم مستويين في الحجة[2].

ثانيا: اختلف الفقهاء في استعمال القرعة كوسيلة ترجيحية

اختلف الفقهاء في استعمال القرعة كوسيلة ترجيحية عند التعارض بين البينات في الأملاك على قولين:

القول الأول: ذهبت الشافعية- في غير المعتمد- والحنابلة إلى مشروعية القرعة في الترجيح، واعتبارها عند التعارض بين البينات[3]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

قوله تعالى: ﴿ ذَٰلِكَ مِنْ أَنۢبَآءِ ٱلْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ ۚ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾[4].

قال القرطبي -رحمه الله تعالى-: "استدل بعض علمائنا بهذه الآية على إثبات القرعة، وهي أصل في شرعنا لكل من أراد العدل في القسمة، وهي سنة عند جمهور الفقهاء في المستويين في الحجة؛ ليعدل بينهم وتطمئن قلوبهم وترتفع الظنة ممن يتولى قسمتهم، ولا يفضل أحد منهم على صاحبه إذا كان المقسوم من جنس واحد اتباعًا للكتاب والسنة[5].

وقوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ يُونُسَ لَمِنَ ٱلْمُرْسَلِينَ ﴿١٣٩﴾ إِذْ أَبَقَ إِلَى ٱلْفُلْكِ ٱلْمَشْحُونِ ﴾[6].

---

(1) معجم لغة الفقهاء، قلعجي وزميله، ص361.

(2) الأم، الشافعي، ج8، ص3.

(3) روضة الطالبين، النووي، ج12، ص51، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص253، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص398، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص565.

(4) سورة آل عمران، الآية: 44.

(5) الجامع لأحكام القرآن، ابن العربي، ج4، ص86.

(6) سورة الصافات، الآية: 139 – 141.

وقال القرطبي –في تفسير هذه الآية–: ففي هذا من الفقه أنَّ القرعة كانت معمولًا بها في شرع من قبلنا وجاءت في شرعنا[1].

قال الشافعي: "وأصل القرعة في كتاب الله عزَّ وجل في قصة المقترعين على مريم والمقارعين ليونس مجتمعة"[2].

ومن السنة: الأحاديث الثابتة عن رسول الله –ﷺ– منها ما رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: إن رسول الله –ﷺ– قال: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا، ولو يعلمون ما في التهجير لاستبقوا إليه، ولو يعلمون ما في العتمة والصبح لأتوهما ولو حبوا»[3].

قال النووي: "وفيه إثبات القرعة في الحقوق التي يزدحم عليها ويتنازع فيها"[4]، وقال ابن حجر: "إن القرعة من جملة البينات التي تثبت بها الحقوق، فكما تقطع الخصومة والنزاع بالبينة كذلك تقطع بالقرعة"[5].

ولما رواه أبو هريرة «أن رجلين تداعيا عينًا لم تكن لواحد منهما بينة، فأمرهما النبي –ﷺ– أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها»[6].

وجه الاستدلال: أن معنى الاستهام هنا الاقتراع يريدا أنهما يقترعان فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعاه[7].

---

(1) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج4، ص86.

(2) الأم، للإمام الشافعي، ج8، ص3.

(3) صحيح البخاري، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، باب القرعة في المشكلات، حديث: (2689).

(4) شرح مسلم، النووي، ج4، ص158.

(5) فتح الباري شرح صحيح البُخاري، ابن حجر، ج5، ص293.

(6) سنن أبي داود، كِتَاب الْأَقْضِيَةِ، باب الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة، حديث: (3616)، بلفظ: أن رجلين اختصما في متاع... إلخ.

(7) معالم السنن، الخطابي، ج4، ص178.

ولما روى ابن المسيب «أنَّ رجلين اختصما إلى رسول الله -ﷺ- في أمر، وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة، فأسهم النبي -ﷺ- بينهما»[1].

قال ابن حجر: "لما كانت البينات قد يقع فيها تعارض ترجم -البخاري- القرعة في المشكلات"[2].

وفي هذه الأحاديث دلالة على مشروعية القرعة، وجواز الترجيح بها عند الاستواء في الحقوق وتعادل البينات.

القول الثاني: ذهبت الحنفية والمالكية والشافعية في المعتمد، ورواية عند الحنابلة والزيدية إلى منع الترجيح بالقرعة في الأملاك[3]، قال السرخسي: لم يجوز علماؤنا استعمال القرعة في دعوى النسب، ودعوى الملك، وتعين العتق، وأنه تستعمل القرعة، مما يجوز فيه الفصل من غير إقراع[4].

وقال العز بن عبد السلام: فإن القرع بينهما -البينتين- لا يفيد رجحان أحدهما بالقرعة، وإذا لم يرجح أحدهما حكمنا بالشك، والحكم بالشك غير جائز[5].

واستدلوا على ذلك بما يلي:

-إن القرعة رجم بالغيب، فجرت مجرى الأزلام التي منع منها الشرع بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[6].

---

(1) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الدعوى والبينات، باب المتداعيين يتدعيان شيء لم يكن في يد واحد منهما، حديث: (21276).

(2) فتح الباري، ابن حجر، ج1، ص471.

(3) المبسوط، السرخسي، ج15، ص7، ج20، ص39، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص544، وحاشية الدسوقي، ج4، ص222، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص407، والإنصاف، المرداوي، ج11، ص404، والأزهار، المرتضى، ص266.

(4) المبسوط، السرخسي، ج15، ص7.

(5) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز بن عبدالسلام، ج1، ص91.

(6) سورة المائدة، الآية: 90.

– إنه لو كانت القرعة دليلًا لم تتناقض؛ لأنَّ أدلة الله لا تتناقض، واستعمال القرعة موجب للتناقض؛ لأنَّها لو أعيدت ثانية لخرجت بغير ما خرج به الأول، فلم يجز أن تستعمل[1].

–إنَّ القرعة في معنى القمار، ففيه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة[2].

–إنَّ القرعة لا ترجح الثقة بإحدى الشهادتين، إذ لا تزيد بيانًا، والترجيح في كل باب إنما يقع بالزيادة في مقاصد ذلك الباب[3].

–رد المجيزون للقرعة بما يلي:

–أنه لا تناقض في القرعة؛ لأنَّها لا تستعمل إلَّا مرةً واحدة، فكانت دليلًا في الأول، ولم تكن دليلًا في الثاني، فلم يدخلها إذا كانت دليلًا تناقض، وإن دخلها إذا لم تكن دليلًا تناقض.

– أنه لما لم يمنع هذا المعنى من دخول القرعة في قسمة الأملاك لم يمنع منها في العتق[4].

–إنَّ القرعة خارجة عن حكم الأزلام التي هي رجم بالغيب؛ لأنهم يعتقدون أنها هي الآمرة، وهي الناهية، وكانوا يكتبون على أحدها: أمرني ربي، وعلى الآخر: نهاني ربي، وآخر يجعلونه عقلًا ويجرونها مجاري النجوم التي يعتقد المنجم أنها هي الفاعلة؛ فنهى الله تعالى عنها ولم يرد الشرع بإباحة شيء منها، والقرعة مميزة لحكم وجب بالشرع؛ لأنها قد عمل بها الرسول –ﷺ– في الشرع ووافق عليها كثير من الأحكام، فلم يجز أن تجعل القرعة التي ورد الشرع بها مجرى الأزلام التي نص الشرع عنها[5].

رد المانعون للقرعة على المجيزين لها بالآتي:

(1) الحاوي، الماوردي، ج18، ص353.

(2) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص316.

(3) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، العز ابن عبدالسلام، ج1، ص91، 92.

(4) الحاوي، الماوردي، ج18، ص35، 36.

(5) الحاوي، الماوردي، ج18، ص36.

– ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بينهما، إن صح فهو محمول على أنه كان في وقت كان القمار مباحًا، ثم انتسخ بانتساخ القمار[1]. أو يُحْتَمَلُ أَنَّ التَّنَازُعَ كَانَ فِي قِسْمَةٍ أَوْ عِتْقٍ[2].

–أنَّ القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارًا، فكذا التعيين المستحق، وإنما يقرع في القسمة لتطيب القلب، ونفي التهمة لا للاستحقاق، وأن الإمام يقسم بلا قرعة، فلا يكون ذلك من باب القمار[3].

الرأي الراجح: مشروعية القرعة، وأنَّها تعدُّ وسيلة ترجيحية لأدلة أحد المتداعيين.

الفرع الثاني: شروط الترجيح بالقرعة وأثر اليمين في القرعة

لمّا كانت القرعة تعد وسيلة ترجيحية فإنه يشترط فيها شروط، إلاَّ أنَّ الفقهاء اختلفوا في اشتراط اليمين مع القرعة، وتفصيل ذلك في الآتي:

أولًا: شروط الترجيح بالقرعة عند القائلين بها

هناك شروط لاستخدام القرعة عند تعارض البينات وتكافئها.

الشرط الأول: استواء المتداعيين في الدليل واليد وانتفاء جميع المرجحات.

فالقرعة تدخل لتميز الحقوق عند التساوي، وتعين المستحق عند الاستواء[4].فلا تدخل القرعة إلَّا عند التساوي سواءٌ بين داخلين، أو بين خارجين والعين في يد ثالث لم يدعها لنفسه ولم يقر بها لأحدهما، فإذا كانت في الدليل مزية من عدالة، أو كثرة؛ فإنه يرجح بهما ولا يرجح بالقرعة، أو كانت هناك يد؛ فإحدى البينتين ترجح بها.

الشرط الثاني: أن تكون في التقديم أحد المتداعيين في الحق لا في استيفائه.

قال ابن قدامة: "والقرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق"[5].

---

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص407

(2) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج4، ص407.

(3) تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص316.

(4) المغني، ابن قدامة، ج7، ص61، 278.

(5) المصدر السابق، ج5، ص432.

وقال النووي: "القرعة مرجحة لبينته، أي يكون الغرض منها ترجيح أحد البينتين في استيفاء الحق"[1].

الشرط الثالث: أن يكون المدعى به مما يوقن أنه ليس للمتخاصمين جميعًا.

إذا أمكن تصديق أن المدعى به للمتخاصمين جميعًا، وصحت البينتان بها، فلا يصار إلى القرعة، وإنما يوفق بينهما بالقسمة، أما في إشكال الحالة مع التيقن بأن المدعى به ليس لهما، كأنْ تخاصما في دابةٍ وادَّعى كل منهما أنَّها نتاج دابته واستويا بالحجة واليد فعندئذ يتعين المصير إلى القرعة[2]، وذلك يظهر من نصوص الفقهاء عن تعبيرهم بقولهم: تداعيا عينًا في يد غيرهما، أو كانت بيد ثالث[3].

الشرط الرابع: أن يكون نزاع المتداعيين في الأملاك أو العتق أو النسب.

يشترط أن يكون النزاع المتداعيين في الأملاك أو العتق أو النسب؛ لأنَّ هذا جوهر النزاع بين المجيزين للقرعة، والمانعين لها باعتبارها وسيلة ترجيحية في الأملاك والعتق والنسب، فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية؛ يجيزون القرعة على وجه العموم، سواء عند التساوي في الحقوق، أو التنازع في الأولويات، وسواء التنازع على الإمامة في الصلاة أو في الصلاة على الميت، أو القرع بين الزوجات في السفر، أو في قسمة التركات[4].

فالجمهور على القول بها في الجملة، وأنكرها بعض الحنفية كما تقدم، وضابط ما أجازه الجمهور بما يثبت فيه الحق لاثنين فأكثر، وتقع المشاحة فيه فيقرع الفصل النزاع[5]، واستدل

(1) روضة الطالبين، النووي، ج12، ص51.

(2) تعارض البينات القضائية، شرفي، ص496.

(3) كشف القناع، البهوتي، ج6، ص394.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص13، 19، والفروق، القرافي، ج4، ص111، وتبصرة الحكام، ابن فرحون، ج2، ص12، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص405، وتحفة المحتاج، ابن حجر، ج3، ص155، والإنصاف، المرداوي، ج12، ص202، والبحر الزخار، المرتضى، ج4، ص180.

(5) فتح الباري، ابن حجر، ج5، ص294.

الجمهور بالجواز بما روته عائشة –رضي الله عنها– قالت: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ –ﷺ– إِذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ، فَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا خَرَجَ بِهَا مَعَهُ»[1].

قال النووي: هذا دليل لمالك، والشافعي، وأحمد، وجماهير العلماء في العملْ بالقرعة في القسم بين الزوجات، وفي العتق، والوصايا، والقسمة[2].

يتضح مما سبق: أنَّ القرعة لا تكون وسيلة ترجيحية إلاّ إذا توافرت فيها الشروط السابقة.

ثانيا: أثر اليمين في الترجيح بالقرعة

اختلف الفقهاء في تحليف من خرجت له القرعة هل يحلف أم لا؟ وأساس هذا الاختلاف يرجع إلى أصل القرعة هل دخلت مرجحة للدعوى أو للبينة؟ تفصيل ذلك فيما يلي:

فإن قيل إنها مرجحة للدعوى حلف صاحبها، وإن قيل: إنها مرجحة للبينة لم يحلف[3]؛ لأنه لا يمين مع البينة، والمسألة في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن صاحب القرعة لا يحلف اليمين؛ لأن البينة تغني عن اليمين، وأن القرعة مرجحة للبينة[4].

القول الثاني: قول عند الشافعية وأبو الخطاب من المالكية إلى أن صاحب القرعة عليه أن يحلف مع البينة.

قال أبو الخطاب: عليه اليمين مع البينة ترجيحًا لها[5].

القول الراجح: القول بمشروعية القرعة واعتبارها وسيلة ترجيحية عند تعارض طرق الإثبات، وتساوي الحقوق هو الراجح؛ لأنَّ القول بغير ذلك يطيل أمد النزاع، ويضيع الحق على صاحبه، ويصل القاضي إلى مرحلة التوقف، وهذا فيه ضرر شاق على المتقاضين، وأنه لا يحتاج مع ذلك إلى اليمين إلا إذا أراد القاضي زيادة في الاطمئنان.

---

(1) صحيح البخاري، كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، باب القرعة في المشكلات، حديث: (2688).

(2) شرح صحيح مسلم، النووي، ج17، ص103.

(3) الحاوي، الماوردي، ج11، ص144، ج17، ص320.

(4) المرجع السابق، ج17، ص320، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

(5) الحاوي، الماوردي، ج11، ص144، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

ثالثا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالقرعة

الفقرة الاولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بالقرعة

لم ينص القانون اليمني على القرعة عند حديثه عن الترجيح في الأملاك أو الحقوق العينية، وإنما نص على القرعة عند معالجته، لمسألة تعدد المستأجرين لعين واحدة.

فقد نصت المادة: (735) على ما يلي: "إذا تعد المستأجرون من شخص واحد لعين واحدة فيقدم الأسبق تاريخا، فإذا التبس فيقدم من وضع يده أولًا على العين المؤجرة، فإن لم يكن لأحدهم يد قسمت العين بينهم إن أمكن القسمة، وإلَّا أقرع بينهم القاضي".

فأتاح القانون للقاضي القيام بالقرعة عند تزاحم المستأجرين على العين المؤجرة، وتعذر قسمة العين المؤجرة، وما سار عليه القانون المدني، دليل على إعمال القرعة كمرجح مع الاختلاف في الصور، ويمكن إعماله مع الصور المتشابهة مع ما ورد في النص.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بالقرعة

بالتأمل لنصوص مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية، نجدها لم تذكر القرعة لا من قريب ولا من بعيد، وبالتالي فإنه في حالة النزاع، فيكون إعمال الفقه المالكي، والذي قرر استعمال البينتين عند تعذر الجمع.

المطلب الثاني: استعمال القسمة عند تعذر الترجيح وحكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

لم تتفق كلمة الفقهاء على الترجيح بالقرعة عند تعذر الترجيح بما تم ذكره من مرجحات، ولكن ذهب جمهور الفقهاء إلى إعمال الأدلة القضائية بقسمة الشيء المتنازع فيه، لذا سنقتصر في ذلك على بيان ماهية القسمة، وخلاف الفقهاء فيها، وكيفية القسمة، وموقف القانونين منها وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: قسمة الشيء المتنازع عليه في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

عند تعذر إعمال قواعد الترجيح المذكورة، فإنه في هذه الحالة يكون قسمة الشيء المتنازع فيه من باب إعمال الأدلة أفضل من ترك المدعى به –محل نزاع– بين المتداعيين، وتوضيح ذلك في الآتي:

أولًا: قسمة الشيء المتنازع عليه في الفقه الإسلامي

قسمة المتنازع فيه يتطلب بيان ماهية القسمة وأقوال الفقهاء فيها.

الفقرة الأولى: تعريف القسمة

يقصد بالقسمة: تمييز الحقوق وإفراد الأنصباء[1].

والمقصود بها في باب الترجيح: تمييز المال محل النزاع، وجعله قسمين أو أكثر، وتوزيعه على المتخاصمين، وذلك بعد تعذر الترجيح بين الأدلة المتعارضة.

قال الإمام الشوكاني: "وقد طول أئمة الفقه الكلام على قسمة الشيء المتنازع فيه بين متنازعيه، إذا كان في يد كل واحد منهم، أو في يد غيرهم مقر به لهم، وأما إذا كان في يد أحدهما؛ فالقول قوله واليمين عليه، والبينة على خصمه"[2]، وتعدّ "القسمة مدرك شرعي"[3].

الفقرة الثانية: خلاف الفقهاء في قسمة المتنازع فيه

اختلفت آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة والزيدية في مسألة قسمة المتنازع فيه، وذلك على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء، من الحنفية والمالكية والشافعية في غير المعتمد والحنابلة والزيدية، إلى جواز قسمة المتنازع فيه المدعى به محل الدعوى بين المتخاصمين، وفيما يلي تفصيل رأي كل مذهب:

مذهب الأحناف: جواز قسمة المدعى به بين المتخاصمين في دعوى الملك المطلق بين خارجين، إذا لم يذكر سبب الملك ولا تاريخه.

ففي تبين الحقائق: إذا ادعى اثنان عينًا في يد غيرهما، وزعم كلُ واحد منهما أنَّها ملكه ولم يذكرا سبب الملك، ولا تاريخه، قضي بالعين بينهما؛ لعدم الأولوية[4].

---

(1) التعريفات، الجرجاني، ص152.

(2) نيل الأوطار، الشوكاني، ج8، ص347.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص781.

(4) تبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص316.

وفي البحر الرائق: وأنَّ القسمة تكون في دعوى الخارجين للملك المطلق[1].

وبهذا يتبين أن مذهب الحنفية هو قسمة المدعى به في دعوى الخارجين للملك المطلق، ولا تدخل في سبب الملك ولا تاريخه.

مذهب المالكية: أنَّه إذا تعذر ترجيح أحد الأدلة المتعارضة فإنَّه يصار إلى قسمة الشيء المتنازع فيه، على ألا يكون لأحد المتداعيين يد عليه، أو كانت بأيدهما جميعا، أو بيد أخر غير مقر لأحدهما ولا مدعيه لنفسه[2]، وفصل فقهاء المالكية في مسألة قسمة المدعى به بين العقار والمنقول وذلك على النحو الآتي:

-أن الشيء المتنازع فيه يقسم بين المتنازعين على قدر الدعوى، إن لم يكن بيد أحدهما، أو كان بأيديهما معا، إذا تنازعا في عقار من الأرض، أو بيد ثالث غيرهما، فإن كان حيوانا أو طعامًا فإنه يستأني به قليلًا؛ لعل أحدهما أن يأتي بأثبت مما أتى به صاحبه، فإن لم يأت بشيء، وخيف عليه، فإنه يقسم.

-أما إذا كان عقارا، فلا يقسم الآن بل يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه.

قال ابن القاسم: "إلا أن يطول الزمان ولم يأت بشيء غير ما أتى به أولًا، فإنه يقسم بينهما"[3]، وذلك إذا لم تترجح إحدى البينتين بما ذكر، بل استويا فيه، كان الشيء المتنازع فيه بينهما نصفين[4].

يتبين من نصوص فقهاء المالكية، أن قسمة المتنازع فيه تكون بين الداخلين والخارجين على السواء، وأنه يقسم المنقول ويستأني في العقار.

(1) المصدر السابق، ج7، ص234.

(2) منح الجليل، عليش، ج8، ص544، وحاشية الدسوقي، ج4، ص222.

(3) شرح مختصر خليل، الخرشي، ج7، ص233.

(4) حاشية العدوي، ج2، ص153.

مذهبي الشافعية والحنابلة: أما عند الشافعية في غير المعتمد، وعند الحنابلة في رواية: فإن البينتين تستعملان عند تعذر الترجيح، ولكن اختلفوا في كيفية الاستعمال، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: القسمة، يقسم بينهما، ويكون لكل نصفها.

القول الثاني: القرعة، يقرع بينهما، وترجح من خرجت قرعته.

القول الثالث: التوقف، توقف العين بينهما حتى يبين الأمر فيها، ولم يقل الحنابلة بالتوقف[1] هذا في الأعيان.

أما في دعوى الشراء؛ إذا كانت بأيديهما تحالفا وتناصفاها وتتعارض إن لم تكن بأيديهما، وإذا كانت في يد ثالث لم ينازع أقرع بينهما[2].

مذهب الزيدية: جاء في التاج المذهب: "إن لم تكن إحدى البينتين أرجح من الأخرى، وهما خارجان معا، قسم بينهما، وإن كان الشيء المدعى به في أيديهما على سواء، أو في يد ثالث، وبينا معا كل واحد أنه له، أولا بينة لهما، فحلفا على دعواهما، أو نكل كل واحد منهما عن اليمين، قسم ما وقع فيه التنازع بين متنازعيه على الرؤوس"[3].

فتبين: أن المذهب الحنفي والزيدي اتفقا في مسألة الدعوى من الخارجين في ملك مطلق؛ لأن ذكر السب للملك، وتاريخه، تحكمه قواعد الترجيح التي مرت مفصلة في بابها.

الرأي الثاني: ذهبت الشافعية في المعتمد ورواية للحنابلة: إلى عدم جواز قسمة المدعى به بين المتخاصمين إذا تساوت البينات من كل جهة وأنه يحكم بالتساقط.

---

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص255.

(2) شرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص563.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص752، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص21، 22، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص283.

فعند الشافعية: وإذا ادعيا الاثنان عينا في يد ثالث، وهو منكر لها، وأقام كل منهما بينة بهما مطلقتي التاريخ، أو متفقتيه، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، فيكون التساقط، وكذا لو كانت العين بأيديهما[1] فيكون الحكم هو التساقط أيضا.

وعند الحنابلة: إن كان لكل من المدعيين بينة تعارضت لتساويهما في عدم اليد، فيسقطان، لعدم إمكان العمل بأحدهما[2].

أدلة القائلين بجواز القسمة: استدلوا بما يلي:

– ما رواه أبو داود عن أبي موسى –رضي الله عنه– «أن رجلين ادعيا بعيرًا على عهد رسول الله –ﷺ– فبعث كل واحد منهما شاهدين، فقسمه رسول الله –ﷺ– بينهما نصفين»[3].

وجه الاستدلال: أن كل واحد منهما داخل في نصف العين، خارج عن نصفها، فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل، وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج، فيستويان على كل واحد من القولين[4].

–ما روي عن أبي موسى «أن رجلين اختصما إلى رسول الله –ﷺ– في دابة، ليس لواحد منهما بينة، فجعلها بينهما نصفين»[5].

–إن المتخاصمين استويا في سبب الاستحقاق، وهو قابل للاشتراك، فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما، بأنه أوصى لكل واحد منهما بالثلث؛ فإنه يقسم بينهما نصفين وكذا الغريمان.

–إن البينات من حجج الشرع، فيجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن هنا؛ لأن الأيدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة

(1) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427.

(2) المغني، ابن قدامة، ج10، ص256، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص565.

(3) سبق تخريجه.

(4) المغني، ابن قدامة، ج10، ص250.

(5) سبق تخريجه.

وهو اليد، فيحكم بالتنصيف بينهما، إذ المحل يقبله، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق[1].

-إن القسمة استعمال للبينتين، فيكون صيانة لهما عن الإلغاء بقدر الإمكان[2].

-إنّ البينة مستعملة فيما شهدت به، وإنما أمضيت في النصف؛ لازدحام الحقين كالعول في الفرائض[3].

واستدل المانعون للقسمة بما يلي[4]:

-إن البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لأحدهما على الأخرى، فسقطتا كالخبرين.

-تناقض موجبيهما فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا مرجح، فعلى هذا كأن لا بينة.

-ما استدلوا به من حديث أبي موسى-رضي الله عنه- فإن العين كانت بيديهما، وأن ما روي في القرعة من خبر فإنه يحمل أنه كان في عتق أو قسمة.

-إذا قسمنا بينهما كنا على خلاف البينتين جميعًا؛ لأن كل واحدة منهما تثبت جميع الملك، ولا تثبت شركة ومضاربة، فإذا قسمنا بينهما خالفنا البينتين بالتنصيف[5].

الفقرة الثالثة: كيفية القسمة

إذا تعارضتا بينتا المتداعيين، وتعذر الترجيح، وحكم القاضي بقسمة محل النزاع المنظور أمامه، فكيف يتم قسمته؟

اختلف الفقهاء في ذلك، منهم من رأى أن تتم القسمة على طريق المنازعة، ومنهم من رأى أن تتم القسمة على طريق العول، أو عدد الرؤوس، وبيان ذلك فيما يلي:

---

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص65، وتبيين الحقائق، الزيلعي ج4، ص216، والبحر الرائق، ابن نجيم، ج7، ص234.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427.

(3) الحاوي، الماوردي، ج17، ص359.

(4) تحفة المحتاج، ابن حجر، ج10، ص326، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص256.

(5) الجمع والفرق، الجويني، ج3، ص651.

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة والحنابلة إلى أن القسمة تتم عند تعذر الترجيح بين البينات بطريق المنازعة.

– القسمة بطريق المنازعة هي: أن ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه، فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالمًا لمدعيه، فإذا كان أحدهما أكثر مما يدعي الآخر، بأن ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها، وأقاما بذلك البينة على ذلك، فإنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع، ولمدعي النصف بربعها، وأنه فيها مراعاة لمحل النزاع[1].

–وعللوا ذلك بما يلي:

أن الحاجة إلى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل إلا في النصف، فلا يتحقق التعارض إلا فيه، فيسلم له ما وراءه؛ لقيام الحجة عليه، وخلوها من المعارض، وأنه فيه، عملًا بالدليل بالقدر الممكن[2].

واشترطوا لذلك أن يكون المتنازع في يد ثالث:

فإذا كان المتنازع فيه في يد ثالث فإنّ القسمة على طريق المنازعة، فإن كانت في أيديهما فبينة مدعى الكل أولى؛ لأنه خارج يدعي على صاحبه النصف الذي في يده ومدعي النصف لا يدعي شيئا هو في يد صاحبه؛ لأنه لا يدعي إلا النصف أو النصف في يده فكان مدعي الكل خارجًا ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج أولى[3].

الرأي الثاني: وذهب الصاحبان –أبو يوسف، ومحمد بن الحسن– والمالكية والشافعية والزيدية إلى أن القسمة عند التعارض تكون بطريق العول[4].

---

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239، ومجمع الأنهر، شيخي زاده، ج2، ص281، وقرة عين الأخيار، ابن عابدين، ج8، ص157، وتبيين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص323، وشرح منتهى الإرادات، البهوتي، ج3، ص563.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239، 240، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص249.

(3) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص240.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239، والمبسوط، السرخسي، ج16، ص165، وحاشية الدسوقي، ج4، ص223، وروضة الطالبين، النووي، ج12، ص54، والتاج المذهب، العنسي، ج4، ص21، 22، والمنتزع المختار، ابن مفتاح، ج9، ص283.

ومعنى القسمة بطريق العول: أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص، فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا[1]، وأن العمل في ذلك يكون أن تقسم على الثلث والثلثين، فيزاد على الكل النصف ونسبة النصف لكل مع الزيادة ثلث، فالمسألة من ثلاثة، يعطى لمدعي الكل اثنان، ولمدعي النصف واحد، بخلاف ما إذا قسم على التسليم والمنازعة، فيكون لمدعي النصف الربع، لأنه سلم لمدعي الكل النصف فيأخذه، والمنازعة بينهما في النصف الآخر، فيقسم بينهما[2].

وأن التداعي بين المتنازعين: إما أن يتفقا على أن لكل واحد منهما فيه حظًا لكنهما يجهلانه، والحكم أن الشيء يقسم بينهما نصفين كما هو الأصل في الشركة، أو أن يدعيه أحدهما، ويدعي الآخر نصفه، فإن لم يكن بيد واحد فيهما، قسم على الدعوى اتفاقًا، وإن كان بيدهما معا، فقيل: يقسم على الدعوى، وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين[3].

تبين من خلال نصوص الفقهاء: أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والمعتمد عند الشافعية ورواية عند الحنابلة ومذهب الزيدية إلى أنه عند تعارض البينات وتعذر الترجيح بينها تكون قسمة المال المتنازع عليه.

الرأي الراجح: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن القسمة تتم بطريق العول على عدد الرؤوس.

الفقرة الرابعة: شروط القسمة

الشرط الأول: تعذر الترجيح، وهذا الشرط نص عليه فقهاء المذاهب، وعبروا عنه بتكافئ الخصمين في الحجة أو التعارض الذي لا يوجد لديه مرجح، فإذا تعذر الترجيح لاستواء البينتين، فإن القول بالقسمة يصح.

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص239.

(2) حاشية الدسوقي، ج4، ص223.

(3) حلي المعاصم لفكر ابن عاصم، ج1، ص266.

ففي حاشية منتهى الإرادات: "وإن كان لكل منهما بينة، وتساويا من كل وجه تعارضتا وتساقطتا، فيتحالفان ويتنصفان ما بأيديهما"[1]، والتساوي لا يكون إلا مع انتفاء المرجح[2].

قال الشوكاني –رحمه الله–: "القسمة بين المتنازعين قد تثبت بالشرع عند التعارض، وعدم إمكان الترجيح"[3].

وبهذا يتضح: أن عند عدم وجود أي ميزة يرجح بها؛ فإنها تتعين القسمة.

الشرط الثاني: قابلية المحل للقسمة، لا بد أن يكون محل النزاع قابلًا للقسمة[4]، فلا تدخل القسمة في العقود؛ لأن قسمة العقود لا تصح.

قال الشيرازي من فقهاء الشافعية: "وإن اختلف المتبايعان في قدر الثمن، أو اختلف المكتريان في قدر الأجرة، وفي مدة الإجارة، فإن كان لكل منهما بينة، وكانتا مطلقتين، أو مؤرختين تاريخًا واحدًا، أو أحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة، فهما متعارضتان، وفيهما قولان:

أحدهما: أنهما يسقطان ويصيران كما لو لم تكن بينة، فيتحالفان على ما ذكرناه في البيع.

الثاني: أنهما يستعملان، فيقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة قضى له، ولا يجيء القول بالوقف؛ لأن العقود لا توقف، ولا يجيء القول بالقسمة؛ لأنهما يتنازعان في العقد، والعقد لا يمكن قسمته[5]، وخرج من ذلك عقد النكاح[6] والنسب، قال الشربيني: قد يخرج به –التداعي في عين بيد ثالث– تعارض البينتين في النسب، فإنه على قول الاستعمال لا تجيء القسمة[7].

---

(1) منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات، مع حاشية المنتهى لابن قائد النجدي، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد (ت: 1097 هـ)، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1419هـ-1999م، ج5، ص329.

(2) البهجة، التسولي، ج1، ص265.

(3) السيل الجرار، الشوكاني، ص753.

(4) النجم الوهاج، الدميري، ج10، ص431.

(5) المهذب، الشيرازي، ج3، ص419.

(6) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص247.

(7) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص427.

وبهذا يتبين: أنه لا بد أن محل الخصومة القضائية قابلا للقسمة، فإذا تعذر فإنه يكون التساقط.

ثانياً: موقف القانونين اليمني والمغربي من قسمة المتنازع فيه عند تعذر الترجيح

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من قسمة المتنازع فيه عند تعذر الترجيح

عالج القانون اليمني قسمة المال المتنازع فيه إذا تساوت البينتان، وكان لهذا النص تطبيقا في الواقع القضائي.

أ – النص القانوني

القانون المدني نص في المادة: (1113) على ما يلي: "وإذا تساوت بينتا الخارجين قسم المدعى فيه بينهما".

فاتضح من نص المادة أنه لا بد في قسمة المتنازع فيه من شروط، وهي كما يلي:

الشرط الأول: أن تتساوى البينات.

فلا بد من أن يكون هناك تساوي في البينتين المقدمة من طرفي الدعوى سواء كانت من فصيل واحد، أم من فصائل مختلفة، ما دامت متساوية في القوة الثبوتية.

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى من خارجين.

يشترط أن تكون الخصومة القضائية منعقدة بين خارجين، أي أن يكون محل الدعوى بيد ثالث أو لا يد عليه، فإذا كانت بين داخل وخارج، فإن بينة الخارج ترجح كما سبق بيان ذلك.

ب– التطبيق القضائي

وتطبيقًا لذلك فقد قضت محكمة استئناف الحديدة في القضية المدنية رقم (126) لسنة 1413هـ في دعوى رفعت أمامها، تتخلص فيما يلي:

إن المدعي الخادم: يحيى أبو الخير تقدم بدعواه ضد: محمد وأحمد أولاد علي بن علي إسحاق، بخصوص قطعة أرض بزبيد، وأحضر كل منهما أدلته، وقضت المحكمة الابتدائية

بإلزام المدعى عليهم –أولاد إسحاق– بعدم معارضة أبو الخير المدعي في المتنازع عليه.. إلخ.

استأنف المدعى عليه الحكم الابتدائي الصادر ضده، فقررت محكمة الاستئناف في موضوع الدعوى، ما يلي:

ارتكاز الخصومة بين المستأنفين والمستأنف ضده على الثبوت لما عليه النزاع، وإشارة الحكم الابتدائي إلى عدم الاطمئنان على شهادات إسحاق (المحكوم عليه)، لما أبداه من عيوب التناقضات، فتم النظر من الهيئة بدقة في شهادات آل إسحاق (المحكوم عليه) على الحال التي هي عليه من العيوب، كنظيره من شهادات الخادم أبي الخير، تعارض البينات من الطرفين، شهادات وتطبيق مبرزات، كقرارات عدول المعاينات، الأمر الذي يستساغ معه تساقط البينات من الجانبين، والحكم بقسمة ما عليه النزاع بين المستأنفين، وبين المستأنف ضده مناصفة[1].

ج– التعليق على الحكم

تبين من خلال عرض حيثيات الحكم القضائي أن المحكمة أعملت النص القانوني على محل النزاع، وقررت التعارض من حيث شهادات الشهود فهي متعارضة متكافئة بخلاف ما علل به الحكم الابتدائي في عدم الاطمئنان لشهود المدعى عليه، وكذا تعارضت المبرزات – المستندات– وتعارضت قرارات العدول، فاتضح أن التعارض في الشهود وفي المستندات وقرارات الخبراء، وهذا التعارض مع الاتحاد والتساوي في الأدلة؛ أدى إلى التساقط وقسمة محل الدعوى مناصفة لا على طريق المنازعة، وإنما على طريق العول وعدد الرؤوس، وبهذا تكون المحكمة قد أعملت النص القانوني.

(1) غير منشور.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من قسمة المتنازع فيه عند تعذر الترجيح

مدونة الحقوق العينية قد عالجت في المادة: (3) الجمع عند تعارض البينات، والترجيح عند تعذر الجمع فنصت على ما يلي: أنه إذا لم يمكن الجمع، فإن المحكمة تعمل قواعد الترجيح، ولم تعالج المادة ولا غيرها من المواد مسألة تساوي البينات، وقسمة محل النزاع، إلا أن ذلك لا يعني خلو القانون من معاجلة لهذا النص، فإن القانون قد نص على الرجوع إلى المذهب المالكي؛ عند عدم وجود نص في النازلة المعروضة أمام القاضي، والفقه المالكي يحكي القسمة عند تعذر الترجيح –كما مر سلفا– وأن قسمة المتنازع عليه تكون بطريق العول، وفرق بين قسمة العقار والمنقول، كما تم الحديث عنه مفصلا في موضعه.

الفرع الثاني: حكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي

أولا: حكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي

عند الترجيح بين طرق الإثبات المتعارضة بناء على المرجحات التي سبق ذكرها، هل يشترط مع المرجح اليمين؛ ليحكم القاضي بناء على المرجح المصحوب باليمين، أم أن هذه المرجحات لا تحتاج إلى يمين؟

من خلال التتبع لكلام الفقهاء اتضح أن مسألة الحكم بالبينة الراجحة مع اليمين، إنما يقتصر على الترجيح باليد، وبزيادة العدالة، وبكثرة العدد.

والسبب في ذلك: أن الحكم بناء على وضع اليد، دليل هام يضعه القاضي في تقديره في نزاع لأحد الخصمين يدل على المحل المتنازع فيه، فقد يكون وضع اليد كافيًا لكي يصدر القاضي حكمه لصاحب اليد دون يمين فيه، وقد لا يكفي بل لا بد من اليمين[1].

قال ابن القيم: "الحكم قسمان: إثبات وإلزام، فالإثبات يعتمد الصدق والإلزام، والإلزام يعتمد العدل، قال تعالى: ﴿ وَتَمَّتْ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدْقًا وَعَدْلًا ﴾[2]، وكلا القسمين له طرق متعددة،

(1) علم القضاء، الحصري، ص26.

(2) سورة الأنعام، الآية: 115.

أحدها: اليد المجردة التي لا تفتقر إلى عين، وذلك صور، منها: إذا كان وصيا على طفل أو مجنون وفي يده شيء انتقل إليه عن أبيه، كان مجرد اليد كافيًا في الحكم من غير يمين لا على الطفل ولا على الوصي"[1]، ولذلك كله حصل خلاف بين الفقهاء بشأن اليمين على رأيين:

الرأي الأول: ذهبت المالكية في الراجح عندهم، وبعض الشافعية في غير المعتمد إلى أن القضاء بالبينة الراجحة لا بد أن يكون مع اليمين[2]، واستدلوا بما يلي:

–أن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره، كالشاهد الواحد، لذا لم يحكم بمجرد اليد دون اليمين[3].

–أن عليا –رضي الله عنه– كان يرى الحلف مع البينة، وقال البيهقي عن حنش عَنْ عليٍّ –رضي الله عنه– أنَّه إنَّما رآه عِندَ تَعارُضِ البينتين[4]، فقد كان يستحلف المدعي مع البينة، وكان يحلف الشاهد والراوي، فكأنه جعل يمين أحدهما مرجحة لجانبه باعتبار أن الاستحقاق باليمين لا يثبت ابتداء، فيقع الترجيح بها[5].

وزاد المالكية اليمين مع زيادة العدالة، فنصوا على أنه: يحلف مقيم بينة زيادة العدالة[6]، وليس هذا محل اتفاق، فقد ذكر القرافي: أن معظم الشيوخ لا يرون على المقضي له بالأرض ببينة الأعدل يمينا[7]، وفي الموازية: لا يمين عليه بناء على أن زيادة العدالة كشاهدين[8].

ويتضح من هذا: أن اليمين في الترجيح بزيادة العدالة محل خلاف عند القائلين بها؛ وهم المالكية

(1) الطرق الحكمية، ابن القيم، ج1، ص294.

(2) المدونة، الإمام مَالك، ج4 ص45، والفروق، القرافي، ج4، ص170، وحاشية الدسوقي، ج4، ص220، ومنح الجليل، عليش، ج8، ص539، والمهذب، الشيرازي، ج1، ص413، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص428.

(3) الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، ابن رحال المعداني، ص258.

(4) السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الدعوى والبينات، باب من رأى الحلف مع البينة، حديث: (21290).

(5) المبسوط، السرخسي، ج20، ص138.

(6) حاشية الدسوقي، ج4، ص220.

(7) الذخيرة، القرافي، ج10، ص179.

(8) حاشية الدسوقي، ج4، ص220.

الرأي الثاني: ذهبت الحنفية والمالكية في غير المشهور، والشافعية في المعتمد والحنابلة والزيدية إلى أنه لا تفتقر البينة الراجحة إلى يمين وأنها غير معتبرة[1].

واستدلوا بما يلي:

-أن جنس الأيمان في جانب المدعى عليه، ولا يمين في جانب المدعي، لقوله -ﷺ-: «اليمين على المدعى عليه»[2]، وأنه لا يعتبر بيمين المدعي.

-أن معه بينة معها ترجيح وهي اليد، ومع الآخر بينة لا ترجيح معها، والحجتان إذا تعارضتا ومع أحدهما ترجيح قضى بالتي معها ترجيح، والترجيح كالخبرين إذا تعارضتا، ومع أحدهما قياس.

تنبيه: عند الشافعية إذا كان مع صاحب اليد شاهد ويمين، ومع الخارج شاهدين، فإنه يقدم صاحب اليد مع الشاهد واليمين[3]، وأن هذا يعد من الترجيح بين المرجحات عند الشافعية، وهذه اليمين التي مع الشاهد، هي اليمين المتممة، وليست اليمين الذي سقنا الآراء لأجلها.

الراجح: أنه لا يفتقر الحكم بالبينة الراجحة إلى يمين، فما دام أن التعارض بين البينتين وجد مع أحدهما مرجح قوى بينة صاحب اليد وقوى الأعدل من الشهود، وأن هذا المرجح غلب الظن لدى القاضي وبعث لديه الثقة والطمأنينة بأرجحية صاحب اليد، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يُحلّف القاضي صاحب اليد إذا ثار لديه شك، أو أراد زيادة الطمأنينة.

(1) المبسوط، السرخسي، ج17، ص30، ج20، ص138، والذخيرة، القرافي، ج10، ص179، وحاشية الدسوقي، ج4، ص222، والمهذب، الشيرازي، ج3، ص413، ومغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص428، والمغني، ابن قدامة، ج10، ص250، والبحر الزخار، المرتضى، ج5، ص398، 399.

(2) سبق تخريجه.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج6، ص428.

ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الحكم باليمين مع البينة الراجحة

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من اليمين مع البينة الراجحة

نصت المادة: (1114) من القانون المدني على ما يلي: وتعتبر اليد الثابتة، إذا لم تعارض بقرينة أقوى منها، مع يمين ذي اليد دليلًا كافيًا.

وعلى هذا؛ فإن القانون اليمني اشترط للحكم باليد، اليمين مع عدم وجود قرينة أقوى من اليد.

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من اليمين مع البينة الراجحة

بخلاف مدونة الحقوق العينية المغربية، فإنها لم تذكر الحكم باليمين مع البينة الراجحة، وعند عدم وجود نص يعالج مسألة بخصوصها، فإنه يرجع في ذلك إلى الفقه المالكي، والمعمول به في الفقه المالكي اليمين مع البينة الراجحة.

وبهذا يتضح: أنه عند تعذر الترجيح فإن على القاضي أن يلزم الأطراف بالقرعة، أو قسمة الشيء المتنازع فيه، وأن الراجح أنه لابد من اليمين مع الدليل القضائي الراجح.

وبهذا نكون قد انهينا الحديث عن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي، واتضح أن المرجحات في أغلبها هي محل اتفاق عند الفقهاء، وكذا تبين أنّ كلا القانونين لم يخرجا عن الفقه الإسلامي.

الخـاتمـــــــة:

بعد أنْ تم عرض قواعد الترجيح والتعارض الواقع في مسائله فإنه بحمد الله تم الخروج بعدة نتائج، وآفاق مستقبلية تشتمل على ما يلي:

أولا: نتائج البحث

– إن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية هي: مجموعة الأصول الفقهية والقانونية التي يطبقها قاضي الموضوع في النزاع المنظور لديه، بتفضيل أحد الدليلين على الأخر؛ لوجود مزية فيه.

– إن الترجيح بين الأدلة القضائية علم دقيق يستطيع القاضي من خلاله الوصول إلى حكم عادل، وذلك بإعمال أحد الدليلين وإهمال الآخر.

– أنَّ المختص وظيفيًا بالترجيح بين الأدلة القضائية هي محكمة الموضوع وقاضي الموضوع في المرحلة الابتدائية والاستئنافية، وأنّ مخالفة القاضي لقواعد الترجيح يعدُّ خرقًا للقانون يتعين على محكمة النقض نقض الحكم القضائي، وإعادته إلى مصدره للفصل فيه مجددًا.

– إن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية، هي قواعد اجتهادية، لم يرد فيها نص شرعي، وما ورد من نصوص في بعض المسائل، فإن الفقهاء اختلفوا في صحة الأحاديث، ودلالتها على الترجيح.

– إن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية محصورة عند فقهاء المذاهب خصوصًا في باب الملكية، وما يتفرع عنها من الحقوق المتعلقة بها.

– الرأي الراجح أنَّ قواعد الترجيح غير محصورة، وأنَّها كثيرة لا تنحصر، وتختلف باختلاف الدعاوى وموضوعاتها، وتتعدد بتعدد المسائل التي يقع فيعا التعارض، وأنَّ أيُّ مزيةٍ تبين قوةً، وفضلًا في أحد الدليلين على الآخر تعدُّ مرجحًا.

– التعارض بين الأدلة القضائية نوعين تعارض له مرجح، وتعارض يتعذر فيه الترجيح وهنا يكون التساقط.

– أنَّ تميز المدعي من المدعى عليه، وتحديد عبء الإثبات له دوره الفعَّال في الترجيح بين الأدلة القضائية، وأنَّه يستطيع من خلالهما الترجيح.

– إنَّ قواعد الترجيح بين البينات التي ذكرها فقهاء المذاهب تعدُّ قواعد عامة لجميع حالات التعارض ولا تخص شهادة الشهود، بل تصلح لأنْ تكون مرجحًا لجميع الأدلة القضائية سواء المنصوص عليها عند الفقهاء، أو المستحدثة في القانونين محل الدراسة مع مراعاة خصوصية كل دليل.

– أن قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية محل اتفاق بين الفقهاء في جملتها، ولكنهم يختلفون في اعتبار بعض المرجحات أصلًا وغيرها تبعًا، أو فرعًا، أو استثناءً، وأنَّ هذا الاختلاف يؤثر في تطبيقها على الجزئيات، وصلاحيتها للنقض.

– أنَّ الخلاف بين فقهاء الحنفية والزيدية مع المالكية والشافعية والحنابلة بين المرجحات تكمن في الترجيح بجنس الدليل أو من خارج الدليل، فالحنفية والزيدية يرون أنْ المرجح بين الأدلة القضائية لا بدَّ أنْ يكون من غير جنس الدليل، والجمهور يرون الترجيح يكون بجنس الدليل ومن غير جنسه.

– أنَّ قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية تأثرت بقواعد الترجيح بين الأدلة الشرعية، مع أنَّ البون شاسعٌ بينهما، والفرق واضحٌ، سواءً من حيث المرجح به، أومن حيث محل الترجيح، ولكن عند فقد المرجح الفقهي للترجيح بين الأدلة القضائية، فللقاضي الاستفادة من قواعد الترجيح بين الأدلة الشرعية عند الأصوليين.

– قواعد الترجيح في جملتها هي الترجيح العلم اليقيني، والترجيح بقوة دلالة الدليل اللفظية، والترجيح بالأصل والظاهر، والترجيح بالأعدلية والأكثرية، والزيادة في العلم والإثبات، والتاريخ، وسبب الملك، وقوة الحجة، واليد، واتصال البينة بالقضاء، واعتضاد أحد الدليلين بوسيلة من الوسائل المعاصرة.

– إنَّ قاعدة ترجيح النفي على الإثبات ليست قاعدة مطردة في جميع مسائل التعارض، بل يضيق نطاق تطبيقها في القضاء الجنائي، فيخضع في ذلك لسلطة القاضي التقديرية، فقد يرجح دليل النفي على دليل الإثبات؛ لأنَّ القضاء جزئي، وهو ما قرره القانونان محل المقارنة بأنَّ القضاء الجنائي يخضع لمبدأ الاقتناع القضائي كما عبر به القانون اليمني، والذي نص على أنَّ القاضي يسمع أدلة الإثبات وأدلة النفي، على عكس القضاء في المجال المدني؛ فإنَّه

نص على أنَّ الإثبات مقدم على النفي، وعبر عنه القانون المغربي بأنَّه يخضع للاقتناع الصميم للقاضي، وهو قرره القضاء المغربي بصريح العبارة؛ بأنَّه لا مجال لأرجحية النفي على الإثبات في القضاء الجنائي.

– تعدُّ الوسائل العلمية الحديثة مرجحًا بين الأدلة القضائية عند تعارضها، وتعذر الجمع والمواءمة.

– الوسائل العلمية الحديثة تعد من قبيل القرائن، فعند تعارضها فيما بينها تُرجح الوسيلة العلمية التي توصل إلى نتائج دقيقة ومؤكدة، وشاملة على الوسيلة غير الدقيقة في إعمالها، والجزئية في تطبيقها.

– تُرَجَح الوسائل العلمية الحديثة التي لا تنخرم قاعدتها على الوسائل العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها، وضابط ذلك أنَّ الوسيلة العلمية التي أُسِستْ بناءً على نظريات علمية سليمة مطردة؛ تكون قطعية في دلالتها غير منخرمة في نتائجها، بخلاف الوسائل العلمية التي لم تُؤسس على نظريات علمية سليمة؛ فإنها تكون غير صائبة في نتائجها.

– أن بعض مسائل التعارض التي قرر الفقهاء فيها التساقط لعدم وجود مرجح فإنه في العصر الحديث قد يرتفع هذا التعارض ويزول التقابل بالوسائل العلمية الحديثة، وبالتالي لم يعد للقول بالتساقط فيها مبرر.

– إن الترجيح بين الأدلة القضائية يشمل الترجيح من حيث دلالة لفظ الدليل، والأوصاف التي تقوي الدليل، والقرائن التي تؤيد أحد الأدلة.

– الأدلة الناطقة تقدم على الأدلة الصامتة كقاعدة عامة، وقد ترد على هذه القاعدة استثناءات.

– تتفاوت درجات الظنون في الأدلة القضائية، ولهذا التفاوت أثر في الترجيح بين الأدلة بعضها على بعض، وتفاوت دلالة الدليل، إمَّا أنْ يرد فيه نص شرعي، أو يظهر للقاضي من خلال استعمال سلطته التقديرية في الموازنة، والترجيح بين الأدلة القضائية.

– إنَّ قواعد الترجيح بين البينات التي ذكرها فقهاء المذاهب في أغلبها تخص الملكية، وما يتفرع عنها من الحقوق العينية، وبعضها ينطبق على جميع مسائل التعارض، وبعضها ينطبق على آحاد المسائل.

– الظاهر والأصل يعدان من الأمور المرجحة لدعوى المتداعيين عند عدم الدليل، أو عند تعارض الأدلة القضائية، وأن الحادثة القضائية إذا ترددت بين أصلين، أو ظاهرين فتلحق بأكثرهما شبهًا.

– عند تعارض الأدلة القضائية في مجال المعاملات والعقود؛ فإنَّ الترجيح بينها يكون على النحو الآتي: يرجح العلم اليقيني على العلم الظني؛ فيرجح علم القاضي على التواتر، ويرجح التواتر على الإقرار، ويرجح الإقرار على الشهادة، وترجح الشهادة على الكتابة، وترجح الكتابة على القرائن، وترجح القرينة القطعية على القرينة الظنية، وقد ترجح الكتابة على الشهادة إذا اقتضت المصلحة في منح الكتابة قوة ثبوتية تفوق الشهادة، ويرجح الدليل الفني على الدليل المعنوي، ويرجح من شهد بباطن الأمر على من شهد بظاهره، وقد يرد على هذا الترتيب استثناءٌ فترجح الشهادة على الإقرار خصوصًا في باب النسب.

عند تعارض الدليل القضائي الواحد من نوعٍ واحدٍ فإنَّ الترجيح يكون على النحو الآتي: يرجح الإقرار في مجلس القضاء على الإقرار في غير مجلس القضاء، ويرجح الإقرار الشفهي على الإقرار الكتابي، ويرجح الإقرار المشهود عليه على الإقرار غير المشهود عليه، وترجح شهادة التواتر على شهادة الآحاد التي بلغت النصاب الشرعي، وترجح شهادة الأعدل على العدل، وشهادة العدل على اللفيف، وشهادة البت على السماع، وشهادة من تمحضت ذكورته على من لم تتمحض، وترجح الوثيقة الرسمية على الوثيقة العرفية، وترجح الوثيقة الرسمية الموثقة في السجل العقاري على الوثيقة الرسمية غير الموثقة، وترجح الخبرة العلمية على الخبرة الاجتهادية، وترجح الخبرة المباشرة على الخبرة غير المباشرة، وترجح المعاينة التي أجرتها الهيئة القضائية المباشرة على غير المباشرة، وأنه عند تعارض الأدلة القضائية فيما بينها يرجح ما قويت دلالته، وانفرد بمزية فيه، وأدى إلى اطمئنان القاضي بصدقه وصحته.

– عند تعارض الأدلة القضائية في مجال النسب فإنَّ تُرجح قرينة الولد للفراش تُرجح على الإقرار والشهادة، وترجح الشهادة على الإقرار، ويرجح الإقرار والشهادة على القرائن، وترجح قرينة الولد للفراش على جميع القرائن، وترجح قرينة الحمض الجيني على قرينة الشبه، والقيافة، وعند تعارض قرينة فحص فصائل الدم والقيافة فإنَّ القاضي يُعمل سلطته التقديرية، ويرجح طعم لبن المرأة على قرينة ميلان الطفل لأحد المتنازعين، ويُرجح الميلان على القرعة.

– يُرجح اللعان على الحمض الجيني والتحاليل المخبرية.

– إنَّ قواعد الترجيح بين الأدلة يضعف استعمالها في باب الجنايات والحدود، فتكون في مجال القصاص والحدود والتعازير التعارض حاصل بين قرينة البراءة وأدلة الإدانة، وأنَّ التعارض قد يؤدي إلى اسقاط العقوبة الأصلية، وينقلها إلى عقوبة تعزيرية.

– عند تعارض الأدلة القضائية في المجال الجنائي فإنَّه ترجح الشهادة على الإقرار، وللقاضي أنْ يُعمل سلطته التقديرية في الموازنة، والترجيح بين الأدلة.

– تُرجح الشهادة والإقرار على القسامة.

– تعارض الأدلة القضائية في الحدود سواء في إثباتها أو كيفيتها أو نصابها يؤدي إلى إسقاطها.

– أنَّ القرائن تتفاوت قوتها وتتعدد درجاتها، وعند التعارض يرجح الأقوى على الأضعف وهذا فيما بينها، وتعد بحد ذاتها مرجحًا مستقلاً للأدلة عند التعارض، فتكون اليد مرجحًا في الملكية، والقيافة مرجحًا في النسب، وقوة اللوث مرجحًا في القسامة.

– عند التعارض ما بين قرينة القسامة، وقرينة الوسائل العلمية الحديثة؛ فإنَّ القاضي يُعمل سلطته التقديرية، والإتيان بقاعدة تضبط هذا النوع من التعارض تكون مضطربة وغير مستقرة، وعلى القاضي الجنائي مراعاة ذلك.

– الترجيح بين التقارير الفنية يحكمها في أغلبها الضوابط التي ذُكرت في باب الخبرة.

– عند التعارض بين أنواع اللوث في الجنايات؛ فإنَّ القاضي يستعمل سلطته التقديرية في قوة اللوث وضعفه، سواء كان اللوث من القرائن الفقهية، أم من المستجدات العلمية، فكلَّما دلّ اللوث على الجريمة ونسبتها إلى جانٍ معين كلَّما كان أرجح.

– الترجيح عند تعارض قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في مجال الملكية يكون على النحو الآتي:

زيادة العدالة، ثم نقل الملك فيما إذا كان من أحد المتداعين للآخر، ثم ما اليد فيه للمدعي، أو لمن أقر به له، أو انتقل له منه، ثم شاهدان على شاهد ويمين، ثم سبق تاريخ، ثم بذكر سبب الملك.

– الترجيح بين العقود يكون بناءً على اشتمال العقد على وصف لم يتحقق في الآخر؛ سواء من حيث اللزوم والقوة، وإفادته بنفسه وغير ذلك.

– توافق القانونين اليمني والمغربي في المرجحات مع المذاهب الفقهية، وهي مرجحات في جانب الملكية.

– من خلال المقارنة بين القانونين اليمني والمغربي في قواعد الترجيح تبين ما يلي:

لم يتضمن قانون الإثبات اليمني قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية، بل اكتفي بإيرادها في القانون المدني عند حديثه عن الحيازة، عدا مسألة الجرح والتعديل.

– إنَّ قواعد الترجيح في القانونين اليمني والمغربي ليست محصورةً ويدل على ذلك: أنَّ القانون اليمني ذكر المرجحات بين الأدلة القضائية مفرقة في الأبواب القانونية في أكثر من قانون، وأن القانون المغربي نص في مدونة الحقوق العينية في المادة الثالثة: على أنَّه إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار، أو حق عيني، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها...، فدل على عدم الحصر، وتبقى المسألة اجتهادية للقضاء المغربي في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة ولم تندرج ضمن المرجحات المذكورة.

– إن تحديد القوة الإثباتية للأدلة القضائية تقلل من وقوع التعارض بين الأدلة، وتعين على الترجيح.

– حدد القانون المغربي القيمة الإثباتية لبعض الأدلة مثل الكتابة، بخلاف القانون اليمني، فإنَّه لم يحدد القيمة الإثباتية لبعض الأدلة إلَّا في باب القصاص والحدود، فإنه قيد الإثبات فيها، وجعل لها قيمتها الثبوتية، وعند فقدها للنصاب يؤدي إلى سقوط العقوبة الأصلية.

– القانون اليمني أخذ بمذهب الزيدية في الترجيح بين الأدلة القضائية، بخلاف القانون المغربي فإنه أخذ بمذهب المالكية في الترجيح، وعند تعارض الأدلة القضائية في وقائع غير منصوص عليها في القانونين فإنَّ نصوص المذهبين تكون هي الحاكمة.

– يختلف القانون المغربي عن القانون اليمني في الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الآتي:

– المرجحات في القانون اليمني جاءت مفرقة في قانون الإثبات، والقانون المدني، وقانون الإجراءات الجزائية، وهي في هذه القوانين مفرقة في أبواب مختلفة، ولم يَنْظمْها بابٌ واحدٌ بخلاف القانون المغربي فإنه أوردها في نص واحد، وقيدها بالملكية، وما يتفرع عنها من الحقوق العينية.

– القانون المغربي اعتبر المرجح من جنس الدليل ومن خارج جنس الدليل، مثل الزيادة في العدالة من جنس الدليل، بخلاف القانون اليمني فإنَّه اعتد بالترجيح من خارج جنس الدليل، وهذا الخلاف بين القانونين له امتداده عند الفقهاء، ففقهاء الأحناف والزيدية يرون المرجح من غير جنس الدليل، وجمهور الفقهاء يرون أنَّ الترجيح من جنس الدليل ومن خارج جنس الدليل.

– القانون المغربي توسع في المرجحات وعدَّد أنواعها، بخلاف القانون اليمني فإنَّه اقتصر على الترجيح بالتحقيق، أو النقل في الملكية، وما يتفرع عنها.

– القانون اليمني جعل الترجيح في الملكية بين بينة الداخل والخارج والخارجان، بخلاف القانون المغربي الذي جاء صريحًا في عده للمرجحات، فكان القانون المغربي سهل العبارة في صياغته لقواعد الترجيح.

– القانون اليمني رجح في العقود بعدة مرجحات، وتناول الترجيح فيها بشيءٍ من التفصيل، بخلاف القانون المغربي فإنَّه لم يتعرض للترجيح بين العقود، إنما أورد المرجحات في الملكية والحقوق العينية المرتبطة بها.

– رجح القانون اليمني بين القرائن وبين المستندات الكتابية وتوسّع في هذا الجانب، بخلاف القانون المغربي فإنه لم يتعرض للترجيح بين القرائن.

– القانون اليمني اجتهد في بعض المرجحات عند حديثه للترجيح بين قرائن مدعي الملكية والثبوت بخلاف القانون المغربي فإنه التزم بحرفية نصوص الفقه المالكي.

– القانون اليمني رجح بينة الخارج على بينة الداخل إلاّ إذا وجد مانع فإنَّ اليدَ تعدُّ مرجحًا، بخلاف القانون المغربي فإنَّه لم يعتبر اليد مرجحًا.

– عالج القانون اليمني بعض المسائل بالترجيح عند التنازع مثل مسألة الجدار بخلاف القانون المغربي فإنه لم يتعرض للتفاصيل التي تتعارض فيها الأدلة القضائية.

– عدَّ القانون اليمني اللغة الرسمية مرجحًا عند التنازع في العقود المشترط فيها الكتابة مثل عقد التأمين بخلاف القانون المغربي؛ فإنه لم يعتد به في الترجيح.

– القضاء المغربي أعتنى اعتناءً شديدًا بتطبيق قواعد الترجيح في أحكامه القضائية وتناولها بالشرح والتفصيل، بخلاف القضاء اليمني فإنَّه لم يصل في مناقشة المرجحات في الأحكام القضائية إلى مستوى القضاء المغربي سواءً من حيث التأصيل والتقعيد، أو من حيث التنزيل والتطبيق، فالمرجحات في القانون اليمني يعتريها شيء من الجمود في التطبيق، وكذا يعتريها ضرب من القصور في الشرح والتفصيل.

– عند تعذر الترجيح بين الأدلة القضائية فإنه يمكن الاقتراع في الشيء المتنازع فيه، أو قسمته على عدد الرؤوس.

– عند ترجيح أحد الدليلين بمرجحٍ من المرجحات فإنه لا بد من اليمين مع البينة الراجحة.

ثانيا: الآفاق المستقبلية للبحث

– أدعو المقنن اليمني والمغربي بتقنين نظرية عامة للترجيح بين الأدلة القضائية في جميع مسائل التعارض، مع بيان مدى تطبيق قواعد الترجيح في القضاء الجنائي.

– أدعو المقنن اليمني بوضع قواعد الترجيح في قانون الإثبات؛ باعتباره الشريعة العامة للإثبات.

– نوصي المقنن اليمني بإعادة صياغة قواعد الترجيح على ضوء المسلك الذي صارت عليه مدونة الحقوق العينية المغربي.

– أقترح على الباحثين على جمع المسائل الفقهية التي حكى فيها الفقهاء التعارض والتساقط، والترجيح بينها على ضوء المستجدات العلمية.

– تعميق دراسة دور الوسائل العلمية الحديثة في الترجيح بين الأدلة القضائية المتعارضة.

– أقترح على الباحثين إلى دراسة الترجيح بين التقارير الفنية.

– ألفت عناية الباحثين إلى دراسة متخصصة للترجيح بين الأدلة الشرعية والوسائل العلمية الحديثة.

– أقترح على الجهات القضائية المختصة في الجمهورية اليمنية والمملكة المغربية إلى جمع الأحكام القضائية الخاصة بالترجيح وأرشفتها بسجلات مستقلة حتى يتاح الرجوع إليها عند الحاجة.

– أقترح على الباحثين دراسة قواعد التعارض والترجيح بين أدلة الملك والوقف.

والحمد لله رب العالمين

الفهـــــــارس

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

المصادر الحديث وشروحاتها

1- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، إحكام الإحكام شرح عمدة الأحكام، ابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية، بدون ط، وبدون ت.

2- الاستذكار، يوسف بن عبد الله بن ممد بن عبد البر (المتوفى: 463هـ)، تحقيق سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1421هـ-2000م.

3- تذكرة المحتاج إلى أحاديث المنهاج، عمر بن علي بن أحمد الشافعي المعروف بابن الملقن (المتوفى: 804هـ)، تحقيق، حمدي عبد المجيد السلفي، المكتب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994م.

4- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله -ﷺ- وسننه وأيامه "صحيح البخاري"، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي (المتوفى: 256هـ)، تحقيق، محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، جدة -المملكة العربية السعودية، 1422هـ.

5- سبل السلام شرح بلوغ المرام، محمد بن إسماعيل الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمير (المتوفى: 1182هـ)، دار الحديث، بدون ط، وبدون ت.

6- سنن ابن ماجه، -ابن ماجة - وماجة اسم أبيه يزيد أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ) تحقيق، شعيب الأرنؤوط، وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م.

7- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: 275هـ)، تحقيق، شعَيب الأرنؤوط، ومحَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ - 2009م.

8- سنن الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (المتوفى: 279هـ)، تعليق، محمد ناصر الدين الألباني، اعتناء، أبو عبيدة مشهور بن حسن ال سلمان، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، بدون ت.

9- سـنن الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسـعود الدارقطني (المتوفى: 385هـ)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، وعبد اللطيف حرز الله، وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت– لبنان، 1424هـ,

10- السنن الكبرى، أحمد بن الحُسَين بن عليٍّ البيهقي (384 – 458هـ)، تحقيق، الدكتور عبد الله بن عبد المحسـن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسـات العربية والإسلامية عبد السند حسن يمامة، ط1، مصر، 1432هـ- 2011م.

11- سنن النسائي الصغرى، أحمد بن شعيب بن علي النسائي، تعليق، محمد بن ناصر الدين الألباني، اعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، ط2، الرياض، 1429هـ.

12- سنن سعيد بن منصور، سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (المتوفى: 227هـ)، تحقيق، حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية، ط1، الهند 1403هـ.

13- طرح التثريب في شـرح التقريب، عبد الرحيم بن الحسـين بن عبد الرحمن العراقي (المتوفى: 806هـ)، أكمله ابنه: أحمد بن عبد الرحيم (المتوفى: 826هـ)، الطبعة المصرية القديمة، بدون ط.

14- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر (المتوفى: 852هـ)، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، تخريج محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بدون ط، بيروت، 1379هـ.

15- فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر، رتبه واختصر تخريجه، محمد بن عبد الرحمن المغراوي، دار مجموعة التحف النفائس الدولية، ط1، الرياض– المملكة العربية السعودية، 1416هـ- 1996م.

16- فتح المغيث بشرح الفية الحديث، محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي (المتوفى: 902هـ)، تحقيق، علي حسين علي، مكتبة السنة، ط1، مصر، 1424هـ، 2003م.

17- كتاب الحيطان دراسة فقهية لأحكام البناء والارتفاق عمر بن عبد العزيز البخاري المعروف بالصدر الشهيد (المتوفي: 532هـ)، تحقيق، عبد الله نزير أحمد مزي، المكتبة المكية والسعودية ومؤسسة الريان، ط1، بيروت، 1435هـ- 2014م.

18- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: 235هـ)، تحقيق، كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، ط،1، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1409هـ.

19- كنز العمال كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علي بن حسام الدين ابن قاضي خان القادري الشاذلي، (المتوفى: 975هـ) تحقيق: بكري حياني، صفوة السقا، مؤسسة الرسالة، ط، 5، بيروت- لبنان، 1401هـ.

20- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (المتوفى: 241هـ)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط- عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، 1421هـ- 2001م.

21- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله -ﷺ- "صحيح مسلم"، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون ط.

22- معالم السنن، شرح سنن أبي داود، حمد بن محمد المعروف بالخطابي، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1351هـ.

المصادر الفقهية

23- إتحاف الأخلاف في أحكام الأوقاف، عمر حليمي، تحقيق، عبد الستار أبو غدة، مجموعة دلة البركة للاستثمار والتنمية، الأمانة العامة للهيئة الشرعية الموحدة، بدون ط، المملكة العربية السعودية.

24- الاتقان والأحكام في شرح تحفة الحكام، محمد أحمد الفاسي المشهور بشرح ميارة، دار المعرفة، بدون ت، بدون ط.

25- إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت دراسة مقارنة، تامر محمد سليمان الدمياطي، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 2009م.

26- أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، محمد سليمان مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 2001م.

27- الإثبات بالخبرة بين القضاء الإسلامي والقانوني الدولي وتطبيقاتها المعاصرة دراسة مقارنة، عبدالناصر محمد شنيور، دار النفائس، ط1، الأردن، 1425هـ-2005م.

28- الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، إبراهيم محمد الفائز، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت، 1403هـ-1983م.

29- الإثبات في العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، عطاء عبدالعاطي السنباطي، دار النهضة العربية، بدون ط، القاهرة، 2008م.

30- الاحتياط حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه، إلياس بلكا، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1424هـ- 2003م.

31- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، مطبعة دار الكتب المصرية، ط2، القاهرة، 1357هـ- 1938م.

32- أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، محمد بن يحيى المطهر، الناشر شركة العرسان، بدون ط، وبدون د، 2008م.

33- الأحكام السلطانية، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، دار الحديث، دون ط، القاهرة، ودون ت.

34- أحكام الصغار، محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني (المتوفى: 632هـ)، تحقيق، مصطفى صميدة، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1418هـ- 1997م.

35- إحكام الفصول في أحكام الأصول، أبو الوليد الباجي (المتوفى: 474هـ)، تحقيق، عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت، 1417هـ.

36- أحكام القرآن، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي (المتوفى: 543هـ)، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت– لبنان، 1424 هـ– 2003م.

37- أحكام الكتب في الفقه الإسلامي، ياسين بن كرامة الله مخدوم، دار كنوز إشبيليا، ط1، الرياض– المملكة العربية السعودية، 1431هـ– 2010م.

38- الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي (المتوفى: 631هـ)، تحقيق، عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بدون ط، بدون ت.

39- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، أحمد بن إدريس القرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق، عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، ط2، بيروت– لبنان، 1416هـ.

40- إخلاص الناوي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، إسماعيل بن أبي بكر المعروف بابن المقري (المتوفى: 837هـ)، تحقيق، عادل أحمد عبد الجواد، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2004م– 1424هـ.

41- أخلاقيات التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، محمد منصور المدخلي، المجلة المعاصرة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، العدد: (63)، السنة: (20)، 1426هـ– 2005م.

42- أدب القاضي، أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (المتوفى: 335هـ)، تحقيق، حسين خلف، مكتبة الصديق، ط1، الطائف، المملكة العربية السعودية، 1409هـ– 1989م.

43- أدب القضاء، إبراهيم عبدالله الحموي المعروف بابن أبي الدم (المتوفى: 642هـ)، تحقيق، يحيى هلال السرحان، مطبعة الإرشاد، ط1، بغداد،1404هـ– 1984م.

44- أدب القضاء، عيسى بن عثمان بن عيسى الغزي (المتوفي 799هـ)، تحقيق، مركز الدراسات والبحوث بمركز الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1417هـ- 1996م.

45- أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، أحمد فراج حسين، دار الجامعة الجديدة، بدون ط، الإسكندرية، 2004م.

46- الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، محمد أحمد عابدين، دار الفكر الجامعي، بدون ط، الإسكندرية، بدون ت.

47- الارتفاق في مسائل من الاستحقاق، الحسن بن رحال المعداني (المتوفي: 1114هـ)، تحقيق، محمد بن سليمان المنيعي، مكتبة الرشد، ط1، الرياض، 1421هـ- 2000م.

48- إرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى حاشية على منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي (المتوفى:1051هـ)، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله دهيش مكتبة الأسدي، ط1، مكة المكرمة، ط11421هـ- 2000م.

49- الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، أحمد بن يحي المرتضى (المتوفى 840هـ)، مؤسسة غمضان التجارية، صنعاء، اليمن، بدون ط.ت، 1403هـ- 1982م.

50- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد الأنصاري (المتوفى: 926هـ)، دار الكتاب الإسلامي، بدون ط، القاهرة، وبدون ت.

51- إشارة إلى كتاب (الغيث المدار)، أحمد يحيى المرتضى في الفقه الزيدي لم يطبع.

52- الأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَة لنُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (المتوفى: 970هـ)، تحقيق، زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1419هـ- 1999م.

53- الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411هـ- 1990م.

54- الأشباه والنظائر، عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (المتوفى: 771هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411هـ- 1991م.

55- الإشراف على غوامض الحكومات، أبو سعد محمد بن أحمد الهروي (المتوفى: 518)، تحقيق، إبراهيم على صندقجي، الجامعة الإسلامية، ط1، المدينة المنورة- المملة العربية السعودية، 1431هـ-2010م.

56- الأصل والظاهر في القواعد الفقهية، أحمد عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، مشورات جامعة الإمام محمد بن سعود، ط1، المملكة العربية السعودية، عام 1429هـ- 2008م.

57- أصول الإثبات شرعاً ووضعاً، جميل بسيوني، مجمع البحوث الإسلامية، السنة الثانية عشر الكتاب الأول، بدون ط، 1401هـ- 1980م.

58- أصول التحقيق الجنائي في الشريعة الإسلامية، محمد راشد العمر، دار الفرات، ط1، مصر، 1429هـ- 2008م.

59- أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة، دون ط، بيروت، دون ت.

60- أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، محمد شفيق العاني، مطبعة الإرشاد، ط2، بغداد، 1966م.

61- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، تحقيق، أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج، عمر أحمد عبد الله أحمد، دار ابن الجوزي، ط1، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.

62- الإعلان بأحكام البنيان، محمد بن إبراهيم اللخمي ابن الرامي البناء، تحقيق، فريد بن سلمان، مركز النشر الجامع، دون ط، 1999م.

63- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، تحقيق، محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، بدون ط، الرياض- المملكة العربية السعودية.

64- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي (المتوفى: 968هـ)، تحقيق، عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بدون ط، بيروت – لبنان، بدون ت.

65- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوي (المتوفى: 885هـ)، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، القاهرة – جمهورية مصر العربية، 1415هـ- 1995م.

66- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطواري الحنفي القادري (المتوفي بعد 1138هـ) وبالحاشية، منحة الخالق، لابن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، ط2، القاهرة، بدون ت.

67- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار، أحمد بن يحيى المرتضى (المتوفى: 880هـ)، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت، 1394هـ.

68- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، (المتوفى: 794هـ)، دار الكتبي، ط1، القاهرة، 1414هـ- 1994م.

69- بحر المذهب في فروع مذهب الامام الشافعي، عبد الواحد بن إسماعيل الروياني (المتوفى: 502هـ)، تحقيق، أحمد عزو عناية الدمشقي، دار احياء التراث العربي، بدون ط، بيروت –لبنان، 11423هـ 2002م.

70- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد أحمد محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، خرج أحاديثه أحمد أبو المجد، دار العقيدة، ط1، القاهرة- مصر، 2004م.

71- بداية المحتاج في شرح المنهاج، محمد بن أبي بكر بن احمد المعروف بابن قاضي شهبة (المتوفي: 874هـ)، تحقيق لجنة من المحققين في دار النوادر، ط1، لبنان، 1433هـ- 2012م.

72- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (المتوفى: 587هـ)، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 1406هـ - 1986م.

73- البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، خليفة علي الكعبي، دار النفائس، ط1، الأردن، 1426هـ-2006م.

74- البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، ناصر عبد الله الميمان، أبحاث مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الأمارات، 2002م.

75- البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة، سعدالدين مسعد الهلال، مكتبة وهبة، ط1، القاهرة، 1431هـ-2010م.

76- البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (المتوفى: 855هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت لبنان، 1420هـ- 2000م.

77- البهجة في شرح التحفة، علي عبدالسلام التسولي (المتوفى: 1258هـ)، ومعه حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، لأبي عبدالله محمد التاودي (المتوفى: 1209هـ)، المكتبة العصرية، بدون ط، بيروت، 1433هـ.

78- البيان في مذهب الامام الشافعي، يحيى بن أبي الخير العمراني (المتوفى: 558هـ)، تحقيق، قاسم محمد النوري، دار المنهاج، ط1، جدة، 1421هـ.

79- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق، محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط2، بيروت- لبنان، 1408هـ- 1988م.

80- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الملقب بمرتضى الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)، تحقيق مجموعة من المحقيقين، دار الهداية، بدون ط، وبدون ت.

81- التاج المذهب لأحكام المذهب، أحمد بن قاسم العنسي (المتوفى 1390هـ)، دار الحكمة اليمانية، بدون ط، صنعاء، 1414هـ- 1993م.

82- التاج والاكليل شرح مختصر خليل، محمد بن يوسف المواق، الغرناطي (المتوفى: 897هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1406هـ.

83- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، (المتوفى: 799هـ)، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، مصر 1406هـ-1986م.

84- التبصرة في ترتيب التمييز بين الاحتياط والوسوسة، عبدالله يوسف الجويني (المتوفي: 438هـ)، تحقيق، محمد عبدالعزيز السديس، مؤسسة قرطبة، ط1، 1413هـ-1993م.

85- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) والحاشية، شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ)، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، بولاق، القاهرة، 1313هـ.

86- تحبير المختصر، وهو الشرح الوسط على مختصر خليل للشيخ تاج الدين بهرام بن عبد الله الدميري (المتوفى: 803 هـ)، تحقيق، أحمد بن عبد الكريم نجيب، حافظ بن عبد الرحمن خير، مركز نجيبويه للمحطوطات وخدمة التراث، ط1، 1434هـ-2013م.

87- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ)، تحقيق، عبد الرحمن الجبرين وآخرين، مكتبة الرشد، ط1، الرياض، -السعودية

88- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد ابن حجر الهيتمي، تصحيح لجنة من العلماء، المكتبة التجارية، بدون ط، مصر، 1357هـ - 1983م، وعليه حاشية عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي (المتوفى: 992هـ).

89- تخريج الفروع على الأصول، شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (المتوفى:656هـ)، تحقيق، محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة ط3، بيروت، 1399هـ- 1979م.

90- ترتيب الصنوف في أحكام الوقوف، علي حيدر أفندي، ترجمة، أكرم عبد الجبار ومحمد أحمد العمر، تحقيق، أبو يوسف الطيلوش، المكتبة المكية، ط1، مكة، 1421هـ.

91- الترجيح بين البينات دراسة في ضوء الفقه المالكي والتشريع المغربي، عبد الرحمن بلعكيد، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، الدار البيضاء، 11440هـ- 2019م.

92- التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة في ضوء التشريعات واجتهادات الفقه والقضاء، عمار عباس الحسيني، المركز العربي، ط1، مصر، 1483هـ- 2017م.

93- تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية تطبيقية، عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، بدون ط، 1406هـ- 1986م.

94- التعارض والترجيح في طرق الاثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة، سليم علي مسلم الرجوب، دار النفائس للنشر والتوزيع- الأردن، بدون ط. ت.

95- التعارض والترجيح في وسائل الاثبات دراسة فقهية مقارنة، محمد سليم رزيق، أطروحة دكتوراة، نوقشت في جامعة الأزهر، للعام الجامعي 1432هـ- 2011م.

96- التعاقد عبر الإنترنت دراس مقارنة، سامح عبد الواحد التهامي، دار الكتب القانونية بدون ط، 2008م.

97- التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المجددي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1424هـ- 2003م.

98- التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، (المتوفى: 816هـ)، تحقيق جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت –لبنان، 1403هـ 1983م.

99- التعليق على بعض أحكام المحكمة العليا في اليمن، عبد المؤمن شجاع الدين، دار الكتب اليمنية، مكتبة خالد بن الوليد، ط1، صنعاء، اليمن، 1442هـ - 2021م.

100- التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، محمد بن المدني بوشاق، اشبيليا، ط2، الرياض، 1428هـ- 2007م.

101- تفسير القرآن العظيم، إسماعيل بن عمر بن كثير (المتوفى: 774هـ)، تحقيق، محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، ط1، بيروت، 1419هـ.

102- تكملة المجموع شرح المهذب، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي وآخرون، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2007م.

103- التلقين في الفقه المالكي، عبد الوهاب بن علي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق، محمد بوخبزة، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1424هـ- 2004م.

104- التمشية بشرح إرشاد الغاوي في مسالك الحاوي، إسماعيل بن أبي بكر المشهور ابن المقري (المتوفى: 837هـ)، تحقيق، محمود عبد المتجلى خليفة، دار الهدى، بدون ط، وبدون ت.

105- التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، محمد الزحيلي، دار الفكر، ط2، دمشق، 1423هـ- 2002م.

106- التهذيب في اختصار المدونة للإمام خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني (المتوفى: 373هـ)، تحقيق، محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ الحاج، دار البحوث للدراسات الإسلامية، ط1، دبي، 1423هـ- 2002م.

107- التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، العلمي الحراق، دار السلام، ط1، 2005م.

108- التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، محمد جميل مبارك، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، الدار البيضاء- المملكة المغربية، 1421هـ- 2000م.

109- توصيف الاقضية في الشريعة الإسلامية دراسة شرعية لأصول وفروع تنزيل الاحكام الكلية على الوقائع القضائية والفتوية مع تطبيقات قضائية من أقضية السلف ومحاكم المملكة العربية السعودية، عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين ناشر: (بدون) ط1، 1423هـ - 2003م.

110- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد القرطبي (المتوفى: 520)، تحقيق، أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، ط2، القاهرة، 1384هـ- 1964م.

111- الجمع والفرق، عبد الله بن يوسف الجويني (المتوفى: 438)، تحقيق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، دار الجيل، ط1، بيروت، 1424هـ.

112- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، محمد بن أحمد الأسيوطي (المتوفى: 880هـ)، تحقيق، سعد السعدني، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1417هـ- 1996م.

113- تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (المتوفى: 1221هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1415هـ - 1995م.

114- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت.

115- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)، أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ)، دار المعارف، بدون ط، وبدون ت.

116- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (المتوفى: 1189هـ)، تحقيق، يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1414هـ - 1994م.

117- منتهى الإرادات [في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات] مع حاشية المنتهى لابن قائد النجدي، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي الشهير بابن قائد (ت: 1097 هـ)، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1419 هـ - 1999 م.

118- حاشيتا القليوبي وعميرة على كنز الراغبين، أحمد سلامة القليوني (المتوفى:1069هـ)، وأحمد البرلسي عميرة (المتوفى:957هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1415هـ- 1995م.

119- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ)، تحقيق، علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1419هـ -1999م.

120- الحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد بن أحمد الانصاري السنيكي (المتوفى: 926هـ)، تحقيق، مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1، بيروت، 1414هـ.

121- حسن الفهم لمسألة القضاء بالعلم (قضاء القاضي بعلمه)، محمد أبو الهدى اليعقوبي، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، 1421هـ- 2000م.

122- حيازة العقار في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الطبيب موسى، دار الجيل، ط1، بيروت، 1411هـ -1991م.

123- حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، محمد القدوري، بدون د، ط2، 1430هـ- 2009م.

124- الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد بن علي بن محمد المعروف بالحصفكي (المتوفى: 1088هـ)، تحقيق، عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1422هـ- 2002م.

125- الدراريّ المضيئة شرح الدرر البهية، محمد بن علي الشوكاني، اليمني (المتوفى: 1250هـ)، دار المعرفة، بدون ط، بيروت لبنان، بدون ت.

126- درر الحكام شرح غرر الأحكام، محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا – أو منلا أو المولى – خسرو (المتوفى: 885هـ)، دار إحياء الكتب العربية، بدون ط، بدون ت.

127- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي (المتوفى: 1353هـ)، تعريب، فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، 1411هـ- 1991م.

128- الدفع بالتقسيط عن طريق البطاقات الائتمانية، دراسة فقهية مقارنة، عمر يوسف عبد الله عباينة، دار النفائس، ط1، عمان، 1428هـ- 2008م.

129- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط1، 1414هـ - 1993م.

130- الديباج في توضيح المنهاج، محمد بن بهادر الزركشي (المتوفى:494 هـ)، تحقيق، يحيى مراد، دار الحديث، بدون ط، القاهرة، 1427هـ، 2006م.

131- الذخيرة، أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، تحقيق، محمد حجي، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1994م.

132- رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار الفكر، ط2، 1412هـ- 1992م.

133- رسالة الإثبات، أحمد نشأت، ط7، مصر.

134- رفع الخصام في الحكم بعلم الحكام، محمد بن علي الشوكاني (المتوفى: 1250هـ)، تحقيق، أحمد علي الوادعي، مكتبة الإرشاد، ط1، صنعاء، 1417هـ- 1997م.

135- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، الحسين بن أحمد السياغي الصنعاني دار الجيل، دون ط، بيروت، بدون ت.

136- روضة الطالبين وعمدة المفتين، محي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، تحقيق، زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت، دمشق، عمان، 1412هـ.

137- روضة القضاة وطريق النجاة، علي محمد أحمد المعروف بابن السمناني (المتوفى: 499هـ)، تحقيق، صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط2، 1404هـ- 1984م.

138- رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، حسين محمد العكبري (من علماء القرن الخامس الهجري)، تحقيق، ناصر سعود سلامة، دار إشبيليا، ط1، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1421هـ- 2001م.

139- زاد المستقنع في اختصار المقنع موسى بن أحمد الحجاوي المقدسي (المتوفى: 968هـ)، تحقيق، عبدالرحمن بن علي العسكر، دار الوطن للنشر، دون ط، الرياض- المملكة العربية السعودية، دون ت.

140- زاد المعاد في هدي خير العباد، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، ط27، الكويت، 1415هـ- 1994م.

141- السراج الوهاج بشرح منهاج الطالبين، محمد الزهري الغمراوي (المتوفى: 1337هـ)، مؤسسة الكتب الثقافية، ط2، بيروت- لبنان.

142- السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، محمود محمد ناصر بركات، دار النفائس، ط1، عمان، 1427هـ -2007م.

143- السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، محمد عبدالرحمن البكر، الزهراء للإعلام العربي، ط1، القاهرة، 1408هـ- 1988م.

144- السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، محمد بن علي الشوكاني (المتوفى: 1250هـ)، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 1425هـ- 2004م.

145- شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع المسمى فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، محمد بن قاسم الغزي (المتوفى: 819هـ)، عنى به بديع السيد اللحام، دار الخير، ط3، دمشق، 1419هـ - 1998م.

146- شرح أدب القاضي للخصاف (المتوفى: 261 هـ)، عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد (المتوفى شهيدا: سنة 536 هـ)، محيي هلال السرحان، (ج1 - 3) مطبعة الارشاد، بغداد - العراق، الدار العربية للطباعة، بغداد - العراق، ط1، (ج1، 2) 1397 هـ - 1977 م (ج3، 4) 1398هـ - 1978م.

147- شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت.

148- شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (المتوفى: 1099هـ)، ومعه الفَتح الربَّاني فِيما ذهل عَنه الزّرقاني وَهُو حَاشيَة العَلامَة محمَّد بن الحَسَن بن مَسعُود البناني (المتوفى: 1194هـ)، دار الكتب العلمية بيروت ط1، 1422هـ 2007م.

149- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (المتوفى: هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411هـ- 1990م.

150- شرح السنة، احمد بن حسين البغوي (المتوفى: 516هـ)، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط2، دمشق، بيروت، 1403هـ- 1983م.

151- شرح القواعد الفقهيَّة، أحمد الزرقا، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1403هـ- 1983م.

152- الشرح الكبير على المقنع، عبد الرحمن بن محمد ابن قدامة، دار الكتاب العربي (المتوفى: 682هـ)، أشرف على طباعته محمد رشيد رضا، القاهرة، بدون ط، بدون ت.

153- شرح المنهج المنتخب الى قواعد المذهب، أحمد بن علي المنجور (المتوفى 995 هـ)، تحقيق، محمد الشيخ محمد الأمين أشرف، وأحمد بن حماد الحماد، دار عبد الله الشنقيطي، بدون ط، بدون ت.

154- شرح عماد الرضا ببيان أداب القضاء لزكريا بن محمد الأنصاري (المتوفى: 926)، فتح الرؤوف القادر، عبد القادر عبد الرؤوف بن علي زين الدين المناوي، تحقيق، عبد الرحمن عبد الله عوض بكير، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط1، جدة- المملكة العربية السعودية، 1406هـ -1986م.

155- شرح مجلة الأحكام العدلية، سليم رستم بازا اللبناني، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، بدون ت.

156- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى (المتوفى: 1051هـ)، عالم الكتب، ط1، 1414هـ - 1993م.

157- شهادة اللفيف، أبو حامد محمد العربي الفاسي، مركز إحياء التراث المغربي، بدون ط، بدون ت.

158- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري الفاربي، (المتوفى: 393هـ)، تحقيق أحمد عبد الغفار عطا، دار العلم للملايين، ط4، بيروت، 1407هـ-1987م.

159- صناعة الفتوى في القضايا المعاصرة، معالم وضوابط وتصحيحات، قطب الريسوني، دار ابن حزم، ط1، بيروت، 1435هـ.

160- صوب الركام في تحقيق الأحكام، عبد الرحمن بن عبيد الله السقاف، دون د، ط1، 1412هـ - 1992م.

161- ضوء النهار المشرف على صفات الأزهار، الحسن بن أحمد الجلال (المتوفى: 1084هـ)، مجلس القضاء الأعلى، مكتبة غمضان لإحياء التراث اليمني، بدون ط،

162- طرق الإثبات الشرعية، أحمد إبراهيم بك، المكتبة الأزهرية، ط4، القاهرة، 2003م.

163- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزي، (المتوفى: 751)، تحقيق، نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، ط1، مكة، 1428هـ.

164- طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف: محمد عبد الحميد الأسمندي (552هـ)، تحقيق، محمد زكي عبد البر، مكتبة دار التراث، ط2، القاهرة- مصر، 1428هـ.

165- الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، محمد العزيز جعيط، مطبعة الإرادة، ط 2، تونس، دون، ت.

166- الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة، محمود بن حمزة (مفتي الشام)، المكتبة السلفية في الشام، بدون ط، وبدون ت.

167- العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب، أحمد بن عمر المذحجي الزبيدي، الشهير بالمزجّد (المتوفى: 930هـ)، اعتنى به مهند تيسير خذها، دار المنهاج، ط1، جدة- المملكة العربية السعودية، 1434هـ، 2011م.

168- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، عبدالله بن عبدالله بن سلمون الكتاني (المتوفى: 741هـ)، تحقيق، محمد عبدالرحمن الشاغول، دار الإفاق العربية، ط1، مصر، 2011م.

169- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، دار المعرفة، بدون ط، ودون ت.

170- علم القضاء، أحمد الحصري، مكتبة الكليات الأزهرية، بدون ط، مصر، 1397هـ- 1977م.

171- عمدة المسير في بيان سلطة القاضي في تقدير الدليل وبيان أحكام الإثبات وضوابط وشروط صدور الأحكام على التفصيل -القاضي حسين المهدي بدون ط، ودون ت.

172- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحي بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار المنهاج، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005م.

173- مصطلح الحديث ورجاله، حسن محمد مقبولي الأهدل، مكتبة الجيل الجديد، ط10، صنعاء-اليمن، 1428هـ-2008م.

174- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين البابرتي (المتوفى: 786هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، بدون ت.

175- فتاوى الإمام النووي المسماة "بالمسائل المنثورة"، يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، ترتيب علاء الدين ابن العطار، تحقيق، محمد الحجار، دار البشائر الإسلامية، ط6، بيروت- لبنان، 1417هـ- 1917م.

176- فتاوى البغوي، حسين بن مسعود البغوي (المتوفى:516هـ)، تحقيق، محمود الأزهري، دار ابن القيم، ط1، المملكة العربية السعودية، ودار ابن عفان، مصر، 1435هـ.

177- فتاوى الرملي، أحمد بن حمزة الرملي (المتوفى: 1004هـ)، جمع، محمد بن أبي العباس أحمد الرملي (المتوفى: 1004هـ)، المكتبة الإسلامية، بدون ط1، بدون ت.

178- فتاوى العلائي أو الفتاوى المستغربة، صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي (المتوفي: 761هـ)، تحقيق، عبد الجواد حمام، دار النوادر، ط2، سوريا، 1432هـ 2011م.

179- الفتاوى الفقهية الكبرى أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي (المتوفى: 974هـ)، جمعه تلميذه عبد القادر الفاكهي، المكتبة الإسلامية، بدون ط، ودون ت.

180- الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، ط2، بيروت، 1310هـ.

181- فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الحسن بن المنصور المعروف بقاضيخان، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2009م.

182- الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني بحث بعنوان "العمل بالخط ومعاني الحروف النقطية"، محمد علي الشوكاني (المتوفى:1250)، تحقيق، محمد صبحي حلاق، مكتبة الجيل الجديد، ط1، صنعاء–اليمن.

183- فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، محمد بن أحمد ميارة الفاسي (المتوفى: 1070هـ)، تحقيق، رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، ط1، الدار البيضاء، المغرب، 1429هـ- 2008م.

184- فتح القدير، محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت.

185- فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين للشيخ زين الدين أحمد بن عبد العزيز المليباري (المتوفى: 987هـ) ، دار بن حزم، ط1، بيروت، 1424م، 2004هـ.

186- الفتح المُوهب في الحكم بالصحة والموجب، سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني (المتوفى: 805هـ)، تحقيق، بن يطو عبد الرحمن، دار ابن حزم ط1، بيروت- لبنان، 1434هـ- 2013م.

187- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (ت: 1204هـ)، دار الفكر، بدون ط، وبدون ت، بيروت.

188- الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي (المتوفى: 763هـ)،

تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1424هـ-2003م.

189- الفروق "أنوار البروق في أنواء الفروق"، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، ومعه حاشية ابن الشاط المسمى "إدرار الشروق على أنوار الفروق"، الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، (المتوفى: 723هـ)، عالم الكتب، دون ط، دون ت.

190- الفروق، أسعد بن محمد بن الحسين، الكرابيسي (المتوفى: 570هـ)، تحقيق، محمد طموم، راجعه، عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، ط1، 1402هـ - 1982م.

191- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط2، بيروت، 1405هـ-1985م.

192- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، علي أحمد السالوس، دار ابن الجوزي، مكتبة دار القرآن، دار الثقافة، ط7، مصر، الدوحة- قطر، 1435هـ- 2014م.

193- الفقه الجنائي في الإسلام، أمير عبد العزيز، دار السلام، ط1، القاهرة- مصر، 1417هـ- 1997م.

194- الفقه الجنائي في الشرع الإسلامي، فقه العقوبات، محمد عبد القادر الوفاء، دار الفرقان، ط1، عمان- الأردن، 1426هـ - 2005م.

195- الفقه الحنفي وأدلته، الشيخ أسعد بن محمد سعيد الصاغرجي، دار الكلم الطيب، ط1، دمشق، بيروت، 1420هـ - 2000م.

196- فقه الممكن في ضوء قاعد" الميسور لا يسقط بالمعسور"، ناجي إبراهيم السويد، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1426هـ.

197- الفواكه العديدة في المسائل المفيدة، أحمد بن محمد بن أحمد بن حمد المنقور (المتوفى: 1125هـ)، شركة الطباعة، ط5، المملكة العربية السعودية، 1407هـ-1987م.

198- الفوائد الجنيَّة حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية، محمد ياسين الفاداني (المتوفي: 1410هـ)، دار البشائر الإسلامية، ط1، بيروت، لبنان، 1411هـ- 1991م.

199- القاضي والبينة، عبدالحسيب عبدالسلام يوسف، مكتبة العلا، ط1، الكويت، 1407هـ-1987م.

200- القرائن ودورها في الإثبات في الشريعة الإسلامية، صالح بن غانم السدلان، دار بلنسية، ط2، المملكة العربية السعودية، 1418هـ.

201- القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، أنور محمد دبور، دار الثقافة العربية، بدون ط، القاهرة، 1405هـ.

202- القسامة في الفقه الإسلامي، محمد إسماعيل البسيط، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت- لبنان، 1402هـ.

203- القضاء والإثبات الشرعي في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، صالح عبد الله الظبياني، منشورات دار الجامعة اليمنية، ط1، صنعاء، 1418هـ.

204- القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، عبدالرحمن إبراهيم عبدالعزيز الحميضي، منشورات جامعة أم القرى، ط1، المملكة العربية السعودية، 1409هـ- 1989م.

205- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي (المتوفى: 660هـ)، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414 هـ- 1991م.

206- قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية دراسة ومقارنة، حسين رجب محمد الزيدي، مكتبة السنهوري، ط1، بغداد، 2011م.

207- قواعد الفقه، محمد أحمد المقري (المتوفى: 759هـ)، تحقيق، محمد الدردابي، دار الأمان، دون ط، الرباط، 2012م.

208- القواعد الفقهيَّة، عبد العزيز مخمد عزام، دار الحديث، بدون ط، القاهرة، 1426هـ -2005م.

209- القواعد الكليَّة والضوابط الفقهيَّة في الشريعة الإسلامية، محمد أحمد شبير، دار الفرقان، ط1، عمان، الأردن، 1420هـ -2000م.

210- القواعد لابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (المتوفى: 795هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، بدون ت.

211- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، اعتنى به أبو عبد الرحمن سمير الماضي، رمادي للنشر، ط1، المملكة العربية السعودية، 1417هـ -1996م.

212- القواعد والضوابط الفقهية في الإثبات القضائي، عبد الغفور محمد البياتي وأحمد عبد الغفور البياتي، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، بدون ت.

213- القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، إبراهيم محمد الحريري، دار عمار، ط1، عمان، 1420هـ- 1999م.

214- القواعد، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن المعروف بـ: تقي الدين الحصيني (المتوفى: 829)، تحقيق، عبد الرحمن عبد الله الشعلان، جبريل محمد البصيلي مكتبة الرشد، وشركة الرياض، ط1، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1418هـ- 1997م.

215- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي (المتوفى: 741هـ)، تحقيق، ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط1، بيروت، لبنان، 1434هـ- 2013م.

216- القول الباهر في الترجيح بين الأصل والظاهر، خالد سليم الشراري، مجلة الجامعة الإسلامية، بالمدينة المنورة، العدد: (155) لسنة 44 - 1432هـ.

217- الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (المتوفى: 463هـ)، تحقيق، محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، ط2، الرياض- المملكة العربية السعودية، 1400هـ، 1980م.

218- كتاب الوقف، عبد الجليل عبد الرحمن عشوب، دار الآفاق العربية، ط1، القاهرة، 1420هـ- 2000م.

219- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد 1158هـ)، تحقيق، علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، ط1، بيروت، 1996.

220- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي (المتوفى: 1051هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، بدون ت.

221- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ)، دار الكتاب العربي، ط3، بيروت، 1407 هـ.

222- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، أبو بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي (المتوفى: هـ) حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه، علي عبد الحميد أبو الخير، ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، ط3، دمشق، 1422هـ.

223- كفاية النبيه في شرح التنبيه، أحمد بن محمد المعروف بابن الرفعة، (المتوفى: 710هـ) تحقيق، مجدي باسلوم، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 2009م.

224- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني اللغوي المتوفى (1094هـ)، تحقيق، عدنان درويش ومحمد المصبري، مؤسسة الرسالة، بدون ط، بيروت، بدون ت.

225- اللباب في شرح الكتاب، عبدالغني بن طالب الميداني (المتوفى: 1298هـ)، تحقيق، محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت- لبنان، بدون ت.

226- لسان العرب، محمد بن مكرم بن على بن منظور (المتوفى: 711هـ)، دار صادر، ط،3، بيروت،1414هـ.

227- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، (المتوفى: 483هـ)، دار المعرفة، بدون ط، بيروت، 1414هـ - 1993م.

228- متن التحرير، العلامة شيخ الإسلام زكريا الأنصاري (المتوفى: 926هـ)، تحقيق، طه محمد الزيني، مكتبة النهضة الحديثة، ط1، مكة- باب السلام، 1373هـ.

229- مجالس القضاة والحكام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام (المتوفى: 917هـ)، محمد بن عبد الله المكناسي، تحقيق، نعيم عبد العزيز الكثيري، مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث، ط1، دبي- الإمارات، 1423هـ- 2002م.

230- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق، نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ،بدون ط، كراتشي، وبدون ت.

231- ملتقى الأبحر، إبراهيم بن محمد الحلبي الحنفي (المتوفى: 956هـ)، تحقيق، خليل بن عمران المنصور، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1419هـ- 1998م.

232- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده (المتوفى: 1078هـ)، دار إحياء التراث العربي، بدون ط، ودون ت.

233- مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: 728هـ)، تحقيق، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ- 1995م.

234- المجموع المذهب في قواعد المذهب، صلاح الدين بن خليل كيكلدي العلائي (المتوفى: 761هـ)، تحقيق، مجيد على العيدي، أحمد خضير عباس، المكتبة المكية، بدون ط، مكة المكرمة، ودار عمار، عمان، 1425هـ- 2004م.

235- مجموعة القضاء الشرعي الجامعة لغالب كل شرط مرعي، محسن بن جعفر بن علوي بونمي، تحقيق فائز بن سالم بن سعيدان بدون ط، وبدون ت.

236- محاسن الشريعة، محمد بن علي بن إسماعيل المعروف بالقفال الشاشي الكبير (المتوفى:365)، تحقيق، علي إبراهيم مصطفى، الفاروق الحديثة، ط1، القاهرة، 1429هـ، 2008م.

237- المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية، (ت: 652هـ) مكتبة المعارف، ط2، الرياض، 1404هـ.

238- المحصول، محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (المتوفى: 606هـ)، تحقيق، طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، 1418هـ.

239- المحلى بالآثار، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، بدون تاريخ.

240- مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى المالكي، (ت: 776هـ) تحقيق، أحمد جاد، دار الحديث، ط1، القاهرة، 1426هـ.

241- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، مطابع ألف باء، بدون ط، دمشق، عام1967م.

242- المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179هـ)، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت–لبنان، 1415هـ- 1994م.

243- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي (المتوفى: نحو 770هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، وبدون ت.

244- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي (المتوفى: 770هـ)، دار الكتب العلمية، بدون ط، بيروت، وبدون ت.

245- المعجم الأوسط، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (المتوفى: 360هـ)، تحقيق، طارق بن عوض الله بن محمد عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.

246- الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني، عبد الفتاح بيومي الحجازي، دار الفكر الجامعي، بدون ط، الإسكندرية–مصر، 2004م.

247- معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر، عالم الكتب، ط1، 1429هـ- 2008م.

248- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، ط1، القاهرة، دون ت.

249- معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (المتوفى: 911هـ)، تحقيق، محمد إبراهيم عمارة، الناشر مكتبة الادب، ط1، القاهرة مصر، 1434هـ 2004م.

250- معجم مقايس اللغة، أحمد بن فارس الرازي، (المتوفى: 395هـ)، تحقيق، عبد السلام هارون، دار الفكر، بدون ط، 1399هـ -1979م.

251- المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ)، تحقيق، حميش عبد الحقّ، المكتبة التجارية، بدون ط، مكة المكرمة، بدون ت.

252- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي علماء إفريقية والأندلس والمغرب، أحمد بن يحيى الونشريسي (المتوفى: 914هـ)، تحقيق جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1401هـ- 1981م.

253- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علي بن خليل الطرابلسي الحنفي الطرابلسي (المتوفى: 844هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، وبدون ت.

254- المغرب، ناصر بن عبد السيد أبى المكارم ابن على، برهان الدين الخوارزمي (المتوفى: 610هـ)، دار الكتاب العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ.

255- مغني المحتاج الى معرفة معاني المحتاج الفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني (المتوفى: 977هـ) دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1415هـ- 1994م.

256- المغني، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 620هـ)، مكتبة القاهر، بدون ط، مصر، تاريخ 1388هـ- 1968م.

257- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1413هـ.

258- مفهوم الإقرار بالحقوق عند الفقهاء، محمود شمس الدين الخزاعي، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1224هـ- 2002م.

259- مقاصد القضاء في الإسلام إحقاق الحق، حاتم محمد بوسمة، كتاب الأمة مجلة دورية تصدر عن إدارة البحوث والدراسات الإسلامية، دولة قطر، ط1، العدد:(150)، 1433هـ.

260- المقدمات الممهدات، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 520هـ)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت- لبنان، 1408هـ- 1988م.

261- المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، صالح بن مهدي المقبلي (المتوفي: 1108)، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1408هـ.

262- المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار، أبو الحسن عبدالله ابن مفتاح، مكتبة التراث الإسلامي، ط1، صعدة- اليمن، 1424هـ -2003م.

263- منتهى الإرادات، محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار(المتوفى:972هـ)، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1419هـ- 1999م.

264- المنثور في القواعد، محمد بن بهادر الزركشي (المتوفى: 794هـ)، تحقيق، تيسير فائق، وأحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، ط1، الكويت، بدون ت.

265- المُنَجَّد في اللغة، علي بن الحسن الهُنائي الأزدي (المتوفى: 309هـ)، تحقيق: أحمد مختار عمر، وضاحي عبدالباقي، عالم الكتب، ط3، القاهرة، 1988م.

266- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد عليش (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر، بدون ط، بيروت، 1409هـ- 1989م.

267- منهاج الطالبين وعمدة المفتين، يحي بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، دار المنهاج، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية، 1426هـ-2005م.

268- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، ط2، بيروت، 1392م، ج10، ص18.

269- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الرُّعيني (المتوفى: 954هـ)، دار الفكر، ط 3، 1412هـ - 1992م.

270- مواهب الخلاق على شرح التاوي للامية الزقاق، أبي الشتاء من الحسن العازي الشهير بالصنهاجي ط2، 1375هـ - 1955م.

271- الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، أحمد فتحي بهنسي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بدون ط، بيروت، 1412هـ- 1991م.

272- موسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دار السلاسل، ط2، الكويت، 1404هـ، 1424هـ.

273- موسوعة القواعد الفقهية، محمد صديق ال بورنو، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت- لبنان، 1424هـ- 2003م.

274- النجم الوهاج شرح المنهاج، محمد بن موسى الدميري (المتوفى: 808هـ)، تحقيق، لجنة علمية، دار المنهاج، ط1، جدة، المملكة العربية السعودية،425هـ.

275- النسب وأثاره، محمد يوسف حوس، دار المعرفة، القاهرة، ط 3، 1988م.

276- النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته "دراسة فقهية تحليليه"، سفيان بن عمر بورقعة، كنوز اشبيليا، ط1، المملكة العربية السعودية، 1428هـ- 2007م.

277- نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم السياسية، أحمد الريسوني، دار الكلمة، ط1، القاهرة، مصر، 1431هـ.

278- نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، عبد الناصر موسى أبو البصل، دار النفائس، ط1، الأردن، 1420هـ- 2000م.

279- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، دار النفائس، ط3، الأردن، 1425هـ- 2005م.

280- نهاية السول شرح منهاج الوصول، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، أبو محمد، جمال الدين، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1420هـ-1999م.

281- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أبي العباس الرملي (المتوفى: 1004هـ)، ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين بن علي الشبراملسي الأقهري (1087هـ)، وحاشية أحمد بن عبد الرزاق المعروف بالمغربي الرشيدي (1096هـ)، دار الفكر، الطبعة الأخيرة، بيروت، 1404هـ-1984م.

282- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني (المتوفى: 478هـ)، تحقيق، عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ-2007م.

283- النهاية في غريب الحديث والأثر، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن الأثير، (المتوفى: 606هـ)، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى، ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، 139هـ.

284- النهر الفائق شرح كنز الدقائق، سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (المتوفى: 1005هـ)، تحقيق، أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1422هـ- 2002م.

285- نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، ط1، مصر، 1413هـ.

286- الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر عبد الجليل المرغيناني، تحقيق، طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بدون ط، بيروت.

287- الواضح في شرح مختصر الخرقي، عبدالرحمن بن عمر بن أبي قاسم الضرير، تحقيق، عبدالملك دهيش، دار الخضر، ط1، بيروت- لبنان، 1421هـ.

288- الوسيط في المذهب، محمد بن محمد الغزالي (المتوفى: 505هـ)، تحقيق، أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، ط1، القاهرة 1417هـ.

289- الياقوت النفيس في مذهب ابن ادريس، السيد أحمد بن عمر الشاطري العلوي الحسيني التريمي (المتوفى: 1360هـ)، دار التيسير، بدون ط، صنعاء، مكتبة الثقافة، عدن، اليمن، 1425هـ - 2005م.

290- اليد في الفقه الإسلامي سببا للملكية ودليلا عليها، فاضل محمد جواد السهلاني، دار الزهراء، ط1، بيروت، 1410هـ.

291- وعمدة المفتي والمستفتي، محمد عبدالرحمن حسين الأهدل (المتوفى: 1352هـ)، دار المنهاج، ط1، جدة-المملكة العربية السعودية، 1429هـ-2008م.

المصادر القانونية

أولا: القوانين

- القوانين اليمنية

292- القرار الجمهوري بالقانون رقم: (21) سنة 1992م بشأن الإثبات، وزارة الشؤون القانونية، دون ط.

293- قانون الأحوال الشخصية اليمني، وزارة الشئون القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، بدون ط، اليمن، 2009م.

294- القانون التجاري، وزارة الشئون القانونية، ط5، 2011م.

295- قانون الجرائم والعقوبات لعام 1994م، وزارة الشؤون القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء.

296- قانون السجل العقاري، مجموعة التشريعات اليمنية، مكتب النائب العام، المكتب اليمني، بدون ط، بدون ت.

297- القانون المدني اليمني، وزارة الشئون القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، بدون ط، 2006م.

298- القانون رقم: (22) السنة 2006م، بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وزارة الشؤون القانونية.

299- القانون رقم: (40) لسنة 2002م وتعديله بالقانون رقم: (2) لسنة 2010م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، وزارة الشؤن القانونية، مطابع التوجيه، ط6، اليمن، المادة: (10).

300- القانون رقم: (45) لسنة 2002م، بشأن حقوق الطفل، المركز الوطني للمعلومات، الجمهورية اليمنية.

301- القانون رقم: (7)، لعام 2010م بشأن التوثيق ولائحته التنفيذية، وزارة الشؤون القانونية، بدون ط، بدون ت.

302- القرار الجمهوري بالقانون رقم: (13) لسنة 1994م بشأن الإجراءات الجزائية، وزارة الشؤون القانونية بدون ط.

- القوانين المغربية

303- قانون الالتزامات والعقود، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنموية، ط1، المملكة المغربية، 2004م.

304- القانون الجديد للتحفيظ العقاري وفق آخر التعديلات، تنسيق عبد الكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط-المملكة المغربية، 2021م-2022م.

305- القانون الجنائي وفق آخر التعديلات، تقديم عبد الكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط3، 2021-2022م.

306- قانون المسطرة الجنائية المغربي رقم:(255-02-1) صادر بتاريخ 25/ رجب/1423، الموافق 3/ أكتوبر/ 2002م بتنفيذ القانون رقم:(01-22) المتعلق بالمسطرة الجنائية، تقديم، عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط-المملكة المغربية، 2021-2022م.

307- قانون المسطرة المدنية، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط3، الرباط-المملكة المغربية، 2021م-2022م.

308- القانون رقم: (15.01) المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الاخرة 1423هـ 19 أغسطس 2002، وزارة العدل والحريات.

309- القانون رقم:(08-39) المتعلق بمدونة الحقوق العينية، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط- المملكة المغربية، 2021م-2022م.

310- مدونة الأسرة المغربية، تنسيق عبدالكريم كمران، مطابع الرباط نت، ط4، الرباط المملكة المغربية، 2021م-2022م.

ثانيا: الكتب القانونية

311- الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني دراسة مقارنة، مراد محمود الشنيكات، دار الثقافة، ط1، بيروت، 2008م، أحال على عدة مراجع منها أحكام الإثبات، عباس عبودي وغيره.

312- أحكام المجلس الاستئناف الشرعي الأعلى وقرارات محكمة النقض في قواعد الترجيح بين البينات، عبد الرحمن بلعكيد، مطبعة النجاح، ط1، الدار البيضاء- المملكة المغربية، 1441هـ.

313- الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي في المادة العقارية، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، ط1، المملكة المغربية، 2006م.

314- البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية، عمر السبيل، دار الفضيلة، ط1، السعودية، 1423هـ-2002م.

315- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، وهبة الزحيلي، مجمع الفقه الإسلامي، ط1، مكة المكرمة، بدون ت.

316- البصمة الوراثية، ياسين بن ناصر الخطيب، بحث في مجلة العدل، المملكة العربية السعودية، العدد: (41)، 1430هـ.

317- التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، محمد خالد جمال رستم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2006م.

318- التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتباس، سعيد السيد قنديل، دار الجامعة الجديدة، دون ط، الإسكندرية، ودون ت.

319- الخبرة الفنية في إثبات التزوير في المستندات الخطية فنا وقانونا، غازي مبارك الذنيبان، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2005.

320- الخبرة في المواد المدنية والتجارية، علي عوض حسن، دار الفكر الجامعي، دون ط، الإسكندرية- مصر، دون ت.

321- شرح أحكام قانون البينات الجديد دراسة مقارنة، عباس العمودي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2004م.

322- عبء الاثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، عبد الله علي الخياري، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الجمهورية اليمنية، ط 2008م.

323- قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، محمد قدري باشار، اعتنى به، عبد الله نذير أحمد مزي، مؤسسة الريان، ط1، بيروت، المكتبة المكية، مكة، 1428هـ- 2007م.

324- القرار السابع الصادر عن مجلس المجمع الفقهي، في دورته السادسة عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة في المدة: 21-1422/10/26هـ- 5-2002/1/10م.

325- قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، عمر أزوكار، منشورات دار القضاء، ط1، المملكة المغربية، 1435هـ- 2014م.

326- قواعد الإثبات بغير الكتابة في أمواد المدنية والتجارية، علي أحمد الجراح، منشورات الحليي الحقوقية، ط1، بيروت، 2010م.

327- القواعد القانونية والقضائية الصادرة من المحكمة العليا اليمنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، صنعاء، العدد:(13).

328- القواعد القانونية والقضائية الصادرة من المحكمة العليا، اعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، ط1، صنعاء، اليمن، العدد: (12).

329- مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، المعهد الوطني للدراسات القضائية، بدون ط، المملكة المغربية، السنة العاشرة، جماد الثانية، 1405هـ-1985م، العدد: (35-36).

330- قرارات المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، بدون ط، مطبعة المعرف، المملكة المغربية،1997م.

331- القواعد القانونية والمبادئ القضائية التجارية الصادرة من المحكمة العليا، جمع وإعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، ط 2، صنعاء، 2014م-1435هـ، العدد: (6).

332- القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا الصادر من الدائرة الجزائية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، ط2، صنعاء، اليمن، 2014م- 1435هـ، العدد: (9).

333- القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية المستخلصة من بعض أحكام المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد: (17).

334- القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، إعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء -العدد: (14).

335- القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، المكتب الفني بالمحمة العليا اليمنية، العدد: (14).

336- القواعد القانونية والمبادئ القضائية الصادرة من المحكمة العليا، المكتب الفني بالمحكمة العليا، المطبعة القضائية، صنعاء، العدد: (10).

337- القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، المطبعة القضائية، ط2، صنعاء، الجمهورية اليمنية، عام1435هـ، العدد: (8).

338- القواعد القانونية والمبادئ القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا في القضايا التجارية، إعداد المكتب الفني بالمحكمة العليا، ط2، المطبعة القضائية، صنعاء، العدد: (10).

339- مجلة قضاء المجلس الأعلى، مجلس الأعلى، بدون ط،2003م، العدد: (62)، السنة 25.

340- القواعد القانونية والمبادئ القضائية الجزائية، الكتب الفني بالمكمة العليا اليمنية، المكتبة القضائية، بدون ط، صنعاء، العدد: (12).

341- مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، الإصدار الرقمي ديجنبر 2004م، العدد: (55).

342- مجلة قضاء المجلس الأعلى، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، الإصدار الرقمي ديجنبر 2000م، العدد: (42-43).

343- مجلة قضاء محكمة النقض، المجلس الأعلى، مركز النشر والتوثيق القضائي، المملكة المغربية، الإصدار الرقمي ديجنبر 2014م، العدد: (77).

344- مجموع قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة: (6)، 1410هـ، قرار رقم: (52).

345- المذكرة الايضاحية للقانون اليمني، وزارة العدل، الكتاب الثالث، والرابع، بدون ط، 1403هـ-1983م.

346- المعاملات المصرفية الإلكترونية من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، محمد صالح اليحيى، مجلة التحكيم اليمنية، العدد: (74).

347- نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي مع المقارنة بالقانون الوضعي وقانون الإثبات اليمني الجديد، نصر فريد واصل، دار الشروق، دون ط، 1422هـ- 2002م.

348- نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي، حسن أحمد الحمادي، إصدارات معهد التدريب والدراسات القضائية، ط1، الإمارات العربية المتحدة، 2014هـ.

349- نماذج من العمل القضائي للمحكمة الابتدائية بفاس، بدون ط، لعام، 2016، المادة المدنية، العدد: (1).

350- الوجيز في شرح قانون الإثبات اليمني، محمد بن حسين الشامي، الجيل الجديد، ط1، صنعاء، 2011م.

351- الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، محمد فواز المطالقة، دار الثقافة، ط1، عمان، 2006م.

352- وسائل الاثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، ط1، دمشق، 1403هـ.

353- وسائل الاثبات في الفقه الإسلامي، محمد بن معجوز، دار الحديث الحسينية، بدون ط، المملكة المغربية، عام 1414هـ 1995م.

354- الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، حسنين المحمدي بوادي، منشأة المعارف، بدون ط، الإسكندرية، 2008م.

355- الوسيط في القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، دون ط، القاهرة- مصر، 1968م.

356- الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، محمد الكشبور، لا يوجد دار النشر، ط5، 2003م.

357- وظائف القضاة وترجيح إحدى البينات، الحسن بن الحسن الملقب بصدقي الرومي (المتوفى 1307 تقريباً)، مطبعة الحيدري، ومساهمات المعهد القضاء اليمني في طبع وتصوير وحفظ كتب التراث، بدون ط، اليمن، 1418/11/3هـ.

358- مهارات القضائيين حلقات النقاش الرأسية في أصل البراءة وأدلة الإدانة، محمد حسين الشامي، الجيل الجديد ناشرون، بدون ط، صنعاء، 1435هـ- 2014م.

359- الموجز في أصول قانون القضاء المدني دراسة في أساسيات قانون المرافعات اليمني رقم: (40) لسنة 2002م، سعيد خالد علي جباري، مكتبة الصادق ط3، صنعاء- الجمهورية اليمنية، 2004م.

360- المستجدات العلمية وأثرها على النسب، البركاوي إدريس، دون د، دون ط، 2021م.

361- مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، بشار طلال المومني، عالم الكتب الحديثة، ط1، أربد- الأردن، 1425هـ.

362- حجية رسوم الأشرية في إثبات الملكية العقارية دراسة مقارنة في ضوء العمل القضائي، رضوان الريشي، مطبعة النجاح، ط1، الدار البيضاء، 2021م.

363- الحاجة وأثرها في الأحكام دراسة نظرية تطبيقية، أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، كنوز إشبيليا، ط1، المملكة العربية السعودية، 1429هـ- 2008م.

364- الجرائم الجسيمة وإثباتها مع مبادئ أصول علم الأدلة الجنائية في مجال ثباتها، أبوبكر عبد اللطيف عزمي، دار المريخ، دون ط، الرياض، السعودية، دون ت، 1415هـ- 1995م.

365- التنويم المغناطيسي، نبيل إبراهيم غالي، دار الأمين، ط1، القاهرة- مصر، 1417هـ- 1997م.

366- الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، مركز النشر التوثيق القضائي، المملكة المغربية، العدد: (65).

367- الترجيح بين البينات في ضوء الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، أستاذنا الدكتور عبدالمجيد الكتاني، مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد:(3)، سنة 2012م.

الأطاريح والرسائل العلمية

368- إثبات الملك بالحيازة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، يحيى بوهكو أطروحة دكتوراه، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس، 1427هـ 1428هـ- 2006، 2007م.

369- الإثبات بالبريد الإلكتروني بين الواقع والقانون في ضوء التشريعين اليمني والمغربي دراسة مقارنة، شمسان حزام علي الذيب، أطروحة دكتوراه، نوقشت بجامعة عبدالمالك السعدي، المملكة المغربية، 2020- 2021م.

370- القضاء بالقرائن المعاصرة، عبدالله سليمان العجلان، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة محمد بن سعود الإسلامية، ط1، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.

371- الإثبات في المنازعات الانتخابية بين النص والممارسة، عفاف كوثر صابر، أطروحة دكتوراه بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 2014-2015م.

372- أحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، عبد المنعم فارس سقا، دار النوادر، ط2، سوريا، 1432هـ، -2011م، رسالة دكتوراه.

373- حجيَّة الإقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، مجيد حميد السماكية، أصل الكتاب رسالة ماجستير نوقشت بجامعة بغداد، 1390هـ- 1970م.

374- خيارا المجلس والعيب في الفقه الإسلامي، عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، دار المسير، ط1، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1418هـ- 1997م، رسالة دكتوراه جامعة محمد بن سعود.

375- روضة الحكام وزينة الأحكام، شريح بن عبد الكريم بن أحمد الروياني، (ت: 505هـ)، تحقيق، محمد بن أحمد بن حاسر السهلي، أصل الكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في جامعة أم القرى، 1419هـ.

376- سلطة القاضي التقديرية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، عبد الرحمن محمد عبدالرحمن شرفي، أطروحة دكتوراه، نوقشت بجامعة الخرطوم، السودان، 2008م.

377- ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في الدعاوى الأسرية، محمد التازي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، نوقشت في جامعة سيدي محمد بن عبدالله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2015-2016م.

378- فقه الأدلة القضائية ومستجداتها دراسة فقهية مقارنة، محمد زكريا محمود صاري الشافعي، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة بيروت الإسلامية بكلية الشريعة، 1438هـ-2016م.

379- القرائن ودورها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بجاش سرحان محمد المخلافي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر ،1996م.

380- القواعد الفقهية للدعوى القضائية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، حسين عبدالعزيز آل الشيخ، دار التوحيد، ط1، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1428هـ-2007م، ج2، ص844.

381- قواعد الترجيح بين الأدلة المتعارضة بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، لعبد الرحمان دربوش، أشغال الندوة الوطنية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، تنسيق، محمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، مراكش.

382- قواعد الترجيح بين البينات في المجال العقاري -دراسة تفصيلية للمادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية في ضوء أحكام الفقه المالكي والعمل القضائي، ياسين ربيع أطروحة دكتوراه، بكلية الشريعة جامعة سيدي محمد بن عبدالله بالمغرب، 1439هـ-2018م.

383- مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، محمد أحمد نور حستنيه، رسالة دكتوراه في الحقوق، نوقشت في جامعة القاهرة، 2005م.

384- ملجأ القضاة عند تعارض البينات، غانم بن محمد البغدادي، تحقيق، عبد العزيز مصطفى الخالد، رسالة ماجستير بجامعة أم القرى، مكة، 1403هـ- 1982م.

385- منهج التوفيق والترجيح بين مختلف الحديث وأثره في الفقه الإسلامي، عبد المجيد محمد إسماعيل السوسوة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، ط1، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1413هـ- 1992م.

386- نقض الأحكام القضائية، أحمد بن محمد بن صالح الخضيري رسالة دكتوراه، منشورات جامعة محمد بن مسعود الإسلامية ط1، المملكة العربية السعودية، 1427هـ-2006م.

387- الإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، عبدالكريم محمد الطير، أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة -كلية الحقوق، مصر، 1421هـ-2000م.

فهرس الآيات القرآنية:

الآية	رقم الآية	الصفحة
البقرة		
﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ وَيُعَلِّمُهُمُ	127	19
﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ سَفِيهًا	282	153
﴿ ﴿ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۚ	282	169
﴿ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا	282	298
﴿ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ سَفِيهًا	282	327
﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾	282	327
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌۢ بِٱلْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ۚ وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ ۚ وَلَا تَسْـَٔمُوٓا۟ أَن تَكْتُبُوهُ	282	342

صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦ ۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِن تَفْعَلُوا۟ فَإِنَّهُۥ فُسُوقٌۢ بِكُمْ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ ۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ سَفِيهًا		
ال عمران		
﴿ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ	44	600
﴿ ٱلزُّخْرُفُ مِنْ أَنۢبَآءِ ٱلْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ ۚ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ لِي	44	624
النساء		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ ﴾	135	134
المائدة		
﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ حَظِّ	2	597
﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۚ	90	626
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾	95	377
الأنعام		

﴿ٱلتَّوَّٰبُ كَلِمَتُ رَبِّكَ صِدۡقٗا وَعَدۡلٗا مَا	115	642
يوسف		
﴿ ﴿عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٖ كَذِبٖ ﴿١٧﴾	18	390
﴿ ﴿عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٖ كَذِبٖ ﴿١٧﴾	18	390
﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ وَٱلۡفَحۡشَآءَ	26	390
﴿ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ وَٱلۡفَحۡشَآءَ	27	390
﴿ٱلۡفَتۡحُ رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ وَٱلۡفَحۡشَآءَ	28	0
النحل		
﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ ٱللَّهَ	90	496
الحج		
﴿ٱلۡخَيۡلَ ٱلۡخَيۡرَ ٱللَّهُ	77	597
الصافات		
﴿ ﴿يُونُسَ لَمِنَ ٱلۡمُرۡسَلِينَ ﴿١٣٩﴾ إِذۡ أَبَقَ إِلَى ٱلۡفُلۡكِ ٱلۡمَشۡحُونِ ﴿١٤٠﴾	139-140	624
الحجرات		
﴿وَلَا تَجَسَّسُواْ ﴾	121	563
الطلاق		
﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ ﴾	2	152-169

فهرست الأحاديث

الحـــــديث	الصفحة
لا يرث المسلمُ الكافرَ، ولا الكافرُ المسلمَ	266
أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا فَتَسْتَحِقُّونَ صَاحِبَكُمْ أَوْ قَاتِلَكُمْ	606
احْتَجِبِي مِنْهُ	392
إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ	39
«أربعة شهداء وإلا حد في ظهرك	576-590
أَقَرَّ الْقَسَامَةَ عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ	606
كَانَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- إِذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ	630
الإسلامُ يعلو، ولا يُعلى عليه	267
«البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	218-464-494
«أَلَمْ تَرَيْ أَنَّ مُجَزِّزًا نَظَرَ آنِفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ	378-576
الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ	392-579-583
أمرنا أن نحكم بالظاهر	155
«أنَّ القسامة كانت في الجاهلية قسامة دم وأقرها رسول الله -ﷺ- على ما كانت عليه في الجاهلية	608
«أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ-: بَعَثَ بِكِتَابِهِ إِلَى كِسْرَى	343
«إِنَّمَا أَنَا بشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ	130-135
إِنِّي خَاطِبٌ عَلَى النَّاسِ وَمُخْبِرُهُمْ بِرِضَاكُمْ؟	136

فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- بِالْبَعِيرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ	475- 482-635- 327
فإن جاءت به أبيض سبطًا قفي العينين فهو لهلال بن أميه	577- 590
خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ	134
«شاهداك أو يمينه	131- 322-365- 414
عليكم بالجماعة فإن الشيطان مع الواحد وهو من الجماعة أبعد	167- 167-167
فَقَالَ: ائْتُونِي بِالسِّكِّينِ أَشُقُّهُ بَيْنَكُمَا، فَقَالَتِ الصُّغْرَى: لَا يَرْحَمُكَ اللهُ، هُوَ ابْنُهَا، فَقَضَى بِهِ لِلصُّغْرَى	429
فقضى بالجص لمن إليه القمط	444
فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- بِالْبَعِيرِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ	475
قَطَعَ رَسُولُ اللَّهِ -ﷺ- يَدَ رَجُلٍ فِي مِجَنٍّ قِيمَتُهُ دِينَارٌ، أَوْ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ	282
«كيف ترون قواعدها وبواسقها	19
لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا مَحْدُودٍ فِي الْإِسْلَامِ، وَلَا ذِي غِمْرٍ عَلَى أَخِيهِ	153
لا تقطعُ يدُ السارقِ إلا في ربعِ دينارٍ فصاعدًا	282
لَا قَطْعَ إِلَّا فِي عَشَرَةِ دَرَاهِمَ	282
لا يرث المسلمُ الكافرَ، ولا الكافرُ المسلمَ	266
«لا يقضين أحدٌ في قضاء بقضاءين، ولا يقضي أحدٌ بين خصمين وهو غضبان	530- 530-

«لا يقضين أحدٌ في قضاء بقضائين، ولا يقضين القاضي في أمر قضائين	537
لَوْ رَجَمْتُ أَحَدًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، رَجَمْتُ هَذِهِ	131
لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ	610
لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا	625
«هَلْ مَسَحْتُمَا سَيْفَيْكُمَا؟»، قَالاَ: لاَ، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ،	144
«واغدو يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها	556
وَأَنْ نَقُومَ أَوْ نَقُولَ بِالحَقِّ حَيْثُمَا كُنَّا، لاَ نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةَ لاَئِمٍ	134
وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة	626-482 626-
وقضى للذي خرج له السهم	172

فهرس المحتويات:

الإهداء .....ب
الشكر والتقدير ..... ج
مقدمـــة البحـث 1
المبحث التمهيدي: الترجيح بين الأدلة القضائية والمختص وظيفيًا بالترجيح بين الأدلة.....17
المطلب الأول: الدراسة المصطلحية للبحث 18
الفرع الأول: مصطلحات البحث.....19
أولا: ماهية قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية باعتبار مفرداتها 19
الفقرة الأولى: ماهية القاعدة.....19
الفقرة الثانية: ماهية الترجيح.....20
أ- الترجيح لغة 20
ب- المعنى العرفي للترجيح عند علماء اللغة 21
ج- الترجيح اصطلاحًا 21
- تعريف الترجيح عند فقهاء الأحناف: 22
- تعريف الترجيح عند متأخري الشافعية:.....23
- تعريف الترجيح عند المعاصرين: 23
الفقرة الثالثة: ماهية الأدلة 27
أ. أدلة الإثبات:.....27
- اختلاف الفقهاء في أدلة الإثبات:.....28
- أدلة الإثبات في القانونين اليمني والمغربي:.....30
ب- أدلة النفي.....30
الفقرة الرابعة: دلالة مصطلح القضائية.....30
الفقرة الخامسة: تعريف قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية باعتباره مصطلحًا 31
- الترجيح بين الأدلة القضائية بمعناه المركب 31
- تعريف مقترح للترجيح بين الأدلة القضائية 31

ثانيا: التأصيل الشرعي للترجيح بين أدلة الإثبات، وأهميته.....32
الفقرة الأولى: التأصيل الشرعي للترجيح بين الأدلة القضائية.....33
أ- تحديد المدعي من المدعى عليه عند الحنفية 33
ب- تحديد المدعي من المدعى عليه عند المالكية 34
ج- تحديد المدعي من المدعى عليه عند الشافعية 35
د- تحديد المدعي من المدعى عليه عند الحنابلة.....35
هـ- تحديد المدعي من المدعى عليه عند فقهاء الزيدية 35
الفقرة الثانية: أهمية قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية 36
أ- سلامة منطوق الحكم القضائي.....36
ب- السرعة في إصدار الحكم 37
ج- سلوك أقرب الطرق في إيصال الحق إلى المتقاضيين.....37
الفرع الثاني: المصطلحات الأخرى 38
أولا: أركان الترجيح، وشروطه 38
الفقرة الأولى: أركان الترجيح.....38
الركن الأول: الْمُرَجِح.....38
الركن الثاني: مرجح بينهما (الراجح والمرجوح) 39
الركن الثالث: المرجح به 40
الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين الأدلة القضائية 40
ثانيا: ماهية التعارض والجمع.....41
الفقرة الأولى: ماهية التعارض.....41
أ- تعريف التعارض 42
ب- التعارض بين أدلة الأدلة القضائية.....42
ج- شروط التعارض 43
د-أقسام التعارض:.....44
الفقرة الثانية: الجمع بين الأدلة القضائية.....45
أ- تعريف الجمع بين الأدلة 45
ب- مذاهب الفقهاء في الجمع بين الأدلة 47

المطلب الثاني: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية والمختص وظيفيًا بالترجيح.....49
الفرع الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية حصرًا وإطلاقًا.....49
أولًا: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي حصرًا وإطلاقًا.....49
الفقرة الأولى: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات عند الفقهاء القائلين بالحصر 50
أ- مذهب الحنفية: 51
- قواعد الترجيح في الأملاك.....51
- قواعد الترجيح في العقود: 51
- قواعد الترجيح في النسب 53
ب- قواعد الترجيح عند فقهاء المالكية 53
ج- قواعد الترجيح عند الشافعية:.....54
د- قواعد الترجيح عند الحنابلة: 56
هـ- قواعد الترجيح عند الزيدية 57
- الترجيح بالتحقيق: 57
- الترجيح بخلاف الأصل: 57
- الترجيح بالتأريخ 58
- الترجيح بالسبب. 58
الفقرة الثانية: الفقهاء القائلون بإطلاق قواعد الترجيح.....58
- الاستدلال بأقوال العلماء: 60
- الاستدلال بالرجوع إلى الأصل.....61
- الاستدلال بطبيعة النظر في الأدلة القضائية.....61
- الاستدلال بالقرائن 62
ثانيا: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في القانونين اليمني والمغربي.....63
الفقرة الأولى: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في القانون اليمني 63
أ- قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في الملكية:.....64

-الترجيح بين بينة الداخل والخارج.....64
- الترجيح بين بينة الخارجين: 64
- الترجيح عند تعارض بين بينة التحقيق والنقل 65
- الترجيح بين المستند الكتابي وبين الحيازة (اليد).....65
- الترجيح بين أدلة مدعي الملك وبين الثبوت بالقرائن 66
-الترجيح باشتهار الكاتب بالعدالة. 67
- الترجيح بقرينة الجهة التي حصل فيها النزاع. 69
ب-قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في العقود: 69
- قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في عقد الإجارة: 69
-قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات في التنازع على الجدار بين بنائين 70
-قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في عقد الشفعة 71
الفقرة الثانية: قواعد الترجيح بين طرق الإثبات في القانون المغربي...72
الفرع الثاني: المختص وظيفيًا بالترجيح.....74
أولا: مدى سلطة القاضي المختص بالترجيح 74
الفقرة الأولى: ماهية السلطة التقديرية للقاضي 74
أ- السلطة التقديرية 74
ب- ضوابط السلطة القديرية للقاضي.....75
الضابط الأول: أن تكون السلطة التقديرية في المسائل الاجتهادية75
الضابط الثاني: أن تكون السلطة التقديرية بين الأدلة القضائية الظنية.....75
الفقرة الثانية: سلطة القاضي التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية في القانونين اليمني والمغربي.....76
أ- سلطة القاضي التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية في القانون اليمني.....76
ب- سلطة القاضي التقديرية للترجيح بين الأدلة القضائية في القانون المغربي 77

ثانيا: المحكمة المختصة بالترجيح والأثر المترتب على عدم إعمال قواعد الترجيح.....78
الفقرة الأولى: المحكمة المختصة بالترجيح بين الأدلة القضائية. 79
أ- الشروط الواجبة على محكمة الموضوع مراعاتها عند ترجيح الحجج المعروضة عليها 79
ب- الأثر الناقل للاستئناف في الترجيح بين الأدلة القضائية 80
ج- رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في الترجيح بين الأدلة القضائية.....81
الفقرة الثانية: الأثر المترتب على عدم إعمال قواعد الترجيح.....83
أ - مخالفة للنصوص القانونية واجبة التطبيق 83
ب- نقض الحكم القضائي 84
الباب الأول: الترجيح بالمَزِيَّةِ بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي.....85
توطئة 86
الفصل الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والترجيح بالعلم اليقيني وزيادة وصف في الدليل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي.....87
توطئة 88
المبحث الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والعلم اليقيني والوصف والتأريخ في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 89
توطئة 89
المطلب الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل والعلم اليقيني في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 89
الفرع الأول: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من حيث الأصل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 90
أولا: قواعد الترجيح بين الأدلة القضائية من الناحية الدلالية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي.....91
الفقرة الأولى: الترجيح بالعرف.....91

أ- ترجيح العرف قي الإقرار على المدلولات اللفظية. 91
ب- ترجيح العرف عند تعارض الأدلة الكتابية 92
الفقرة الثانية: الترجيح بقوة الدلالة..... 93
أ- ترجيح الأقوى دلالة من الأدلة القضائية 93
ب - ترجيح الدليل الناطق على الدليل الصامت. 94
ج- ترجيح التصريح في الدليل القضائي على الدلالة. 95
د- الترجيح بالإعمال أولى من الإهمال..... 96
هـ- ترجيح الدليل المُفَصّل على المُجْمَل 97
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالدلالة 100
أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بالدلالة 100
ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بالدلالة 101
ثانيا: قواعد الترجيح الابتدائية..... 103
الفقرة الأولى: الترجيح بالأصل..... 103
أ- ماهية الأصل..... 103
- شروط العمل بالأصل:..... 104
ب- تعارض الأصل والظاهر والترجيح بينهما..... 105
- ترجيح الأصل على الظاهر 105
- أشهر قواعد الأصول:..... 106
ج- التطبيقات الفقهية على القاعدة..... 107
- الترجيح بالاحتياط: 107
الأمر الأول: ماهية الاحتياط 107
الأمر الثاني: الترجيح بالاحتياط في أحكام المفقود..... 108
- الترجيح بأصل براءة الذمة..... 109
الفقرة الثانية: الترجيح بالظاهر 109
أ- ماهية الظاهر 110
ب -شروط العمل بالظاهر 110
ج- مدى حجيَّة الظاهر في إثبات الأحكام ابتداء..... 111

د- حالات ترجيح الظاهر على الأصل 112
هـ- الفرق بين الأصل والظاهر 114
الفقرة الثالثة: قواعد الترجيح الابتدائية في القانونين اليمني والمغربي 115
أ- قواعد الترجيح الابتدائية في القانون اليمني: 115
ب- قواعد الترجيح الابتدائية في القانون المغربي 116
الفرع الثاني: الترجيح بالعلم اليقيني في الفقة الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 117
أولا: الترجيح بالتواتر في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي ... 119
الفقرة الأولى: ماهية التواتر ودلالته..... 120
أ- ماهية التواتر: 120
ب- دلالة التواتر والعدد المشترط فيه..... 121
الفقرة الثانية: التعارض والترجيح بين شهادة التواتر وغيرها من الأدلة..... 123
أ- الترجيح عند تعارض التواتر والبينات (الشهادة) 123
ب- ترجيح التواتر على غيره من الأدلة 124
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالتواتر 125
ثانيا: الترجيح بعلم القاضي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 125
الفقر الأولى: ماهية علم القاضي. 126
أ- حقيقة علم القاضي..... 126
ب- أقوال العلماء في مسألة قضاء القاضي بعلمه..... 127
الفقرة الثانية: التعارض بين علم القاضي والأدلة القضائية. 137
أ- تعارض الشهادة مع علم القاضي..... 137
ب- تعارض القرائن مع علم القاضي 138
الفقرة الثالثة: الاستثناءات الواردة على الترجيح بالعلم اليقيني 139
الفقرة الرابعة: موقف القانون من قضاء القاضي بعلمه والتعارض بين علم القاضي وبين الأدلة القضائية:..... 140

أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بعلم القاضي 140
ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بعلم القاضي 142
ثالثا: الترجيح بالمعاينة لمحل النزاع..... 142
الفقرة الأولى: ماهية المعاينة..... 142
أ- تعريف المعاينة 143
ب- حجية المعاينة..... 143
ج- موقف الفقه من المعاينة..... 145
الفقرة الثانية: تعارض المعاينة مع غيرها من الأدلة 145
أ- التعارض والترجيح بين المعاينة وبين الإقرار والشهادة. 146
ب- التعارض والترجيح بين أنواع المعاينة: 147
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالمعاينة149
أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بالمعاينة 149
ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بالمعاينة 150
المطلب الثاني: الترجيح بوصف الأعدلية والأكثرية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 151
الفرع الأول: الترجيح بزيادة العدالة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 151
أولًا: العدالة والترجيح بزيادتها..... 151
الفقرة الأولى: ماهية العدالة..... 152
أ- تعريف العدالة 152
ب- حالات العدالة مع غيرها 153
الفقرة الثانية: أقوال العلماء في الترجيح بزيادة العدالة..... 154
الفقرة الثالثة: شروط إعمال زيادة العدالة..... 158
الفقرة الرابعة: ترجيح البينة المزكاة مطلقاً على التزكية المقيدة..... 162
ثانيًا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بزيادة العدالة..... 163
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بزيادة العدالة 163
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بزيادة العدالة 164

الفرع الثاني: الترجيح بكثرة الدليل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 164
أولا: الترجيح بكثرة عدد الشهود في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 165
الفقرة الأولى: ماهية كثرة عدد الشهود 165
أ- تعريف كثرة عدد الشهود..... 165
ب- تحرير محل النزاع عند الفقهاء 165
الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الترجيح بكثرة عدد الشهود..... 166
الفقرة الثالثة: شروط المجيزين للترجيح بزيادة العدد..... 171
الشرط الأول: التكافؤ في العدالة 171
الشرط الثاني: عدم بلوغ الكثرة حدّ التواتر 172
الشرط الثالث: ألاّ يكون الشيء المتنازع فيه بيد أحد المتداعيين 172
الفقرة الرابعة: الأثر المترتب على اختلاف الفقهاء..... 173
الفقرة الخامسة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بكثرة عدد الشهود..... 173
أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بكثرة عدد الشهود 173
ب- القانون المغربي من الترجيح بكثرة عدد الشهود 174
ثانيًا: الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية وبكثرة استعمال الحق العيني . 174
الفقرة الأولى: الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية معًا على الأدلة القولية 175
الفقرة ثانية: الترجيح بكثرة استعمال الحق العيني 176
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بكثرة الأدلة القولية والفنية وكثرة استعمال الحق العيني..... 177
المطلب الثالث: الترجيح بزيادة التأريخ في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 177
الفرع الأول: ترجيح الدليل القضائي الأسبق تأريخًا على الدليل المتأخر تاريخًا..... 179

أولا: الترجيح بقدم التأريخ في الأملاك في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 179
الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في الترجيح بقدم التاريخ في الأملاك... 179
الفقرة الثانية: شروط الترجيح بالدليل الأسبق تأريخا 183
الشرط الأول: أن يكون محل الدعوى في يد ثالث 183
الشرط الثاني: أن يكون تاريخ الدليل صريحًا في الزيادة 184
الشرط الثالث: عدم المنافي للمتقدم 184
الشرط الرابع: ألا تثبت البينة التي لم تؤرخ تاريخاً قبل تأريخ الأخرى 185
الشرط الخامس: أن يكون في الترجيح بقدم التأريخ تكاذب..... 185
الفقرة الثالثة: أثر خلاف الفقهاء في ترجيح الدليل المتقدم التأريخ... 186
ثانيا: ترجيح الدليل السابق تأريخًا على المتأخر تأريخًا في العقود..... 187
الفقرة الأولى: ترجيح الدليل السابق تأريخًا على المتأخر تأريخًا في عقد البيع..... 187
أ – أن يكون البائع واحدًا 187
ب– أن يكون البائع متعددًا 188
الفقرة الثانية: ترجيح الدليل السابق تأريخا على المتأخر تأريخا في عقد النكاح 189
الفقرة الثالثة: ترجيح الدليل السابق تأريخًا على المتأخر تأريخًا في الخلع 190
الفرع الثاني: ترجيح البينة المؤرخة على البينة المطلقة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 191
الفرع الثالث: أن تكون الأدلة القضائية متحدة التأريخ أو مطلقتين 193
أولا: أن تكون الأدلة القضائية متحدة التأريخ 194
الفقرة الأولى: ماهية اتحاد التأريخ..... 194
أ–إضافة العقد إلى وقت مضيق يسع فيه العقود المتنازع فيها. 194

ب-إضافة العقد إلى وقت يكون التقدم منعدما في العقود المتنازع عليها..... 194
ج- إضافة العقد إلى وقت يضيق فيه إبرام العقود محل التنازع 194
الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الأدلة القضائية المتحدة التأريخ..... 195
الفقرة الثالثة: شروط القائلين بالتساقط عند اتحاد أدلة الأدلة القضائية في التاريخ..... 196
ثانيا: أن تكون الأدلة القضائية مطلقة..... 196
الفرع الرابع: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالتأريخ..... 197
أولًا: موقف القانون اليمني من الترجيح بالتأريخ..... 197
الفقرة الأولى: الترجيح بالتأريخ في الأملاك 197
الفقرة الثانية: الترجيح بالتأريخ في العقود..... 198
أ -الترجيح في عقد الشفعة 198
ب-الترجيح في عقد الإجارة..... 199
ثانيا: موقف القانون المغربي من الترجيح بالتاريخ 200
المبحث الثاني: الترجيح بالزيادة في الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 204
المطلب الأول: الترجيح بالزيادة في العلم في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 204
الفرع الأول: الترجيح بذكر سبب الملك 205
أولا: ماهية الملك وسببه..... 206
الفقرة الأولى: ماهية الملك..... 206
أ - تعريف الملك 206
ب-أقسام الأملاك..... 206
ج- الملك في القانونين اليمني والمغربي 206
الفقرة الثانية: حقيقة سبب الملك..... 207
أ- معنى سبب الملك 207
ب-أسباب الملك 207

ج- أسباب الملكية في القانون 208
د- الفرق بين أصل الملك وأصل المدخل 209
ثانيا: صور الترجيح بسبب الملك 209
الصورة الأولى: أن يذكر أحد الأدلة القضائية سبب الملك ويطلق الأخرى 209
أ- أقوال الفقهاء في الترجيح بذكر سبب الملك 210
ب- شروط ترجيح البينة التي ذكرت سبب الملك 212
الصورة الثانية: أنْ تذكر إحدى البينتين الملك والأخرى السبب. 214
أ- أقوال الفقهاء ترجيح بينة مدعي النتاج على بينة مدعي الملك المطلق 215
ب- شروط ترجيح بينة النتاج على الملك المطلق..... 219
ثالثا: الترجيح بذكر سبب الملك في القانونين اليمني، والمغربي..... 220
الفقرة الأولى: الترجيح بذكر سبب الملك في القانون اليمني 220
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بذكر سبب الملك على دعوى الملك المطلق..... 220
أ-النص القانوني 220
ب- التطبيق القضائي 221
ج- مناقشة الحكم القضائي 222
الفرع الثاني: ترجيح البينة الناقلة عن الأصل على المستصحبة له 222
أولا: أقوال الفقهاء في ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة..... 223
الفقرة الأولى: اختلاف الفقهاء في ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة 223
الفقرة الثانية: شروط ترجيح بينة النقل على الاستصحاب 226
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الدليل الناقل على الدليل المستصحب 227
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من ترجيح الدليل الناقل على الدليل المستصحب..... 227

الفقرة الثانية: موقف القانون والمغربي من ترجيح الدليل الناقل على الدليل المستصحب 227
ثالثا: الصور التي تندرج تحت ترجيح البينة الناقلة على المستصحبة .. 228
الصورة الأولى: ترجيح بينة الإكراه على بينة الطواعية..... 228
أ- ماهية الإكراه..... 228
ب- شروط الإكراه[]: 229
ج- أنواع الإكراه:..... 231
د- أقوال الفقهاء في ترجيح بينة الإكراه على الطواعية وشروطهم 231
هـ- أثر الترجيح لبينة الإكراه على بينة الطوع 232
و- ترجيح قرائن الإكراه على شهادة الطواعية..... 234
الصورة الثانية: ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم..... 235
أ-أقوال الفقهاء في ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم..... 235
ب- شروط ترجيح بينة الحدوث..... 236
ج- موقف القانون من ترجيح البينة التي شهدت بأمر حادث على البينة التي شهدت بالقدم 237
الصورة الثالثة: ترجيح بينة السفه على بينة الرشد 237
أ- حقيقة السفه والرشد 237
ب- أقوال الفقهاء في تعارض بينة السفه والرشد..... 237
ج- موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض بينة السفه والرشد والترجيح بينهما 239
الصورة الرابعة: تعارض دليل الجنون والعقل والترجيح بينهما 241
أ- أقوال الفقهاء في تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما 241

ب- موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما 243
- موقف القانون اليمني من تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما 243
-موقف القانون المغربي في تعارض بينة العقل وبينة الجنون والترجيح بينهما..... 244
الفرع الثالث: ترجيح من شهد بباطن الأمر على من شهد بظاهره 244
أولا: ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل..... 244
الفقرة الأولى: تعارض الجرح والتعديل 245
الفقرة الثانية: شروط ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل ونصاب الشهادة في التعديل والتجريح وما يتعلق بهما من أحكام 246
أ- شروط ترجيح بينة الجرح على بينة التعديل 246
ب- نصاب الشهادة في التعديل والتجريح..... 247
ج- أنواع المعدلين 248
د- معرفة الجارح بالجرح 249
هـ- كيفية التعديل 249
الفقرة الثالثة: الاستثناء على قاعدة الجرح مقدم على التعديل..... 250
الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين بينة الجرح والتعديل..... 250
أ- موقف القانون اليمني من الترجيح بين بينة الجرح والتعديل . 250
ب- موقف القانون المغربي من الترجيح بين بينة الجرح والتعديل 251
ثانيا: ترجيح بينة الردة على بينة الإسلام..... 251
الفرع الرابع: تطبيقات فقهية للترجيح بالزيادة 252
أولا: الترجيح في المعاملات 252
الفقرة الأولى: الترجيح في باب البيع..... 252
أ- ترجيح الدليل القضائي المتضمن ملك البائع للمبيع 252

ب- ترجيح الدليل القضائي المتضمن لنقد ثمن المبيع 253
ج- ترجيح الدليل القضائي المتضمن لملكية البائع للمبيع إلى وقت الخصومة القضائية..... 253
د- ترجيح بينة مدعي خيار الشرط..... 253
هـ- ترجيح بينة الإقالة على بينة البيع. 253
و- ترجيح بينة صحة البيع على فساده في الربا..... 254
ز- ترجيح بينة المشتري على بينة الموكل في بيع الوكيل بثمن المثل..... 254
ح- موقف القانونين اليمني والمغربي من المرجحات الواردة في عقد البيع 254
الفقرة الثانية: الترجيح في باب الشفعة 254
أ- ترجيح بينة الشفيع على بينة المشتري 255
ب- ترجيح بينة البائع على بينة المشتري والشفيع 255
ج- الشفعة في القانونين اليمني والمغربي من الترجيح في مسائل الشفعة 255
الفقرة الثالثة: الترجيح في باب الإجارة 256
أ- ترجيح بينة المستأجر على بينة المؤجر في المدة والمسافة . 257
ب- ترجيح بينة المستأجر على بينة المؤجر في الاشتراط..... 257
ج- ترجيح بينة التفاسخ على الوعد بالتفاسخ في عقد الإجارة.. 257
د- ترجيح بينة المكري على بينة المكتري في المدة 258
الفقرة الرابعة: الترجيح في باب السلم 258
أ- ترجيح بينة المسلم على بينة المسلم إليه 259
ب- ترجيح بينة المسلم إليه في القبض 259
ج- ترجيح بينة المسلم إليه على بينة المسلم في مضي الأجل وعدمه..... 259
الفقرة الخامسة: الترجيح في باب الغصب..... 259
أ- ترجح بينة الغصب على بينة الإرث 260

ب- ترجيح بينة من ادعى الغصب على بينة من أقر بالغصب 260
ج- بينة الغصب أولى من الإقرار 260
د- ترجيح بينة المالك على بينة الغاصب 260
الفقرة السادسة: الترجيح في باب الرهن 260
أ- ترجيح بينة المرتهن على بينة الراهن في الدين 261
ب- ترجيح بينة الراهن في قيمة المرهون 261
ج- ترجيح البينة التي شهدت بانفكاك الرهن على التي شهدت ببقائه..... 261
الفقرة السابعة: الترجيح في باب الوقف 262
أ- ترجيح الكتابة على وضع اليد في الوقف 262
ب- ترجيح بينة التقييد على بينة الإطلاق 262
ج- ترجيح بينة الصحة على بينة مرض الموت في الوقف.... 263
د- الترجيح عند تعارض البينتين في الأرشدية..... 263
هـ- ترجيح بينة المتولي في قدر الأجرة 264
و- ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد في الوقف 264
ز- ترجيح بينة الطرف المقدم تاريخًا في دعوى الوقف المؤرخ. 264
ح- ترجيح البينة التي شهدت بأن أجرة الوقف أجرة المثل على التي شهدت بأن الإجارة أقل من أجر المثل 264
ثانيا: الترجيح بين بينة الاستقلال والاشتراك 265
ثالثا: الترجيح في باب الميراث..... 266
الفقرة الأولى: ترجيح بينة الإسلام على بينة الكفر 266
الفقرة الثانية: القسمة عند جهل أصل دينه 267
الفقرة الثالثة: الاختلاف في آخر كلام المورث 268
رابعا: الترجيح بزيادة العلم في باب الجنايات 268
الفقرة الأولى: ترجيح بينة القتل على بينة الموت 269
الفقرة الثانية: ترجيح بينة الصحة بعد الضرب على بينة الموت 269

المطلب الثاني: الترجيح بالزيادة في الإثبات في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 269
الفرع الأول: دليل الإثبات والنفي والترجيح بينهما 270
أولا: ماهية الإثبات والنفي 270
الفقرة الأولى: حقيقة النفي والإثبات 270
أ- البينة المثبتة 270
ب- البينة النافية 270
الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في ترجيح بينة الإثبات على النفي 271
الفقرة الثالثة: الحالات التي تصح فيها الشهادة على النفي 272
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من قاعدة ترجيح الإثبات على النفي 274
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من قاعدة ترجيح الإثبات على النفي 274
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من قاعدة ترجيح الإثبات على النفي 275
ثالثا: تطبيقات على قاعدة ترجيح الإثبات على النفي 275
الفقرة الأولى: بينتا اليسار والإعسار 275
أ- ماهية الاعسار والإيسار 276
ب- التعارض بين بينة اليسار والإعسار 276
ج- شروط الشهادة على الإعسار 277
د- موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح بين طرق الإثبات في مسألة الإعسار واليسار 277
الفقرة الثانية: ترجيح من أثبت الضرر على من نفاه 278
الفقرة الثالثة: ترجيح بينة رب المال في المضاربة 278
الفقرة الرابعة: ترجيح بينة السداد 279
رابعا: تطبيقات على ترجيح دليل النفي على دليل الإثبات 279

الفقرة الأولى: تعارض النفي والإثبات في جرائم القتل والترجيح بينهما..... 279
أ-ترجيح شهادة النفي في سقوط القصاص 279
ب- ترجيح الإشهاد على الإقرار المتضمن للنفي على الإثبات 280
ج- ترجيح شهادة العدلين النافية على شهادة الصَبِيّين المثبة.. 281
د- الترجيح في دعاوى القتل بتصديق المشهود له للشهود 281
الفقرة الثانية: ترجيح ما فيه درء للحد على ما يوجبه..... 281
أ- ترجيح ما فيه درء لحد السرقة على ما يوجبها 282
ب- ترجيح ما فيه درء لحد الزنى على ما يوجبه 284
ج- ترجيح ما فيه درء لحد القذف على ما يوجبه 285
د- ترجيح الفحص المخبري على شاهدي شم رائحة الخمر من المتهم 286
خامسا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين دليل النفي والإثبات..... 287
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بين دليل النفي والإثبات 287
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بين دليل النفي والإثبات 288
الفرع الثاني: ترجيح بينة الزيادة على بينة النقصان..... 289
أولا: أقوال الفقهاء في ترجيح بينة الزيادة على بينة النقصان..... 290
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح بينة الزيادة على النقصان 294
الفصل الثاني:-الترجيح بقوة الحجة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 295
توطئة 296
المبحث الأول: الترجيح بقوة الحجة في الدليل الواحد من الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 297
المطلب الأول: الترجيح بين الإقرارات 297

الفرع الأول: ماهية الإقرار 298
أولا: تعريف الإقرار 298
الفقرة الأولى: الإقرار في المعنى اللغوي 298
الفقرة الثانية: مشروعية الإقرار 298
ثانيا: نطاق حجية الإقرار: 299
الفرع الثانيً: ضوابط الترجيح بين الإقرارات 299
أولا: الترجيح بذات الإقرار 300
ثانيا: ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار غير القضائي..... 300
الفقرة الأولى: أنواع الإقرار 301
الفقرة الثانية: حجية الإقرار غير القضائي عند الفقهاء..... 302
الفقرة الثالثة: صور الإقرار الشفهي الذي يتم خارج مجلس القضاء . 302
الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الإقرار
القضائي على الإقرار غير القضائي..... 304
أ- موقف القانونين اليمني من ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار
غير القضائي..... 304
ب- موقف القانون المغربي من ترجيح الإقرار القضائي على الإقرار
غير القضائي..... 306
ثالثا: الترجيح بين الإقرار الشفهي والكتابي المشهود عليه وغير المشهود
عليه..... 307
الفقرة الأولى: ترجيح الإقرار الشفهي على الإقرار الكتابي..... 307
الفقرة الثانية: ترجيح الإقرار الشفهي المشهود عليه على الإقرار
الكتابي 308
ب- موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الإقرار الشفهي
المشهود عليه على الإقرار الكتابي 308
رابعا: الترجيح بين الإقرارات المتعارضة في مجلس القضاء 309
الفقرة الأولى: تعدد الإقرارات من مقر واحدٍ 309
الفقرة الثانية: تعارض الإقرارات من خصمين في واقعة واحدة 310

أ- الترجيح بشهود الواقعة 311
ب- الترجيح بتقرير الخبير 311
ج- الترجيح بدلالة الحال 311
خامسا: ضوابط الترجيح بين الإقرارات من حيث المقرّ به 312
الفقرة الأولى: الترجيح بين الإقرارات المتعلقة بالديون 312
أ-تلزم المقر الإقرارات كلها عند تساويها في الديون 312
ب- إلزام المُقرِّ بأحد الإقرارات 313
الفقرة الثانية: الترجيح بين الإقرارات المتعلقة بالعين والدين 315
أ-يُقدّم الإقرار بالعين على الإقرار بالدين 315
ب- تسليم العين للمقر له أولًا 315
الفقرة الثالثة: الترجيح بين الإقرارات المتفاوتة والمتناقضة 316
أ-إلزام المُقر بأشد الإقرارات 316
ب- الإضراب عن بعض الإقرارات وإعمال بعضها 317
سادسا: الترجيح بين الإقرارات المكتوبة 318
الفقرة الأولى: تعدد إقرارات الدين المكتوبة 318
الفقرة الثانية: الترجيح بين الإقرارين المكتوبين في الدين والإبراء منه 319
أ-تقديم صك البراءة 319
ب- سند الدين والبراءة منه في القانون 320
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض
الإقرارات 320
المطلب الثاني: الترجيح بين الشهادات في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني
والمغربي 321
الفرع الأول: ماهية الشهادة 321
أولا: تعريف الشهادة ومشروعيتها 321
الفقرة الأولى: تعريف الشهادة ومشروعيتها 321
الفقرة الثانية: نطاق حجية الشهادة 322
ثانيا: أنواع الشهادة 322

الفقرة الأولى: الشهادة على الزنا وعلى بقية الحدود والقصاص..... 322
أ-الشهادة على الزنا 322
ب-الشهادة على بقية الحدود والقصاص..... 323
الفقرة الثانية: الشهادة على المال وعلى ماليس بمال وعلى مالا يطلع عليه الرجال..... 323
أ-ما ليس بمال ولا يقصد به المال 323
ب- ما كان مالاً أو آيلاً إلى المال..... 323
ج- ما لا يطلع عليه الرجال 324
الفرع الثاني: ضوابط الترجيح بين الشهادات..... 324
أولا: الترجيح بقوة الشهادة. 325
الفقرة الأولى: الترجيح بتمحض الذكورة في الشهادة..... 325
أ- يرجح الشاهدان على الشاهد والمرأتين 325
ب- ترجيح الشاهدين على الأربع النسوة..... 328
الفقرة الثانية: ترجح شهادة العدل على شهادة اللفيف 328
ثانيا: الترجيح باكتمال الحجة..... 329
الفقرة الأولى: يرجح الشاهدان أو الشاهد والمرأتان على الشاهد واليمين..... 330
الفقرة الثانية: ترجيح الأربع النسوة على الرجل واليمين..... 332
الفقرة الثالثة: ترجيح الشاهد واليمين على المرأتين واليمين..... 333
الفقرة الرابعة: ترجيح شهادة أربع نسوة على امرأتين 335
الفقرة الخامسة: ترجيح شهادة البت على شهادة السماع..... 335
الفقرة السادسة: شهادة الاستفاضة أقوى من شهادة اثنين مقبولين... 336
الفقرة السابعة: ترجيح البينة العادلة على البينة المستورة 336
الفقرة الثامنة: ترجيح شهادة من حضر العقد وشهد عليه أو كان سفيراً بين المتعاقدين 337
الفقرة التاسعة: التعارض بين شهادة الصبيان 338
ثالثا: الترجيح بقوة الشهادة في القانونين اليمني والمغربي..... 338

الفقرة الأولى: الترجيح بقوة الشهادة في القانون اليمني 338
أ – النصوص القانونية 338
ب–التطبيق القضائي: 339
الفقرة الثانية: الترجيح بقوة الشهادة في القانون المغربي 340
المطلب الثالث: الترجيح بين الأدلة الكتابية 341
الفرع الأول: ماهية الكتابة 341
أولا: تعريف الكتابة ومشروعيتها وحجيتها 341
الفقرة الأولى: تعريف الكتابة ومشروعيتها 342
أ – تعريف الكتابة 342
ب– مشروعية الكتابة 342
الفقرة الثانية: حجية الكتابة في الفقه الإسلامي 343
ثانيا: حجية الكتابة في القانونين اليمني والمغربي 343
الفقرة الأولى: المحررات الرسمية وحجيتها 344
أ– المحررات الرسمية 344
ب– أنواع الأوراق الرسمية 344
ج– شروط المحررات الرسمية 344
د–حجية المحررات الرسمية 345
الفقرة الثانية: المحرر العرفي وحجيته 346
أ– تعريف المحررات العرفية 346
ب– شروط المحرر العرفي 346
ج– حجية المحرر العرفي 346
ثالثا: أقسام المحررات العرفية غير المعدة للإثبات 347
الفقرة الأولى: الرسائل 347
الفقرة الثانية: البرقيات 348
الفقرة الثالثة: الدفاتر التجارية 348
الفقرة الرابعة: المستندات الموقعة 349
الفقرة الخامسة: المستندات العادية غير الموقعة 350

الفرع الثاني: ضوابط الترجيح بين الأدلة الكتابية 350
أولا: ترجيح المحرر الموثق على المحرر غير الموثق 351
الفقرة الأولى: ترجيح العقد المسجل في السجل العقاري على العقد غير المسجل في السجل العقاري..... 352
أ- تزاحم عقدي بيع في القانون اليمني:..... 353
ب- التزاحم في عقد الإجارة: 354
الفقرة الثانية: ترجيح المحرر المشهود عليه على غيره من المحررات355
الفقرة الثالثة: الترجيح بإعمال قواعد الاختصاص الوظيفي 356
الفقرة الرابعة: ترجيح الوثيقة المثبت تاريخها رسمياً على الوثيقة العرفية..... 356
أ - المراد برسمية الدليل..... 356
ب- أهمية العمل برسمية الدليل 357
ج- تعارض رسمية الدليل مع غيره..... 358
ثانيا: الترجيح بين المحررات من حيث التاريخ..... 359
الفقرة الأولى: ترجيح الوثيقة السابقة على الوثيقة اللاحقة 359
الفقرة الثانية: الترجيح بثبوت التأريخ من عدمه في المحررات العرفية..... 360
الفقرة الثالثة: الترجيح بالقرائن في المحررات الكتابية..... 361
الفقرة الرابعة: الترجيح بالمعاينة بين المحررات الكتابية 362
الفقرة الخامسة: الترجيح بالتعطيل وتفويت الملك في الوثائق 362
الفقرة السادسة: ترجيح المحررات العرفية المعدة للإثبات على المحررات العرفية غير المعدة للإثبات..... 363
المطلب الرابع: الترجيح بين الأيمان، والنكول عنها والترجيح بين الخبرات والقرائن في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 364
الفرع الأول: اليمين وردها..... 364
أولا: ماهية اليمين..... 364
الفقرة الأولى: تعريف اليمين، وحجيتها..... 364

أ- تعريف اليمين..... 364
ب- حجية اليمين 365
الفقرة الثانية: أقسام اليمين 366
ثانيا: صور تعارض الأيمان القضائية والترجيح بينها 367
الفقرة الأولى: أيمان اللعان..... 367
أ- تعريف اللعان..... 368
ب- التعارض بين أيمان اللعان 368
الفقرة الثانية: تحالف المتداعيين..... 369
أ - تعريف التحالف..... 369
ب- أقوال الفقهاء في تحالف المتداعيين 369
ج- الترجيح بين المتداعيين بعد التحالف 370
د- أثر تحالف المتداعيين..... 370
الفقرة الثالثة: أيمان القسامة..... 371
الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض الأيمان 371
أ - موقف القانون اليمني من تعارض الأيمان 371
ب- موقف القانون المغربي من تعارض الأيمان 371
ج- التعارض بين الأيمان 372
الفرع الثاني: الترجيح بين النكول عن الأيمان 372
أولا: ماهية النكول 372
الفقرة الأولى: تعريف النكول، وأقسامه..... 372
أ- تعريف النكول 372
ب- أقسام النكول 373
ج-حكم اليمين مع النكول 373
الفقرة الثانية: قوة النكول 374
الفقرة الثانية: الترجيح بين النكولين 374
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين النكولين 375
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بين النكولين..... 375

الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بين النكولين..... 376
الفرع الثالث: الترجيح بين الخبرات..... 376
أولًا: ماهية الخبرة..... 377
الفقرة الأولى: تعريف الخبرة ومشروعيتها 377
أ – تعريف الخبرة..... 377
ب– مشروعية الخبرة 377
الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين تقارير الخبرة..... 378
أ–اتحاد الوقت 378
ب – مراعاة الأوضاع الشكلية والموضوعية..... 379
ثانيا: ضوابط الترجيح بين تقارير الخبراء..... 379
الفقرة الأولى: ترجيح الخبرة العلمية على الخبرة الاجتهادية..... 379
الفقرة الثانية: الترجيح بالتخصص المباشر للخبير في مجال الخبرة. 380
الفقرة الثالثة: تعيين خبير ثالث..... 381
الفقرة الرابعة: الترجيح بالكفائة العلمية 381
الفقرة الخامسة: الترجيح بأحوال الدعوى ووقائعها وملابساتها..... 381
الفقرة السادسة: الترجيح بالأعدل عند اختلاف المقومين في التقويم. 383
الفقرة السابعة: يرجح تقرير الخبير المثبت على النافي..... 383
ثالثا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالخبرة 384
الفقرة الأولى: الترجيح بالخبرة في القانون اليمني 384
أ–الترجيح بتعين خبير ثالث 384
ب–الترجيح بالسلطة التقديرية للقاضي 384
الفقرة الثانية: الترجيح بالخبرة في القانون المغربي 385
الفرع الرابع: التعارض والترجيح بين القرائن 386
أولًا: ماهية القرينة..... 387
الفقرة الأولى: تعريف القرائن ومشروعيتها..... 387
أ– تعريف القرينة 387
ب– حجية القرائن..... 387

الفقرة الثانية: أنواع القرائن:..... 388
أ – القرينة القاطعة..... 388
ب– القرينة المرجحة 388
ج– أن تكون دليلًا مرجوحًا 389
ثانيا: تعارض القرائن والترجيح بينها..... 389
الفقرة الأولى: تعارض القرائن 389
الفقرة الثانية: الترجيح بين القرائن..... 391
ثالثا: قرينة الحيازة 393
الفقرة الأولى: تعريف الحيازة، وحجيتها 394
الفقرة الثانية: كيفية إثبات الحيازة..... 396
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الحيازة 396
أ– الحيازة في القانون اليمني:..... 396
ب– الحيازة في القانون المغربي..... 397
الفقرة الرابعة: الترجيح بين الحيازات عند التعارض 398
أ– ترجيح الحيازة المستقرة على الحيازة العرضية 399
ب– الترجيح بين السندات عند عدم ثبوت الحيازة لأحد 399
– ترجيح السند السابق في التاريخ..... 399
– ترجيح السند الثابت التاريخ..... 400
– ترجيح حوز الأشياء عن حوز سنداتها 400
المبحث الثاني: الترجيح بقوة الحجة بين الأدلة القضائية المختلفة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 401
المطلب الأول: التعارض والترجيح بين الإقرار وبين غيره من الأدلة القضائية . 402
الفرع الأول: الترجيح بين الإقرار والشهادة..... 402
أولا: ترجيح الإقرار على الشهادة..... 402
الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في قوة الإقرار على الشهادة 402
الفقرة الثانية: الأسباب الموجبة لترجيح الإقرار 403
السبب الأول: إنه إذا كان القضاء يستند إلى ظن 403

السبب الثاني: الإقرار خبر صدق 403
السبب الثالث: لا يعتبر في الإقرار العدد ولا اللفظ ولا العدالة.. 403
السبب الرابع: الإقرار أبعد عن التهمة من الشهادة 404
السبب الخامس: الظن المستفاد من الإقرار أقوى من الظن المستفاد من شهادة الشهود 404
السبب السادس: الإقرار حجة بنفسه والبينة ليست بحجة في نفسها بل بقضاء القاضي 404
السبب السابع: أن التناقض يضر في الشهادة لكونها على الغير 404
ثانيا: ثمرة ترجيح الإقرار على الشهادة..... 404
الفرع الثاني: الترجيح بين الإقرار واليمين والنكول 406
أولًا: ترجيح الإقرار على اليمين 406
ثانيًا: ترجيح الإقرار على النكول 407
المطلب الثاني: التعارض والترجيح بين الشهادة والأدلة القضائية الأخرى عدا الإقرار 408
الفرع الأول: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة 408
أولًا: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة في الفقه..... 408
الفقرة الأولى: ترجيح الشهادة على الكتابة عند التعارض..... 408
الفقرة الثانية: ترجيح الكتابة على الشهادة 409
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة..... 410
الفقرة الأولى: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة في القانون اليمني 410
الفقرة الثانية: التعارض والترجيح بين الشهادة والكتابة في القانون المغربي..... 410
الفرع الثاني: الترجيح بين الشهادة واليمين والقرائن..... 411
أولًا: الترجيح بين الشهادة واليمين 411

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في تعارض الشهادة مع اليمين 411
الفقرة الثانية: موقف القانونين اليمني والمغربي من تعارض الشهادة مع اليمين 413
أ – تعارض الشهادة مع اليمين في القانون اليمني 413
ب– تعارض الشهادة مع اليمين في القانون المغربي 413
ثانيًا: ترجيح الشهادة على القرائن 414
الفقرة الأولى: ترجيح الشهادة على القرائن في الفقه 414
الفقرة الثانية: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح الشهادة على القرائن 415
أ– موقف القانون اليمني من ترجيح الشهادة على القرائن 415
ب–موقف القانون المغربي من ترجيح الشهادة على القرائن 418
المطلب الثالث: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية والقرائن والخبرة 419
الفرع الأول: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية وبين غيرها من الأدلة . 419
أولا: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية التقليدية، والإلكترونية 419
الفقرة الأولى: ماهية التوقيع الالكتروني وحجيته 420
أ– ماهية التوقيع الالكتروني 420
ب– حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 420
–حجية التوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي: 420
–حجية التوقيع الإلكتروني في القانونين اليمني والمغربي 422
الفقرة الثانية: صور التعارض بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي في القانونين اليمني والمغربي 422
الفقرة الثالثة: البريد الإلكتروني 425
أ– ماهية البريد الإلكتروني 425
ب– التعارض والترجيح بين رسائل البريد الإلكتروني 426
ثانيا: التعارض والترجيح بين الأدلة الكتابية والقرائن 427
الفرع الثاني: التعارض والترجيح بين القرائن وبين الأدلة القضائية 427

أولا: ترجيح القرائن التي تفيد العلم اليقيني على الإقرار والشهادة 427
ثانيا: ترجيح القرينة على الإقرار 428
الفرع الثالث: التعارض والترجيح بين الخبرة الأدلة القضائية الأخرى 430
أولا: ترجيح الأدلة الفنية على الأدلة القولية..... 430
الفقرة الأولى: ترجيح الخبرة على الإقرار 431
الفقرة الثانية: ترجيح الخبرة على الشهادة..... 432
الفقرة الثالثة: ترجيح الخبرة على الوثائق الخطية 433
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين دليل الخبرة والأدلة القضائية الأخرى..... 433
المطلب الرابع: تطبيقات فقهية على الترجيح بقوة الحجة..... 434
الفرع الأول: تفاوت قوة الدليل القضائي في اللقطة..... 434
أولا: اللقطة وحالات التعارض والترجيح بين أدلتها 434
الفقرة الأولى: اللقطة وحالات تعارض أدلتها 434
أ- تعريف اللقطة 434
ب- حالات التعارض في باب اللقطة 434
الفقرة الثانية: الترجيح بين أدلة إثبات اللقطة 435
أ- ترجيح البينة على الوصف المجرد للّقطة..... 435
ب- ترجيح البينة على الإقرار في اللقطة 436
ج- ترجيح الوصف الأقوى على الأضعف..... 436
د- الترجيح بالسبق 437
هـ- الترجيح بالقرعة 438
ثانيا: موقف القانون اليمني، والمغربي من التعارض والترجيح بين أدلة اللقطة..... 438
الفقرة الأولى: الترجيح بين أدلة إثبات اللقطة في القانون اليمني.... 438
الفقرة الثانية: الترجيح بين أدلة إثبات اللقطة في القانون المغربي... 439
الفرع الثاني: الترجيح بين القرائن عند التنازع على الجدار 439
أولا: الترجيح بين الأدلة القضائية عند التنازع على جدار بين حائطين . 440

الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في المرجحات عند التنازع على الجدار بين حائطين..... 440
الفقرة الثانية: الترجيح بالقرائن عند التنازع على جدار بين حائطين . 441
أ- الترجيح بالجذوع 441
ب- الترجيح لمن ليس له توجيه البناء 442
ج- الترجيح بمعاقد القمط..... 443
د- الترجيح باتصال التربيع 444
الفقرة الثالثة: الترجيح بين القرائن عند التنازع على جدار بين حائطين..... 445
أ- ترجيح اتصال التربيع على اتصال الملازقة 445
ب- ترجيح الاتصال على الجذوع..... 445
ثانيا: موقف القانونين واليمني والمغربي في مسألة التنازع على الجدار مقارنتها بين الفقه الإسلامي 447
الفقرة الأولى: الترجيح بين الأدلة القضائية في التنازع على الجدار في القانون اليمني..... 447
أ - النص القانوني..... 447
ب- تحليل النص القانوني 448
الفقرة الثانية: الترجيح بين الأدلة القضائية في التنازع على الجدار في القانون المغربي 450
أ - النص القانوني..... 450
ب- تحليل النص 450
الفقرة الثالثة: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 450
الباب الثاني: الترجيح بالقرائن بين الأدلة القضائية في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 452
توطئة 453

الفصل الأول: الترجيح بين الأدلة القضائية بقرينة اليد وحجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 455
توطئة 456
المبحث الأول: الترجيح بقرينة اليد في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي . 457
المطلب الأول: الترجيح بين بينتي الداخلين في حالة التزاحم والتساوي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 458
الفرع الأول: الترجيح بين الأيدي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 458
أولاً: ماهية الترجيح باليد 459
الفقرة الأولى: ماهية اليد 459
أ- تعريف اليد 459
ب- التأصيل الفقهي للترجيح باليد 460
ج- دلالة وضع اليد على الشيء 461
د- أقسام اليد 461
الفقرة الثانية: شروط الترجيح باليد 462
ثانيا: حالات التنازع بين الأيدي 464
الفقرة الأولى: تنازع المتداعيان 464
الفقرة الثانية: شروط الترجيح عند التنازع في الأيدي 465
ثالثا: الترجيح بين الأيدي من حيث أنواعها ومراتبها 465
الفقرة الأولى: الترجيح بين الأيدي من حيث نوعها 465
أ- اليد الحسية 466
ب- اليد الحكمية 466
ج- ترجيح اليد المشاهدة- الحسية- على اليد الحكمية 466
الفقرة الثانية: الترجيح بين مراتب الأيدي 466
الفقرة الثالثة: أثر اختلاف الفقهاء في قوة اليد على الترجيح عند اختلاف الزوجين في متاع البيت 468

الفقرة الرابعة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين الأيدي 472
الفرع الثاني: الترجيح بين بينتي الداخلين في حالة التساوي في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 472
الفقرة الأولى: اختلاف الفقهاء في التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين 473
الفقرة الثانية: التكيف الشرعي لحكم القاضي ببقاء العين في أيديهما 476
ثانيا: موقف القانونين من التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين 477
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين 477
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من التعارض والترجيح بين بينتي الداخلين 478
المطلب الثاني: الترجيح عند تعارض بينة الخارجين وبينة الخارج مع بينة الداخل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 478
الفرع الأول: الترجيح عند تعارض بينتي الخارجين في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 478
أولًا: ماهية بينتي الخارجين..... 478
الفقرة الأولى: تعريف الخارجين 479
الفقرة الثانية: شروط دعوى الخارجين..... 479
ثانيًا: أقوال الفقهاء في الترجيح بين بينتي الخارجين..... 480
ثالثا: موقف القانونين اليمني والمغربي من مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين 486
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين 486
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من مسألة الترجيح بين بينتي الخارجين 488

الفرع الثاني: الترجيح عند تعارض بينة الخارج مع بينة الداخل في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 488
أولًا: ماهية الداخل والخارج 489
الفقرة الأولى: تعريف الداخل والخارج..... 489
الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين بينتي الداخل والخارج..... 489
ثالثًا: موقف القانونين اليمني والمغربي من مسألة الترجيح بين بينتي الداخل والخارج..... 497
الفقرة الأولى: الترجيح بين بينتي الداخل والخارج في القانون اليمني 497
الفقرة الثانية: الترجيح بين بينتي الداخل والخارج في القانون المغربي..... 499
الفرع الثالث: ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 500
أولًا: ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة المجردة 500
الفقرة الأولى: أدلة إثبات الملك..... 501
أ- ثبوت الملك بالشهادة 501
ب- ثبوت الملك بالوثائق التي تثبت الملكية 502
الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة 502
ثانيًا: ترجيح دليل الملك والحيازة على دليل الملك في الفقه والقانون.... 503
الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في ترجيح دليل الملك والحيازة على دليل الملك 503
الفقرة الثانية: موقف القانون من التعارض بين دليل الملك والحيازة مع دليل الملك..... 504
أ - موقف القانون اليمني من التعارض بين دليل الملك والحيازة مع دليل الملك..... 504
ب- موقف القانون المغربي من التعارض بين دليل الملك والحيازة مع دليل الملك..... 505

ثالثًا: ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 506
الفقرة الأولى: أقوال الفقهاء في ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد..... 506
الفقرة الثانية: التعارض بين وثيقة الملكية ويد ورثة البائع 509
الفقرة الثالثة: موقف القانون من ترجيح الحيازة على عقد الشراء المجرد..... 509
رابعا: ترجيح اليد على وثائق الملكية القديمة..... 512
الفقرة الأولى: التعارض بين قرينة اليد وقرينة الوثائق القديمة في الفقه..... 512
الفقرة الثانية: موقف القانون من ترجيح اليد على الوثائق القديمة ... 513
أ- موقف القانون اليمني من ترجيح اليد على الوثائق القديمة.. 513
ب- موقف القانون المغربي من ترجيح اليد على الوثائق القديمة 514
خامسا: موقف القانونين اليمني والمغربي من ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة..... 514
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة..... 514
أ-أدلة إثبات الملكية..... 515
ب- الترجيح بين دليل الملك ودليل الحيازة..... 515
ج- ترجيح الحيازة على دعوى الملك المجردة 518
د- ترجيح دليل الملك والحيازة على عقد الشراء المجرد من الحيازة..... 518
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من ترجيح دليل الملك على دليل الحيازة..... 519
أ- أدلة إثبات الملكية..... 519
ب- ترجيح بينة الملك على بينة الحيازة 520

الفرع الرابع: الترجيح بأقوى العقود 520
أولا: الترجيح بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات..... 521
الفقرة الأولى: عقد الضمان أقوى من عقد التبرع 521
الفقرة الثانية: ترجيح عقدي الشراء أو الرهن على عقد الهبة..... 522
أ- ترجيح عقد الشراء على عقد الهبة..... 522
ب- ترجيح عقد الرهن على عقد الهبة..... 522
الفقرة الثالثة: الترجيح بين العقود من حيث إفادة الحكم وقبول
النقض..... 522
أ- ترجيح العقد الذي يفيد الحكم بنفسه على العقد الذي لا يفيد الحكم
بنفسه 522
ب- ترجيح العقد الذي لا يقبل النقض على غيره من العقود التي تقبل
النقض 523
الفقرة الرابعة: الترجيح عند استواء العقدين في القوة..... 523
ثانيا: الترجيح بقوة العقود في القانونين اليمني والمغربي 524
الفقرة الأولى: الترجيح بقوة العقود في القانون اليمني 524
الفقرة الثانية: الترجيح بقوة العقود في القانون المغربي 524
المبحث الثاني: الترجيح بالحكم القضائي (قرينة حجية الشيء المقضي به) في الفقه
الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 525
المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي والترجيح به في الفقه الإسلامي والقانونين
اليمني والمغربي..... 525
الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي والترجيح به في الفقه الإسلامي 525
أولا: تعريف الحكم القضائي وحجيته..... 526
الفقرة الأولى: تعريف الحكم القضائي..... 526
الفقرة الثانية: الترجيح بالحكم القضائي..... 526
الفقرة الثالثة: حجية الأمر المقضي به..... 527
ثانيا: أقوال الفقهاء في الترجيح بحكم الحاكم (الحكم القضائي) 528

الفرع الثاني: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالحكم القضائي (حجية الأمر المقضي به) 540
أولا: موقف القانون اليمني من الترجيح بالحكم القضائي..... 540
الفقرة الأولى: قرينة حجية الأمر المقضي به..... 540
الفقرة الثانية: ترجيح الحكم القضائي (قرينة حجية الأمر المقضي به) على قرينة اليد 542
ثانيًا: موقف القانون المغربي من الترجيح بالحكم القضائي 543
الفقرة الأولى: حجية الأمر المقضي به 543
الفقرة الثانية: الحكم بالصحة والموجب..... 543
المطلب الثاني: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 544
الفرع الأول: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في الفقه الإسلامي 544
أولًا: ماهية نقض الحكم القضائي وحالاته..... 544
الفقرة الأولى: بيان ماهية نقض الحكم القضائي..... 544
الفقرة الثانية: حالات نقض الحكم القضائي..... 545
ثانيا: ماهية الحكم بالصحة والموجب والترجيح بينهما 547
الفقرة الأولى: ماهية الحكم بالصحة والموجب..... 547
الفقرة الثانية: أقوال الفقهاء في الحكم بالصحة والموجب 547
الفرع الثاني: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في القانونين اليمني والمغربي 548
أولاً: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في القانون اليمني..... 549
الفقرة الأولى: نقض الحكم القضائي في القانون اليمني..... 549
الفقرة الثانية: الترجيح بالصحة والموجب في القانون اليمني.... 549
ثانياً: نقض الحكم القضائي والترجيح بالصحة والموجب في القانون المغربي 549

الفقرة الأولى: نقض الحكم القضائي في القانون المغربي 549
الفقرة الثانية: الترجيح بالصحة والموجب في القانون المغربي 550
الفصل الثاني: الترجيح بقرينة الوسائل العلمية المعاصرة وقرينة القيافة والقسامة واستعمال القرعة والقسمة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 551
توطئة 552
المبحث الأول: الترجيح بالقرائن العلمية المعاصرة والقيافة والقسامة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 553
المطلب الأول: الترجيح بين الوسائل العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 553
الفرع الأول: ترجيح الوسيلة العلمية الحديثة التي لا تنخرم قاعدتها على الوسيلة العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها 554
أولا: ماهية الوسائل العلمية الحديثة التي لا تنخرم قاعدتها 554
الفقرة الأولى: البصمة الوراثية..... 555
أ-تعريف البصمة الوراثية..... 555
ب- حجية البصمة الوراثية في الإثبات 555
ج- مجالات استعمال البصمة الوراثية..... 557
الفقرة الثانية: تحليل فصائل الدم..... 558
أ - تعريف فصائل الدم 558
ب- حجيته في الإثبات..... 559
الفقرة الثالثة: التحليل الكيميائي للدم 559
أ- التحليل الكيميائي للدم 559
ب- حجيته في الإثبات..... 559
الفقرة الرابعة: بصمات الأصابع..... 560
ثانيا: ماهية الوسائل العلمية الحديثة التي تنخرم قاعدتها. 561
الفقرة الأولى: التصوير المرئي 561
أ-تعريف التصوير المرئي 562
ب- حجية التصوير المرئي..... 562

الفقرة الثانية: التسجيل الصوتي 562
أ – التسجيل الصوتي 563
ب– حجية التسجيل الصوتي في الإثبات 563
الفقرة الثالثة: الكلاب البوليسية 564
أ–مدى استعانة أجهزة الأمن بالكلاب البوليسية المدربة 564
ب–قيمة الدليل الذي يقدمه الكلب البوليسي في الإثبات الجنائي..... 565
الفقرة الرابعة: جهاز كشف الكذب 566
أ–ماهية جهاز كشف الكذب. 566
ب–حجية جهاز كشف الكذب في الإثبات 566
الفقرة الخامسة: التنويم المغناطيسي..... 566
أ– التنويم المغناطيسي..... 566
ب– حجيته في الإثبات..... 566
الفرع الثاني: معايير الترجيح بين وسائل الإثبات العلمية المعاصرة 567
الفقرة الأولى: ترجيح الحمض الجيني على غيره من الوسائل 568
أ– ترجيح الفحص الطبي بحمض دنا (DNA) على نتائج الفحوصات المخبرية في تحليل نتائج الدم..... 568
ب– ترجيح الفحص الطبي بحمض دنا (**DNA**) على التحليل الكيميائي للدم وبصمات الأصابع 570
الفقرة الثانية: ترجيح التحليل الكيميائي للدم على بصمات الأصابع. 570
الفقرة الثالثة: ترجيح التصوير المرئي على التسجيل الصوتي والكلب البوليسي..... 570
الفقرة الرابعة: ترجيح التصوير المرئي على التنويم المغناطيسي وجهاز كشف الكذب..... 571
الفرع الثالث: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة..... 571
أولًا: موقف القانون اليمني من الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة . 571

ثانيا: موقف القانون المغربي من الترجيح بين الوسائل العلمية المعاصرة 572
المطلب الثاني: الترجيح بالقيافة والقسامة وبينهما وبين الوسائل العلمية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 573
الفرع الأول: الترجيح بين قرائن إثبات النسب والوسائل العلمية المعاصرة .. 573
أولًا: الترجيح بين قرائن إثبات النسب في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 574
الفقرة الأولى: ماهية القيافة والترجيح بها..... 574
أ- ماهية القيافة 574
ب- مشروعية القيافة..... 575
ج- الترجيح بالقيافة 579
د- موقف القانونين اليمني والمغربي من القيافة 579
الفقرة الثانية: ماهية قرينة قوة الفراش والترجيح بها..... 579
أ- ماهية قرينة قوة الفراش 579
ب- ترجيح قرينة الفراش على قرينة الشبه 580
الفقرة الثالثة: ترجيح البينة في إثبات النسب على الإقرار 581
الفقرة الرابعة: ترجيح قرينة الفراش على الوسائل العلمية المعاصرة.. 582
الفقرة الخامسة: الترجيح باللبن عند التنازع على المولود 583
أ- الترجيح بميلان الطبع عند انعدام القيافة..... 583
ب- ترجيح القيافة على ميلان الصغير لأحد الرجلين..... 584
الفقرة السابعة: الترجيح بين القيافة وبين الإقرار والشهادة. 585
أ-ترجيح الإقرار في إثبات النسب على القيافة..... 585
ب- ترجيح البينة على القيافة..... 585
الفقرة الثامنة: الترجيح بين أدلة إثبات النسب الشرعية والوسائل العلمية المعاصرة 586
الفقرة التاسعة: الترجيح بين القرائن الشرعية والقرائن العلمية الحديثة 587
أ- ترجيح البصمة الوراثية وحمض (**DNA**) على القيافة..... 587

ب- ترجيح تحليل فصيلة الدم على القيافة 589
ج- ترجيح اللعان على القيافة وحمض(DNA) والشبه 589
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بين قرائن الإثبات في النسب..... 593
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بين قرائن إثبات النسب 593
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بين قرائن إثبات النسب 593
أ - التعارض بين قرينة الفراش والخبرة الطبية..... 594
ب- الترجيح بين الإقرار والخبرة الطبية 594
ج- الترجيح بين اللعان والبصمة الوراثية عند التعارض 595
ثالثا: الترجيح عند التنازع على التقاط اللقيط في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي..... 596
الفقرة الأولى: ماهية اللقيط..... 596
أ - تعريف اللقيط..... 596
ب- الأصل في مشروعية التقاط اللقيط 597
الفقرة الثانية: الترجيح بين المتنازعين على اللقيط 597
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح عند التنازع على اللقيط 601
أ- موقف القانون اليمني من الترجيح عند التنازع على اللقيط . 601
ب- موقف القانون المغربي من الترجيح عند التنازع على اللقيط 601
الفرع الثاني: الترجيح بين قرينة القسامة وبين الأدلة القضائية 602
أولًا: ماهية القسامة ومشروعيتها وصور اللوث فيها..... 603
الفقرة الأولى: ماهية القسامة ومشروعيتها..... 603
أ- تعريف القسامة 603
ب- أهمية القسامة 605

ج- مشروعية القسامة 606
د- اختلاف العلماء في مشروعية القسامة 607
هـ- أنواع الإبراء من القسامة 611
و- الفرق بين القسامة في الدم والأيمان في الحقوق 611
الفقرة الثانية: اللوث الذي يؤدي إلى القسامة 612
أ- تعريف اللوث 612
ب- صور اللوث، وتعارضها 613
ج- مبطلات اللوث 615
الفقرة الثالثة: موقف القانونين اليمني والمغربي من الإثبات بالقسامة والترجيح بينها وبين أدلة الإثبات 616
أ- موقف القانون اليمني من الإثبات بالقسامة والترجيح بينها وبين أدلة الإثبات 616
ب- موقف القانون المغربي من الإثبات بالقسامة والترجيح بينها وبين أدلة الإثبات..... 617
لم ينظم القانون المغربي القسامة باعتبارها دليلًا من أدلة الإثبات في الوقائع الجنائية، ولهذا لا يتأتى تعارضها مع غيرها من أدلة الإثبات 617
الفقرة الأولى: التعارض والترجيح بين القسامة وبين الشهادة والإقرار 617
أ - التعارض والترجيح بين البينة والقسامة 617
ب- التعارض والترجيح بين الإقرار والقسامة 618
الفقرة الثانية: التعارض والترجيح بين القسامة وأدلة الإثبات والوسائل العلمية المعاصرة..... 618
أ- تعارض البصمة الوراثية مع الشاهد في المجال الجنائي والترجيح بينهما 618
ب- التعارض بين القسامة وبين البصمات أو التحليل الكيميائي للدم والترجيح بينهما 619

ج- ترجيح البصمة الوراثية على الإقرار والشهادة في الجانب الجنائي..... 620
الفقرة الثالثة: التعارض والترجيح بين الدليل الفني والدليل القولي ... 621
المبحث الثاني: استعمال القرعة والقسمة عند تعذر الترجيح وحكم اليمين مع الدليل الراجح..... 623
المطلب الأول: استعمال القرعة عند تعذر الترجيح..... 623
الفرع الأول: ماهية القرعة وخلاف الفقهاء فيها..... 623
أولا: ماهية القرعة..... 623
ثانيا: اختلف الفقهاء في استعمال القرعة كوسيلة ترجيحية..... 624
الفرع الثاني: شروط الترجيح بالقرعة وأثر اليمين في القرعة..... 628
أولًا: شروط الترجيح بالقرعة عند القائلين بها 628
ثانيا: أثر اليمين في الترجيح بالقرعة..... 630
ثالثا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الترجيح بالقرعة..... 631
الفقرة الاولى: موقف القانون اليمني من الترجيح بالقرعة..... 631
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من الترجيح بالقرعة..... 631
المطلب الثاني: استعمال القسمة عند تعذر الترجيح وحكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 631
الفرع الأول: قسمة الشيء المتنازع عليه في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 631
أولًا: قسمة الشيء المتنازع عليه في الفقه الإسلامي 632
الفقرة الأولى: تعريف القسمة..... 632
الفقرة الثانية: خلاف الفقهاء في قسمة المتنازع فيه 632
الفقرة الثالثة: كيفية القسمة..... 636
الفقرة الرابعة: شروط القسمة 638
ثانياً: موقف القانونين اليمني والمغربي من قسمة المتنازع فيه عند تعذر الترجيح..... 640

الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من قسمة المتنازع فيه عند تعذر الترجيح 640
أ – النص القانوني 640
ب– التطبيق القضائي 640
ج– التعليق على الحكم 641
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من قسمة المتنازع فيه عند تعذر الترجيح 642
الفرع الثاني: حكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي والقانونين اليمني والمغربي 642
أولا: حكم اليمين مع البينة الراجحة في الفقه الإسلامي..... 642
ثانيا: موقف القانونين اليمني والمغربي من الحكم باليمين مع البينة الراجحة..... 645
الفقرة الأولى: موقف القانون اليمني من اليمين مع البينة الراجحة .. 645
الفقرة الثانية: موقف القانون المغربي من اليمين مع البينة الراجحة . 645
الخـاتمـــــة: 646
الفهـــــارس..... 656
قائمة المصادر والمراجع..... 657
فهرس الآيات القرآنية:..... 699
فهرست الأحاديث 702
فهرس المحتويات:..... 705